

Conflits concernant les services d'intérêt général

Libéralisation des services publics suite au traité de Lisbonne

Les questions économiques et sociales n'étaient pas au centre du débat sur la réforme des traités européens, qui s'est principalement concentré sur le déficit démocratique européen et sur les réformes institutionnelles urgentes. Après son élargissement à l'Est, l'Union européenne devait gagner en efficacité, adopter des structures plus efficaces et plus transparentes, clarifier les compétences entre les pays membres et les institutions européennes, renforcer la participation des citoyens et ancrer leurs droits démocratiques par rapport aux instances européennes. Il n'était cependant pas vraiment prévu d'instaurer des réformes essentielles sur le plan économique et social (nous en payons aujourd'hui le prix avec la crise économique et financière). Mais le débat public s'est répercuté sur le processus de réforme, notamment le choc suite à l'échec des référendums en France et aux Pays-Bas. Ainsi, la notion d'**économie sociale de marché** est employée pour la première fois à l'article 3, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne. Si l'orientation compétitive des traités de l'Union européenne ou leurs quatre libertés fondamentales n'ont pas été abandonnées pour autant, une orientation sociale y a été associée.

Élément essentiel des constitutions sociales en Europe, la question des **services publics** a joué un rôle non négligeable dans le débat sur la réforme, en particulier dans les référendums en France et aux Pays-Bas. Dans le cadre du processus de réforme, l'étroit lien qui existe entre ce débat et les questions institutionnelles s'est également répercuté dans le traité modificatif de Lisbonne. Si, au final, la législation de l'Union européenne n'a subi que peu de modifications quant aux services d'intérêt général, ces modifications conduiront à d'importants glissements de priorités – ou devrait-on dire de pouvoir.

Dans le domaine des services, les changements les plus importants qui ressortent du contrat de Lisbonne pour les services d'intérêt général sont :

- *outre l'effet obligatoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui intègre, par son article 36, l'accès aux services d'intérêt général,*
- *l'inclusion d'une base juridique explicite pour les services d'intérêt économique général à l'article 14*
- *et le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général.*

Ce protocole ne faisait d'ailleurs pas partie du projet de constitution initial. On peut supposer qu'il a été inclus au contrat de Lisbonne en raison de la pression exercée par le gouvernement néerlandais suite à l'échec des référendums en France et aux Pays-Bas.

Contexte

Depuis toujours, le débat sur les services publics en Europe s'est joué sur deux lignes de conflit :

- Premièrement, qui est compétent pour réglementer ces services, l'Union européenne ou les États membres ? Et quel est le rôle des subdivisions décentralisées dans cette répartition des compétences ? Car jusqu'au traité de Lisbonne, l'Union européenne a tout simplement fait l'impasse sur l'autonomie régionale/locale.
- Et deuxièmement, quel modèle adopter pour le financement et l'organisation des services publics ? Le principe de la libre concurrence ? Ou bien s'agit-il également de poursuivre, par la fourniture de services d'intérêt général, des objectifs d'intérêt collectif qui nécessiteraient une restriction des principes du marché ?

À la base de ces interrogations, il y a les différentes traditions dans les États membres de l'Union européenne. Dès la phase constitutive de la Communauté, il y a eu d'un côté les États dotés d'un système fort relevant du secteur public pour les services d'intérêt général, et de l'autre les pays appliquant un système fondé davantage sur le secteur privé. Un compromis a alors été trouvé pour contenter tout le monde : la Communauté reste neutre quant aux formes d'organisation et de propriété utilisées par les États membres pour remplir leurs missions (art. 295 TCE). Toutefois, les entreprises publiques étant traitées de la même manière que celles de droit privé, elles sont soumises aux règles communautaires en matière de droit de la concurrence et d'aides d'État (art. 86, paragraphe 2 TCE).

La seule exception admise concerne le cas où l'application des dispositions en matière de concurrence compromettrait de manière inacceptable l'exécution des missions de service public (art. 86, paragraphe 2 TCE). Cela correspond à la définition d'une relation règle-exception, la concurrence non faussée étant la règle et la dispense l'exception. Si l'article 16, inséré dans le traité CE par le traité d'Amsterdam, reconnaît pour la première fois le rôle particulier des services d'intérêt économique général, les effets pratiques de ce glissement de priorités sont restés controversés.

