

Les Services Publics et l'Union européenne

Les rapports et interactions entre services publics et Union européenne impliquent de définir chacun de ces deux éléments.

Le service public

Dans la tradition française, règne derrière l'expression service public une forte confusion entre missions de service public, monopole, entreprises publiques, statut des personnels et finalement Etat. On s'intéressera ici d'abord aux missions de service public, au type d'organisation mise en oeuvre pour les accomplir, à leur régulation.

Le service public est à chaque niveau (local, régional, national) l'emboîtement de trois registres :

- la garantie du droit individuel de chacun d'accéder à des biens ou services essentiels pour la satisfaction de ses besoins, la garantie d'exercice des droits fondamentaux de la personne, conditions du lien social (universalité, continuité),
- l'expression de l'intérêt général de la collectivité, pour assurer la cohésion sociale et territoriale (égalité d'accès, de fourniture, de service et de qualité, recherche du moindre coût, péréquation géographique des tarifs, adaptabilité),
- un moyen essentiel que se donne la puissance publique pour réguler le marché, conduire des politiques publiques (par exemple politique énergétique, sécurité d'approvisionnement, recherche-développement, protection de l'environnement, etc.), concourir au développement économique et social - emploi, participation au développement local, etc.

Ainsi, le service public articule à la fois l'individuel et le socialisé, l'économique, le social et le politique, le marchand et le non-marchand, le local, le régional, le national et l'europeen, les besoins du consommateur, du citoyen et de la société.

L'intégration européenne

L'Europe que nous prenons en compte correspond à l'intégration mise en oeuvre au lendemain de la seconde guerre mondiale, en particulier avec le traité de Rome de 1957 après celui de la CECA de 1951, dont la logique a été fondée sur l'économie, avec comme perspective un marché commun, puis unique, c'est-à-dire sur le libre-échange, la concurrence et le marché.

L'intégration européenne s'est ainsi définie par trois caractéristiques :

- un ensemble progressivement supranational, en particulier à partir de l'Acte unique de 1986 ;
- sa nature intimement juridique (traités et directives d'effet supérieur et direct) ;
- le libéralisme économique avec les principes de libre-échange, puis de libre circulation (des hommes, des biens, des services et des capitaux) et de libre concurrence, faisant ainsi du marché le régulateur principal de la construction européenne.

Pour autant, pour les pères fondateurs de l'Europe, l'économie n'était qu'un moyen d'intégration au service d'une fin politique, de type fédéral.

Dès lors, les rapports et interactions entre services publics et Union européenne relèvent de deux logiques étroitement liées :

- une logique politique-institutionnelle
====> Lesservicespublicsdansl'intégrationeuropéenne
- une logique juridique
====> Lesservicespublicsetledroitcommunautaire

Les services publics dans l'intégration européenne

Deux ruptures majeures marquent la place des services publics dans le processus d'intégration européenne :

1. Alors que depuis leurs origines les modes d'organisation et de régulation des services publics ont été déterminés dans le cadre de chaque Etat-nation, c'est progressivement au plan communautaire que sont définies les principales règles politico-institutionnelles, même si les Etats (et les autres acteurs) n'ont pas perdu toute marge de manœuvre.

2. De l'entre-deux guerres aux années 1980, un consensus s'était formé, reconnaissant l'existence de monopole naturel et avait amené à la constitution de monopoles sur des zones géographiques plus ou moins étendues selon les pays ; au contraire, les règles et directives européennes sont fondées sur l'introduction progressive de mécanismes concurrentiels.

Ainsi, les services publics, qui avaient été marqués par l'existence d'une période longue de plus d'un demi-siècle de stabilité politico-institutionnelle, sont entrés, depuis le milieu des années 1980, dans une période de profondes mutations dont on connaît ni le terme, ni la durée.

Ces éléments conduisent à examiner :

====> L'historique de la place des services publics dans l'intégration européenne

====> L'eupéanisation des services publics

Monopole naturel

Un monopole naturel repose sur l'existence de rendements croissants : à la production (effets de série et de taille) ; dans les infrastructures de réseau (de transport et de distribution) ; surtout à l'intégration production-transport-distribution (interconnexion et pilotage centralisé de l'équilibre offre/demande et de ses aléas, l'électricité ne se stockant pas). La libre concurrence aboutit logiquement à la constitution d'un monopole pouvant tirer parti de ces rendements croissants et ce monopole correspond à l'optimum économique. Mais, en même temps, ce monopole peut s'accaparer la rente maximale par des tarifs trop élevés et avoir un comportement malthusien. D'où la nécessité d'un contrôle et d'une régulation publics.

L'historique de la place des services publics dans l'intégration européenne

Les rapports entre les services publics et l'intégration européenne relèvent de trois grandes périodes :

- de 1957 à l'Acte unique de 1986, années marquées principalement par l'ignorance réciproque ;
- de l'Acte unique à 1993-1994, période d'affrontement et de conflits ;
- depuis 1993-1994, étape qui relève de tentatives d'imprégnations réciproques.

1/ De 1957 à l'Acte unique

Le traité de Rome en 1957 parle peu des services publics. Il s'agissait alors de construire un marché commun, donc d'éliminer progressivement les différents obstacles aux échanges de biens (abaissements progressifs des droits de douane).

Les activités de service public, exercées dans le cadre de chacun des Etats, n'étaient pas concernées et personne ne songeait encore à les « harmoniser ».

L'article 73 fait état du « service public » pour le secteur des transports.

Les Communautés européennes ont précisé le contenu de la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable dans le règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969. Il a été modifié par le règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991, le règlement n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 pour les transports maritimes (cabotage national), et, pour les transports aériens le règlement (CEE) n° 2408/92 du 23 juillet 1992.

L'article 86 accepte des dérogations aux règles de la concurrence dans des conditions spécifiques pour les « services d'intérêt économique général ».

Mais il s'agit toujours d'exceptions à un principe « supérieur », les règles de la concurrence. Ces dérogations sont soumises aux appréciations des juges et les textes donnent pleine latitude à la Commission d'accorder la priorité aux règles de la concurrence.

Dans les faits, les services publics sont restés à peu près ignorés par le processus d'intégration européenne, tant existait un consensus sur le fait que leurs enjeux relevaient pour l'essentiel des cadres nationaux ou infra-nationaux.

L'article 73 du traité de la Communauté

« Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public. »

Le règlement (CEE) n° 1191/69

Les Etats membres doivent fournir au public des services de transport suffisant permettant :

- des services de transport répondant à des normes fixées de continuité, de régularité, de capacité et de qualité,
- des services de transport complémentaires,
- des services de transport à des prix et des conditions déterminés, notamment pour certaines catégories de voyageurs ou pour certaines relations,
- des adaptations des services aux besoins effectifs.

Ces dispositions prennent un caractère précis dans chaque secteur de transport.

Ce qui caractérise le service public, n'est ni la propriété publique ni une situation de monopole mais les obligations de service public qui sont, aux termes de la réglementation actuelle de l'Union « des obligations que s'il considérait son propre intérêt commercial, le transporteur communautaire n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions ».

Dans ces conditions, les textes communautaires rendent compatibles les obligations de service public avec la concurrence.

Ceci n'empêche pas cependant de devoir articuler la mise en œuvre de services publics dans le domaine des transports avec les principes généraux du Traité en matière de non discrimination dans le choix des opérateurs ou du niveau des aides publiques.

L'article 86

1. Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment aux articles 12 et 81 à 89 inclus.
2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.
3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres ”.

2/ De 1986 à 1993-1994

L'Acte unique signé en 1986 est le véritable déclencheur de la seconde période.

Il comporte, en effet, deux dispositions essentielles :

1/ l'affirmation des quatre grandes libertés de circulation, en particulier de celle des services, qui n'avait pas été au coeur du Marché commun ;

2/ le vote à la majorité qualifiée pour tout ce qui concerne la réalisation du marché unique, ce qui amène la disparition du droit de veto de chaque Etat que reconnaissait le vote à l'unanimité. Cette disposition sera peu appliquée pour ce qui concerne les services publics, mais elle servira de menace permanente pour contraindre un Etat récalcitrant à négocier, au risque de se voir imposer une décision qu'il ne veut pas.

Dès lors, l'objectif du Marché unique a conduit les institutions européennes à engager un processus progressif de libéralisation, secteur par secteur, des services publics.

De même, la construction européenne a privilégié la concurrence interne au détriment de coopérations et d'alliances entre acteurs et opérateurs des différents pays de l'Union, ce qui a affaibli l'Europe dans la compétition internationale et la mondialisation.

Dans le secteur des transports, en s'appuyant sur l'article 73 du traité de Rome, le règlement du 26 juin 1969 a été modifié par le règlement n°1893/91 du 20 juin 1991. Pour le transport aérien, le règlement n°2408/92 du 23 juillet 1992. Pour les transports maritimes, le règlement n°3577/92 du 7 décembre 1992.

En fait, il n'y a pas de cause unique au processus de libéralisation, mais convergence de plusieurs facteurs.

La conjonction de ces facteurs a conduit à un décalage croissant entre les modes nationaux de définition et d'organisation des services publics par rapport aux logiques dominantes d'intégration européenne et de création de marchés uniques dans chaque secteur, fondées sur l'introduction de la concurrence et les logiques du marché et du libéralisme économique. L'introduction de la concurrence a été conçue comme moyen de casser les frontières pour construire un marché correspondant au territoire européen.

Dans chaque secteur (télécommunications, transports, énergie, poste, etc.), des directives sont venues « grignoter » par étapes les fondements des services publics et mettre en cause leur contribution à la cohésion économique, sociale et territoriale, et à la solidarité. La logique de libéralisation comporte de réels dangers.

Dans ces conditions, à part quelques groupes de pression proposant une dérégulation complète des services publics, ne les faisant plus relever que du droit commun de la concurrence, les règles européennes, résultantes de débats et pressions contradictoires, consisteront à mettre en oeuvre une libéralisation maîtrisée, organisée, régulée. On verra apparaître le concept de « service universel » dans les télécommunications et à la poste, celui de service public sera utilisé dans l'énergie et les transports.

Le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991

Il précise que la suppression des obligations de service public est la règle normale mais que dans le but de garantir des « services de transports suffisants » des contrats de service public, comportant des obligations de service public, peuvent être passés avec des entreprises.

« Les autorités compétentes des Etats membres suppriment les obligations inhérentes à la notion de service public, définies dans le présent règlement, imposées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

« Pour garantir des services de transport suffisants, compte tenu notamment des facteurs sociaux, environnementaux et d'aménagement du territoire, ou en vue d'offrir des conditions tarifaires déterminées en faveur de certaines catégories de voyageurs, les autorités compétentes des Etats membres peuvent conclure des contrats de service public avec une entreprise de transport ».

Toutefois, des missions de service public peuvent être maintenues pour les transports urbains et interurbains :

« Toutefois, les autorités compétentes des Etats membres peuvent maintenir ou imposer les obligations de service public visées à l'article 2 pour les services urbains, suburbains et régionaux de transport de voyageurs. Les conditions et les modalités, y compris les méthodes de compensation, sont arrêtées aux sections II, III et IV ».

Ici, les textes communautaires font clairement la distinction entre service de transport, qui en étant soumis à des obligations spécifiques (tarif, aménagement du territoire ...) peuvent faire l'objet de contrats de service public, et donc être soumis aux procédures de passation des marchés publics (publications du JOCE et règles de concurrence), et les « obligations de service public », dont les conditions et modalités sont clairement définies par le règlement (*).

* Cette doctrine est à nouveau en cours d'évolution, car la Commission souhaite imposer des “ contrats de service public ” et soumettre ces contrats aux règles de la concurrence y compris pour les services publics

urbains, suburbains et régionaux de transports de voyageurs.

Le règlement n° 2408/92 du 23 juillet 1992

Dans le secteur du transport aérien, le règlement n° 2408/92 du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intra-communautaires, qui régit l'accès des transporteurs de la Communauté aux liaisons aériennes admet que les Etats membres peuvent imposer des « obligations de service public », ce qui est précisé dans son article 2.0 :

« Obligations de service public : les obligations imposées à un transporteur aérien en vue de prendre, à l'égard de toute liaison qu'il peut exploiter en vertu d'une licence qui lui a été délivrée par un Etat membre, toutes les mesures propres à assurer la prestation d'un service répondant à des normes fixes en matière de continuité, de régularité, de capacité et de prix, normes auxquelles le transporteur ne satisfait pas s'il ne devait considérer que son seul intérêt commercial ».

Le règlement n° 3577/92 du 7 décembre 1992

Le règlement du Conseil précise dans son article 4 « qu'un Etat membre peut conclure des contrats de service public avec des compagnies de navigation qui participent à des services réguliers à destination et en provenance d'îles ainsi qu'entre les îles ou leur imposer des obligations de service public en tant que condition à la prestation de services de cabotage... ».

Dans ces cas, les contrats de service publics sont soumis aux règles de concurrence, et le contrat régulièrement soumis à appel d'offre.

Dans une telle doctrine, aujourd'hui dominante au niveau communautaire, les obligations de service public sont donc parfaitement compatibles avec les règles communautaires, puisque les contrats de service public sont régulièrement soumis à concurrence ; il n'y a donc plus contradiction entre le service public et la construction d'un marché unique sur l'ensemble du territoire européen.

Le processus de libéralisation

Le processus de libéralisation des services publics relève de la convergence de plusieurs facteurs :

- Des mutations technologiques (télécommunications, électricité, etc.).
- L'internationalisation qui a amené pour l'ensemble des acteurs économiques et financiers une prégnance de la recherche de la compétitivité et donc de la maîtrise de leurs coûts, et l'intégration européenne.
- La diversification des besoins et de la demande : les « usagers » sont porteurs de nouvelles exigences de service, de qualité, de satisfaction de la diversité de leurs besoins et aspirations. Le principe d'égalité n'est pas synonyme d'uniformité, mais de réponse sur mesure à des besoins différenciés et se différenciant.
- Des dysfonctionnements des modes antérieurs d'organisation et de régulation : déséquilibre structurel d'informations et d'expertises entre opérateurs et régulateurs, centralisation, lourdeur et attitude dominatrice à l'égard de l'extérieur, et finalement appropriation sinon confiscation de la rente dans un face-à-face soit entre les dirigeants du monopole et de l'Etat pour les services publics nationaux, soit aux mains des grands groupes de services, avec des retombées pour le personnel et/ou les élus.
- Des stratégies d'acteurs de certains grands groupes industriels et financiers de services, au plan français (Vivendi, Suez-Lyonnaise, Air-liquide), européen et mondial, visant à obtenir un repartage de la rente en leur faveur.
- Plus généralement, le développement de l'influence des thèses néo-libérales et des vertus de la concurrence, le changement des mentalités et des aspirations.

Rente et services publics

La tarification au coût marginal est censée annuler la rente pouvant résulter de l'existence d'un monopole. Dans les faits, le principe n'a jamais été appliqué strictement dans la mesure où il n'aurait pas permis de couvrir l'ensemble des coûts. De manière générale, les modes de fixation de prix et tarifs restent plutôt opaques. Il est difficile d'apprécier cette rente ; pour mémoire, en 1998, le chiffre d'affaires d'EDF est de 193 milliards de F. et sa capacité d'autofinancement de 49,2 milliards de F.

Les dangers de la logique de libéralisation

Dans les secteurs concernés il ne saurait y avoir qu'une concurrence oligopolistique entre quelques grands groupes, conduisant à de nouvelles concentrations. C'est ainsi que la libéralisation du transport aérien, puis des télécommunications aux Etats-Unis conduit rapidement à de nouvelles fusions,.

La libéralisation survalorise le court terme, pour lequel le marché donne de précieuses indications, au détriment du long terme, pour lequel le marché est myope, ce qui favorise les investissements les moins coûteux en capital au détriment d'une politique d'avenir et finalement de la recherche du moindre coût pour l'utilisateur. Elle privilégie les gros consommateurs sur les petits consommateurs. Elle met en cause l'égalité de traitement, les possibilités de péréquation des tarifs.

La libéralisation ne prend en compte ni l'aménagement du territoire, ni les conséquences sur l'environnement. Elle ne peut qu'avoir de lourdes conséquences pour les personnels, tant l'exigence de rentabilité à court terme est aujourd'hui destructrice d'emplois.

Le service universel

Dans les débats européens, un nouveau concept, le service universel est apparu dès le Livre vert sur la poste et les télécommunications.

Développé par les institutions de la Communauté, ce concept évolutif définit un ensemble d'exigences d'intérêt général auxquelles devraient se soumettre, dans toute la Communauté, les activités des télécommunications ou de la poste, par exemple. " Les obligations qui en découlent visent à assurer partout l'accès de tous à certaines prestations essentielles, de qualité et à un prix abordable ".

Si par commodité, nous pouvons assimiler service public et service d'intérêt général et leur donner une acception équivalente, le terme service d'intérêt général permettant de mieux être compris au niveau européen, il n'en est pas de même avec la notion de service universel qui est souvent comprise comme un service public ou un service d'intérêt général minimum. La notion de service universel ne recouvre alors qu'une partie de la notion de service d'intérêt général (ou service public).

Notion plus étroite que celle de service public, il y a deux manières de l'appréhender. Dans une version minimaliste (la seule téléphonie vocale, par exemple, pour les télécommunications), accompagnée de mesures sociales pour les plus démunis.

Dans une version plus dynamique, le fait que la Commission souligne son caractère évolutif, que les débats européens sur sa définition dans les télécommunications ou la poste poussent à y introduire de plus en plus de substance et que déjà, cela oblige des Etats membres à rendre obligatoire des prestations qui ne l'étaient pas auparavant donne une idée des possibilités offertes à partir de cette notion nouvelle.

3. Depuis 1993-1994

Progressivement, une série de signes sont venus témoigner de l'ouverture d'une troisième période dans les rapports entre les Services Publics et l'intégration européenne.

Déjà le traité de l'Union européenne de 1991 (Maastricht) avait ouvert des potentialités pour une meilleure prise en compte des services publics, même si la plupart de ces dispositions sont restées trop souvent à l'état de potentialités, encore peu exploitées et aléatoires, soumises, elles aussi, au primat des règles de concurrence.

Parallèlement, la jurisprudence de la Cour de justice a reconnu depuis les arrêts Corbeau (1993) et Commune d'Almelo (1994), que l'article 86-2 peut justifier une limitation de la concurrence pour certains services d'intérêt économique général. Ainsi, la Cour de Justice reconnaît que les services d'intérêt général peuvent relever d'autres objectifs, missions et formes d'organisation que les lois générales de la concurrence.

D'autres évolutions sont intervenues résultantes d'initiatives d'acteurs, de mouvement sociaux, en particulier fin 1995 et début 1996, en France, en Belgique, au Luxembourg, en Allemagne, en Espagne, etc., mettant en cause une libéralisation totale et proposant de rééquilibrer règles de concurrence et intérêt général, les unes comme l'autre étant considérés non comme des finalités, mais comme deux moyens d'avancer vers la réalisation des objectifs de l'Union européenne.

La Conférence intergouvernementale chargée de réviser le traité de l'Union européenne, ouverte le 29 mars 1996 à Turin, est apparue comme l'occasion de poser la question de la reconnaissance dans le traité des services d'intérêt général, afin de contribuer à rééquilibrer la construction européenne et lui redonner sens pour les citoyens.

Le 11 septembre 1996, la Commission européenne adoptait une Communication « Les services d'intérêt général en Europe », qui a marqué une étape dans la reconnaissance et la prise en compte des services publics dans la construction européenne.

L'article 16 du traité d'Amsterdam marque une étape en reconnaissant les services d'intérêt général comme composantes des « valeurs communes » ; en soulignant leur rôle dans la promotion de la « cohésion sociale et territoriale » ; en demandant à l'Union et aux Etats de veiller à ce qu'ils puissent « accomplir leurs missions ».

