

Pierre Bauby, *Docteur en science politique, enseignant et chercheur, IEP de Paris, Université Paris 8 (*)*

Les "services publics" et l'intégration européenne

Chaque formation sociale a construit et défini ce que les Français nomment "services publics" dans son histoire longue, en fonction de son mode de construction, de ses traditions, de ses institutions, de sa culture, des mouvements sociaux et des rapports de force qui l'ont structurée.

Plus que d'autres, la France a construit un concept fort de "service public", avec une doctrine juridique, une série de justificatifs économiques et finalement un contenu politique, l'assimilant au lien social, à la République, à l'identité nationale.

Engagée depuis soixante ans dans la construction européenne, cette construction historique allait finir par être confrontée aux autres histoires et traditions nationales, puis à un processus d'européanisation qui allait souvent être vécu davantage en termes d'affrontements que d'opportunités.

C'est cette intégration européenne des "services publics" que nous allons essayer d'éclairer dans cet article, dans ses logiques comme dans ses étapes. Encore faut-il commencer par essayer de clarifier ce que sont les réalités françaises du "service public".

France : les diversités du "service public"

Dans la tradition française, le concept de service public recèle une grande variété de sens, qui peuvent générer de réelles confusions. Sous la même appellation de "services publics", on désigne tout à la fois :

- des services publics administratifs, régaliens et des services publics à caractère industriel et commercial (énergie, transports, communications) ;
- des services publics nationaux, dépendants de l'Etat, et des services publics locaux, dépendants des collectivités territoriales et locales (en

particulier les communes et regroupements de communes).

Derrière la même expression "service public", il y a souvent amalgame entre missions, objectifs, finalités et organisation. Coexistent ainsi en particulier deux conceptions :

- une conception fonctionnelle, qui met l'accent sur les objectifs et les finalités des services publics ;
- une conception organique, qui assimile le service public à l'entité qui rend le service. C'est cette seconde conception qui est souvent considérée comme l'essence de la conception française et que l'on sous-entend lorsqu'on emploie l'expression « le service public à la française ».

On présente ainsi la SNCF comme un service public, alors qu'il s'agit d'une entreprise chargée de certaines missions de service public, mais dont un grand nombre d'activités ne relèvent pas explicitement de missions de service public, comme c'est le cas des TGV, du fret ou du transport routier (sa filiale Géodis est le quatrième groupe européen de logistique).

Autre source de confusion : on assimile souvent services publics et monopoles alors que la réalité, autrement plus complexe, montre que des missions de service public peuvent être assurées dans des situations partielles de concurrence.

De même, si des statuts particuliers des personnels de certains services publics existent (fonctions publiques, cheminots, électriciens et gaziers, etc.), il ne s'agit pas là d'une obligation absolue.

En fait, on assimile également souvent services publics et entreprises publiques. Le mot « public » de service public laisse en effet entendre que l'on parle d'entreprises à statut public, voire directement d'activités de l'Etat ou des collectivités, alors qu'il existe en France deux grands modèles de référence de gestion des services publics :

- celui de services publics nationaux gérés par les entreprises publiques nationales, avec monopole, centralisation et statut des personnels (EDF, SNCF, La Poste, etc.) ;
- celui de la gestion déléguée des services publics à des entreprises privées, plus ancien puisqu'il existait déjà sous l'ancien Régime ; il est aujourd'hui dominant dans le domaine de l'eau, de l'assainissement, des transports urbains et de beaucoup d'autres activités relevant des services publics locaux, de sorte que les entreprises françaises privées de services sont les leaders mondiaux dans certains secteurs comme l'eau et l'assainissement (Suez-Lyonnaise des eaux, Véolia-Générale des eaux).

Le terme générique de services publics recouvre donc en réalité une série de diversités. Il est d'ailleurs significatif de cette absence d'une définition univoque du "service public" que l'expression ne figure que deux fois dans la Constitution française actuelle (cf. encadré page suivante).