Quels sont donc les effets des changements introduits par le traité de Lisbonne ?

1. Concernant l'article 14 :

Par sa nouvelle phrase 2, qui a été ajoutée, il contient une base juridique permettant à l'Union européenne de légiférer dans le domaine des services d'intérêt économique général, toutefois uniquement concernant les services d'intérêt économique général, c'est-à-dire les services marchands ; en outre, la compétence pour légiférer ne concerne que les principes et conditions

« notamment économiques et financières » nécessaires à l'accomplissement de ces missions et pour lesquels l'Union européenne est compétente – 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 ». Par ailleurs, l'acte législatif ne peut avoir lieu que sous forme de règlements.

Cela montre les limites étroites de cette compétence législative. Aussi, il n'est pas étonnant que la Commission ait déjà clairement fait comprendre qu'il n'y a actuellement pas lieu pour elle de l'exploiter.

En résumé, il ne s'agit pas d'une compétence législative générale :

- La compétence pour légiférer ne concerne que les SIEG, c'est-à-dire les services publics marchands ;
- Elle exige la procédure législative ordinaire et donc la participation du PE ;
- Elle se limite aux compétences de l'Union européenne (soit notamment le droit de la concurrence et les aides d'État) ;
- elle doit, par sa fonction, permettre la réalisation de ces services ;
- elle ne doit pas entraver la possibilité des EM de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ;
- et elle ne peut, en outre, s'exercer que sous forme de règlements.

Enfin, le renvoi à l'article 4 TUE dans la première phrase de l'article 16 est également important. Le paragraphe 2 de l'article 4 ne reconnaît pas seulement l'identité nationale, y compris les structures fondamentales politiques et constitutionnelles, mais aussi, expressément et **pour la première fois dans le cadre du droit primaire de l'Union européenne, l'autonomie locale et régionale.**

Depuis un certain temps déjà, il y a, au parlement et dans une partie de l'opinion publique européenne, un vaste débat sur les chances et les risques d'une **directive-cadre** européenne pour définir et protéger les services publics en Europe. J'ai moi-même longtemps appuyé cette demande.

Or, je suis aujourd'hui plus sceptique, et ce pour deux raisons :

- D'une part, le traité de Lisbonne ne prévoit la compétence pour légiférer que par voie de règlements, et non pas par voie de directives. Or, les règlements interviennent bien plus profondément dans la structure législative des États membres ; le recours aux règlements ne laisserait guère de place à la diversité qui caractérise justement les services publics en Europe.
- D'autre part, en cas de réglementation au niveau européen, le droit exclusif des États membres et de leurs subdivisions régionales et locales de définir les services d'intérêt économique général (la compétence de la Commission se limitant à un contrôle d'éventuels abus) risque d'être remis en question, et, si la définition comprend également les services d'intérêt général, l'Union aurait pour la première fois une compétence à ce niveau. Dans une communication de novembre 2007, la Commission européenne a bien déjà essayé d'en donner une définition, d'ailleurs fort restrictive, mais cette communication n'a pas d'effet juridiquement contraignant.

Or, il serait intéressant d'appliquer la nouvelle compétence législative dans un domaine jusqu'ici réservée à la Commission, à savoir la **législation relative aux aides d'État**. Le Parlement devrait insister pour que la révision du paquet Monti-Kroes ne se fasse plus dans le cadre de l'article 106, paragraphe 3 TFUE (anciennement art. 86, paragraphe 3 TCE), mais de l'art. 14 TFUE, qui prévoit expressément la participation du Parlement.

2. Le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général

Partie intégrante des traités, le protocole est au même rang hiérarchique que les autres dispositions du droit primaire, il ne prévaut par sur elles ni ne leur est subordonné, il ne modifie pas fondamentalement l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence ou du marché intérieur, mais les principes contenus dans le protocole doivent être pris en compte dans le cadre de l'interprétation du droit de l'Union par la CJCE ou par la Commission. Le législateur est également tenu d'en tenir compte pour ses lois futures.

Le protocole comporte quatre points principaux :

- reconnaissance du principe de l'autonomie locale et renforcement de l'autonomie organisationnelle pour les prestations d'intérêt général (mise en avant du large pouvoir discrétionnaire) ;
- mise en avant de la diversité des services en fonction des besoins des utilisateurs et des différentes situations géographiques, sociales et culturelles ; le principe de la diversité renforce également l'autonomie ;
- niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, accès universel – ceci permettrait également de justifier une subvention croisée ;
- et, à l'article 2, pas de compétence pour l'Union européenne en ce qui concerne les services non économiques.