Après l'élaboration de l'article 16, le Parlement européen a adopté le 17 décembre 1997 une résolution.

Le Conseil européen de Lisbonne des 23-24 mars 2000 a abordé de deux manières les services d'intérêt général.

La Commission européenne a adopté le 20 septembre sa communication actualisée (par rapport au texte du 11 septembre 1996) sur « Les services d'intérêt général en Europe ».

Le Conseil européen de Nice de décembre 2000 a été l'occasion d'une nouvelle étape dans le long processus de prise en compte des services d'intérêt général comme composante essentielle de l'intégration européenne.

D'une part, il a proclamé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 36 souligne l'importance des services d'intérêt général pour la construction européenne et pour les citoyens et résidents au sein de l'Union, même s'il n'ouvre pas un droit aux services d'intérêt général et si l'Union ne garantit pas l'accès à ces services

D'autre part, le Conseil de Nice a approuvé une déclaration qui développe les principes contenus dans l'article 16 du traité et invite à approfondir ces questions d'ici le Conseil européen de décembre 2001.

Suite à la demande du Conseil européen de Nice, la Commission a adopté le 17 octobre son "Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken. Les services d'intérêt général", dont l'objectif est de "compléter" ses communications de 1996 et 2000.

Le Parlement européen a voté le 13 novembre à une large majorité une résolution pour exprimer son avis sur la Communication de la Commission européenne du 20 septembre 2000 (rapport Langen).

Cette résolution représente une étape très importante et un point d'appui décisif pour ceux qui cherchent à construire un équilibre évolutif entre règles de concurrence et missions d'intérêt général.

Le Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre a été pour l'essentiel consacré à la Convention sur l'avenir de l'Europe. Mais il a aussi (point 26) pris "note avec satisfaction des conclusions du Conseil des ministres marché intérieur ainsi que du rapport conjoint du Conseil et de la Commission sur les services d'intérêt général, qui feront l'objet d'une évaluation communautaire au regard de leurs performances et de leurs effets sur la concurrence. Il encourage la Commission à établir un cadre d'orientation pour les aides d'Etat aux entreprises chargées de mission de services d'intérêt général".

Les 15 et 16 mars 2002, le Conseil européen tiendra à Barcelone sa réunion de printemps consacrée à la mise en œuvre de la « stratégie de Lisbonne » de croissance économique et de développement de l'emploi.

La présidence espagnole vient de présenter les 5 priorités qu'elle compte promouvoir à cette occasion : ouvrir davantage à la concurrence les réseaux de transports et de communications, en particulier en poursuivant la libéralisation du rail ; réorganiser les marchés du gaz et de l'électricité pour permettre plus de concurrence au profit des entreprises et des citoyens ; libéraliser les marchés financiers ; s'attaquer aux rigidités des marchés du travail tout en préparant la modernisation des systèmes de protection sociale et de retraite ; moderniser la formation et l'éducation.

Dans la lignée de ce qu'avait déjà affirmé le Conseil de Lisbonne de mars 2000, ces projets fixent comme objectif unique la libéralisation par secteur des services d'intérêt général ; et cette logique ne se limite plus aux secteurs de réseaux d'infrastructures, mais s'étend à de nouveaux secteurs, la santé, l'éducation, la protection sociale, etc.

Alors que depuis l'article 16 du traité et l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux il semblait que l'on pouvait dépasser l'opposition frontale entre d'un côté les mérites de la concurrence et de l'autre la promotion de l'intérêt général (garantie des droits de la personne, cohésion sociale et territoriale, développement durable), pour aboutir à un équilibre dynamique, ces projets sont déséquilibrés.

Le traité de Maastricht et les services publics

1. L'article 8 institue une " citoyenneté de l'Union ", dont le contenu reste largement à élaborer, par exemple en matière de garantie d'accès à certains biens et services essentiels.
2. Le Titre XI (article 129 A) " Protection des consommateurs " : la satisfaction des besoins des consommateurs est leur raison d'être, leur finalité, le fondement de leur légitimité.
3. Le Titre XII (articles 129 B, C et D) " Réseaux transeuropéens " prévoit leur développement, leur interconnexion, leur interopérabilité et fait apparaître un intérêt collectif européen.
4. Le Titre XIII vise à assurer les " conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie ", dont les bases reposent largement sur l'existence d'infrastructures efficaces.
5. Le Titre XIV Cohésion économique et sociale fixe comme objectif de réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions ", ce qui concerne directement les Services d'intérêt général (péréquation).
6. Le Titre XVI étend les responsabilités de l'Union européenne en matière de protection de l'environnement et concerne les Services d'intérêt général, dont une des caractéristiques est de générer d'importantes externalités.
7. Le Protocole sur la politique sociale, annexé au traité, fixe comme objectifs " la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions ". Les Services d'intérêt général peuvent contribuer à donner un contenu à ces objectifs.
8. Plus généralement, les articles A et B fixent comme objectifs un progrès économique et social équilibré et durable, de " promouvoir un progrès économique et social équilibré et durable, notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures, par le renforcement de la cohésion économique et sociale ".

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés

La jurisprudence de la Cour de justice a reconnu depuis les arrêts Corbeau (1993) et Commune d'Almelo (1994), que l'article 86-2 peut justifier une limitation de la concurrence pour certains services d'intérêt économique général, ce qui a été confirmé depuis avec les arrêts de février 1997 sur le financement de la Poste en France, d'octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité et de gaz et le monopole d'Etat de vente de l'alcool en Suède, etc. Ainsi, la Cour de Justice définit progressivement une jurisprudence qui reconnaît que les services d'intérêt général peuvent relever d'autres objectifs, missions et formes d'organisation que les lois générales de la concurrence.

La Communication de la Commission européenne du 11 septembre 1996 « Les services d'intérêt général en Europe »

Pour la première fois, la Commission accepte de compléter les démarches sectorielles engagées depuis dix ans par une réflexion transversale et elle retient le terme de “ services d'intérêt général ”, les présente comme “ élément clé du modèle européen de société ”, souligne que les missions d'intérêt général appartiennent “ à un ensemble de valeurs qui sont communes à tous nos États et font l'originalité de l'Europe ” et insiste sur l’ “ interaction bénéfique ” entre intérêt général et grand marché, soulignant que l'objectif de la Communauté est de “ réaliser l'équilibre ” et de “ promouvoir l'intérêt général européen ”.

Sous le titre “ dynamisme, flexibilité, solidarité ”, la deuxième partie du texte justifie cependant, secteur par secteur, les mesures de libéralisation prises ces dernières années ou projetées, toujours au nom de la combinaison de “ l'apport dynamique de l'ouverture des marchés avec les impératifs européens et nationaux de l'intérêt général ”. Mais ces appréciations apparaissent avant tout comme des auto-justifications, car elles ne reposent pas sur une réelle évaluation pluraliste, au cas par cas et associant tous les acteurs concernés, des éléments de libéralisation décidés ou projetés au regard de l'équilibre proposé.

Dans sa troisième partie, la Communication fait une série de propositions nouvelles : elle envisage de “ promouvoir au niveau européen des services d'intérêt général ” ; propose de développer une “ approche graduelle avec les différents acteurs, y compris les consommateurs ” ; suggère de développer des “ outils d'évaluation ” ; propose de réfléchir aux moyens d’ “ accroître la coordination au niveau européen pour permettre le suivi de l'activité des régulateurs et des opérateurs ” ; et “ préconise qu'à l'occasion de la Conférence intergouvernementale, une référence soit inscrite dans le traité à ce sujet. Il serait ainsi possible d'ajouter à l'article 3 du traité instituant la Communauté européenne, une lettre u) libellée comme suit : “ une contribution à la promotion des services d'intérêt général ”. La Commission précise cependant que sa proposition est “ sans constituer une nouvelle base juridique ”.

L'article 16 du traité d'Amsterdam

Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

Par ailleurs, la déclaration suivante est insérée dans l'Acte final du Conseil d'Amsterdam : « Les dispositions de l'article 7 D relatives aux services publics sont mises en oeuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services ».

Résolution du Parlement européen du 17 décembre 1997

Le Parlement européen :

- invite la Commission à définir non seulement le champ et la nature des services d'intérêt général ainsi que les principes qui les sous-tendent, mais aussi les niveaux de services nécessaires pour atteindre les objectifs de l'Union européenne et le cadre réglementaire indispensable à cet effet et à concevoir, ensuite, le cas échéant, un plan d'action - assorti d'un calendrier - permettant de traduire, dans la politique comme dans les mesures concrètes, les objectifs du traité ;
- invite la Commission à élaborer une charte des principes régissant les services d'intérêt économique général, charte qui énoncerait la justification et les principes (tant traditionnels que nouveaux) de ces services, le genre de missions et de droits à donner aux opérateurs ainsi que la liste des secteurs auxquels la notion s'applique ;
- invite la Commission à publier des Livres verts et blancs arrêtant un plan, assorti d'un calendrier, permettant de traduire dans l'action les objectifs du traité et de la charte et précisant en particulier la législation nécessaire, étant entendu que ce plan doit définir, pour chacun des secteurs concernés, le niveau de service qui doit être garanti aux citoyens, les droits spéciaux qui peuvent être nécessaires pour la prestation du service et les dispositions réglementaires qui devraient être adoptées au niveau communautaire ;
- charge ses commissions compétentes de renforcer le contrôle démocratique des activités de la Commission en ce qui concerne les services d'intérêt général et de faire des observations sur la législation en la matière ;
- invite la Commission à consulter régulièrement les représentants des consommateurs, des entreprises de services publics et des entreprises concurrentes et du personnel des unes et des autres sur les questions touchant aux services d'intérêt général ;
- demande de désigner, au sein de la Commission, un membre chargé spécifiquement des services d'intérêt général et, notamment, de la préparation de la législation y relative, et une direction générale compétente dans ce domaine particulier ;
- invite la Commission à garantir une pleine coordination entre ses services compétents en vue de permettre une juste prise en compte des intérêts tant de la politique de la concurrence que des services d'intérêt général.

Le Conseil européen de Lisbonne des 23-24 mars 2000

Le Conseil européen de Lisbonne des 23-24 mars 2000 a abordé de deux manières les services d'intérêt général : d'une part en se prononçant pour une accélération de la libéralisation dans les secteurs de l'électricité, du gaz, des services postaux, des transports ; d'autre part en demandant à la Commission d'actualiser sa Communication de 1996 pour prendre en compte le nouvel article 16 du traité. Cette demande d'actualisation a été présentée par l'Allemagne, inquiète quant à la libéralisation et la mise en concurrence de ses services publics locaux, en particulier ses banques régionales ; elle a été relayée par la France.

La Communication de la Commission du 20 septembre 2000

La Commission européenne a adopté le 20 septembre sa communication actualisée (par rapport au texte du 11 septembre 1996) sur “ Les services d'intérêt général en Europe ”. Cette actualisation doit donc être analysée en regard à la fois des enjeux actuels et du texte de 1996.

Dans ce texte la Commission a voulu “ faire plaisir ” à tout le monde :

- aux partisans de la libéralisation, en affirmant tout au long du texte ses bienfaits et donc la nécessité de l'accélérer. La logique proposée est la suivante : une libéralisation totale, pouvant être accompagnée de redevances ou d'un fonds de service public ; dans le cas où il n'est possible d'avoir qu'un seul prestataire, établissement d'une concession pour une période déterminée avec appel d'offres régulier ; ce n'est qu'en cas d'échec de ces deux solutions que peuvent être envisagés des droits spéciaux ou exclusifs à un opérateur.
- à ceux qui s'interrogent sur les effets de la libéralisation, en leur rappelant que l'article 16 reconnaît que la fonction des services d'intérêt économique général faisait partie des “ principes du traité ”, donne un rôle à la Communauté pour leur bon fonctionnement et même (innovation) “ oblige la Communauté à faciliter l'accomplissement de leur mission ” ; à ceux qui craignent une extension de la libéralisation aux services non économiques (santé, éducation, etc.), en leur rappelant que ceux-ci ne relèvent pas de la concurrence ;
- à ceux qui prônent la subsidiarité, en rappelant qu'il faut prendre en compte les “ spécificités culturelles et historiques ” de chaque Etat et surtout en affirmant à de très nombreuses reprises que ce sont les Etats qui décident de ce que sont les SIEG, la Commission se contentant de vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste”. La Commission affirme que la plupart de services publics locaux ne relèvent pas des règles générales, que celles-ci ne s'appliquent que s'il y a “ échanges en Etats membres ”. Le texte se veut rassurant pour les banques (allemandes).

Par delà des objectifs aussi opposés, le texte n'apporte ni clarification, ni sécurité juridique, d'autant qu'en même temps le rouleau compresseur de la libéralisation et de l'ouverture à la concurrence continue à avancer secteur par secteur :

1/ La Commission invente le concept de “ compatibilité complète ” entre règles de concurrence et niveau élevé de prestation des services d'intérêt général, alors que par ailleurs le texte continue de parler d'interaction ” ou de “ conciliation ”, ce qui est plus correct ; de même, l'article 86 est présenté soit comme assurant la “ conciliation ” concurrence-missions d'intérêt général, soit comme définissant une “ exception ”.

2/ Alors que la communication affirme que les services publics locaux ne sont pas soumis aux règles de la concurrence et que le choix du mode de mise en œuvre du service est laissé aux autorités locales, le projet de règlement adopté par la même Commission le 26 juillet 2000 sur les obligations de service public dans les transports urbains repose sur une logique contradictoire : obligations d'appels d'offres limités dans le temps, interdictions de prestation directe par les collectivités elles-mêmes (régie ou entreprises communales). Pourquoi d'autres services publics locaux (eau, déchets, assainissement, etc.) ne seraient-ils pas demain, également soumis aux mêmes obligations que les transports ? Dans ces conditions, les Allemands sont loin d'être rassurés.

3/ Le texte n'aborde pas les enjeux de la péréquation, se contentant d'évoquer des prix “ abordables ”, ni de l'égalité de traitement.

4/ La communication donne une nouvelle définition du “ service universel ”, qui n'est cité que pour les télécommunications et plus pour la poste, comme c'était le cas en 1996. Surtout, il devient – c'est la première fois que c'est exprimé aussi clairement dans un texte de la Commission - provisoire, “ pendant le processus de passage d'une situation de prestation de services sous monopole à celle de marchés ouverts à la concurrence ” (4-03 et Annexe II). Le service universel, qui était qualifié d'“ évolutif ” en 1996 (c'est-à-dire être développé en fonction de l'évolution des besoins), l'est tellement qu'il est destiné à disparaître...

5/ Même si le texte mentionne la proposition de Charte des services d'intérêt général élaborée par le CEEP et la CES, la Commission ne fait aucune proposition pour affermir la base juridique de l'existence des missions d'intérêt général et pour apporter une sécurité juridique aux acteurs.

6/ Dans ces conditions, le texte fait quasi-disparaître toute dimension et ambition communautaire (davantage évoquées en 1996). On parle de " politique pro-active au niveau européen " (résumé et 5-04), mais sans qu'elle ait d'objectifs ni de moyens. Alors qu'en 1996 un chapitre était intitulé " promouvoir l'intérêt général européen ", le chapitre 5 " une perspective européenne ", reste très frileux en matière d'évaluation et de consultation, ainsi que de protection des consommateurs. Le texte n'aborde pratiquement pas la question pourtant essentielle de la " régulation " (nationale et/ou européenne). Il n'évoque plus la perspective de services européens. Le texte se limite à dire qu'" une conception centrale commune de ce que constitue l'intérêt général peut être nécessaire pour garantir l'attachement à l'Union ", mais sans autre précision, ni proposition. De ces points de vue, il semble y avoir de nets reculs.

Par delà sa réaffirmation des principes désormais intégrés dans le traité (article 16), et qu'il faudrait décliner et mettre en œuvre dans chaque domaine, mais qui sont des points d'appui pour forger une véritable conception européenne des services d'intérêt général, l'actualisation de la communication manque de clarté et d'ambition ; elle porte même des reculs dans certains domaines.

Le texte n'en traduit pas moins une démarche plutôt défensive de la part de la Commission, qui peut être mise à profit pour faire converger tous ceux qui veulent rééquilibrer les règles du marché et de la concurrence par des finalités d'intérêt général.

Déclaration du Conseil européen de Nice, décembre 2000

La déclaration souligne, en complément du traité, le rôle des services d'intérêt général pour la compétitivité globale de l'économie européenne rendue attractive par la qualité de ses infrastructures et le haut degré de formation des travailleurs ; elle met l'accent sur la protection des intérêts des consommateurs, la sécurité des usagers, le développement durable, les principes de neutralité, de liberté et de proportionnalité, le caractère abordable et transparent de prix, l'attachement à un égal accès à des services de qualité, ou la nécessité d'une évaluation régulière de la manière dont sont assurées les missions.

Mais au lieu de placer ces principes à égalité et en interaction avec les règles de concurrence, la déclaration répète la hiérarchie jusqu'ici dominante : « l'application des règles du marché intérieur et de la concurrence doit permettre aux services d'intérêt économique général d'exercer leurs missions dans des conditions de sécurité juridique et de viabilité économique qui assurent entre autres les principes d'égalité de traitement, de qualité et de continuité de ces services ».

Par ailleurs, la déclaration reconnaît que « les Etats membres sont libres de définir les missions ainsi que les modalités de gestion des services », mais dans le cadre « du respect des règles du marché intérieur et de la concurrence », dont la responsabilité incombe à la Commission. De même, le Conseil propose « d'assurer une plus grande prévisibilité et une sécurité juridique accrue », mais celles-ci sont à sens unique, puisque c'est « dans l'application du droit de la concurrence ».

Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken. Les services d'intérêt général

Le rapport est partagé en deux parties. L'une, relative à la garantie de viabilité économique des services d'intérêt général (SIG), aborde les aspects de la compensation des obligations de service public et de la sécurité juridique. L'autre, s'intéresse à la garantie des performances des SIG.

Ce rapport montre des évolutions intéressantes des positions de la Commission, qui sont autant de points d'appui ; mais il comporte encore nombre d'ambiguïtés et d'insuffisances qu'il conviendrait de corriger :

1/ Le rapport rappelle que les SIG qui ne constituent pas une activité économique ne sont pas soumises aux règles relatives au marché intérieur et à la concurrence ; mais il laisse planer l'ambiguïté sur la distinction possible entre activité économique et non économique, ce qui enlève beaucoup d'intérêt au rappel initial.

2/ Il propose d'améliorer la viabilité économique des SIG par plusieurs propositions concernant leur financement (exemption de la notification préalable pour les compensations des obligations particulières) ; mais ces propositions restent insuffisantes pour assurer un financement à long terme des missions d'intérêt général et de leurs évolutions.

3/ Il rappelle que la législation communautaire laisse les Etats membres libres de décider s'ils souhaitent assurer eux-mêmes les services publics, directement ou indirectement, ou s'ils préfèrent confier cette charge à des tiers ; ce n'est que dans cette dernière hypothèse que les règles de concurrence doivent être mises en œuvre ; mais il continue à privilégier la concurrence et les appels d'offres comme mode idéal d'attribution des missions d'intérêt général.

4/ Il ouvre la voie à une nouvelle modification du traité lors de sa révision prévue pour 2004 en proposant qu'un alinéa dans l'article 3, qui définit l'action de la Communauté, vienne conforter le rôle des SIG ; mais cette proposition est minimale et très insuffisante pour équilibrer règles de concurrence et missions d'intérêt général.

5/ Pour la première fois, la Commission ne rejette pas l'idée d'une directive cadre transverse aux secteurs, mais examinera la suggestion ; mais à force d'études, la directive cadre risque de n'intervenir que lorsque tous les SIG auront été libéralisés secteur par secteur.