Enfin, il faut souligner qu'existent en France trois grandes conceptions du "service public". Au plan *juridique*, ce sont les principes dégagés par le

(*) L'auteur est également conseiller pour les « Services d'intérêt général » du secrétariat général du CEEP (Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général), animateur du CELSIG (Comité européen de liaison sur les services d'intérêt général), expert auprès du Comité économique et social européen (CESE), auteur en particulier de *Reconstruire l'action publique*, Syros, 1998 ; *Le service public*, Flammarion, 1997 ; *L'État-stratège*, Editions ouvrières, 1991 [bauby.pierre@orange.fr].

La Constitution française

Alinéa 9 du Préambule du 27 octobre 1946 : Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

Article 11 : Le Président de la République, sur proposition du gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au *Journal Officiel*, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Conseil d'Etat depuis plus d'un siècle – égalité, continuité et mutabilité-adaptabilité ; la définition *économique* repose sur le fait que les services publics permettent de prendre en compte des « défaillances du marché » – gestion du long terme, investissements lourds, préservation d'un bien rare ou précieux, gestion de l'espace, importance des externalités positives ou négatives, « monopole naturel », etc. ; du point de vue *politique*, il a été consacré à la Libération dans les grands services publics nationaux, liant efficacité économique et sociale, dans une dimension de « contrat social », de « pacte social », de « modèle de société ».

Diversités et unité en Europe

On retrouve le même type de diversités en Europe. Les échelons territoriaux compétents ne sont pas les mêmes selon les secteurs, entre le local, le régional et le national ; les activités concernées peuvent avoir un caractère marchand ou pas ; les modes d'organisation peuvent relever de différents types d'acteurs, public, mixte, privé ou associatif ; les doctrines sont plus ou moins formalisées.

De plus, les termes et concepts utilisés, qui reflètent des constructions

historiques, des cultures nationales et des conceptions politico-idéologiques, sont différents et n'ont pas nécessairement leur équivalence. Le terme anglais de « *public service* » n'a pas le même contenu et le même champ que « *service public* » ; en allemand, l'expression considérée comme équivalente – « *Daseinsvorsorge* » – n'a ni le même sens, ni le même contenu conceptuel ; il n'y a pas dans d'autres langues d'équivalent univoque.

Si la construction européenne a été amenée à inventer des termes comme « services d'intérêt général » – SIG et « services d'intérêt économique général » – SIEG, c'est tout simplement pour arriver progressivement à parler un langage commun, préalable pour construire une conception communautaire. Ces expressions datent d'ailleurs du traité de Rome de 1957.

Il n'en existe pas aujourd'hui de définition stabilisée, mais on convient que les services d'intérêt général recouvrent 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 et que les services d'intérêt économique général se réfèrent aux services de nature économique.

Apparaît ainsi clairement que cette expression rend compte de la seule conception commune aux pays européens, la conception fonctionnelle, qui met l'accent sur les objectifs, missions et finalités, l'intérêt général, et non sur la conception organique et sur le mode de propriété des acteurs.

Au sein même des diversités existant en Europe, l'analyse montre une profonde unité : dans tous les pays européens, les autorités publiques locales, régionales ou nationales ont été amenées à considérer que certaines activités ne pouvaient pas relever du seul droit commun de la concurrence et des seules règles du marché, mais de formes spécifiques d'organisation et de régulation, afin de :

– garantir le droit de chaque habitant d'accéder à des biens ou services fondamentaux (droit à l'éducation, à la santé, à la sécurité, aux transports, aux communications, etc.) ;

– assurer la cohésion économique, sociale et territoriale, construire des solidarités, développer le lien social, promouvoir l'intérêt général de la collectivité concernée ;

– prendre en compte le long terme et les intérêts des générations futures, créer les conditions d'un développement durable à la fois économique, social et environnemental.

Ces finalités et objectifs d'intérêt général sont au cœur du système de valeurs qui caractérise tous les Etats européens et sont une valeur commune de l'Europe. Les services publics (ou leur équivalent) représentent un élément clé du modèle social européen caractérisé par les interactions et l'intégration du progrès économique et du progrès social, qui en font une « économie sociale de marché ».

