



CONCOURS INTERNE D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2010

Note de synthèse, à partir d'un dossier, permettant de vérifier l'aptitude du candidat à faire l'analyse et la synthèse d'un problème et d'apprécier les connaissances acquises ayant trait, au choix du candidat, à :

l'Union Européenne

EPREUVE N° 8

Durée : 4 h
Coefficient : 3

SUJET :

A partir du dossier ci-joint et de vos connaissances, il vous est demandé de rédiger une note de synthèse sur :
« Service public et service d'intérêt général comme élément clé du modèle européen de société ? »

DOCUMENTS JOINTS

Document n° 1	Protocole sur « <u>les services d'intérêt général</u> », in Traité de Lisbonne JO 17.12 .2007	Page 3
Document n° 2	Article 36 « <u>Accès aux services d'intérêt économique général</u> », Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne JO 17. 12. 2007	Page 4
Document n° 3	Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux « <u>services dans le marché intérieur</u> » JO.27.12.2006 (EXTRAITS : Chapitre 5, Libre Circulation des Services et dérogations y afférentes – articles 16 à 20)	Page 5
Document n°4	Florence CHALTIEL « <u>Le double apport du Traité de Lisbonne au service d'intérêt général</u> », (EXTRAITS II et III), in Les Petites Affiches, 30 mai 2008, N° 109	Page 8
Document n°5	Florence CHALTIEL « <u>Les apports du Traité de Lisbonne au service public</u> », AJDA, 8 septembre 2008, n°29 /2008	Page 15
Document n° 6	Laurent GHEKLERE, « <u>Les Services d'intérêt Général en droit communautaire</u> », Le courrier des maires, avril 2009, n° 223,	Page 20

Document n° 7	Christophe LE BERRE, « La logique économique dans la définition du service public », revue française de droit administratif, janvier-février 2008	Page 33
Document n° 8	EURACTIV, « SIEG : La France pointe son important décalage avec les autorités communautaires », Collectivités locales et Europe, 19 mars 2009.	Page 41
Document n° 9	Actualités Sociales hebdomadaires « <u>SSIG : en dehors ou à l'intérieur du marché ?</u> », Mai 2009, N°2610	Page 42
Document n° 10	Actualités Sociales « <u>Le Collectif SSIG se félicite de la proposition de loi sur la transposition de la directive « services »</u> , 18 décembre 2009, N° 2637	Page 44
Document n° 11	Sandrine VINCENT, « <u>15 propositions pour sécuriser les services sociaux d'intérêt général</u> », in Actualités Sociales, 13 mars 2009, N°2600	Page 45
Document n° 12	Benoit RICHARD, « <u>Comment les Etats contournent les règles</u> » in Sciences Humaines Europe, N° 209, novembre 2009	Page 47

NOTA :

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- **Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies : pas de signature (signature à apposer uniquement dans le coin gommé de la copie à rabattre) ou nom, grade, même fictifs. Seuls la date du concours et le destinataire, (celui-ci est clairement identifié dans l'énoncé du sujet) sont à porter sur la copie.**
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.

PROTOCOLE
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 premier

Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 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.

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.

Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur

Journal officiel n° L 376 du 27/12/2006 p. 0036 - 0068

EXTRAITS : CHAPITRE IV

LIBRE CIRCULATION DES SERVICES

SECTION 1

Libre prestation des services et dérogations y afférentes

Article 16

Libre prestation des services

1. Les États membres respectent le droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis.

L'État membre dans lequel le service est fourni garantit le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire.

Les États membres ne peuvent pas subordonner l'accès à une activité de service ou son exercice sur leur territoire à des exigences qui ne satisfont pas aux principes suivants:

- a) la non-discrimination: l'exigence ne peut être directement ou indirectement discriminatoire en raison de la nationalité ou, dans le cas de personnes morales, en raison de l'État membre dans lequel elles sont établies;
- b) la nécessité: l'exigence doit être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement;
- c) la proportionnalité: l'exigence doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

2. Les États membres ne peuvent pas restreindre la libre prestation de services par un prestataire établi dans un autre État membre en imposant l'une des exigences suivantes:

- a) l'obligation pour le prestataire d'avoir un établissement sur leur territoire;
- b) l'obligation pour le prestataire d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes, y compris une inscription dans un registre ou auprès d'un ordre ou d'une association professionnels existant sur leur territoire, sauf dans les cas visés par la présente directive ou par d'autres instruments de la législation communautaire;
- c) l'interdiction pour le prestataire de se doter sur leur territoire d'une certaine forme ou d'un certain type d'infrastructure, y compris d'un bureau ou d'un cabinet d'avocats, dont le prestataire a besoin pour fournir les services en question;
- d) l'application d'un régime contractuel particulier entre le prestataire et le destinataire qui empêche ou limite la prestation de service à titre indépendant;
- e) l'obligation, pour le prestataire, de posséder un document d'identité spécifique à l'exercice d'une activité de service délivré par leurs autorités compétentes.
- f) les exigences affectant l'utilisation d'équipements et de matériel qui font partie intégrante de la prestation du service, à l'exception de celles nécessaires à la santé et la sécurité au travail;
- g) les restrictions à la libre prestation des services visées à l'article 19.