6/ Le rapport se prononce pour améliorer l'évaluation des performances des SIG et promet pour l'an prochain une Communication définissant la méthodologie de l'évaluation ; mais il affirme à plusieurs reprises, sans justification étayée, que l'introduction de la concurrence a contribué à améliorer les performances d'un certain nombre de SIG ; il vante les évaluations déjà réalisées par la Commission, alors qu'elles n'ont été véritablement pluralistes ni dans les critères utilisés, ni dans la participation de tous les acteurs concernés. La Commission propose de continuer à conduire elle-même les évaluations, alors qu'il s'agit d'une fonction qui doit être séparée de la réglementation et de la régulation : la Commission ne peut prétendre être à la fois juge et partie, avoir le monopole des propositions, mettre en œuvre les décisions et juger de leur impact.

7/ Le rapport reprend en annexe la définition du service universel qui figurait dans sa Communication de 2000 (et non dans celle de 1996), à savoir qu'il n'existe que « pendant le processus de passage d'une situation de prestation de services sous monopole à celle de marchés ouverts à la concurrence ».

8/ Malgré une allusion, le rapport ne propose pas d'examiner la création, dans certains domaines et en pleine application du principe de subsidiarité, de services européens d'intérêt général et ne fait pas de propositions sur la régulation.

Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2001

Le Parlement européen se prononce clairement pour une directive-cadre concernant les objectifs et les modalités d'organisation des services d'intérêt général et en particulier :

- « considère que la politique de libéralisation de différents services d'intérêt général peut avoir des incidences aussi bien positives que négatives pour le citoyen-usager et que, de ce fait, cette politique nécessite une évaluation précise et comparative de la qualité des services fournis, avant d'engager de nouvelles étapes de libéralisation » (point B) et juge « nécessaire de tenir un large débat politique sur les limites de la politique de la concurrence lorsque cette dernière entre en conflit avec d'autres domaines d'action essentiels de l'UE ou au niveau national, régional ou local » (47).
- demande que la directive-cadre « assure une participation active des citoyens et des usagers au processus de définition, d'évaluation et d'appréciation des missions, et qu'elle institutionnalise une procédure commune et pluraliste d'évaluation » (7).
- demande de « réaliser, dans de rapides délais, une évaluation précise et comparative de l'impact réel de la politique de libéralisation des services d'intérêt général, avant d'engager de nouvelles étapes de libéralisation » (2) ; souligne la nécessité de « mieux évaluer les impacts sur la cohésion sociale et territoriale avant de décider, s'il y a lieu, de poursuivre » la libéralisation des transports, de l'électricité, du gaz, de la poste (35) ; insiste pour l'évaluation « régulière et pluraliste de la manière dont sont exécutées les missions assignées aux services d'intérêt général, notamment en termes de contribution à la cohésion sociale et territoriale de l'Union, de qualité de service, d'égalité d'accès et de prix équilibré et transparent » (43) ; « estime indispensable de développer des procédures d'évaluation pluralistes et contradictoires ; suggère que le Parlement européen organise le débat entre les différents lieux d'observation existants (CES, CdR, organisations du dialogue social, associations d'initiatives sur les SIG et de consommateurs) » (44).
- demande aux Etats membres de « déterminer, le cas échéant, si les privatisations réalisées jusqu'à ce jour ont contribué à améliorer de manière appropriée le fonctionnement des services des eaux » (67).
- souligne que « les services liés à l'éducation nationale, à la santé publique et à l'adhésion obligatoire aux régimes de base de sécurité sociale, les activités relevant de la puissance publique, telles que les organismes de supervision de l'espace aérien ou de surveillance antipollution maritime, ainsi que les services à but non lucratif, fournis notamment par des associations à caractère social, caritatif et culturel, sont à exclure du champ d'application des règles relatives à la concurrence et au marché intérieur » (29).
- avance que « l'Union entre dans une deuxième phase où le développement des échanges transfrontières et l'émergence d'opérateurs et de réseaux paneuropéens rendent nécessaire la définition de compétences et de responsabilités au niveau de l'Union européenne pour les secteurs d'intérêt général » (9) et « rappelle qu'en vertu de l'article 16 du traité CE, il incombe à la Communauté et aux États membres de définir les missions assignées aux services d'intérêt économique général » (18).
- « rappelle que les autorités locales doivent conserver le libre choix du mode de gestion des services d'intérêt général dont elles sont responsables, en vertu des dispositions de leurs États membres respectifs et que cette liberté comprend le droit de recourir à une gestion directe ou à une gestion déléguée de ces services » (25).
- rappelle que « l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs, aux fins d'assurer des obligations de service public, et la mise en place de mécanismes de financement particuliers pour les charges supplémentaires imposées sont compatibles avec le droit de la concurrence » (27).
- « estime que le démantèlement de monopoles d'État ne saurait conduire à la mise en place de monopoles privés » (58).
- veut des clarifications sur certaines des dispositions de l'accord sur les services (AGCS) « afin de préciser que les règles de l'OMC ne portent pas atteinte au droit des États membres de réglementer les services d'intérêt général et d'intervenir dans ce domaine » (32).

Conseil des ministres marché intérieur du 26 novembre 2001

Le Conseil a formulé des conclusions générales sur les services d'intérêt général (SIG), sur la base du rapport de la Commission du 17 octobre 2001. Après avoir exprimé sa satisfaction sur le contenu de ce rapport, le Conseil souligne les éléments suivants : l'amélioration de la sécurité et de la prévisibilité du cadre juridique dans l'application aux SIG des règles relatives aux aides d'Etat ; la production d'un cadre communautaire d'orientation pour les aides d'Etat puis d'un règlement permettant d'en exempter certaines de l'obligation de notification : la Commission devra faire rapport au Conseil de Copenhague ; la poursuite des mêmes objectifs de sécurité juridique et de prévisibilité en ce qui concerne l'application des règles du marché intérieur ; l'évaluation pour laquelle la Commission doit présenter une méthodologie en 2002 ; les résultats de l'examen que doit faire la Commission sur l'opportunité d'une directive cadre. Ce texte va être soumis au Conseil européen de Laeken

Cependant, si le Conseil "confirme son intention de continuer à accorder une grande attention aux SIG dans le processus de réforme économique et de développement du marché en cours", sa position est en retrait par rapport à celles exprimées récemment par le Parlement européen (voir ci dessous) ; d'autant que la déclaration affirme péremptoirement que la libéralisation et la concurrence ont "des effets positifs sur la qualité de l'ensemble des services, et également sur celle des services d'intérêt général".

Le Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002 était le deuxième Sommet de printemps consacré à la situation économique, sociale et environnementale de l'Union.

Les conclusions comportent un chapitre particulier consacré à "Des services publics de qualité".

"L'intégration des réseaux européens et l'ouverture des marchés des services publics devra se faire en accordant toute l'importance voulue à la qualité de ces services. A cet égard, Le Conseil européen souligne qu'il importe, tant pour les citoyens qu'aux fins de cohésion territoriale et sociale, de garantir l'accès aux services d'intérêt économiques général. Le Conseil demande donc à la Commission de présenter sa communication sur l'évaluation de la méthodologie lors du Conseil de mai et de faire rapport au Conseil de Séville sur l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat et de présenter au besoin une proposition de règlement sur l'exemption par catégorie dans ce domaine ; poursuivre son examen en vue de consolider et préciser, dans une proposition de directive cadre, les principes relatifs aux services d'intérêt économique général, qui sous-tendent l'article 16 du traité, dans le respect de la spécificité des différents secteurs concernés et compte tenu des dispositions de l'article 86 du traité. La Commission présentera un rapport à la fin de l'année".

La question des services d'intérêt général traverse sous différents titres, les conclusions du Conseil :

- énergie : "le Conseil des ministres et le Parlement sont invités à adopter dès que possible en 2002, les propositions en instance concernant la phase finale de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz" : libre choix du fournisseur à partir de 2004, sauf pour les ménages ; d'ici 2003 "une décision sur d'autres mesures tenant compte de la définition des obligations de services publics, de la sécurité d'approvisionnement et, notamment, de la protection des régions reculées et des groupes les plus vulnérables de la populations" ; la dissociation entre transmission et distribution d'une part, et approvisionnement d'autre part ; des tarifs transparents et publiés (non discrimination) ; la mise en place d'un régulateur national (voir également ci dessous, l'avis du Parlement européen).

- transports : le Conseil, notamment, "invite le conseil transports, lors de sa session de mars [25 et 26], à prendre les décisions nécessaires concernant le financement et le lancement de [Galileo] et la création de l'entreprise commune en coopération avec l'agence spatiale." ; souhaite être en mesure de prendre des décisions relatives à la mise en place du ciel unique européen en 2004 ; poursuite des travaux sur le "deuxième train" ferroviaire.

- télécommunications : pleine mise en œuvre de la nouvelle réglementation en 2003.

Pour créer un "climat plus favorable à l'esprit d'entreprise", le Conseil, en particulier, "appelle à nouveau les Etats membres à réduire le niveau global des aides d'Etat [...] et à réorienter ces aides vers des objectifs horizontaux d'intérêt commun tels que la cohésion économique et sociale" ; "prend acte de l'intention de la Commission de soumettre dès que possible, le cadre qu'elle propose dans le prolongement de sa communication "Une stratégie pour marché intérieur des services", notamment toute mesure concrète qu'il convient de prendre" ; souligne l'importance "d'améliorer la qualité des services de l'administration publique"(18).

Par ailleurs, "soucieux de relever le défi que constitue "le vieillissement de la population en termes de budget", le Conseil demande que "la réforme des régimes de retraite soit accélérée" et attend pour le Conseil européen du printemps 2003 un "rapport conjoint, Commission et conseil affaires sociales, sur les retraites". En même temps, il souligne qu'il convient de "réduire les incitations individuelles à la retraite anticipée", "offrir aux travailleurs âgés davantage de possibilités de rester sur le marché" et que "il faudrait chercher d'ici à 2010 à augmenter progressivement d'environ cinq ans l'âge moyen effectif auquel cesse, dans l'Union, l'activité professionnelle".

Parmi les nouvelles mesures nécessaires en matière de développement durable, le Conseil, en particulier, "note l'intention de la Commission d'accélérer ses travaux pour l'élaboration d'une directive cadre sur la tarification des infrastructures, afin que, d'ici 2004, les prix des différents modes de transport reflètent mieux leurs coûts pour la société".

Le Conseil européen de Barcelone a permis des avancées dans certains domaines, mais il est cependant

encore resté bien en deçà des prises de position et initiatives dont l'Europe et ses citoyens ont besoin.

En réponse à la demande du Conseil européen de Barcelone, la Commission a présenté, le 30 mai 2002, son rapport "relatif à l'Etat des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux services d'intérêt général". Après avoir rappelé que la jurisprudence de la Cour de justice demeure évolutive, le rapport propose d'attendre, avant de présenter une proposition de cadre communautaire, que la Cour se soit prononcée dans deux affaires (Altmark Trans [service public de transport de voyageurs] et GEMCO SA [service public de collecte et élimination d'animaux]) pour voir si elle confirmera ou non la jurisprudence Ferring, selon laquelle une compensation qui ne fait que compenser le surcoût d'obligations de service public ne constitue pas une aide d'Etat. Si la jurisprudence Ferring n'est pas confirmée, la Commission préparera un projet d'encadrement communautaire, suivi ultérieurement d'un règlement d'exemption. Si elle est confirmée "un texte, dont la forme juridique devra être arrêtée le moment voulu, demeure utile pour accroître la sécurité juridique, en particulier en ce qui concerne les modalités de calcul de la compensation et les conditions de sélection des entreprises chargées d'exploiter des services d'intérêt économique général". Les services de la Commission organiseront, à l'automne 2002, une réunion avec les experts des Etats membres, avec l'objectif de produire un texte fin 2002. Le rapport précise que "ce texte sera bien sûr sans préjudice des dispositions spécifiques applicables dans le secteur des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable".

Le Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 a réaffirmé "le calendrier agréé à Barcelone sur l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz" et demandé de poursuivre les travaux de "révision des réseaux transeuropéens de transports et la mise en place du ciel unique dans les délais convenus". Il a pris "acte de la communication de la Commission sur une méthodologie d'évaluation dans le contexte des services d'intérêt économique général et invité la Commission à faire rapport au Conseil européen de Copenhague sur l'état des travaux concernant les lignes directrices pour les aides d'Etat et, le cas échéant, à adopter un règlement d'exemption par catégories dans ce domaine". Il a demandé "au Conseil des ministres de finaliser avant la fin de l'année l'adoption du paquet de mesures sur les marchés publics".

Suite à la déclaration sur les services d'intérêt général jointe aux conclusions du Conseil européen de Nice, la Commission a présenté au Conseil de Séville une "note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt général".

Cette Communication représente une avancée significative vers la construction d'une réelle culture de l'évaluation. Elle reprend nombre de propositions avancées par le CELSIG depuis plusieurs années, donne l'impulsion à ce que doit devenir une véritable évaluation des services d'intérêt général (multicritère, pluraliste, contradictoire, comparative, continue), et annonce le début d'un processus qui ne peut que s'enrichir dans la durée, par l'accumulation de l'expérience et par un apprentissage en commun.

Cependant, la Commission propose de faire elle-même les rapports d'évaluation, sans voir le conflit d'intérêt que cela ne pourra qu'entraîner : la fonction d'évaluation doit être séparée de la réglementation et de la régulation, et la Commission ne peut prétendre être à la fois avoir le monopole des propositions, mettre en œuvre les décisions et juger de leur impact. Il faudrait donc créer un observatoire européen autonome de l'évaluation, et auquel la Commission serait, bien sûr, associée.

La Commission a adopté, le 4 décembre 2002, une communication au Parlement et au Conseil sur "l'état des travaux relatifs à l'examen d'une proposition de directive cadre sur les services d'intérêt général" [COM(2002) 689 final]. Elle rappelle que "compte tenu des opinions et des attentes différentes des divers intervenants, la Commission estime qu'un débat et une consultation élargis au niveau européen constituerait une étape utile et [...] nécessaire pour clarifier et définir l'approche générale de la Communauté sur la meilleure manière d'assurer l'articulation entre les principes de services d'intérêt général qui sous tendent l'article 16 et les autres objectifs du traité". "Le Livre vert constituera un document de consultation et permettra à la Commission d'examiner "la

faisabilité et la valeur ajoutée d'une éventuelle directive cadre", "mais aussi d'étudier de manière plus approfondie le rôle de l'Union européenne dans la prestation de services d'intérêt général de qualité pour les consommateurs et les entreprises en Europe". Par ailleurs, le Livre vert "portera principalement sur la situation dans le cadre du traité actuel ; il "n'implique pas que les travaux en cours sur les services d'intérêt général sont suspendus" ; il devrait être publié "au cours du premier trimestre 2003" ; "à la suite d'une consultation publique [..], la Commission finalisera son examen et présentera ses conclusions en même temps que des initiatives concrètes et, le cas échéant, des propositions législatives pour l'été 2003".

Si le Livre vert et le débat public annoncé par la Commission, susceptibles d'être suivis de propositions législatives à l'été 2003, sont indiscutablement utiles, ils ne doivent pas conduire à éluder la réforme du traité et à repousser une directive cadre.

L'européanisation des services publics

Le Livre vert de 2003

Le Livre vert publié par la Commission européenne le 25 mai 2003 a cherché à clarifier les débats des dernières années quant à l'avenir des SIG, aux politiques que doit développer l'Union européenne, ainsi qu'à la manière d'intervenir (législation sectorielle ou cadre juridique général). Il a ouvert un débat public à l'échelle de l'Union européenne sur la place et le rôle des SIG dans l'Union du XXI^e siècle. 30 questions ont été posées à tous les acteurs, suscitant un véritable débat européen (cf. encadré). Près de 300 contributions ont été adressées à la Commission européenne, mises sur son site Internet (1). Parallèlement, le Parlement européen, le Comité économique et social européen, le Comité des régions se sont exprimés.

Les 30 questions du Livre vert de 2003

Quel type de subsidiarité?

- (1) Le développement de services d'intérêt général de qualité doit-il être inclus dans les objectifs de la Communauté ? Faut-il attribuer à la Communauté des compétences législatives supplémentaires dans le domaine des services d'intérêt économique et non économique général ?
- (2) Faut-il clarifier la manière dont les responsabilités sont partagées entre le niveau communautaire et les administrations des États membres ? Est-il nécessaire de clarifier la définition des services sans effet sur les échanges entre les États membres ? Si oui, comment ?
- (3) Y a-t-il des services (autres que les grandes industries de réseau) pour lesquels un cadre réglementaire communautaire doit être établi ?
- (4) Le cadre institutionnel doit-il être amélioré ? Comment ? Quels doivent être les rôles respectifs des autorités chargées de la concurrence et des autorités réglementaires ? Convient-il d'établir un régulateur européen pour chaque secteur réglementé ou des réseaux européens structurés d'autorités réglementaires nationales ?

Législation sectorielle et cadre juridique général

- (5) Un cadre communautaire général pour les services d'intérêt général est-il souhaitable ? Quelle serait sa valeur ajoutée par rapport à la législation sectorielle en vigueur ? Quels seraient les secteurs, les matières et les droits couverts ? Quel instrument utiliser (directive, règlement, recommandation, communication, lignes directrices, accord interinstitutionnel) ?
- (6) Quelle a été à ce jour l'incidence de la réglementation sectorielle ? A-t-elle engendré des incohérences ?

Services économiques et services non économiques

- (7) Faut-il préciser davantage les critères utilisés pour déterminer si un service est de nature économique ou non économique ? La situation des organisations sans but lucratif et des organisations qui remplissent pour une grande part des fonctions sociales doit-elle être mieux clarifiée ?
- (8) Quel doit être le rôle de la Communauté en matière de services non économiques d'intérêt général ?

Un ensemble commun d'obligations

- (9) Faut-il inclure d'autres exigences dans la définition commune des services d'intérêt général ? Quelle est l'efficacité des exigences en vigueur du point de vue de la réalisation des objectifs de la cohésion sociale et territoriale ?
- (10) La totalité ou certaines de ces exigences doivent-elles être étendues à des services auxquels elles ne s'appliquent pas actuellement ?
- (11) Quels aspects de la réglementation de ces exigences doivent être traités au niveau communautaire et quels aspects doivent être laissés aux États membres ?
- (12) Ces exigences ont-elles été effectivement respectées dans les domaines où elles s'appliquent ?
- (13) Certaines ou la totalité de ces exigences doivent-elles également s'appliquer aux services non économiques d'intérêt général ?

Obligations sectorielles

(1) http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/service_general_interest/comments/public_fr.htm

- (14) Quels types de services d'intérêt général pourraient soulever des inquiétudes quant à la sécurité d'approvisionnement ? La Communauté doit-elle prendre des mesures supplémentaires ?
- (15) Des mesures complémentaires doivent-elles être prises au niveau communautaire pour améliorer l'accès au réseau et l'interconnectivité ? Dans quels secteurs ? Quelles mesures envisager, notamment à l'égard des services transfrontaliers ?
- (16) Quelles sont les autres obligations sectorielles de service public à prendre en considération ?
- (17) La possibilité de prendre des mesures concrètes pour protéger le pluralisme doit-elle être réexaminée au niveau communautaire ? Quelles mesures pourraient être envisagées ?

Définition des obligations et choix de l'organisation

- (18) Connaissez-vous des cas où les règles communautaires ont restreint de façon exagérée la manière dont les services d'intérêt général sont organisés ou dont les obligations de service public sont définies au niveau national, régional ou local ? Connaissez-vous des cas où la manière dont les services d'intérêt général sont organisés ou dont les obligations de service public sont définies au niveau national, régional ou local constitue une entrave disproportionnée à l'achèvement du marché intérieur ?
- (19) Convient-il d'harmoniser davantage les obligations de service public au niveau communautaire ? Pour quels services ?
- (20) Faudrait-il prévoir un renforcement des échanges des meilleures pratiques et de leur étalonnage pour les questions relatives à l'organisation des services d'intérêt général dans l'Union ? Qui faudrait-il impliquer dans cet exercice et quels secteurs pourraient être couverts ?