Le traité de Rome de 1957

Le processus d'intégration européenne mis en oeuvre au lendemain de la Seconde Guerre mondiale avec le traité de Rome de 1957 après celui de la CECA de 1951, a été fondé sur une logique économique, avec comme perspective un marché commun, puis unique, c'est-à-dire sur le libre-échange, la concurrence et le marché. La construction 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'intégra-

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.

tion au service d'une fin politique, de type fédéral.

Les services publics allaient-ils rester en dehors du processus d'intégration communautaire, donc continuer à être définis et organisés dans un cadre national, ou allaient-ils être soumis à une européanisation ? La question n'est pas tranchée dans le traité de Rome de 1957, dont l'objet est d'éliminer progressivement les différents obstacles aux échanges de marchandises. L'article 73 (1) fait état de « *sujétions de service public* » pour le secteur des transports et l'article 86-2 (cf. encadré) accepte des dérogations aux règles de la concurrence dans des conditions spécifiques pour les « *services d'intérêt économique général* » (l'expression date de 1957). Mais ces dispositions, restées sans effet jusqu'à l'Acte unique de 1986, créent davantage d'incertitudes qu'elles ne définissent un cadre commun. Les pouvoirs importants donnés à la Commission européenne sont souvent considérés comme exorbitants.

(1) Nous utilisons la numérotation des articles des actuels traités (dits de Nice).

Les stratégies d'européanisation

L'objectif du Marché unique, défini par l'Acte unique de 1986, fondé sur la mise en œuvre des quatre grandes libertés de circulation (des hommes, des produits, des services et des capitaux) a alors conduit les institutions européennes à engager un processus d'européanisation, secteur par secteur, des services d'intérêt économique général, à l'époque circonscrits aux secteurs des communications, des transports et de l'énergie, c'est-à-dire les réseaux d'infrastructures clés pour les libertés de circulation.

Trois orientations sont alors possibles vis-à-vis de l'européanisation des services publics :

- rejeter cette européanisation au nom des spécificités des services publics ou de chaque Etat national. Cela a conduit à des stratégies défensives, qui ont pu retarder les processus et les échéances, mais pas les entraver, car elles ne se situaient pas à l'intérieur du processus d'intégration européenne ;
- construire des services publics européens, mais aucun acteur ne l'a proposé, tant cela aurait mis en cause les habitudes, traditions et modes d'organisation traditionnels ;
- utiliser les armes du traité mises au point depuis 1957 (concurrence, libre-échange), afin de casser les frontières et d'améliorer l'efficacité de services souvent peu performants. C'est cette stratégie qui va s'imposer. Pourquoi ?

La mise en œuvre des quatre grandes libertés de circulation (des hommes, des produits, des services et des capitaux) est entrée en résonance avec des transformations essentielles des années 1980 et 1990 : des mutations technologiques rapides, l'internationalisation des économies et des sociétés, la diversification et la territorialisation des besoins, la mise en cause des lourdeurs et inefficacités de nombreux services publics, des stratégies de certains grands groupes industriels et financiers de services, le développement de l'influence des

thèses néo-libérales et des vertus de la concurrence, etc.

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 intérieurs dans chaque secteur. L'européanisation a visé à la fois à casser les frontières nationales pour mettre en œuvre l'intégration européenne et à introduire davantage d'efficacité dans des domaines qui avaient été souvent « protégés » par des droits exclusifs, locaux, régionaux et/ou nationaux.

L'Union européenne a mis progressivement en cause les formes nationales d'organisation et de régulation des services publics qu'avait défini dans l'histoire chacun des Etats membres de l'Union européenne, en développant des stratégies de libéralisation fondées sur l'introduction de la concurrence et les logiques du marché, mais sans définir en même temps des objectifs et normes communautaires, qui auraient pu déboucher sur des solidarités européennes.