Le protocole concrétise les valeurs communes mentionnées au nouvel article 14 ; si aucun effet juridique immédiat ne découle de cette concrétisation, elle constitue un cadre pour les actions futures de l'Union européenne. En ce sens, il est même possible de déduire de ce protocole une limite pour d'autres projets de libéralisation (p. ex. dans le domaine de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement). Une libéralisation du marché intérieur, telle que prévue par les directives sectorielles, est probablement difficile à réaliser sur la base des principes énoncés dans le protocole, notamment l'autonomie des autorités compétentes et la diversité des prestations. Toutefois, il n'y a pas de changements immédiats concernant le cadre juridique, le traité modificatif offrant des possibilités mais ne dissolvant pas les rapports fondamentaux existants. Le maintien de l'article 116 illustre ce fait, même s'il crée un cadre politique pour légiférer à l'avenir au niveau communautaire que le Parlement et le Conseil pourront exploiter – à moins que les parlements nationaux et le Comité des régions ne l'exploitent dans le cadre du contrôle de la subsidiarité.

Réaction des institutions politiques

Contrairement à l'appréciation de la Commission, qui n'est pour l'instant que peu disposée à admettre les changements du contexte politique, les récents jugements rendus par la Cour de justice européenne (CJCE) peuvent tout à fait s'inscrire dans ce cadre :

- Coditel/Brabant et Stadtwerke Hamburg concernant la liberté contractuelle dans le cas de partenariats public-public,
- Eurawasser concernant la flexibilité dans l'exploitation de concessions de services.

Le Parlement européen examine également les modifications apportées par le traité de Lisbonne et analyse leur impact sur le travail politique. C'est d'ailleurs dans ce contexte que s'inscrit mon rapport d'initiative sur les dernières évolutions en matière de passation de marchés public, adopté à une large majorité lors de la session plénière du 27 mai 2010.

Les dernières évolutions en matière de passation de marchés publics, le rapport dit « Rühle »

Le rapport dit « Rühle » aborde les changements du cadre politique opérés dans le droit primaire communautaire et les récents jugements rendus par la CJCE, il les appuie et souligne que la Cour de justice européenne (CJCE) a mis en avant dans plusieurs arrêts le droit à l'autonomie communale et fait observer « *qu'une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens (...) et qu'elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques* » (arrêt dans l'affaire C-324/07) ; attire en outre l'attention sur l'arrêt de la Grande chambre de la CJCE du 9 juin 2009 (affaire C-480/06), qui a constaté que le droit communautaire ne prescrit aucune forme juridique spécifique aux organismes publics pour l'exercice commun de leurs tâches publiques :

« considère dès lors que les partenariats public-public, comme les coopérations communales et les formes de coopération intra-étatique, ne sont donc pas soumis aux règles de passation des marchés lorsque les critères suivants sont remplis :

- *il s'agit de l'accomplissement d'une tâche publique incombant à toutes les communes concernées,*
- *cette tâche est accomplie exclusivement par des organismes publics, autrement dit sans la participation d'entreprises privées, et,*
- *l'activité est exercée essentiellement pour les organismes publics concernés ; »*

« souligne que la Commission a précisé que toutes les actions des autorités publiques ne sont pas soumises au droit des marchés publics. Aussi longtemps que les dispositions du droit de l'UE n'exigent pas la création d'un marché dans un domaine donné, c'est aux États membres qu'il revient de décider si et dans quelle mesure ils souhaitent accomplir eux-mêmes les missions de service public ; fait observer que les conclusions de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt susmentionné ne visent pas directement la seule coopération entre communes mais ont

une portée générale, de sorte qu'elles doivent s'appliquer à la coopération d'autres pouvoirs adjudicateurs publics. »