Financement

- (21) Connaissez-vous des cas où le droit communautaire, et en particulier l'application des règles relatives aux aides d'État, a empêché le financement de services d'intérêt général ou conduit à des choix inefficaces ?
- (22) Faut-il privilégier un mode de financement spécifique du point de vue de la transparence, de la responsabilité, de l'efficacité, des effets redistributeurs ou de la concurrence ? Le cas échéant, la Communauté doit-elle adopter des mesures appropriées ?
- (23) Existe-t-il des secteurs et/ou des situations où l'entrée sur le marché sous la forme d'un «écrémage» peut se révéler inefficace ou contraire à l'intérêt public ?
- (24) Les conséquences et les critères du financement basé sur la solidarité doivent-ils être précisés au niveau communautaire ?

Évaluation

- (25) Comment organiser l'évaluation des performances des services d'intérêt général au niveau communautaire ? Quelles dispositions institutionnelles choisir ?
- (26) Quels aspects des processus d'évaluation communautaires doivent-ils couvrir ? Quels critères utiliser lors des évaluations communautaires ? Quels services d'intérêt général faut-il inclure dans une évaluation au niveau communautaire ?
- (27) Comment faire participer les citoyens à l'évaluation ? Existe-t-il des exemples de bonnes pratiques ?
- (28) Comment améliorer la qualité des données aux fins des évaluations ? Plus particulièrement, dans quelle mesure les opérateurs doivent-ils être tenus de transmettre des données ?

Politique commerciale

- (29) Existe-t-il une évolution spécifique au niveau de la Communauté européenne qui mérite une attention particulière lorsque les services d'intérêt général seront abordés dans les négociations commerciales internationales ? Veuillez préciser.

Coopération au développement

- (30) Quel est le meilleur moyen pour la Communauté de soutenir et promouvoir l'investissement dans les services essentiels, nécessaire dans les pays en développement dans le cadre de sa politique de coopération au développement ?

Le traité constitutionnel

Le traité constitutionnel élaboré par la Convention sur l'avenir de l'Europe et signé par les chefs d'Etat et de gouvernement le 29 octobre 2004 comportait de dispositions nouvelles :

1/ d'intégrer comme deuxième partie la Charte des droits fondamentaux et donc son article 36 (devenu II-96).

Deux interprétations pourraient dès lors en être faites :

- la première met l'accent sur le fait que cet article ne dispose d'aucune norme communautaire, puisqu'il renvoie aux législations nationales,

- la seconde, au contraire, souligne que l'Union européenne se verrait contrainte de respecter l'accès aux services publics tel que défini par les législations nationales et ne pourrait donc les mettre en cause.
- 2/ de modifier et compléter l'actuel article 16 pour d'une part le placer au début de la troisième partie (article III-122) consacrée aux politiques de l'Union afin d'en faire ainsi une « clause d'application générale » pour toutes les politiques, y compris donc pour les politiques de concurrence ou de marché intérieur définies ensuite, d'autre part explicitement d'en faire la base d'un droit dérivé, donc de normes et de politiques communautaires explicites.
-

L'article III-122

Sans préjudice des articles I-5, III-166, III-167 et III-238, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et les Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. La loi européenne établit ces principes et fixe ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect de la Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services

Le Livre blanc de mai 2004

Le 12 mai 2004, la Commission européenne a publié, sur la base de toutes les contributions reçues, un Livre blanc, qui propose des orientations stratégiques pour les prochaines années.

La Commission souligne que le débat a fait apparaître d'importantes différences de points de vue et de perspectives, mais qu'il semble s'être dégagé un consensus quant à la nécessité d'assurer une combinaison harmonieuse des mécanismes de marché et des missions de service public.

Le Livre blanc insiste sur la responsabilité des pouvoirs publics : si la fourniture des services d'intérêt général peut être organisée en coopération avec le secteur privé ou confiée à des entreprises privées ou publiques, la définition des obligations et missions de service public, en revanche, reste du ressort des pouvoirs publics à l'échelon approprié. Les pouvoirs publics concernés sont également chargés de réguler les marchés et de veiller à ce que les opérateurs accomplissent les missions de service public qui leur sont confiées.

La Commission fait le point sur les définitions terminologiques.

Les définitions du Livre blanc

Des différences terminologiques, une confusion sémantique et des traditions variées dans les États membres ont créé de nombreux malentendus dans le débat mené au niveau européen. Dans les États membres, des termes et des définitions différents sont utilisés dans le domaine des services d'intérêt général en raison d'évolutions historiques, économiques, culturelles et politiques dissemblables. La terminologie communautaire s'efforce de prendre ces différences en considération.

Services d'intérêt général

L'expression "services d'intérêt général" ne se trouve pas dans le traité lui-même. Elle découle dans la pratique communautaire de l'expression "service d'intérêt économique général" qui est, elle, utilisée dans le traité. Elle a un sens plus large que l'expression précitée et couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public.

Services d'intérêt économique général

L'expression "services d'intérêt économique général" est utilisée aux articles 16 et 86, paragraphe 2, du traité. Elle n'est pas définie dans le traité ou dans le droit dérivé. Cependant, dans la pratique communautaire, on s'accorde généralement à considérer qu'elle se réfère aux services de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. La notion de services d'intérêt économique général couvre donc plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les

communications. Toutefois, l'expression s'étend également aux autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public.

Comme le Livre vert, le présent Livre blanc se concentre principalement, mais pas exclusivement, sur les questions liées aux "services d'intérêt économique général", puisque le traité lui-même est axé essentiellement sur les activités économiques. L'expression "services d'intérêt général" est utilisée dans le Livre blanc uniquement lorsque le texte fait également référence aux services non économiques ou lorsqu'il n'est pas nécessaire de préciser la nature économique ou non économique des services concernés.

Service public

Il convient de souligner que les termes "service d'intérêt général" et "service d'intérêt économique général" ne doivent pas être confondus avec l'expression "service public", qui est moins précise. Celle-ci peut avoir différentes significations et être ainsi source de confusion. Elle peut se rapporter au fait qu'un service est offert au grand public ou qu'un rôle particulier lui a été attribué dans l'intérêt public, ou encore se référer au régime de propriété ou au statut de l'organisme qui fournit le service en question. Elle n'est dès lors pas utilisée dans le Livre blanc.

Obligations de service public

L'expression "obligations de service public" est utilisée dans le Livre blanc. Elle désigne les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public, par exemple dans le secteur du transport aérien, ferroviaire ou routier et dans le domaine de l'énergie. Ces obligations peuvent être imposées au niveau communautaire, national ou régional.

Entreprise publique

L'expression "entreprise publique" est généralement utilisée, elle aussi, pour définir le régime de propriété du fournisseur de service. Le traité prévoit une stricte neutralité. Le fait que les fournisseurs de services d'intérêt général soient publics ou privés n'a pas d'importance dans le droit communautaire; ils jouissent de droits identiques et sont soumis aux mêmes obligations.

L'approche de la Commission se fonde sur 9 principes et avance **8 orientations** :

- Respecter la diversité dans un cadre cohérent : la Commission réexaminera la faisabilité et la nécessité d'une loi-cadre relative aux services d'intérêt général lors de l'entrée en vigueur du traité constitutionnel et présentera un rapport avant fin 2005.
- Clarifier et simplifier le cadre juridique relatif à la compensation des obligations de service public : d'ici juillet 2005, la Commission adoptera, une décision relative à l'application de l'article 86 du traité aux aides d'État accordées sous forme de compensation pour service public à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ; adoptera un cadre communautaire relatif aux aides d'État accordées sous forme de compensation pour service public; adoptera, d'ici juillet 2005, une modification de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ; précisera les conditions dans lesquelles les compensations pour service public peuvent constituer une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1.
- Fournir un cadre clair et transparent pour le choix des entreprises chargées d'un service d'intérêt général : la Commission procédera à une consultation publique concernant le Livre vert sur les partenariats public-privé ; présentera s'il y a lieu, des propositions fondées sur les résultats de la consultation publique.
- Reconnaître pleinement l'intérêt général dans les services sociaux et de santé : la Commission présentera courant 2005 une communication sur les services sociaux et de santé d'intérêt général.
- Analyser les résultats et évaluer le fonctionnement des services : la Commission présentera en 2004 sa première évaluation horizontale des services d'intérêt général, fondée sur sa méthodologie d'évaluation; reverra en 2006 ses mécanismes d'évaluation.
- Revoir les politiques sectorielles : la Commission encouragera la coopération des autorités de régulation nationales au travers de réseaux de régulateurs; tiendra compte des résultats de la consultation publique sur le Livre vert lors des examens déjà prévus pour les différents secteurs, à savoir: l'examen du champ d'application du service universel dans les communications électroniques, d'ici juillet 2005; l'examen du paquet sur les communications électroniques, d'ici juillet 2006; l'examen de la directive sur les services postaux, d'ici fin 2006; l'examen du marché intérieur de l'électricité, d'ici le 1er janvier 2006; l'examen du marché intérieur du gaz, d'ici le 1er janvier 2006; l'examen de la directive "Télévision sans frontières", début 2005; l'évaluation du secteur de l'eau, d'ici fin 2004.

- Refléter nos politiques internes dans notre politique commerciale internationale : la Commission continuera de veiller à ce que les positions adoptées par la Communauté lors des négociations commerciales internationales soient en cohérence totale avec le cadre réglementaire interne de l'Union dans le domaine des services d'intérêt général.
- Promouvoir les services d'intérêt général dans la coopération au développement : la Commission aidera les pays en développement à créer un cadre réglementaire et institutionnel solide, préalable essentiel à la promotion de l'investissement dans les services d'intérêt général.

Les 9 principes du Livre blanc

- Permettre aux pouvoirs publics d'être proches des citoyens : les services d'intérêt général devraient être organisés et régulés aussi près que possible des citoyens et que le principe de subsidiarité doit être rigoureusement respecté.
- Atteindre des objectifs de service public au sein de marchés ouverts et concurrentiels : la Commission reste d'avis qu'un marché intérieur ouvert et concurrentiel, d'une part, et le développement de services d'intérêt général de qualité, accessibles et abordables, de l'autre, sont des objectifs compatibles : en vertu du traité CE et sous réserve des conditions fixées à l'article 86, paragraphe 2, l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévaut, en cas de tension, sur l'application des règles du traité.
- Assurer la cohésion et l'accès universel : l'accès de tous les citoyens et entreprises à des services d'intérêt général de qualité et abordables sur l'ensemble du territoire des États membres est essentiel pour favoriser la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne. Dans ce contexte, le service universel est une notion clé que la Communauté a développé pour assurer l'accessibilité effective des services essentiels.
- Maintenir un niveau élevé de qualité et de sécurité : en outre, la sécurité de la fourniture des services, en particulier la sécurité d'approvisionnement, constitue une exigence essentielle qui doit être prise en compte lors de la définition des missions de service public. Il faut également que les conditions de fourniture des services offrent aux opérateurs des incitations suffisantes pour maintenir des niveaux adéquats d'investissement à long terme.
- Garantir les droits des consommateurs et des usagers : ces principes concernent en particulier l'accès aux services, notamment transfrontaliers, sur tout le territoire de l'Union et pour tous les groupes de population, l'accessibilité financière des services, y compris des régimes spéciaux pour les personnes à faible revenu, la sécurité physique, la sécurité et la fiabilité, la continuité, la qualité élevée, le choix, la transparence et l'accès aux informations des fournisseurs et des régulateurs. La mise en oeuvre de ces principes nécessite généralement l'existence de régulateurs indépendants investis de pouvoirs et de devoirs clairement définis. Ceux-ci incluent des pouvoirs de sanction (moyens de contrôler la transposition et l'application des règles en matière de service universel), et devraient également englober des dispositions concernant la représentation et la participation active des consommateurs et des usagers lors de la définition et de l'évaluation des services, la mise à disposition de voies de recours et de mécanismes de compensation appropriés, ainsi que l'existence d'une clause évolutive permettant l'adaptation des exigences en fonction de l'évolution des besoins et des préoccupations des usagers et des consommateurs, ainsi que des mutations de l'environnement économique et technologique.
- Suivre et évaluer le fonctionnement des services : partageant l'avis le plus couramment exprimé lors de la consultation publique, la Commission estime qu'une éventuelle évaluation devrait être multidimensionnelle et porter sur tous les aspects juridiques, économiques, sociaux et environnementaux pertinents.
- Respecter la diversité des services et des situations : toute politique communautaire relative aux services d'intérêt général doit tenir dûment compte de la diversité qui caractérise les différents services de ce type et les conditions dans lesquelles ils sont fournis. Cela ne signifie toutefois pas qu'il ne soit pas nécessaire d'assurer la cohérence de l'approche communautaire entre différents secteurs ou que l'élaboration de concepts communs applicables à plusieurs secteurs soit inutile.
- Accroître la transparence : ce principe devrait s'appliquer à tous les aspects du processus de mise en oeuvre et englober la définition des missions de service public, l'organisation, le financement et la régulation des services, ainsi que leur production et leur évaluation, y compris les mécanismes de traitement des plaintes.
- Assurer la sécurité juridique : la Commission sait bien que l'application du droit communautaire aux services d'intérêt général puisse soulever des questions complexes. C'est pourquoi elle va mener une action permanente afin d'améliorer la sécurité juridique liée à l'application du droit communautaire à la fourniture des services d'intérêt général, sans préjudice de la jurisprudence de la Cour européenne de justice et du Tribunal de première instance.

De réels déséquilibres

Malgré ces évolutions et propositions, subsistent aujourd'hui de réels déséquilibres entre d'un côté la logique de concurrence et de libéralisation, qui reste dominante, et de l'autre les objectifs d'intérêt général, qui continuent le plus souvent à relever de l'exception. Il subsiste de fortes incertitudes et insécurités pour les acteurs :

- juridiques, quant à la hiérarchie des normes communautaires, à leur interprétation et à leur mise en œuvre,
- économiques, en absence d'un cadre permettant d'assurer le financement à long terme des investissements et de la compensation des obligations d'intérêt général,
- en matière de mise en œuvre du principe de subsidiarité, donc de pouvoirs et responsabilités des autorités publiques à tous les niveaux (local, régional, national, européen),
- sociales, quant aux conditions d'accès de chaque habitant aux services d'intérêt général,
- territoriales, selon les conditions de géographie physique et humaine,
- politiques, quant à la place des services d'intérêt général dans l'intégration européenne.

Des déséquilibres existent aussi en termes de rythmes d'élaboration et d'effet du droit dérivé, entre d'un côté les textes et mesures qui régissent l'ouverture à la concurrence et de l'autre ceux qui visent à reconnaître et sécuriser les SIG.

La position du Parlement européen

Le Parlement européen a adopté, le 27 septembre 2006, à une très large majorité (491 voix pour, 128 contre, 31 abstentions) le rapport de Bernhard Rapkay (PSE, Allemagne) sur le Livre blanc sur les services d'intérêt général, fruit d'un compromis entre les principaux groupes politiques du PE.

Le rapport "invite la Commission [...] à présenter des initiatives juridiques appropriées [...] et rappelle que les droits de codécision, lorsqu'ils sont prévus par les traités, devraient être pleinement exercés par toutes les parties prenantes dans le domaine des SIG et des SIEG" (31), et il "invite la Commission à créer plus de sécurité juridique dans le domaine des SIG sociaux et de santé et à soumettre une proposition concernant une directive sectorielle [...] dans la mesure où c'est approprié" (17). Le rapport "demande à la Commission de lui présenter une analyse exhaustive des incidences de la libéralisation jusqu'à ce jour, en particulier sur la situation des consommateurs et de travailleurs concernées" (4) ; il "se félicite [...] du fait que dans son Livre blanc sur les SIG, la Commission indique que "l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévaut en cas de tension, sur l'application des règles du traité" (10) ; il rappelle que "tant la sécurité juridique nécessaire que la transparence adéquate font encore défaut" (12).

Par ailleurs, le rapport insiste sur la "nécessité de respecter le principe de l'autonomie locale et régionale, lequel confère à l'autorité compétente le droit de choisir comment fournir au mieux chaque service en tenant compte de l'intérêt public" (24) et sur le fait que "les autorités locales devraient être à même d'attribuer des missions de services directement à des entreprises intercommunales ou à des formes similaires [...] et qu'il convient d'élaborer un cadre qui n'exclue pas catégoriquement a priori la participation d'acteurs privés" (25) ; il "demande dans ce contexte [...] de garantir d'urgence plus de sécurité juridique pour les différentes formes d'organisation associant plusieurs autorités" et "souligne que les externalisations de service public qui ne sont pas de même nature que l'octroi de marchés publics devraient faire l'objet d'une clarification juridique" (26).

Lors du débat qui a précédé le vote, la Commission européenne a précisé par la voix de son président Jose Manuel Barroso que la Communication prévue dans le Livre blanc serait publiée avant la fin de l'année et que des initiatives législatives seraient proposées pour certains secteurs, tels que les services postaux et la mobilité des patients. Il a fait état de la disposition de la Commission à coopérer à la création d'un cadre juridique "utile et efficace" pour les SIG reposant sur "quatre principes" : la subsidiarité qui laisse les États membres libres d'organiser et de financer leurs SIG (sans qu'il soit opportun d'arrêter une définition uniforme au niveau communautaire) ; la compatibilité entre les SIG et le marché intérieur sur la base de l'article 86 du traité qui stipule qu'"en cas de conflit insoluble entre les règles du marché intérieur et les missions d'intérêt général l'intérêt général prime" ; les caractéristiques des services d'intérêt général (rapport qualité/prix, accès universel, respect des consommateurs, cohésion sociale ; la nécessité de sécurité juridique.

La Communication de la Commission européenne du ... novembre 2006

A suivre

La situation début 2007

Depuis 2004, les enjeux généraux des SIG ont plutôt fait du sur-place :

- L'article III-122 du Traité constitutionnel comportait 3 innovations majeures
 - . c'était une « clause d'application générale » pour toutes les politiques de l'UE,
 - . il était la base d'un droit dérivé positif,
 - . il assurait une ferme consolidation des pouvoirs des Etats et des collectivités locales, mais cela était ensuite mis à mal par les référendums français et néerlandais.
- La discussion du Livre blanc de 2004 s'est poursuivie, mais lentement et sans vraiment de perspective. Soulignons l'absence de majorité au Conseil et au Parlement européen pour une consolidation législative de principes généraux transverses.
- En dehors du « paquet Monti-Kroes » rendu nécessaire pour lever les incertitudes nées du jugement Altmark et en revenant à un calcul du mode de financement des OSP sur la base des coûts, les institutions ont continué à privilégier le sectoriel.
- Le débat s'est ouvert sur les Services sociaux d'intérêt général (SSIG), mais quelle est la volonté politique de garantir leurs conditions d'existence ?
- La Commission a reporté de mois en mois la publication de la Communication annoncée suite aux débats du Livre blanc, pour finir par proposer de la rattacher à la révision de la stratégie du marché intérieur prévue pour l'automne, en précisant 8 principes communautaires qui pourraient faire l'objet d'un accord interinstitutionnel ou d'une déclaration commune, voire d'une Charte

On pouvait donc craindre que ce délitement progressif ne débouche sur un abandon des avancées du III-122 lors de la relance de la révision des traités, en particulier en cas de traité « simplifié ».

Le Conseil européen des 21-22 juin

C'est plutôt l'inverse que vient de décider le Conseil européen des 21-22 juin, qui a défini le contenu de la réforme des traités.

D'une part les dispositions de l'article III-122 sont sauvegardées (« l'article 16 tel qu'amendé par la CIG de 2004 »), ce qui veut dire que la base d'un droit dérivé positif et les pouvoirs des Etats et des collectivités sont maintenus.