Mais on a bien vite constaté que la logique de libéralisation est porteuse dans les secteurs de réseaux d'une série de polarisations mettant en cause certains objectifs de service public :

- polarisation économique du fait de concentrations rapides, débouchant souvent sur une concurrence oligopolistique entre quelques grands groupes ;
- polarisation sociale, les gros consommateurs, qui disposent d'un « pouvoir de marché », et la clientèle solvable étant favorisés par rapport aux petits consommateurs, ce qui met en cause l'égalité de traitement, les possibilités de péréquation des tarifs ;
- polarisation territoriale en faveur des zones denses ;
- polarisation temporelle, survalorisant 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 ;

– polarisation financière, amenant l'externalisation des effets sur l'environnement et sur l'emploi.

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 contradictoires, d'initiatives d'acteurs, de mouvements sociaux, 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, puis pour l'électricité, garantissant certains services essentiels à tous les citoyens et résidents ; celui de service public sera défini dans l'énergie et les transports.

Une conception commune en construction ?

Progressivement, une série de signes sont venus témoigner de la recherche d'une conception européenne des services publics ou services d'intérêt général.

Déjà le traité de l'Union européenne (Maastricht) de 1992 avait ouvert des possibilités d'une meilleure prise en compte des services publics (cf. encadré), même si la plupart de ces dispositions sont restées trop souvent à l'état de potentialités, souvent 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, 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

Les potentialités du traité de Maastricht

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* ».

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.

D'autres évolutions sont intervenues résultantes de débats, d'initiatives d'acteurs et de réseaux européens comme le Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP), la Confédération européenne des syndicats (CES), le Comité européen de liaison sur les services d'intérêt général (CELSIG), de mouvements sociaux, en particulier de novembre-décembre 1995, 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.

De petits pas

Le Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997 a adopté le nouvel article 16 du traité CE, qui reconnaît

les SIG comme composantes de « valeurs communes », souligne leur rôle dans la promotion de la « cohésion sociale et territoriale » et demande à l'Union et aux Etats de veiller à ce qu'ils puissent « accomplir leurs missions » (cf. encadré ci-dessous). Mais cet article ne peut être la base d'un droit dérivé positif.

L'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.

Par ailleurs, la déclaration suivante fut insérée dans l'Acte final : « *Les dispositions de l'article 16 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* ».

L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux

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 au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

Le Conseil européen de Nice de décembre 2000 a proclamé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 36 demande à l'Union européenne de reconnaître et respecter l'accès aux services d'intérêt économique général (cf. encadré ci-dessus). La Charte n'ayant pas encore de caractère contraignant, cet article n'ouvre pas un droit européen aux services d'intérêt général, mais c'est la première fois qu'une déclaration des droits à un niveau supranational consacre un article aux services publics.

Ces deux avancées sont à mettre en relation avec une série d'autres débats et prises de positions, qui sont venus progressivement ouvrir un débat communautaire sur l'avenir des services publics.

La Commission européenne a ainsi engagé à partir de 1996 une réflexion transverse, avec deux Communications (1996 et 2000), un rapport (2001), un Livre vert (2003) et un Livre blanc (2004), tous intitulés *Les services d'intérêt général en Europe*.

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.

Les neuf 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 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 : 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 peut 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.

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.

Malgré ces évolutions et propositions, il reste aujourd'hui un net déséquilibre 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 en cas de tension entre les règles de concurrence et du marché intérieur du traité et les objectifs d'intérêt général, quant aux définitions des SIEG, l'extension régulière du champ de l'« économique » pouvant amener un nombre croissant d'activités à être soumises aux règles de concurrence,

- 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, quant à la mise en œuvre du principe de subsidiarité, c'est-à-dire aux compétences, aux droits et devoirs des autorités publiques (locales, nationales, européennes) en matière de définition, d'organisation et de financement des SIG,

- politiques, quant à la place des services d'intérêt général dans l'intégration européenne et dans l'UE demain.

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 reconstruire et sécuriser les SIG.