Toutefois, le rapport prend aussi clairement position par rapport à la question de la participation de capitaux privés. Lors de la révision des directives relatives aux marchés publics en 2004, les législateurs ne s'étaient pas mis d'accord sur une limite (entre autres en raison du désaccord en Allemagne) ; la jurisprudence de la CJCE a ensuite comblé cette lacune en excluant, suivant les critères de l'arrêt Teckal, toute participation de capitaux privés à des partenariats public-public. Le rapport rejoint cette position. La participation de capitaux privés modifie le caractère d'une société, les capitaux privés étant soumis à d'autres objectifs commerciaux, d'autres mécanismes du marché ; remettre cela en question revient à remettre en question le caractère particulier de la coopération public-public, ce qui serait lui rendre un piètre service. La question des affiliations obligatoires, de la participation tacite et des coopératives est toujours sans réponse. Jusqu'ici, je pensais que cet aspect était réglé par la communication de la Commission du 5 février 2008 sur les PPP institutionnalisés, à laquelle je fais également référence dans mon rapport. Or, le recours de la Commission européenne concernant l'assainissement de la ville de Hamm remet cela en question, on nous renvoie une nouvelle fois au jugement de la Cour européenne de justice, et ce dans une question qui semblait clarifiée au niveau politique.

Le Parlement a ainsi pris position par rapport à l'une des questions les plus controversées : les partenariats public-public sont-ils soumis aux directives relatives aux marchés publics et donc à une pression accrue en faveur de la libéralisation par le droit de la concurrence européen ? Dans le rapport Rühle, le Parlement rejette toute poursuite de la libéralisation par la voie détournée du droit en matière de passation des marchés publics : *« est d'avis que le droit des passations a investi ces dernières années des domaines qui ne relevaient pas à l'origine des activités régaliennes d'achat et suggère que le caractère particulier de ces activités d'achat revienne plus nettement au premier plan lors de l'application des règles relatives aux passations. »*

Concessions de services

Le Parlement a également adopté une position claire concernant la question des concessions de services – une position qui correspond par ailleurs à l'opinion majoritaire des « parties prenantes » européennes. Cette question était cependant la plus controversée, notamment les socialistes français ont estimé qu'il ne fallait pas se fier aux arrêts de la CJCE et que le législateur devait agir de toute urgence. Le Parlement constate toutefois ensemble que les concessions de services ne sont pas soumises aux directives en matière de passation de marchés publics et qu'elles ont été exclues sciemment par les législateurs afin de permettre davantage de flexibilité et de tenir compte des différentes traditions juridiques dans les États membres de l'Union européenne. Le Parlement confirme majoritairement qu'il ne convient de légiférer dans ce domaine que dans la mesure où la Commission peut prouver la perturbation du marché intérieur et où une évaluation du cadre juridique dans son ensemble, y compris de la directive recours, précède à toute nouvelle législation. Le Commissaire Barnier a toutefois déjà précisé qu'il maintenait le projet de la Commission de proposer un acte législatif à adopter dans le cadre de la procédure de codécision. La Commission vise une législation « light » qui serait une législation autonome et ne ferait pas partie des directives en matière de passation de marchés publics.

Mais, à mon avis, le Parlement ne saurait admettre quoi que ce soit qui ne tienne pas compte des récents arrêts de la CJCE dans ce domaine ou des conclusions du rapport Rühle.

Conclusion :

Si le traité de Lisbonne n'apporte pas de clarté juridique dans le domaine des services publics, il déplace la question des services d'intérêt général davantage sur le terrain politique, ouvre la législation de l'Union européenne à différents modèles d'organisation et de fourniture de services publics et crée un espace pour débattre au niveau politique de l'avenir des services d'intérêt public en Europe.

Annexe – changements juridiques introduits par le traité de Lisbonne dans le domaine des services d'intérêt général :

Article 3

(ex-article 2 TUE)

(3) L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.

Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.

Article 4

(1) Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres.

(2) L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.

Article 14

(ex-article 16 TCE)

Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, 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 États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, 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 règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.

Article 116

(ex-article 96 TCE)

Au cas où la Commission constate qu'une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres fausse les conditions de concurrence sur le marché intérieur et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les États membres intéressés.

Si cette consultation n'aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent les directives nécessaires à cette fin.

Toutes autres mesures utiles prévues par les traités peuvent être adoptées.

Article 106

(ex-article 86 TCE)

(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 des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 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 des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

(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.

PROTOCOLE (N° 26) SUR LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES,

SOUHAITANT souligner l'importance des services d'intérêt général,

SONT CONVENUES des dispositions interprétatives ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

Article 1

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'Union européenne 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 États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Article 36

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