D'autre part, on lui ajoute un Protocole annexé aux traités (ci-dessous), qui comporte 2 innovations :

- il traite des SIG dans leur ensemble et non plus des seuls SIEG comme c'est le cas depuis 1957, et il dénomme les « services non économiques d'intérêt général » qui sont de la compétence des Etats membres, sans davantage les définir que les SIEG, ce qui risque de renvoyer les arbitrages à la Cour de justice de l'UE, dont on sait qu'elle a une définition très extensive de l'« économique » ;
- il précise les « valeurs communes » en listant les principes élaborés par la Commission – diversité des services, qualité, sécurité, accessibilité, égalité de traitement, accès universel, droits des utilisateurs -, donc en leur donnant plus de valeur juridique que les instruments envisagés par la Commission, mais en en restant à une liste générale (en tant que « valeurs ») et non quant aux « principes et conditions » permettant aux SIG d'accomplir leurs missions.

Protocole sur les services d'intérêt général (annexé aux traités)

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

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

- le rôle essentiel et la grande marge de manoeuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la fourniture, la mise en service et l'organisation des services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;
- la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;

- un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

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

Vers une conception européenne

Forger une conception européenne implique de sortir de la confusion et de distinguer service public / monopole / propriété publique / Etat ; de reconnaître que les services publics ne sont pas exempts de défauts, notamment quand ils sont en situation de monopole : abus de position dominante de l'entreprise qui preste le service, manque de transparence et bureaucratisation, manque de démocratie, oubli de la finalité du service qui est l'usager-consommateur-citoyen, régulation insuffisante ou chaotique, ignorance de la société et des relations avec les citoyens.

Le modèle social européen est caractérisé par les interactions et l'intégration du progrès économique et du progrès social, qui en font une économie sociale de marché. Il associe la garantie des droits de chacun d'avoir accès aux biens et services essentiels avec la recherche de la cohésion et de la solidarité dans un objectif de développement durable économique, social et environnemental. Faire émerger ce fond commun implique de partir non des concepts et des principes, tels qu'ils se sont sédimentés dans chaque construction historique, mais des objectifs, missions, obligations, droits et formes de régulation publique. Il s'agit, dans une démarche ouverte aux mutations économiques, sociales et culturelles, de recenser les éléments communs, fondements d'une conception européenne rénovée des services publics ou des services d'intérêt général. Il s'agit de rééquilibrer la logique dominante de concurrence par celle d'intérêt général, de les articuler de manière évolutive, l'une comme l'autre n'étant pas des finalités, mais deux moyens complémentaires d'avancer vers la réalisation des objectifs de l'Union.

Une doctrine européenne adaptée aux enjeux à venir et dans laquelle puissent converger la diversité des histoires, traditions et cultures nationales devra clarifier dix grands enjeux (cf. encadré) et aborder de front des questions au cœur de la recomposition de l'action publique : la responsabilité publique et la subsidiarité, la régulation et l'évaluation.

Les dix enjeux d'une conception européenne

1/ quelle définition des services d'intérêt général ? Quels rôle et compétences de l'Union européenne pour en promouvoir l'efficacité et la qualité ?

2/ quelle hiérarchie des normes communautaires entre les règles de concurrence et les objectifs d'intérêt général, pour conjuguer leurs avantages respectifs ? Le Livre blanc affirme qu'en vertu du traité CE et sous réserve des conditions fixées à l'article 86, paragraphe 2, l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévaut, en cas de tension, sur l'application des règles du traité ; mais il ne s'agit que d'une communication et non de droit dérivé.

3/ quelle mise en œuvre du principe de subsidiarité pour que l'autorité territoriale (locale, régionale, nationale, européenne) la plus efficace ait la compétence de définir et décider les objectifs de développement et de qualité des services pour son aire de responsabilité ?

4/ quel rôle des autorités publiques à chaque niveau territorial (local, régional, national, européen) pour définir, dans la transparence et la proportionnalité, les objectifs et missions d'intérêt général, les obligations de service public, pour décider du mode d'organisation de leur mise en œuvre (octroi éventuel de droits exclusifs ou spéciaux ; gestion par elle-même ou en en chargeant un organisme ou une entreprise de les fournir ; etc.), ainsi que de ses financements, pour organiser les modes de régulation, de contrôle et d'évaluation ?

5/ la distinction traditionnelle entre services économiques et non-économiques continue à être faite, puisque le traité ne donne de compétences à l'Union européenne que pour ce qui concerne les services d'intérêt économique général ; pour autant, d'une part les « valeurs communes » ou la « cohésion sociale et territoriale » (article 16) renvoient à l'ensemble des services d'intérêt général et non aux seuls services économiques, d'autre part la distinction entre services économiques et non-économiques est évolutive dans le temps et dans l'espace, ce qui crée une insécurité juridique et un risque de généralisation du droit de la concurrence à tous les SIG. Comment clarifier les concepts, références et critères utilisés ainsi que les compétences de l'Union, de façon à donner une visibilité et une sécurité économique et juridique à long terme ?

6/ quelle diversité de choix l'Union européenne doit-elle reconnaître à chaque autorité publique, dans la transparence complète des objectifs et des moyens, quant aux modes possibles de gestion des services d'intérêt général : gestion directe par l'autorité publique elle-même (service ou régie) ; mission donnée à une entreprise publique ou mixte dépendant de l'autorité publique elle-même ou d'économie sociale, coopérative ou associative ; délégation à une entreprise pour une durée déterminée (concession), mise en adjudication des services, ... ?

7/ comment assurer et garantir la sécurité de financement à long terme des obligations de service public ? Les pouvoirs publics ont à prendre en charge les servitudes ou les manques à gagner qui en résultent pour les entités en charge du service, par rapport à une situation où celles-ci agiraient selon des ressorts purement concurrentiels ; quelles formes peuvent prendre ces compensations pour s'adapter aux objectifs définis : subventions publiques, péréquations internes permettant de financer les coûts engendrés par des bénéficiaires sur des activités rentables, accompagnées ou non de droits exclusifs, fonds de compensation entre opérateurs, exonérations

de taxes ou autres, partenariats public-privé, etc. ?

8/ la régulation des services d'intérêt général ne se réduit pas à la mise en œuvre du droit commun de la concurrence, lequel peut faire obstacle au bon accomplissement des obligations de service public, mais relève des rapports entre les règles de concurrence et les missions d'intérêt général ; ces rapports sont évolutifs dans le temps et l'espace. Comment assurer une régulation dynamique et efficace ? Ne faut-il pas faire intervenir dans la régulation tous les acteurs intéressés ?

9/ une régulation efficace suppose de développer une dynamique progressive d'évaluation des performances des services d'intérêt général afin de contribuer à leur efficacité et à leur adaptation aux évolutions de besoins des consommateurs, des citoyens et de la société. Comment développer cette dynamique ? Comment associer toutes les institutions concernées ? Comment assurer l'autonomie des instances d'évaluation ? Ne faut-il pas faire participer à l'évaluation tous les acteurs concernés : autorités publiques, opérateurs, consommateurs (usagers domestiques comme industriels - grands et petits), citoyens, collectivités locales et élus (nationaux et locaux), personnels et leurs représentants, afin de prendre en compte la diversité de leurs attentes et intérêts ?

10/ en ce qui concerne les négociations commerciales internationales, comment assurer une cohérence forte entre la clarification et l'affermissement des services d'intérêt général dans l'Union européenne et les négociations de l'AGCS, entre les règles internes à l'Union et ses positions internationales ?

Responsabilité publique et subsidiarité

Chaque autorité publique, à chaque niveau territorial (local, régional, national, européen), doit assurer sa responsabilité de définir ce qui relève du service d'intérêt général dans son aire de compétence.

Cette responsabilité implique de définir clairement et d'actualiser régulièrement, dans la transparence et la proportionnalité, les missions de service public et de décider de leur mise en oeuvre soit par l'autorité publique elle-même, soit en en chargeant un organisme ou une entreprise, publique, privée ou mixte, d'économie sociale et coopérative ou associative.

Cette démarche implique de réexaminer, au cas par cas, dans chaque secteur et à chaque niveau, en fonction des mutations technologiques et économiques, et des évolutions de la demande sociale, le meilleur rapport à établir entre missions d'intérêt général et concurrence, afin de susciter un dépassement de l'opposition traditionnelle qui puisse conjuguer leurs mérites respectifs, de les articuler de manière évolutive, les unes comme l'autre n'étant pas des finalités, mais deux moyens complémentaires d'avancer vers la réalisation des objectifs de l'Union.

Cette démarche repose sur la mise en œuvre d'un principe consacré par l'intégration européenne : le principe de subsidiarité. Ce principe est souvent faussement présenté comme donnant dans chaque circonstance la priorité aux échelons locaux. Certains prétendent ainsi que la définition et l'organisation des services publics dans l'Union européenne relèveraient uniquement des Etats ou des autorités infra-nationales. En fait, l'article 5 du traité précise que c'est au cas par cas qu'il convient d'apprécier si tel objectif doit relever de tel échelon et ceci dans un souci d'efficacité.

Une bonne application du principe de subsidiarité doit consister à ce que l'autorité territoriale (locale, régionale, nationale, européenne) la plus efficace ait la compétence de définir les objectifs de développement et de qualité des services pour son aire de responsabilité, ainsi que la forme de prestation des services et de leurs financements (entreprises communales, entreprises publiques ou mixtes, entreprises privées).

Cette démarche conduit à donner des responsabilités importantes aux collectivités territoriales, car elles sont mieux à même que quiconque de tenir compte du contexte local. Elle conduit aussi à examiner la mise en place dans certains domaines de véritables services européens d'intérêt général, en coopération avec les services nationaux et infra-nationaux, pour édifier le territoire européen, promouvoir la cohésion sociale et territoriale au niveau de l'Union, développer les réseaux transeuropéens (contrôle aérien, poste, chemins de fer, transports terrestres, etc.), par exemple par une péréquation européenne du prix du timbre-poste.

Article 5 du traité

« La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les

Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. »

Quelle régulation ?

On a beaucoup trop souvent tendance à assimiler dans le langage commun la « régulation » des services publics à la mise en place d'un « régulateur » et à le définir comme « indépendant » (de l'Etat supposé être intrinsèquement pervers ou du moins inefficace). Du fait de leurs missions, la régulation des services publics ne se réduit pas à la mise en œuvre du droit commun de la concurrence, mais relève des rapports conflictuels entre les règles de concurrence et les missions d'intérêt général dont ils sont chargés. Ces rapports ne sont pas stables et figés, mais évolutifs dans le temps et l'espace. Ils tiennent notamment aux histoires, traditions, institutions et cultures nationales. Les modes de mise en œuvre des services d'intérêt général sont étroitement dépendants des sociétés dans lesquelles ils prennent place.

Cette régulation spécifique des services publics recouvre une série de fonctions : la réglementation, les objectifs publics sectoriels ou transversaux, la surveillance de la concurrence, l'équité d'accès à l'infrastructure – monopole naturel, les relations évolutives entre missions de service public et opérateurs, la tarification, la répartition de la rente et le financement des missions, l'évaluation de l'efficacité économique et sociale du système (y compris de la régulation elle-même), afin de contribuer à l'évolution dans le temps et dans l'espace, en fonction des besoins des consommateurs, des citoyens et de la société.

L'ensemble de ces fonctions ne peuvent relever d'une responsabilité unique, d'un organe désigné comme « le » régulateur et censé assurer l'ensemble des fonctions de régulation, mais de l'emboîtement de plusieurs instances à responsabilités complémentaires à la fois quant à leurs fonctions et à leur champ territorial (du local à l'échelon européen).

Le face-à-face entre opérateur(s) et régulateur s'accompagne le plus souvent d'un déséquilibre structurel d'informations en faveur du premier pouvant déboucher sur un phénomène de « capture du régulateur par l'opérateur ». Les opérateurs de service public, qui disposent de droits spéciaux, exclusifs, de monopoles ou d'oligopoles (qu'ils soient publics, comme privés), sont spontanément tentés d'abuser de l'asymétrie d'informations dont ils bénéficient pour s'accaparer ou détourner la rente au détriment des consommateurs et/ou de la collectivité.

Cette caractéristique implique de sortir du « jeu à deux », du face-à-face entre régulateur et opérateur(s), pour passer d'une régulation d'« experts » à une régulation d'« acteurs ». Les autorités publiques doivent d'une part assujettir les services publics à des règles de droit clairement établies, précises mais limitées, sous le contrôle des juridictions nationales et communautaires, d'autre part, œuvrer au développement de contre-pouvoirs et de participations à la fois internes et externes. Il faut faire intervenir tous les acteurs concernés : non seulement les autorités publiques et les opérateurs, mais aussi les consommateurs (les usagers domestiques comme industriels - grands et petits), les citoyens, les collectivités locales et les élus (nationaux et locaux), les personnels et organisations syndicales. Les uns et les autres disposent, de par leurs expériences multiples, de nombreuses informations qui « manquent » au régulateur et sont porteurs d'aspirations et d'exigences sur la base de la diversité de leurs besoins. Associer tous les acteurs concernés, les amener à engager la confrontation, le dialogue, la négociation, est un moyen de renforcer la régulation des services publics.

Avec les processus d'eupéanisation des services d'intérêt général, l'Union européenne devient progressivement le cadre de définition des règles d'organisation de chaque secteur. Les directives et règlements européens dits de « marché intérieur » définissent les règles du jeu générales applicables dans tous les Etats membres, avec dans certains cas des marges d'adaptation lors des transpositions en droit national.

En même temps, dans la plupart des cas, les règles européennes renvoient leur mise en œuvre et les procédures de régulation aux Etats membres. Ce déséquilibre entre réglementation communautaire et régulation nationale pose toute une série de problèmes. D'une part, il peut se produire des distorsions de concurrence

entre les Etats et donc entre les opérateurs, qui pour l'essentiel ont une base et une origine nationales, éléments contraires à l'objectif proclamé d'un marché intérieur. D'autre part, les phénomènes d'internationalisation et d'ouverture des économies ont amené les opérateurs de services d'intérêt général, qui étaient traditionnellement liés à un territoire, à une activité et à des institutions locales ou nationales, à s'internationaliser rapidement, ainsi qu'à se concentrer et à se diversifier ; la plupart des opérateurs dominants sont aujourd'hui des « groupes » européens sinon mondiaux et sont présents dans plusieurs secteurs. La réglementation européenne actuelle bute donc sur deux difficultés : comment se limiter à des règles sectorielles lorsque les opérateurs sont multi-activités ? comment conduire une régulation nationale de groupes dont les stratégies de développement sont européennes sinon mondiale, question d'autant plus prégnante que les Etats ne disposent pas d'importants moyens ?

Par ailleurs, il faut prendre en compte que les institutions européennes, la Commission (au moins la DG Concurrence pour tout ce qui concerne les concentrations et les aides d'Etat) et la Cour de justice (de manière beaucoup plus générale, au fur et à mesure des différends qui lui sont soumis), exercent d'ores et déjà un rôle de régulation des services d'intérêt général, le plus souvent sans le reconnaître explicitement.

Des coordinations entre autorités nationales de régulation ont progressivement été développées, mais est-ce suffisant pour exercer une gouvernance efficace ? Certains se prononcent donc pour mettre en place des autorités européennes de régulation des services d'intérêt général. Mais cela rendrait difficile la prise en compte, de manière efficace, des diversités des traditions nationales et poserait de multiples problèmes organisationnels.

Dès lors, certains avancent l'idée, nouvelle, d'une « fédéralisation » de la régulation. L'autorité européenne aurait la responsabilité des questions transnationales ou communautaires et les autorités nationales s'occuperaient des aspects nationaux ; ceci impliquerait de définir des modes d'articulation entre autorités nationale ou infra-nationales et européenne. Cette hypothèse permettrait de combler le déséquilibre mentionné entre petits et grands pays en matière de capacités de régulation. Les Etats n'en seraient pas forcément affaiblis, car ils pourraient unir leurs compétences qui, le plus souvent ne sont pas suffisantes pour répondre à des questions similaires. Les opérateurs préféreront sans doute à terme recourir à une seule instance plutôt qu'à plusieurs.

Sans doute cette hypothèse de fédéralisation de la régulation est-elle encore prématurée, tant les Etats restent attachés au respect du principe de subsidiarité. Mais on voit mal le statu quo actuel se poursuivre longtemps.

Quelle évaluation des performances ?

L'évaluation des performances des services publics n'a de sens que rapportée aux objectifs et missions assignés. L'évaluation des performances apparaît comme une fonction différente de la régulation, mais aussi un élément nécessaire de celle-ci. L'évaluation ne comporte aucun pouvoir d'arbitrage ou de sanction, mais relève du « dire », du « révéler » ; c'est un moyen essentiel pour inciter à l'efficacité, promouvoir les évolutions des missions comme du cadre réglementaire.

L'évaluation ne peut qu'être plurielle : les services d'intérêt économique général font intervenir toute une série d'acteurs dont les intérêts sont différents et dans certains cas opposés et dont les rapports sont marqués par des asymétries d'informations et d'expertises.

Les performances relatives des services d'intérêt économique général s'appuient sur des rapports étroits avec les territoires, à différentes échelles (locale, nationale et européenne). L'évaluation relève de niveaux différents et/ou complémentaires, chacun ayant ses aspects spécifiques.

La performance peut s'apprécier pour différentes échelles temporelles. A très court terme, quant à la satisfaction immédiate du service, sa qualité, l'efficacité de sa gestion, ou à moyen, long voire très long terme pour des effets plus diffus dans le temps : les services d'intérêt général ont souvent des effets structurants à long terme. Les performances des services d'intérêt général sont aussi facteurs d'externalités, positives ou négatives qu'il s'agit d'évaluer.

Il s'agit donc de définir les types de performance, des critères, des indicateurs ; de décliner sectoriel et catégories d'acteurs ; de relier quantitatif et qualitatif ; de croiser des critères (ex. prix/qualité) ; de veiller à la qualité des indicateurs (pertinence, efficacité, fiabilité, compréhensibilité, vertu) ; de disposer d'un système d'indicateurs suffisamment simple et robuste.

La proposition de grille présentée dans le rapport CEEP-CIRIEC sur l'évaluation des performances (2) donne une vision globale des différents angles d'approche possibles d'une évaluation. Elle doit se décliner de manière plus précise au niveau sectoriel, et par catégorie de parties prenantes (utilisateurs, collectivités, etc.). Toutefois, elle permet d'identifier ce qui fait l'objet d'une évaluation des performances et ce qui n'en fait pas l'objet.

Du fait des caractéristiques spécifiques des services d'intérêt général, les instances chargées de l'évaluation doivent être pluralistes, spécialisées, autonomes, ce qui conduit à mettre en avant six caractères essentiels :

- elles doivent être définies au niveau de chaque Etat membre (avec des dimensions qui peuvent être infra-nationales), en même temps qu'il faut définir des modalités d'échanges, de confrontation, de comparaison, de coordination voire d'harmonisation au niveau communautaire ; la dimension européenne est d'autant plus à prendre en considération que les marchés concernés sont de moins en moins nationaux et que les acteurs eux-mêmes sont de plus en plus transnationaux, au point que l'on peut parler d'« opérateurs » ;
- elles doivent être ouvertes à la pluralité des acteurs, de leurs attentes et aspirations, de leurs intérêts. Aucune catégorie d'acteurs ne doit pouvoir s'arroger – en droit ou en fait – le monopole de l'évaluation. La meilleure garantie de cette prise en compte de tous les acteurs est sans doute que des représentants de chaque catégorie d'acteurs fassent partie de la structure qui définit les orientations de l'évaluation et en assure le suivi ;
- la spécificité de l'évaluation conduit à recommander que les instances chargées de l'évaluation soient séparées des institutions chargées de la régulation et donc spécialisées dans sa définition et sa conduite ;
- elles doivent avoir des marges d'autonomie par rapport aux différents acteurs concernés, afin d'éviter les risques de confiscation de l'évaluation si la fonction d'évaluation relevait entièrement et uniquement de certains acteurs. L'évaluation doit prendre en compte la pluralité des informations et expertises. Les instances chargées de l'évaluation doivent disposer de réels moyens d'expertise et d'investigation, garantis autant que possible par des lois ;
- elles doivent être chargées d'un secteur spécifique (pouvant être les transports, l'énergie, l'eau-assainissement, les télécommunications, les services postaux), même s'il peut apparaître utile de prévoir des échanges entre les instances sectorielles, d'une part pour échanger expériences et bonnes pratiques, d'autre part pour examiner régulièrement les interactions entre secteurs (on retrouve de plus en plus fréquemment les mêmes opérateurs dans les différents secteurs) ;
- enfin, il faut toujours mettre en rapport les coûts des dispositifs que l'on projette de mettre en place pour évaluer les performances avec les avantages que l'on en escompte quant à l'efficacité du système.