Du traité constitutionnel au traité de Lisbonne

Dans ces conditions, la Convention sur l'avenir de l'Europe, chargée d'élaborer un projet de Constitution européenne, après avoir procédé à un examen approfondi dans le cadre

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.

de son groupe de travail XI « Europe sociale », a proposé de compléter et renforcer l'article 16 d'une part en en faisant une « disposition d'application générale » au début de la troisième partie, donc applicable dans toutes les politiques et le fonctionnement de l'Union (y compris de concurrence et de marché intérieur), d'autre part en en faisant la base d'un droit dérivé (une loi européenne) permettant de garantir l'existence, le fonctionnement et le financement des services publics, enfin en faisant explicitement référence aux libertés des autorités nationales et locales (v. art. III-122 ci-dessus).

Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 par les chefs d'Etat et de gouvernement des vingt-sept Etats membres de l'Union européenne, après les refus de ratification du « Traité constitutionnel » de 2004 lors des référendums en France et aux Pays-Bas, et qui entrera en application après sa ratification par chacun des Etats, amende les deux traités de l'Union européenne (TUE) et de la Communauté européenne, qui devient traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE).

Ce traité « réformateur » reprend dans nombre de domaines les propositions issues de la Convention pour l'avenir de l'Europe et de « traité instituant une Constitution pour

l'Europe » de 2004. Mais dans certains domaines il est nettement en retrait, manifestant en particulier un recentrage sur le rôle et les pouvoirs des Etats membres et un frein à toute nouvelle européanisation.

En ce qui concerne les services d'intérêt général, il comporte des innovations majeures par rapport à la situation actuelle, avec l'article 14 du TFUE (v. encadré page suivante), la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux et un Protocole annexé aux deux traités, dispositions qui se complètent.

Ces dispositions représentent des points d'appui nouveaux pour garantir les services d'intérêt général, leurs objectifs et la diversité de leurs formes d'organisation.

1) L'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reprend les avancées de l'article III-122 du projet de traité constitutionnel de 2004 :

- il est explicitement la base juridique d'un droit dérivé ;
- ce droit dérivé relève de la co-décision Conseil-Parlement et non de la seule Commission (comme c'est le cas de l'actuel article 86) ;
- il fait explicitement référence à deux reprises aux pouvoirs et droits des Etats membres et de leurs collectivités (référence à l'article 4) ;
- il doit s'appliquer dans toutes les politiques de l'UE, y compris de marché intérieur et de concurrence « dispositions d'application générale » ;
- il précise l'outil juridique législatif, des règlements, qui sont d'application immédiate et directe dans l'ensemble de l'UE sans aucune forme de "transposition" nationale.

2) La valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux :

Le nouvel article 6, alinéa 1^{er}, du Traité UE énonce que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg (2), laquelle a la même valeur juridique que les traités » (3).

(2) JOUE C 303 du 14.12.2007.

(3) Sauf pour la Pologne et du Royaume-Uni.

Article 14 du traité TFUE

Sans préjudice de l'article 4 du traité de l'Union européenne et des articles 73, 86 et 88 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 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, l'Union 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. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlement conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.

3) Le Protocole sur les SIG annexé aux deux traités :

Le Protocole sur les services d'intérêt général (n° 9) sera annexé aux traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'UE, avec la même valeur juridique que ceux-ci, puisqu'il en sera « *partie intégrante* » (4).

Le Protocole est le fruit d'une exigence du Premier ministre néerlandais lors du Conseil européen de juin 2007 qui a arrêté le contenu du traité réformateur, en réponse à une mise en demeure de la Commission européenne mettant en cause l'organisation du logement social aux Pays-Bas.

En 2005, la Commission européenne avait estimé que la qualification de SIEG du système de logement existant aux Pays-Bas relevait d'une erreur manifeste, car il allait au-delà du caractère social que doit avoir un "service public" : « *la location de logements aux ménages autres que socialement défavorisés ne peut être considérée comme un service public* ». La surcapacité structurelle

n'étant pas nécessaire pour l'exécution du service public, représente un obstacle à la concurrence sur le marché immobilier et les Pays-Bas devaient vendre ces logements.

Ce faisant, la Commission européenne développait une conception restrictive des missions d'intérêt général et des obligations de service public, mettait en cause les capacités de décision d'un Etat membre et mettait le primat sur l'application des règles de concurrence par rapport aux missions d'intérêt général.

C'est pour éviter de telles dérives, pouvant concerner demain un grand nombre de secteurs ou d'activités, que le gouvernement des Pays-Bas a introduit le Protocole et en a fait une condition d'acceptation du traité réformateur de Lisbonne et de sa ratification aux Pays-Bas.

A la différence des traités actuels, il ne concerne pas les seuls services économiques d'intérêt général, mais tous les SIG, qu'ils soient qualifiés d'économiques comme de non économiques.

Si un service est qualifié de « non économique », l'article 2 rappelle clairement que les traités « *ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser* » ce service.

Si un service est qualifié d'« économique », ce qui est le cas dans un nombre croissant de domaines, l'article 1er oblige les institutions communautaires à respecter tout à la fois « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser* » ce service, le respect de « *la diversité des services et les disparités qui peuvent exister (...) en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes* », ainsi que les principes « *de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs* ».

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 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE comprennent notamment :

- le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les 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 quant au caractère abordable, 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 Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général.

Mettre en œuvre les potentialités du traité de Lisbonne

Ainsi, le traité de Lisbonne traduit une nette avancée par rapport aux actuels traités en ce qu'il crée des potentialités nouvelles pour clarifier le cadre communautaire régissant la définition, l'organisation, le fonctionnement des services d'intérêt général, les garantir et les sécuriser. Mais il faudra une forte pression politique pour que ces potentialités débouchent sur des mesures concrètes.

L'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE dispose en particulier que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlement conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les*

(4) Article 49 B du TUE.

principes et fixent les conditions, notamment économiques et financières, qui permettent aux SIEG d'accomplir leurs missions ».

La question à se poser est donc de savoir si le droit dérivé actuel de l'UE est suffisant ou non à cet effet. C'est donc une démarche pragmatique que je vous propose : il ne s'agit pas de légiférer pour légiférer, mais d'examiner en quoi telle ou telle initiative législative communautaire peut avoir une valeur ajoutée par rapport à la situation actuelle et aux objectifs des traités.

En d'autres termes, il s'agit d'examiner si le droit positif européen en vigueur est suffisant ou non.

1. À l'évidence, les services sociaux d'intérêt général sont globalement dans une série d'incertitudes et d'insécurité juridiques préjudiciables à leur bon fonctionnement. De quelles normes et règles communautaires relèvent-ils et dans quelles conditions ? Pour la plupart, ils font aujourd'hui partie d'une vaste « zone grise ». Il est paradoxal, compte tenu de leur fonction « sociale » qu'ils soient moins garantis que les SIG économiques comme les transports ou l'énergie, dont le droit dérivé sectoriel comporte des définitions d'obligation de service public ou de service universel, de protection des consommateurs, etc. Il y a donc besoin en matière de SSIG de clarifier par une procédure législative le corps de normes dont ils relèvent afin d'accomplir leurs missions, comme c'est le cas pour les autres secteurs de SIEG.

2. Le traité de Lisbonne introduit la notion de services non économiques d'intérêt général (SNEIG) qui ne relèvent ni du marché intérieur ni du droit de la concurrence. Mais ces services non économiques, pas davantage que les SIEG, ne sont définis ni dans le droit primaire, ni dans le droit dérivé, ce qui génère là aussi incertitudes et insécurité juridiques, préjudiciables à l'accomplissement de leurs missions. Ce n'est ni à la Commission, ni à la Cour de justice, mais à la procédure législative ordinaire, de clarifier ces catégories et

donc le corps de normes dont relève chacune.