(2) Cf. Pierre Bauby, *Evaluer les performances des Services d'intérêt économique général en Europe*, rapport

Développer une dynamique progressive d'évaluation dans l'Union européenne devrait permettre de fonder les débats européens sur le devenir des services d'intérêt général sur des bases plus solides et plus objectives.

Les fondements de légitimation des services publics

La construction d'une doctrine européenne des services publics ou services d'intérêt général implique d'inverser la démarche habituelle, pour partir non des principes, tels qu'ils se sont sédimentés dans chaque construction historique, mais des besoins et aspirations des consommateurs, des citoyens et de la société et du fait que tous les pays, même les plus libéraux, ont des « services publics » ou « services d'intérêt général » ou « public utilities », plus ou moins développés en fonction de leurs histoires, de leurs traditions et de leurs cultures, mais qui jouent partout un rôle important dans la cohésion économique et sociale ainsi que dans l'aménagement des territoires. Les secteurs couverts sont les mêmes : génie urbain (eau, assainissement, déchets, câble), poste, télécommunications, routes, énergie, transports, etc. Les modalités de gestion, de régulation, les pratiques administratives, les institutions sont différentes, mais il y a un « fond commun » dans l'organisation de la société, composante d'un « modèle européen de société ou de civilisation ».

Faire émerger ce fond commun implique de partir non des concepts ou mots différents employés dans les différents pays, mais des objectifs, missions, principes, obligations, droits et formes de régulation publique. Il s'agit, dans une démarche ouverte aux mutations économiques, sociales et culturelles, de recenser les éléments communs, fondements d'une conception européenne rénovée des services publics ou des services d'intérêt général. Il s'agit de rééquilibrer la logique dominante de concurrence par celle d'intérêt général, de les articuler de manière évolutive, l'une comme l'autre n'étant pas des finalités, mais deux moyens complémentaires d'avancer vers la réalisation des objectifs de l'Union, pour que celle-ci « marche sur ses deux jambes ». Trois enjeux apparaissent clé : quelle mise en œuvre du principe de subsidiarité ? ; quel type de régulation construire, dans chaque Etat comme au plan de l'Union, des rapports entre concurrence et missions d'intérêt général ; quels modes d'évaluation des performances ?

Le principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité est souvent faussement présenté comme donnant dans chaque circonstance la priorité aux échelons locaux, à moins que ceux-ci ne délèguent leurs responsabilités aux échelons supérieurs nationaux ou communautaires. Certains prétendent ainsi que la définition et l'organisation des services publics dans l'Union européenne relèveraient pour l'essentiel des Etats ou des autorités infra-nationales. En fait, l'article 5 du traité précise que c'est au cas par cas qu'il convient d'apprécier si tel objectif doit relever de tel échelon et ceci dans un souci d'efficacité:

Un bon exemple nous est fourni aujourd'hui par la proposition de la Commission de Règlements sur les obligations des services publics (OSP) dans les transports terrestres urbains et interurbains, dont les principes risquent d'être généralisés à tous les autres secteurs d'activités.

Article 5 du traité

« La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. »

Proposition de la Commission de Règlement sur les obligations de services publics

Au-delà des aspects techniques propres au secteur des transports, quatre enjeux apparaissent clairement :

1/ En proposant le principe du contrat de service public obligatoire avec appel d'offres également obligatoire, la Commission contraint une collectivité à mettre en concurrence ses propres entreprises (ou régies directes), ce qui élimine à terme les entreprises communales. En effet, il sera impossible à une collectivité de recréer une régie compétente après avoir délégué le service à un gestionnaire extérieur.

2/ Cela pose la question des libertés de choix et d'administration des collectivités locales, directement mises en cause.

3/ Que signifie le principe de subsidiarité dans ces conditions, puisque les autorités responsables n'ont plus de réels choix sur des options majeures dans le domaine de leurs transports urbains et interurbains ? La diversité du territoire européen est telle qu'une forme unique d'organisation n'est ni souhaitable, ni envisageable.

4/ Souvent, les collectivités territoriales ont à faire à des entreprises - privées ou semi publiques - en situation oligopolistique, et surtout multiservices : grâce à leurs filiales, elles peuvent fournir aussi bien l'eau, l'assainissement, traiter les déchets, etc. Dans ce cas, la collectivité est très dépendante de ce groupe pour l'administration concrète de son territoire.

Une bonne application du principe de subsidiarité devrait consister à définir des objectifs évolutifs de développement et de qualité des services pour l'ensemble du territoire de l'Union et à laisser le choix aux collectivités territoriales de la forme de prestation des services et de leurs financements, car elles sont mieux à même que quiconque de tenir compte du contexte local.. Les objectifs quantifiés de qualité, de développement et de progression doivent être appliqués aux entreprises communales, aux entreprises publiques ou mixtes, comme aux entreprises privées fournissant le service. Ils devraient s'accompagner d'évaluations comparatives régulières de leur efficacité avec la participation de tous les intéressés.

Ainsi pourrait se développer une relation féconde entre principes de concurrence et missions d'intérêt général pour répondre de mieux en mieux aux finalités des services publics : répondre aux besoins des usagers, des citoyens et de la collectivité.

Cela conduit aussi à proposer la mise en place dans certains domaines de véritables services européens d'intérêt général, en coopération avec les services nationaux et infra-nationaux, pour édifier le territoire européen, promouvoir la cohésion sociale et territoriale au niveau de l'Union, développer les réseaux transeuropéens (contrôle aérien, poste, chemins de fer et transports terrestres, etc.), par exemple en proposant une péréquation européenne du prix du timbre-poste.

Quelle régulation des services publics ?

La « régulation » se définit comme modes d'ajustements permanents d'une pluralité d'actions et de leurs effets, permettant d'assurer l'équilibre dynamique de systèmes instables. La régulation recouvre donc la « réglementation », c'est-à-dire l'établissement des lois et contrats, le « contrôle » de leur exécution, ainsi que les nécessaires adaptations. S'il y a « régulation », c'est parce que les règles ne peuvent tout prévoir, doivent être interprétées et sont remises en cause - en adaptation perpétuelle, en fonction des situations et des objectifs.

La régulation

La régulation de tout groupe social correspond aux interactions entre les intérêts particuliers de chaque composante du groupe et l'intérêt commun ou général de celui-ci. Elle permet d'éviter que la coexistence d'intérêts et d'aspiration différents et contradictoires ne se traduise par le combat permanent de chacun contre chacun et contre tous. La régulation est pour partie interne au groupe considéré (« autorégulation »), voire à l'individu (par rapport à ses pulsions), mais concerne aussi les rapports et interactions du groupe avec ce qui l'entoure.

Toute régulation implique une série d'arbitrages entre des intérêts différents – compte tenu à la fois de la diversité des acteurs, des échelles temporelles prises en compte (intérêts des générations futures), des spécificités territoriales, de l'internalisation de telle ou telle externalité, etc. Ces arbitrages mettent en jeu des intérêts et forces qui non seulement ne sont pas identiques, mais le plus souvent s'opposent. Pour qu'il y ait arbitrage efficace et accepté, il faut préalablement que toutes les propositions et issues puissent s'exprimer à égalité. Cette expression permet non d'éviter l'existence d'effets pervers, inhérents à toute action sociétale, mais d'en limiter l'ampleur et d'en corriger rapidement les défauts.

La régulation implique l'expression de tous les acteurs concernés, la transparence, la délibération collective, la confrontation de la pluralité des approches et donc la démocratie. Elle suppose de pouvoir s'appuyer sur une évaluation multicritères et la pluralité d'expertises. En matière de régulation de la société, il y a toujours supériorité du collectif sur l'individuel. Toute entrave à l'expression d'une composante du corps social est une mutilation pour l'ensemble de celui-ci. La reconnaissance de l'existence d'oppositions d'intérêts, de contradictions dans tout groupe humain est la condition même de son existence comme groupe et de la définition de son intérêt commun ou général. L'existence de contre-pouvoirs n'est donc pas, comme c'est le cas dans la culture politique française dominante, une entrave à l'exercice du pouvoir de toute institution, mais au contraire une condition essentielle de son efficacité. Fondamentalement, la légitimité de tout pouvoir repose sur l'existence de contre-pouvoirs.

On a beaucoup trop souvent tendance à assimiler dans le langage commun la « régulation des services publics » à la mise en place d'un « régulateur » et à le définir comme « indépendant » (de l'Etat supposé être intrinsèquement pervers ou du moins inefficace).

Du fait des missions de service public, la régulation publique des services publics ne se réduit pas à la mise en œuvre du droit commun de la concurrence, mais relève des rapports conflictuels entre les règles de concurrence et les missions d'intérêt général dont ils sont chargés. Ces rapports ne sont pas stables et figés, mais évolutifs dans le temps et l'espace. Ils tiennent notamment aux histoires, traditions, institutions et cultures nationales. Les modes de mise en œuvre des services d'intérêt économique général sont étroitement dépendants des sociétés dans lesquelles ils prennent place. Quelles sont donc les fonctionsderégulation spécifique des services publics ? On peut en recenser 7.

Les fonctions de régulation des services publics

C'est à la fois : la réglementation, les objectifs publics sectoriels ou transversaux, la surveillance de la concurrence, l'équité d'accès à l'infrastructure – monopole naturel, les relations évolutives entre missions de service public et opérateurs, la tarification du « service public », la répartition de la rente et le financement des missions, l'évaluation de l'efficacité économique et sociale du système (y compris de la régulation elle-même), afin de contribuer à l'évolution dans le temps et dans l'espace, en fonction des besoins des consommateurs, des citoyens et de la société.

L'ensemble de ces fonctions ne sauraient relever d'une responsabilité unique, d'un organe désigné comme « le » régulateur et censé assurer l'ensemble des fonctions de régulation, mais de l'emboîtement de plusieurs instances à responsabilités complémentaires à la fois quant à leurs fonctions et à leur champ territorial (du local à l'échelon européen).

La mise en oeuvre des services publics implique d'abord une définition claire et transparente des missions de la part de l'instance publique qui décide d'en reconnaître la nécessité (autorité organisatrice) : loi définissant les missions, le mode d'organisation, le type de régulation, l'expression des acteurs, décrets, règlements, etc. Outre la réglementation, les pouvoirs publics peuvent décider et mettre en œuvre des politiques publiques, sectorielles ou transverses (lois, règlements, décisions).

Compte tenu de l'ouverture des secteurs concernés à une concurrence oligopolistique, les conditions de cette concurrence entre opérateurs ont à relever du droit de la concurrence et donc du Conseil de la concurrence. Dans la plupart des cas, il subsiste une part d'infrastructure continuant à relever du « monopole naturel », mais auquel les différents acteurs (opérateurs de services, consommateurs « éligibles ») ont accès. Les enjeux d'équité d'accès à ce réseau apparaissent décisifs. Compte tenu également de la complexité du domaine, cette fonction amène à créer des « commissions » spécialisées « autonomes » (et non « indépendantes », car aucune instance dans la société n'est « indépendante ») par rapport aux autres acteurs, donc évidemment par rapport à l'Etat-actionnaire d'un des opérateurs, disposant de réels pouvoirs d'investigation, de décision (en particulier en matière de tarifs d'accès à l'infrastructure), d'arbitrage et de sanction. Ces « commissions » sont un des acteurs – certes essentiel – de la régulation et non « le » régulateur. La régulation est trop importante et complexe pour être confiée à un organe disposant d'un nouveau monopole.

Plutôt d'ailleurs que d'utiliser le qualificatif d'« indépendant », il me semblerait bien préférable d'inverser la perspective pour examiner les conditions qui permettent à chaque organe d'être le moins dépendant possible de chacun des autres acteurs du système (cf. les rapports entre « régulateur » et opérateur).

Les relations entre missions de service public et concurrence relèvent d'abord de l'expression de tous les acteurs concernés aux différents échelons territoriaux pertinents (variables selon les secteurs), en particulier les consommateurs (usagers individuels, PME-PMI, collectivités, industriels), élus, personnels et organisations syndicales. Les « commissions » ont à être consultées pour avis, mais le pouvoir de décision doit revenir à l'autorité organisatrice, avec possibilité de recours judiciaire.

La tarification du « service public », les enjeux en termes d'affectation des gains de productivité et de répartition de la rente inhérente aux réseaux d'infrastructures entre consommateurs, entreprises du secteur, personnels, autorités publiques nationales et locales, le financement proportionné de la mise en œuvre des missions des service public doivent relever des pouvoirs publics, après avis des « commissions » et des instances d'expression des acteurs.

L'évaluation des activités et performances, de l'efficacité économique et sociale du système (y compris de sa régulation) suppose de mettre en place, à chaque niveau d'organisation-régulation, des Observatoires multi-critères, pluralistes dans leur composition comme dans les critères d'appréciation, disposant de capacités d'expertise autonomes, rendant des rapports publics. Ils doivent associer tous les acteurs concernés (régulateurs, opérateurs, élus nationaux et locaux, représentants des différentes catégories de consommateurs, des personnels et des organisations syndicales, des associations de la société civile, des chercheurs et universitaires, etc.).

Ces dispositifs ne sauraient être mis en œuvre qu'en France, mais viser à emboîter les échelons territoriaux pertinents du local-régional à l'europpéen.

Le face-à-face entre opérateur(s) et régulateur s'accompagne le plus souvent d'un déséquilibre structurel d'informations en faveur du premier pouvant déboucher sur un phénomène de « capture du régulateur par l'opérateur ». Les opérateurs de service public, qui disposent de droits spéciaux, exclusifs, de monopoles ou d'oligopoles (qu'ils soient publics, comme privés), sont spontanément tentés d'abuser de l'asymétrie d'informations dont ils bénéficient pour s'accaparer ou détourner la rente au détriment des consommateurs et/ou de la collectivité.

Cette caractéristique implique de sortir du « jeu à deux », du face-à-face entre régulateur et opérateur(s), pour passer d'une régulation d'« experts » à une régulation d'« acteurs ».

Une régulation d'acteurs

Les autorités publiques doivent d'une part assujettir les services publics à des règles de droit clairement établies, précises mais limitées, sous le contrôle des juridictions nationales et communautaires, d'autre part, œuvrer au développement de contre-pouvoirs et de participations à la fois internes et externes. Il faut faire intervenir tous les acteurs concernés : non seulement les autorités publiques et les opérateurs, mais aussi les consommateurs (les usagers domestiques comme industriels - grands et petits), les citoyens, les collectivités locales et les élus (nationaux et locaux), les personnels et organisations syndicales. Les uns et les autres disposent, de par leurs expériences multiples, de nombreuses informations qui « manquent » au régulateur et sont porteurs d'aspirations et d'exigences sur la base de la diversité de leurs besoins. Associer tous les acteurs concernés, les amener à engager la confrontation, le dialogue, la négociation, est un moyen de renforcer la régulation des services publics.

Aujourd'hui, un nouveau niveau de régulation apparaît avec l'Union européenne. A travers l'élaboration des directives, puis leur transposition, ou l'application directe des règlements, elle est en mesure de modifier en profondeur les « règles du jeu » dans l'ensemble des Etats membres. Elle est l'initiatrice et la formalisatrice de décisions toujours plus nombreuses, mais renvoie le plus souvent la mise en oeuvre et l'évaluation de celles-ci au niveau national. Bien loin de suivre ceux qui estiment prématuré de poser la question d'instances européennes de régulation, il faut prendre en compte le fait que les institutions européennes, la Commission (aujourd'hui, la DG Concurrence - s'est instituée en régulateur de fait des services publics) et la Cour de justice, exercent d'ores et déjà un rôle de régulation, le plus souvent sans le reconnaître explicitement. Il convient donc de procéder aux nécessaires clarifications et de préciser, sur la base du principe de subsidiarité, ce qui relève d'une régulation européenne, sur quelles bases, avec quels organes et les modes de relations avec les régulations nationales et infra-nationales.

Quelle évaluation des performances des services publics ?

Du fait des missions qui leur sont imparties, les Services publics ne relèvent pas seulement du droit commun de la concurrence (articles 81 à 89 du traité), mais des rapports entre les règles de concurrence et les missions d'intérêt général dont ils sont chargés. Ces rapports ne sont pas stables et figés, mais évolutifs dans le temps et l'espace. Ils tiennent notamment aux histoires, traditions, institutions et cultures nationales. Les modes de mise en oeuvre des services d'intérêt économique général sont étroitement dépendants des sociétés dans lesquelles ils prennent place.

L'évaluation des performances des services publics (3) n'a de sens que rapportée aux objectifsetmissions assignés. L'évaluation des performances apparaît comme une fonction différente de la régulation, mais aussi un élément nécessaire de celle-ci. L'évaluation ne comporte aucun pouvoir d'arbitrage ou de sanction, mais relève du « dire », du « révéler » ; c'est un moyen essentiel pour répondre aux finalités des Services d'intérêt économique général : répondre aux besoins des consommateurs, des citoyens et de la société. L'évaluation est un moyen d'incitation à l'efficacité. En même temps, l'évaluation doit permettre d'appréhender les dysfonctionnements, les différences en termes de qualité et/ou type de service d'un pays à l'autre et donc de mettre l'accent sur les nécessaires évolutions des missions comme du cadre réglementaire.

Evaluer les objectifs et missions

La mise en oeuvre des missions, des objectifs et des finalités définis (directives européennes, lois et règles nationales, cahiers des charges, etc.), dans leurs rapports avec les règles de concurrence.

(3) Cf. Pierre Bauby, Evaluer les performances des Services d'intérêt économique général en Europe, rapport

L'évaluation ne peut qu'être plurielle : les services d'intérêt économique général font intervenir toute une série d'acteurs dont les intérêts sont différents et dans certains cas opposés et dont les rapports sont marqués par des asymétries d'informations et d'expertises.

Les performances relatives des services d'intérêt économique général s'appuient sur des rapports étroits avec les territoires, à différentes échelles (locale, nationale et européenne). L'évaluation peut relever de niveaux différents et/ou complémentaires, chacun ayant ses aspects spécifiques.

La performance peut s'apprécier pour différentes échelles temporelles. A très court terme, quant à la satisfaction immédiate du service, sa qualité, l'efficacité de sa gestion, ou à moyen, long voire très long terme pour des effets plus diffus dans le temps. Les services d'intérêt général ont souvent des effets structurants à long terme. Les performances, parfois inégales, des services d'intérêt général peuvent être facteurs d'externalités, positives ou négatives.

Il s'agit donc de définir les types de performance, des critères, des indicateurs ; de décliner sectoriel et catégories d'acteurs ; de relier quantitatif et qualitatif ; de croiser des critères (ex. prix/qualité) ; de veiller à la qualité des indicateurs (pertinence, efficacité, fiabilité, compréhensibilité, vertu) ; de disposer d'un système d'indicateurs suffisamment simple et robuste.