3/ Si toutes les parties prenantes font référence au principe de subsidiarité dans le cadre des compétences partagées entre l'Union et les États membres en matière de SIEG, il subsiste une série d'incertitudes et d'insécurité en matière des conditions de mise en œuvre de ce principe : dans quelles conditions les États membres, les collectivités territoriales peuvent-ils définir les SIEG, leurs missions, leur forme d'organisation (par exemple en matière d'existence de droits spéciaux ou exclusifs), de modes de gestion (la gestion « in house » n'est aujourd'hui définie et clarifiée que dans le domaine des transports), de coopération et de mutualisation entre autorités publiques ? Quels droits et devoirs en matière de services non économiques d'intérêt général ? Là encore, la procédure législative devrait permettre de clarifier les droits et responsabilités, les droits et devoirs, des autorités publiques pour définir, organiser, gérer les SIEG.

4. L'article 14 insiste sur les conditions économiques et financières d'accomplissement des missions des SIEG. De ce point de vue, le « paquet *Altmark-Kroes* » est venu apporter des clarifications et garanties en matière de compensation d'obligation de service public. C'est l'exemple même de la valeur ajoutée d'un droit positif communautaire transverse. Outre le fait qu'il doit être évalué en 2009 pour être éventuellement modifié, ce qui selon l'article 14 devrait se faire par la procédure législative ordinaire, il reste à concrétiser la piste esquissée par la CJCE dans l'arrêt *Altmark*, consistant à considérer que ces compensations peuvent ne pas relever des dispositions du traité en matière d'aides d'État.

5. En matière de conditions économiques et financières, les incertitudes et insécurité de la période actuelle ont conduit, dans certains secteurs, les agents économiques à ralentir ou différer certains investissements en infrastructures pourtant

nécessaires pour la sécurité de fonctionnement des SIEG et donc pour la continuité des services à long terme. Là encore, un cadre juridique clair et stable donnera aux investisseurs la visibilité dont ils ont besoin pour des financements à long terme.

6. Dans certains secteurs (transports, énergie, communications), le droit dérivé communautaire a donné un contenu concret aux garanties données aux utilisateurs, permettant de concrétiser la démarche contenue dans l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux. Des chartes existent ou sont en cours d'élaboration. Il conviendrait de définir un socle communautaire développant au regard des droits des utilisateurs, les principes contenus dans le Protocole sur les services d'intérêt général annexé aux traités.

7. Le droit dérivé sectoriel en vigueur renvoie l'essentiel des responsabilités en matière de régulation aux États membres et à des agences sectorielles nationales. Alors que les règles sont définies au plan communautaire, cela crée des distorsions préjudiciables, d'autant que se développe un processus d'oligopolisation des opérateurs, à la fois dans chaque secteur et au plan multi-services, avec quelques acteurs dominants. Le droit dérivé communautaire devrait définir un cadre général de régulation, afin de contribuer à ce que les SIEG puissent accomplir leurs missions. Ce cadre devrait mettre l'accent sur la nécessaire participation de toutes les parties prenantes à la régulation.

8. De même, il apparaît nécessaire de définir le cadre permettant d'engager une dynamique efficace d'évaluation de l'efficacité et des performances des services d'intérêt général, afin de disposer des connaissances et analyses nécessaires à la gouvernance communautaire de domaines et de secteurs complexes. Ce cadre devrait préciser les objectifs de l'évaluation, la méthodologie impliquant la prise en compte de l'ensemble des objectifs des SIG en croisant les indicateurs, les relations entre les niveaux communautaire et national, le pilotage nécessairement

pluraliste et indépendant, l'organisation des débats publics.

9. Le droit dérivé communautaire devrait clarifier les conditions de mise en œuvre de l'article 86-2 du traité : dans quelles conditions peut se concrétiser l'orientation proposée par la Commission européenne dans le Livre blanc de 2004, selon laquelle « l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévaut, en cas de tension, sur l'application des règles du traité ».

10. Enfin, il faudrait établir de manière claire la cohérence entre les normes intérieures à l'Union européenne en matière de SIG et les orientations qu'elle défend dans les négociations de l'OMC, de l'AGCS et plus généralement dans toute négociation commerciale internationale.

Ces dix enjeux font aujourd'hui l'objet d'insuffisances réelles du droit positif dérivé communautaire, préjudiciables au bon accomplissement des missions des services d'intérêt général. Ils devraient donc faire l'objet d'un processus législatif communautaire permettant d'assurer davantage de sécurité juridique pour tous les acteurs et toutes les parties prenantes.

Faudrait-il procéder à une démarche d'ensemble permettant de disposer d'un cadre communautaire cohérent et global ou faut-il procéder de manière pragmatique au cas par cas ? C'est sans doute la démarche qui peut s'avérer la plus efficace qu'il faut privilégier.

C'est en répondant point par point, de manière concrète, aux incertitudes et insécurités du droit communautaire pour tous les acteurs concernés - autorités publiques (à tous les niveaux), opérateurs de SIEG, de SIG, de SSIG, agences de régulation, utilisateurs des services, personnels et organisations syndicales - que l'on pourra tout à la fois garantir l'existence de services publics de qualité et construire une conception communautaire qui en fasse un des piliers de l'Union européenne de demain.

Pierre Bauby

Sélection bibliographique

- BAUBY Pierre, *Le service public*, Flammarion, 1997
- BAUBY Pierre, *Reconstruire l'action publique*, Syros, 1998
- BAUBY Pierre, SAVARY Gilles et SOULAGE Bernard, *Vers un nouvel équilibre entre besoins et marché*, Note de la Fondation Jean-Jaurès, 2003
- BAUBY Pierre, COING Henri, DE TOLÉDO Alain (dir.), *Les services publics en Europe, Pour une régulation démocratique*, Publisud, 2007
- BERGOUIGNOUX Jean, *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Documentation française, 2000
- Cahiers français*, n°339, Les services publics, juillet-août 2007
- CEEP (Centre européen des entreprises à participation publique), *Europe, concurrence et service public*, Masson-Armand Colin, 1995
- CEEP-CIRIEC, *Les Services d'intérêt économique général en Europe. Régulation, financement, évaluation, bonnes pratiques*, 2000
- CHEVALLIER Jacques, *Le service public*, PUF, 1994
- CIRIEC International, *La contribution des services d'intérêt général à la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union européenne*, rapport pour la Commission européenne, 2004
- Commission européenne, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, 2003
- Commission européenne, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, 2004
- DENOIX DE SAINT-MARC Renaud, *Le service public*, La Documentation française, 1996
- HÉNAF Gaël (dir), *Concurrence et services publics : enjeux et perspectives*, PUR, 2002
- HENRY Claude, *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, PUF, 1997
- HENRY Claude, MATHEU Michel, JEUNEMÂTRE Alain, (dir), *Regulations of Network Utilities : The European Experience*, OXFORD University Press, 2001
- KI?LER Leo, LASSERRE René, PAUTRAT Marie-Hélène (dir), *Modernisation des services publics et management social en France et en Allemagne*, CIRAC, 2007
- LYON-CAEN Antoine et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001
- MANGENOT Michel (dir), *Administrations publiques et services d'intérêt général : quelle européanisation ?*, IEAP, 2005
- Regards croisés sur l'économie*, n°2, Bientôt privés de services publics ?, septembre 2007
- ROUBAN Luc (dir), *Le service public en devenir*, L'Harmattan, 2000
- SAVARY Gilles, *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?*, L'Aube, 2005
- SNCF, *Service public. Quel avenir ?*, L'Aube, 2002
- STOFFAËS Christian, *Services publics, question d'avenir*, rapport du Groupe « Réseaux 2010 » du Commissariat général du Plan, Odile Jacob-Dokumentation française, 1995
- STOFFAËS Christian, *Vers une régulation européenne des réseaux*, ISUPE, 2003
- VALIN Sarah, *Services publics : un défi pour l'Europe, approches nationales et enjeux communautaires*, postface de Pierre Bauby, Editions Charles Léopold Mayer, 2007
- WARIN Philippe (dir), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, La Découverte, 1997