La proposition de grille présentée dans le rapport CEEP-CIRIEC sur l'évaluation des performances donne une vision globale des différents angles d'approche possibles d'une évaluation. Elle doit se décliner de manière plus précise au niveau sectoriel, et par catégorie de parties prenantes (utilisateurs, collectivités, etc.). Toutefois, elle permet d'identifier ce qui fait l'objet d'une évaluation des performances et ce qui n'en fait pas l'objet.

Cette approche générique fait que tous les critères et domaines listés ne peuvent faire l'objet d'un étalonnage. La grille proposée comporte une cohérence d'ensemble. Chaque critère a sa pertinence, mais leur croisement permet d'articuler les différentes dimensions inhérentes aux services d'intérêt économique général ; ainsi, le critère de prix du service doit être rapporté à la nature de celui-ci, à sa qualité.

Les instances d'évaluation doivent être pluralistes, spécialisées, autonomes.

----- Les instances d'évaluation

Les caractéristiques spécifiques des services d'intérêt économique général conduisent à mettre en avant six caractères essentiels :

- elles doivent être définies au niveau de chaque Etat membre (avec des dimensions qui peuvent être infra-nationales), en même temps qu'il faut définir ce qui relève du niveau communautaire (cf. ci-dessous) ;
- elles doivent être ouvertes à la pluralité des acteurs, de leurs attentes et aspirations, de leurs intérêts : consommateurs (particuliers et entreprises) ; autorités publiques (européenne, nationales, locales) ; régulateurs ; opérateurs ; salariés et organisations syndicales ; organisations de la société civile. Aucune catégorie d'acteurs ne doit pouvoir s'arroger – en droit ou en fait – le monopole de l'évaluation. La meilleure garantie de cette prise en compte de tous les acteurs est sans doute que des représentants de chaque catégorie d'acteurs fassent partie de la structure qui définit les orientations de l'évaluation et en assure le suivi ;
- la spécificité de l'évaluation conduit à recommander que les instances chargées de l'évaluation soient séparées des institutions chargées de la régulation et donc spécialisées dans sa définition et sa conduite ;
- elles doivent avoir des marges d'autonomie par rapport aux différents acteurs concernés, afin d'éviter les risques de confiscation de l'évaluation si la fonction d'évaluation relevait entièrement et uniquement de certains acteurs. L'évaluation doit prendre en compte la pluralité des informations et expertises. Les instances chargées de l'évaluation doivent disposer de réels moyens d'expertise et d'investigation, garantis autant que possible par des lois ;
- elles doivent être chargées d'un secteur spécifique (pouvant être les transports, l'énergie, l'eau-assainissement, les télécommunications, les services postaux), même s'il peut apparaître utile de prévoir des

échanges entre les instances sectorielles, d'une part pour échanger expériences et bonnes pratiques, d'autre part pour examiner régulièrement les interactions entre secteurs (on retrouve de plus en plus fréquemment les mêmes opérateurs dans les différents secteurs) ;

- enfin, il faut toujours mettre en rapport les coûts des dispositifs que l'on projette de mettre en place pour évaluer les performances avec les avantages que l'on en escompte quant à l'efficacité du système.

Au plan communautaire, dans le cadre de la « méthode ouverte de coordination », il apparaît essentiel de définir des modalités d'échanges, de confrontation, de comparaison, de coordination voire d'harmonisation, qui peuvent aussi être un appui pour les réalisations nationales. La dimension européenne est d'autant plus à prendre en considération que les marchés concernés sont de moins en moins nationaux et que les acteurs eux-mêmes sont de plus en plus transnationaux, au point que l'on peut parler d'« europérateurs ».

Développer une dynamique progressive d'évaluation dans l'Union européenne devrait conduire à prendre des initiatives pour mettre en place une instance européenne d'évaluation des performances des Services d'intérêt économique général.

Une instance européenne d'évaluation

Cette instance devrait comporter un Conseil d'orientation composé de toutes les catégories d'acteurs concernés : consommateurs (particuliers et entreprises) ; autorités publiques (européenne, nationales, locales) ; régulateurs (par types d'activités ou ?) ; opérateurs ; salariés et organisations syndicales ; organisations de la société civile (collèges ?, par catégories d'acteurs ou domaines d'activités ?, une quarantaine de membres ?) ; et un exécutif opérationnel (restant une structure légère et efficace).

Cette instance pourrait être un Observatoire rattaché au Parlement européen (par exemple à sa Direction des études), ce qui lui permettrait de disposer d'une réelle légitimité démocratique. Son budget spécifique serait déterminé par le Parlement européen. Le rapport annuel serait soumis au Parlement européen. Il pourrait déboucher sur des recommandations de celui-ci.

Cet Observatoire devrait être en rapport de coopération et en interface avec d'une part les autres institutions européennes, en particulier la Commission européenne et le Conseil (mais sans dépendance hiérarchique de ceux-ci), mais aussi le Comité économique et social et le Comité des régions (qui pourraient proposer des membres pour le Conseil d'orientation), d'autre part les instances nationales chargées d'évaluation, ainsi que les différentes instances chargées de régulation (l'évaluation étant une condition d'une régulation efficace).

La mise en œuvre, même progressive, de ces propositions devrait permettre de fonder les débats européens sur le devenir des services d'intérêt général sur des bases plus solides et objectives.

Proposition d'une grille de référence

Types de performance	Domaines de l'évaluation	Indicateurs possibles en évolutions
Prix du service	Prix, tarifs et évolution	Séries de tarif et de prix réels
Accès universel, Cohésion sociale et territoriale	Raccordement et fourniture	Obligation de raccordement et de fourniture, taux de coupures, taux de pré-payements, etc.
	Accessibilité sociale	Tarifs sociaux, traitements particuliers des utilisateurs fragilisés, etc.
	Accessibilité physique	Aménagements pour personnes âgées et/ou handicapées, etc.
	Accessibilité territoriale	Densité territoriale du réseau, desserte des zones rurales et des zones en difficultés, etc.
Qualité de la fourniture des produits et services	Continuité / Qualité générale de la fourniture	Qualité de la fourniture (vitesse du courrier, pression d'eau, micro-coupure, etc.), pannes éventuelles, etc.
	Sécurité	Sécurité physique des utilisateurs, sécurité pour l'environnement, etc.
		Confidentialité éventuelle (correspondances, communications)
	Mutabilité	Recherche/développement Evolution de l'offre en fonction du progrès technique, des attentes sociales, ...
Interactions avec les consommateurs individuels	Clarté et transparence de l'offre et des contrats	Analyse des contrats
	Facturation	Lisibilité, taux d'erreur, etc.
	Intervention	Rapidité et qualité d'intervention lors d'une demande de service (connexion, réparation, visites, etc.)
	Réactivité	Temps de réponse au courrier, etc.
	Traitement des plaintes	Rapidité et qualité du traitement
	Indemnisation en cas de non-respect du contrat/des critères	Charte des services
	Taux de satisfaction des consommateurs	Sondage, enquêtes, avis, etc.
Externalités positives ou négatives	Cohésion et développement territorial	Déséquilibre territoriaux, attractivité des territoires, etc.
	Protection de l'environnement et développement durable	Etudes d'impact, respect de quotas éventuels, etc.
	Emploi	Direct, indirect, induit
	Effets sur d'autres activités	Indicateurs spécifiques à créer
Autres objectifs publics spécifiques	Politiques publiques (sécurité d'approvisionnement, diversification, planification à long terme, etc.)	Indicateurs spécifiques à créer
	Sécurité publique	Indicateurs spécifiques à créer

La Commission européenne a publié le 18 juin 2002 une Communication « Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général », répondant en particulier aux demandes du Parlement européen et du Conseil européen de Laeken.

Ce texte définit les objectifs de l'évaluation, dans le contexte des réformes structurelles que connaissent les industries de réseaux prestataires de services d'intérêt général (ouverture des marchés à la concurrence) et compte tenu de leurs impacts (compétitivité européenne, cohésion sociale et territoriale, croissance durable, enjeux de sécurité d'approvisionnement). Il s'agit d'évaluer les évolutions liées au développement de la concurrence, les impacts de ces changements sur les performances des industries, la perception par les utilisateurs.

La Commission définit les principes de la méthodologie de l'évaluation :

- adaptation à la nature évolutive des SIG,
- besoin d'une analyse globale intégrant les aspects économiques, environnementaux et sociaux des performances,
- prise en compte du principe de subsidiarité,
- méthodologie transparente et pluraliste (consultation des acteurs sociaux, participation du public, débat).

Cette Communication est le premier document de la Commission européenne engageant une démarche d'évaluation des SIG. Jusqu'à présent, ses propositions successives de libéralisation et de construction de marchés intérieurs dans chacun des secteurs de SIG avaient été faites sans assurer un suivi effectif de l'ensemble de leurs conséquences à court et long terme par rapport à toutes leurs dimensions. Au lieu de reposer sur des faits et une prise en compte de tous les acteurs concernés, les débats européens portaient trop souvent sur des thèses jusque là focalisées sur les vertus respectives du marché et de l'action publique.

Quelle évaluation ?

1/ Les secteurs couverts par l'évaluation doivent recouvrir l'ensemble des services d'intérêt économique général, en prenant en compte les spécificités de chaque secteur ; il y aura lieu de procéder à un examen périodique du champ couvert par l'évaluation.

2/ L'évaluation ne se mène pas dans l'absolu, mais par rapport aux objectifs et missions définis par les autorités publiques à chaque niveau territorial (local, régional, national, européen) : directives et règlements de l'Union européenne, cahiers des charges, etc.

3/ L'évaluation doit prendre en compte et respecter le principe de subsidiarité tel qu'il est mis en œuvre dans le domaine des services d'intérêt général. Elle doit aussi porter sur la vérification du respect du principe de subsidiarité et de l'autonomie de l'autorité compétente. A cet effet, on devrait consulter les institutions européennes concernées (p.ex. le Parlement Européen, le Comité des régions, etc.) en amont des procédures d'évaluation.

4/ L'évaluation ne vise pas à porter des jugements sur les opérateurs, mais à apprécier les services rendus aux utilisateurs (dans toutes leurs diversités). Elle ne concerne pas tant l'évolution du degré de concurrence que les effets de celle-ci et surtout les services rendus aux utilisateurs. L'évaluation ne se limite pas à la prise en compte d'indicateurs quantitatifs, mais doit tout autant prendre en compte les aspects qualitatifs (cohésion sociale, égalité et équité ; développement et cohésion territorial ; développement durable à la fois économique, social et environnemental).

5/ Compte tenu de la complexité des processus d'évaluation à conduire, les démarches engagées doivent reposer sur une rigueur scientifique élevée, qui doit faire l'objet d'un contrôle réel.

6/ Afin de garantir la prise en compte de la diversité des attentes, demandes et besoins de chacune des catégories d'acteurs, tant dans la définition des processus d'évaluation que dans la présentation de leurs résultats, il faudrait la réunion régulière de tous les acteurs concernés et formaliser le débat public des rapports d'évaluation.

7/ Le principal point qui reste à clarifier concerne le pilotage stratégique de l'évaluation au plan communautaire. La Communication n'explique pas cet enjeu, mais ses propositions reviennent à confier à la Commission et à ses services ce pilotage. Nous continuons à estimer que cette orientation est néfaste aussi bien pour le contenu de l'évaluation qu'en matière de fonctionnement des institutions et de gouvernance européenne. Dans le cadre de

ses compétences, y compris quant au rôle de la concurrence dans les SIG, la Commission dispose du monopole des propositions, de la mise en œuvre des décisions prises par les instances européennes, du rôle de gardienne des traités, du contrôle des concentrations et des « aides d'Etat » ; on ne voit pas comment elle pourrait aussi piloter l'évaluation des effets de toutes ces actions, sauf à être suspectée de conduire de l'auto-évaluation, d'être à la fois juge et partie et donc à se priver elle-même d'une part de sa légitimité. Il est de l'intérêt de la Commission européenne, comme de tous les acteurs concernés, de confier le pilotage stratégique de l'évaluation à un Observatoire disposant d'une réelle autonomie à la fois par rapport à la Commission et aux SIG à évaluer.

Les services publics et le droit communautaire

Le processus d'intégration européenne à l'œuvre depuis un demi-siècle repose sur des règles de droit : les traités signés entre les Etats membres, le droit dérivé qui en est issu, adopté par les institutions européennes, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), qui en contrôlant la mise en œuvre le traité édicte elle aussi des règles de droit.

Par essence ce processus est évolutif : combien de changements et transformations intervenues depuis le traité de Rome de 1957 dans tous les domaines ! Le droit européen évolue lui aussi. Il n'est en rien figé, ni stabilisé, même si un socle de principes a progressivement émergé de ces différentes sources.

Les pages ci-dessous ne sont pas un manuel universitaire. C'est une tentative de présentation des grands principes juridiques communautaires s'appliquant aujourd'hui aux services publics, destinée aux acteurs qui souhaitent des points de repères leur permettant de se situer et des références les invitant à accéder aux sources et à approfondir leurs connaissances.

On présentera ci-dessous les 3 sources du droit communautaire :

- le droit « primaire », tel qu'il ressort des traités,
- le droit « dérivé », issu des directives, règlements, etc.,
- la jurisprudence de la CJCE.

I - Les traités

Les services publics, qu'ils soient marchands ou non marchands, économiques ou non économiques, relèvent :

- d'un part des dispositions générales des traités,
- d'autre part de règles spécifiques.

1. Les dispositions générales

Comme toutes les autres activités économiques et sociales, les services publics sont soumis aux dispositions générales des traités, en particulier les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle.

L'article 137 (4) définit le principe d'égalité de traitement et l'article 141 celui d'égalité des chances.

Les articles 65 et 293 font référence au principe de reconnaissance mutuelle.

Le protocole de 1997 annexé au traité d'Amsterdam définit le principe de proportionnalité.

Potentiellement, les services publics peuvent également relever des règles qui concernent :

- la libre circulation des personnes, des services et des capitaux,
- les aides d'Etat,
- le rapprochement des législations,
- la neutralité de l'Union européenne à l'égard du régime de propriété des entreprises.

Le titre III du traité CE est consacré à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Il s'applique de manière générale à toutes les activités qui ne font pas l'objet des dispositions dérogatoires.

Le chapitre 2 concerne le droit d'établissement. L'article 43 définit le principe de liberté d'établissement, qui va interférer avec des dispositions traditionnelles concernant les services publics, notamment en matière de situations de monopole, de droits exclusifs et spéciaux (cf. supra).

Article 43 : Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre.

Le chapitre 3 est consacré aux services. L'article 49 consacre le principe de libre prestation de services, qui va lui aussi interférer avec des dispositions traditionnelles concernant les services publics, notamment en matière de situations de monopole, de droits exclusifs et spéciaux.

Article 49 : Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

(4) Nous utilisons les numérotations actuelles du traité CE, tel que consolidé en 1997.

Le chapitre 4 est consacré aux capitaux. L'[article 56](#) établit la libre circulation des capitaux. Il s'applique aux services publics dès lors que les autorités publiques responsables font appel pour des travaux ou services à des prestataires extérieurs à elles-mêmes (marchés publics, appels d'offres, délégation de services publics, etc.).

[Article 56](#) : Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.

 Le titre VI du traité CE définit les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations. Il comporte l'article 86 spécifiquement consacré aux services publics (cf. supra).

La section 2 concerne les aides accordées par les Etats (et leurs collectivités territoriales).

L'[article 87](#) pose le principe d'incompatibilité des aides avec le marché commun. Il comporte cependant des exceptions (cf. l'article 73 qui concerne les transports - ci-dessous), ou des possibilités de compatibilité, notamment pour « les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre » ou pour « les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ».

Les services publics peuvent donc faire l'objet de dérogations au principe général d'interdiction des aides. Ces dispositions ont fait l'objet d'un droit dérivé en novembre 2005 (cf. supra)

[Article 87](#) : 1. Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Sont compatibles avec le marché commun :

- a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,
- b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,
- c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun :

- a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi,
- b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre,
- c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
- d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
- e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.

 Le chapitre 3 est consacré au rapprochement des législations, en particulier dans la perspective du marché intérieur. L'[article 95](#) définit le principe général de rapprochement des législations et d'harmonisation. Le point 10 énonce une clause de sauvegarde pour les Etats membres, qui renvoie à des objectifs mentionnés à l'[article 30](#).

[Article 95](#) : 1. Le Conseil ... arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

10 Les mesures d'harmonisation visées ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l'article 30, des mesures provisoires soumises à une procédure communautaire de contrôle.

[Article 30](#) : Les dispositions des articles 28 et 29 [interdictions des restrictions quantitatives aux importations et exportation] ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

 L'[article 295](#) est un principe de neutralité de l'Union européenne à l'égard du régime de propriété des entreprises, qui relève uniquement de Etats membres. L'union européenne et le droit dérivé ne peuvent édicter des normes ou recommandations en matière de nationalisations ou privatisations.

[Article 295](#) : Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres.

2. Les dispositions spécifiques aux services d'intérêt économique général

Les traités ne citent explicitement les services publics qu'à trois reprises.

Deux articles datent du traité de Rome de 1957 et n'ont pas été modifiés depuis : les articles 73 et 86. L'article 16 a été ajouté au traité CE dans le traité d'Amsterdam de 1977.

Les articles 16 et 86 mentionnent les « services d'intérêt économique général ». Ceux-ci ne sont explicitement définis ni dans le traité, ni dans le droit dérivé. Il est aujourd'hui communément reconnu qu'ils « se réfèrent aux services de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. La notion de services d'intérêt économique général couvre donc plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications. Toutefois, l'expression s'étend également aux autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public » (Livre blanc de la Commission européenne - COM(2004) 374 final).

Les « services d'intérêt économique général » sont les seuls à être mentionnés dans les traités. Les services « non-économiques » ne relèvent donc pas des mêmes règles.

Mais la distinction entre services « économiques » et « non-économiques » est évolutive et fait aujourd'hui l'objet de nombreuses incertitudes et de fortes confrontations (cf. ci-dessous).

L'article 73 fait état du « service public », mais au seul regard des « servitudes inhérentes à la notion de service public », ce que le droit communautaire qualifie aujourd'hui d'un terme moins négatif, les « obligations de service public ». Cet article fait partie du titre V qui définit une politique commune des transports. Il permet de rendre compatibles des aides, qui sont par principe en général interdites (cf. ci-dessous).

Cette disposition a fait l'objet d'un droit dérivé dès 1969.

Article 73 : Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public.

L'article 86 date du traité de Rome de 1957. Il ne parle pas de « services publics », mais de « services d'intérêt économique général », terme inventé par les rédacteurs du traité de Rome pour mettre l'accent sur les finalités des services et non sur les organes qui les mettent en œuvre. Cet article accepte des dérogations aux règles du traité et notamment aux règles de la concurrence. A-t-il le même sens aujourd'hui qu'hier ?

Les avis sont controversés. Pour certains, cet article place les services d'intérêt économique général en position d'exceptions, sinon de suspects : ils ne peuvent être exemptés des règles de concurrence que si la preuve est administrée au cas par cas qu'ils ne pourraient pas accomplir leurs missions ; un profond déséquilibre semble dès lors exister entre d'un côté la domination des règles de concurrence et de l'autre de possibles dérogations. Pour d'autres, au contraire, cet article permet aux services publics de déroger aux règles de concurrence et est donc une garantie pour leur existence. Il faut également prendre en considération que la soumission aux règles du traité n'a pas le même champ aujourd'hui qu'hier, compte tenu des profondes évolutions du corpus de normes communautaires : les règles de concurrence sont certes essentielles, mais sont loin d'exercer une domination sans partage.

Dans son Livre blanc, la Commission européenne précise qu'« en vertu du traité CE et sous réserve des conditions fixées à l'article 86, paragraphe 2, l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévaut, en cas de tension, sur l'application des règles du traité ». Mais cette hiérarchie des normes communautaires n'a pas, au stade d'une Communication de la Commission européenne, de valeur normative.

L'article 86 comporte un troisième alinéa lui aussi fort controversé, qui donne pouvoir à la Commission européenne de prendre seule des directives ou décisions d'application en la matière. Cette disposition a été peu mise en œuvre dans la pratique des institutions communautaires, mais elle a souvent été utilisée pour inviter les États membres et les acteurs concernés à définir des compromis.

Article 86 : 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment aux articles 12 et 81 à 89 inclus.

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

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

L'article 16, qui date de 1977, fait lui aussi référence aux « services d'intérêt économique général », mais de manière positive : ils font partie des valeurs communes de l'Union et contribuent à promouvoir sa cohésion sociale et territoriale. Il est placé à la fin du Titre 1, qui définit des principes généraux. Cet article définit explicitement une compétence partagée entre l'Union et les États membres en matière de services publics. Cependant, il est davantage déclaratif que normatif et ne donne pas explicitement de compétences à l'Union pour mettre en œuvre des orientations et politiques précises.

Article 16 : Sans préjudice des articles 73, 86 et 88, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et

territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

 La Charte des droits fondamentaux, proclamée lors du Conseil européen de Nice de décembre 2000, comporte un article 36 consacré à l'accès aux services d'intérêt économique général. Tant qu'elle n'est pas intégrée aux traités, cette Charte n'a pas de caractère contraignant, mais elle est de plus en plus mise en référence lors de l'élaboration des textes communautaires.

Article 36 de la Charte des droits fondamentaux (II-96) : Accès aux services d'intérêt économique général. L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union

3. Des évolutions en cours

Le traité constitutionnel élaboré par la Convention sur l'avenir de l'Europe et signé par les chefs d'Etat et de gouvernement le 29 octobre 2004 comportait de dispositions nouvelles :

1/ d'intégrer comme deuxième partie la Charte des droits fondamentaux et donc son article 36 (devenu II-96).

Deux interprétations pourraient dès lors en être faites :

- la première met l'accent sur le fait que cet article ne dispose d'aucune norme communautaire, puisqu'il renvoie aux législations nationales,
- la seconde, au contraire, souligne que l'Union européenne se verrait contrainte de respecter l'accès aux services publics tel que défini par les législations nationales et ne pourrait donc les mettre en cause.

 2/ de modifier et compléter l'actuel article 16 pour d'une part le placer au début de la troisième partie (article III-122) consacrée aux politiques de l'Union afin d'en faire ainsi une « clause d'application générale » pour toutes les politiques, y compris donc pour les politiques de concurrence ou de marché intérieur définies ensuite, d'autre part explicitement d'en faire la base d'un droit dérivé, donc de normes et de politiques communautaires explicites.

Article III-122 du Traité constitutionnel : Sans préjudice des articles I-5, III-166, III-167 et III-238, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. La loi européenne définit ces principes et ces conditions, sans préjudice du pouvoir qu'ont les Etats-membres, dans le respect de la Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.

II – Le droit dérivé

Le droit dérivé est défini par des dispositions communautaires de nature « législative » (règlements d'application directe dans l'ensemble de l'Union européenne, directives, qui doivent être transposées dans le droit national de chaque Etat membre, faisant alors l'objet de différences nationales) ou jurisprudentielle. Il peut être de type sectoriel (concernant un secteur d'activités spécifique) ou général.

1. Les principales règles sectorielles

Nous recensons ici les principales règles communautaires qui ressortent des directives ou règlements les plus récents en renvoyant pour leur contenu au document lui-même.

Télécommunications

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »).

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») : "Les Etats membres veillent à ce que les services énumérés dans le présent chapitre soient mis à la disposition de tous les utilisateurs finals sur le territoire, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable". Sa mise en œuvre doit se faire dans le respect "des principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité".

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »).

Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »).

Transports ferroviaires

Directive [91/440/CEE](#) du Conseil de ministres qui a permis l'ouverture d'une partie du marché ferroviaire, en incitant surtout les chemins de fer à se concentrer davantage sur la compétitivité.

Deuxième paquet ferroviaire d'avril 2004 dont les éléments principaux sont :

- [Règlement\(CE\)N°881/2004](#) du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne,
- [Directive2004/51/CE](#) du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires : ouverture du marché pour le transport international de marchandises sur l'ensemble du réseau ferroviaire européen à partir du 1er janvier 2006, ouverture du marché pour le transport national de marchandises national ('cabotage') à partir du 1er janvier 2007,
- [Directive2004/49/CE](#) du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (directive sur la sécurité ferroviaire),

La Commission a adopté un projet de [troisième paquet ferroviaire](#) le 3 mars 2004, consistant en 4 propositions :

- une directive pour l'ouverture du marché pour le transport de passagers international par rail,
- un règlement sur les droits et les obligations des passagers dans le trafic ferroviaire international,
- un règlement sur la qualité du fret ferroviaire,
- une directive pour les licences de conducteurs de train.

L'adoption finale des propositions n'aura lieu qu'après le Conseil des ministres et le Parlement européen auront conclu un accord commun sur les propositions.

Obligations de service public

- [Règlement \(CEE\) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969](#) relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable
- [Règlement\(CEE\)n°1893/91du20juin1991](#) modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable
- [Versionconsolidéedesrèglements1191/69et1893/91](#)

Transports, aides d'Etat et concurrence

- [Règlement \(CEE\) n° 1107/70 du Conseil du 4 juin 1970](#) relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable
- [Règlement\(CEE\)n°1017/68duConseildu19juillet1968](#) portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable
- [Versionconsolidéedesrèglements1107/70,1473/75et1658/82](#)

Licences et répartition des sillons

Directive ([95/18/CE](#)) du Conseil de 1995 fixant des critères communs pour l'octroi de licences aux entreprises ferroviaires

Les États membres doivent, en vertu de la Directive [2001/13](#), notifier la Commission de toutes les licences octroyées aux [entreprises ferroviaires](#).

[Directive95/19/CE](#), remplacée en 2001 par la directive [2001/14/CE](#) du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire (« répartition des sillons ») , la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

Transport maritime

- [Règlement \(CEE\) n° 3577/92 du Conseil, du 7 décembre 1992](#) concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime),
- [Règlement \(CE\) n° 789/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004](#) relatif au changement de registre des navires de charge et navires à passagers à l'intérieur de la Communauté et abrogeant le règlement (CEE) n° 613/91 du Conseil,
- [Règlement \(CEE\) n° 4055/86 du Conseil du 22 décembre 1986](#) portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers,

Navigation intérieure

- [Règlement \(CE\) n° 1356/96](#) du Conseil du 8 juillet 1996 concernant des règles communes applicables aux transports de marchandises ou de personnes par voie navigable entre États membres, en vue de réaliser dans ces transports la libre prestation de services,
- [Règlement \(CEE\) n° 3921/91](#) du Conseil, du 16 décembre 1991, fixant les conditions de l'admission de transporteurs non résidents aux transports nationaux de marchandises ou de personnes par voie navigable dans un État membre,
- [Règlement \(CE\) n° 718/1999](#) du Conseil, du 29 mars 1999, relatif à une politique de capacité des flottes communautaires dans la navigation intérieure en vue de promouvoir le transport par voie navigable,
- [Directive 96/75/CE](#) du conseil du 19 novembre 1996 concernant les modalités d'affrètement et de formation des prix dans le domaine des transports nationaux et internationaux de marchandises par voie navigable dans la Communauté,

Postes

Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service.

L'article 3 définit le contenu du service universel. Le ou les prestataires du service universel doivent "garantir tous les jours ouvrables et pas moins de cinq jours par semaine, sauf circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles par les autorités réglementaires nationales, au minimum une levée, une distribution au domicile de chaque personne physique ou morale ou, par dérogation, dans des conditions déterminées par l'autorité réglementaire nationale, dans des installations appropriées. "Le service universel comprend au minimum les prestations suivantes : la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kilogrammes, la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kilogrammes, les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée.

Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, sans modifier le service universel.

La Commission européenne a formulé le 18 octobre 2006 une proposition pour ouvrir les marchés postaux de l'UE entièrement à la concurrence d'ici 2009, sans remettre en cause le contenu du service universel. La proposition est soumise au Parlement européen et au Conseil pour adoption conformément à la procédure de codécision (article 251CE) et communiquée pour avis au Comité économique et social européen et au Comité des régions.

Electricité

Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE.

L'article 3 autorise les États membres à imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des "obligations de service public" pouvant porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité, le prix de la fourniture, la protection de l'environnement y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Ces obligations doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables.

Les États membres sont aussi invités à prendre "les mesures qui s'imposent pour atteindre les objectifs en matière de cohésion économique et sociale, de protection de l'environnement, qui peuvent comprendre des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande ainsi que des moyens de lutte contre le changement climatique, et de sécurité d'approvisionnement. Ces mesures peuvent inclure des incitations économiques adéquates, en ayant recours, le cas échéant, à tous les instruments nationaux et communautaires existants, pour l'entretien et la construction des infrastructures de réseau nécessaires, y compris la capacité d'interconnexion."

Les États membres doivent veiller à ce que au moins tous les clients résidentiels aient le droit de bénéficier du service universel, c'est-à-dire du droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents.

Règlement (CE) No 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité.

Gaz

Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

Décision No 1229/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 établissant un ensemble d'orientations relatif aux réseaux transeuropéens dans le secteur de l'énergie et abrogeant la décision n o 1254/96/CE.

Eau et assainissement

Les institutions européennes n'ont jusqu'à présent édicté des normes en matière d'eau et d'assainissement que sur la base des articles du traité concernant la santé publique et la protection de l'environnement et non sur la base de la réalisation du marché intérieur (normes contraignantes de qualité de l'eau et d'efficacité de l'assainissement).

L'organisation et la régulation du secteur eau-assainissement restent jusqu'ici du ressort de chacun des Etats membres. Cela tient en particulier au fait que dans tous les pays européens la responsabilité d'organisation de la gestion de l'eau relève des communes ou des institutions locales, qu'il y a peu de transport de l'eau à longue distance et donc pas d'enjeux d'interconnexion ou de réalisation d'un « marché intérieur » unifié. Par ailleurs, la plupart des acteurs européens concernés, qu'il s'agisse des Etats, des autorités publiques locales, ainsi que des opérateurs, ne se prononcent pas pour une libéralisation impérative, c'est-à-dire sur des formes de mise en concurrence systématique ou obligatoire.

2. Des règles transverses

Il existe aujourd'hui peu de règles transverses consacrées explicitement aux services publics. Il existe donc un réel déséquilibre par rapport aux règles de concurrence et à celles du marché intérieur.

La Commission a cependant été amenée à légiférer de manière générale, en application de l'article 86-3, dans le domaine des compensations des obligations de service public, suite aux différents arrêts de la Cour de Justice intervenus (cf. supra). Certaines dispositions concernant les marchés publics peuvent également concerner la définition et l'organisation des services publics.

Compensation d'obligations de service public et aides d'Etat

L'article 87 du traité CE pose comme règle que sont « incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Toutes les aides sont concernées (directes ou indirectes).

Mais l'article 87 ajoute

- que sont compatibles avec le marché commun :

- a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,
- b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,
- c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division.

- que peuvent être considérées comme compatibles :

- a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi,
 - b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre,
 - c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
 - d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
 - e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.
- Pour qu'il puisse y avoir compatibilité, il doit y avoir notification préalable à la Commission et attente réponse et certains critères doivent être respectés :

- transparence : objectifs clairement définis,
- proportionnalité : l'aide ne doit pas excéder ce qui est nécessaire,
- non-discrimination : l'aide ne peut être réservée à certains acteurs,
- égalité de traitement de tous ceux qui sont concernés,
- n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

Le 24 juillet 2003, la Cour de Justice, saisie à titre préjudiciel quant à l'application des articles 87 et 77 (transports), à propos d'un litige entre Altmark Trans GmbH et Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH concernant le renouvellement de l'octroi à la première, par le

gouvernement de la région de Magdebourg, de licences de services réguliers de transport par autocar dans le Landkreis Stendal (Allemagne) et de subventions publiques pour l'exécution desdits services, juge que la condition d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre États membres ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné. Elle ajoute que toutefois, des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de cette disposition dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public. Aux fins de l'application de ce critère, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier la réunion de 4 conditions :

1. L'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies,
2. Les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente,
3. La compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations,
4. Lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations

En regard de la condition 4, il apparaît que les financements des services publics actuellement en place au sein de l'Union européenne doivent être considérés, en très grande majorité, comme des aides d'Etat. La plupart des opérateurs historiques des États membres ont en effet été désignés de façon discrétionnaire et la compensation qui leur est versée n'est pas calculée sur un standard d'entreprise efficace comparable. Par ailleurs, la question de la compatibilité paraît désormais liée à une appréciation de l'efficacité des services publics. Par ailleurs, il apparaît que la plupart des compensations d'obligations de service public ne répondent pas aux 4 conditions. La Commission décide d'abord de juger compatibles les aides répondant aux conditions 1 et 3 (compensation des coûts). Mais existe le besoin de clarification et de sécurité. La Commission prépare dès lors 3 mesures :

- une décision article 86-3,
- un encadrement,
- une modification de la directive « transparence ».

Décision du 28 novembre 2005

Elle exonère de notification et juge compatibles a priori, sous conditions :

- les compensations n'excédant pas 30 millions € l'an octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaire annuel n'atteint pas 100 millions €,
- les hôpitaux,
- le logement social,
- certaines obligations de service public en matière de transport et d'infrastructures aéroportuaires et maritimes

Encadrement du 29 novembre 2005

Il définit les conditions de compatibilité des compensations non exonérées de notification « au stade actuel de développement du marché intérieur », sous les mêmes conditions.

Modification de la directive « transparence »

Elle vise à s'assurer que les entreprises qui reçoivent des compensations de service public répondant aux critères de l'arrêt Altmark soient soumises à l'obligation de tenue de comptes séparés, comme celles qui reçoivent « aides d'Etat ».

Les conditions de compatibilité :

Les compensations doivent être accordées sur base d'un mandat des autorités publiques et ne pas être excessives. Le mandat doit être un acte officiel mentionnant :

1. la nature et la durée des OSP et leur durée,
2. les entreprises et les territoires concernés,
3. la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise,
4. les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation (cf. condition 2),
5. les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens de les éviter.

Compensation adéquate :

1. Le montant de la compensation ne peut excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations
2. Les États membres sont tenus d'effectuer des contrôles réguliers afin de s'assurer que les entreprises ne bénéficient pas d'une compensation excédant une compensation adéquate. Toute surcompensation éventuelle doit être remboursée. Elle peut néanmoins être reportée sur l'exercice suivant si elle ne dépasse pas 10% du montant de la compensation annuelle (20% pour le secteur du logement social)

Marchés publics

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Marchés publics de travaux et de fournitures

Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

Directive 80/767/CEE du Conseil, du 22 juillet 1980, adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures

III – La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes

Tranchant de différends survenant entre institutions communautaires et nationales, ou entre acteurs, ou bien encore sur question préjudicielle posée par des tribunaux quant à l'interprétation des règles communautaires, la Cour de Justice des Communautés européennes et le Tribunal de première instance édictent des normes et règles juridiques applicables dans tous les cas similaires (jurisprudence), du moins tant que le législateur n'en a pas disposé autrement.

S'agissant des services publics ou services d'intérêt économique général, les jugements de la Cour et du Tribunal de première instance sont nombreux et fréquents (on a pu recenser plus de 150 arrêts ou décisions depuis l'arrêt Corbeau de 1993). On peut les regrouper en 4 grands domaines :

- la qualification de "service d'intérêt économique général",
- le caractère "économique" d'une activité,
- l'affectation des échanges entre États membres,
- la compensation des obligations de service public.

1. La qualification de "service d'intérêt économique général"

La notion de service d'intérêt économique général (SIEG) conditionne l'application de l'article 86 du traité CE, qui permet des dérogations à l'application des règles relatives à la concurrence et au marché intérieur.

Pour qu'il y ait SIEG, la Cour estime qu'il doit y avoir une mission d'intérêt économique général précisément définie par l'autorité publique et confiée par elle à une ou plusieurs entreprises par un acte unilatéral ou par voie contractuelle. La Cour retient un large champ d'activités, n'excluant que les transferts effectués par les instituts bancaires des fonds de leur clientèle d'un État membre à l'autre, les opérations portuaires, la production et la vente de terminaux de télécommunications ou les services d'assistance en escale dans les aéroports.

2. Le caractère "économique" d'une activité

Pour la Cour, les règles de la concurrence et du marché intérieur s'appliquent aux "entreprises", "la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette activité et de son mode de financement" et "constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné".

Ne sont considérées comme non économiques que les activités d'autorité publique.

Si une entité exerce à la fois des activités économiques et des activités d'autorité publique, les dispositions du traité en matière de concurrence restent applicables aux activités économiques, dans la mesure où elles sont détachables de celles qu'elle exerce en tant qu'autorité publique.

La Cour a posé le principe que les organismes qui remplissent une "fonction de caractère exclusivement social" n'exercent pas une activité économique. Mais les décisions successives de la Cour amènent à ne considérer aujourd'hui comme étant à caractère exclusivement social et donc hors du champ d'application du droit communautaire de la concurrence et du marché intérieur que l'enseignement obligatoire et les régimes obligatoires de protection sociale reposant sur la solidarité, mais ni les services de placement, ni les organisations sanitaires qui assument le transport de malades, ni les soins hospitaliers.

3. L'affectation des échanges entre États membres

Cette notion concerne essentiellement les services publics locaux, qui pourraient échapper au droit communautaire de la concurrence et du marché intérieur s'il devait être établi que leur activité n'est pas susceptible d'avoir une incidence sur les échanges entre États membres.

Mais la Cour a une conception large de la notion d'affectation des échanges. Ainsi, l'arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2003 (cf. [compensation d'obligations de service public et aides d'Etat](#)) estime qu'il n'est nullement exclu qu'une subvention publique accordée à une entreprise qui ne fournit que des services de transport local ou régional et ne fournit pas de services de transport en dehors de son État d'origine puisse, néanmoins, avoir une incidence sur les échanges entre États membres, car l'entreprise bénéficiaire de l'aide peut ainsi maintenir voire augmenter son offre de services de transports sur le marché, avec la conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de fournir leurs services de transport sur ce marché en sont diminuées.

4. Compensation des obligations de service public

La question du financement des obligations de service public découle directement de l'application de l'article 86§2 du traité. La Cour a été amenée à considérer successivement que différentes formes de financement étaient « compatibles avec le Marché commun » :

attribution de droits exclusifs, c'est-à-dire d'un monopole partiel (service réservé) ou total ; droit spécial résidant en la possibilité pour le gestionnaire de percevoir un financement spécifique, notamment par l'institution d'une contribution acquittée obligatoirement par les usagers ; participation des concurrents du gestionnaire de SIEG contribuent financièrement au service ; fonds de compensation, abondés par des redevances perçues sur les opérateurs et/ou les consommateurs.

La question du financement des obligations de service public a été également traitée au regard des dispositions du traité qui concernent les aides d'Etat (article 87 TCE). La Cour avait à plusieurs reprises considéré qu'un financement accordé par un Etat à une entreprise titulaire d'obligations de service public est un transfert financier effectué à partir de ressources d'Etat, donc une aide d'Etat qui doit, en tant que telle, être notifiée préalablement à la Commission. La Cour a cependant fait évoluer sa jurisprudence par l'arrêt Ferring du 22 novembre 2001, puis l'arrêt Altmark du 24 juillet 2003, en définissant les conditions permettant aux compensations d'obligations de service public de ne pas relever de la catégorie « aide d'Etat ». La complexité des critères définis par la Cour et de leur interprétation a amené la Commission à mettre en œuvre une démarche législative (cf. compensation d'obligations de service public et aides d'Etat).