3. Les présentes dispositions n'empêchent pas l'État membre dans lequel le prestataire se déplace pour fournir son service d'imposer des exigences concernant la prestation de l'activité de service lorsque ces exigences sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement et conformément au paragraphe 1. Elles n'empêchent pas non plus cet État membre d'appliquer, conformément au droit communautaire, ses règles en matière de conditions d'emploi, y compris celles énoncées dans des conventions collectives.

4. Le 28 décembre 2011 au plus tard, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil, après consultation des États membres et des partenaires sociaux au niveau communautaire, un rapport sur l'application du présent article, dans lequel elle examine la nécessité de proposer des mesures d'harmonisation concernant les activités de services couvertes par la présente directive.

Article 17

Dérogations supplémentaires à la libre prestation des services

L'article 16 ne s'applique pas:

- 1) aux services d'intérêt économique général qui sont fournis dans un autre État membre notamment:
 - a) dans le secteur postal, aux services couverts par la 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 [28];
 - b) dans le secteur de l'électricité, aux services couverts par la 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 [29];
 - c) dans le secteur du gaz, aux services couverts par la 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 [30];
 - d) aux services de distribution et de fourniture d'eau et aux services de traitement des eaux usées;
 - e) au traitement des déchets;
- 2) aux matières couvertes par la directive 96/71/CE;
- 3) aux matières couvertes par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données [31];
- 4) aux matières couvertes par la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation des services par les avocats [32];
- 5) aux activités de recouvrement judiciaire des dettes;
- 6) aux matières couvertes par le titre II de la directive 2005/36/CE ainsi qu'aux exigences en vigueur dans l'État membre où le service est fourni, qui réservent une activité à une profession particulière;
- 7) aux matières couvertes par le règlement (CEE) no 1408/71;
- 8) en ce qui concerne les formalités administratives relatives à la libre circulation des personnes et à leur résidence, aux matières couvertes par les dispositions de la directive 2004/38/CE qui précisent les démarches administratives que les bénéficiaires doivent entreprendre auprès des autorités compétentes de l'État membre où le service est fourni;
- 9) en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers qui se déplacent dans un autre État membre dans le cadre d'une prestation de service, à la faculté des États membres de requérir un visa ou un permis de séjour pour les ressortissants de pays tiers qui ne sont pas couverts par le régime de reconnaissance mutuelle prévu à l'article 21 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes [33], ni à la faculté des États membres d'imposer aux ressortissants de pays tiers de se manifester auprès des autorités compétentes de l'État membre où le service est fourni au moment de leur entrée sur le territoire ou ultérieurement;
- 10) en ce qui concerne les transferts de déchets, aux matières couvertes par le règlement (CEE) no 259/93 du Conseil du 1er février 1993 concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne [34];
- 11) aux droits d'auteur et droits voisins, aux droits visés par la directive 87/54/CEE du Conseil du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs [35] et par la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données [36] ainsi qu'aux droits de propriété industrielle;

- 12) aux actes pour lesquels la loi requiert l'intervention d'un notaire;
- 13) aux matières couvertes par la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés [37];
- 14) à l'immatriculation des véhicules pris en leasing dans un autre État membre;
- 15) aux dispositions relatives aux obligations contractuelles et non contractuelles, y compris la forme des contrats, déterminées conformément aux règles du droit international privé.

Article 18

Dérogations dans des cas individuels

1. Par dérogation à l'article 16, et uniquement dans des circonstances exceptionnelles, un État membre peut prendre, à l'encontre d'un prestataire ayant son établissement dans un autre État membre, des mesures relatives à la sécurité des services.
2. Les mesures visées au paragraphe 1 ne peuvent être prises que dans le respect de la procédure d'assistance mutuelle prévue à l'article 35 et si les conditions suivantes sont réunies:
 - a) les dispositions nationales en vertu desquelles les mesures sont prises n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation communautaire dans le domaine de la sécurité des services;
 - b) les mesures sont plus protectrices pour le destinataire que celles que prendrait l'État membre d'établissement en vertu de ses dispositions nationales;
 - c) l'État membre d'établissement n'a pas pris de mesures ou a pris des mesures insuffisantes par rapport à celles visées à l'article 35, paragraphe 2;
 - d) les mesures sont proportionnées.
3. Les paragraphes 1 et 2 n'affectent pas les dispositions qui, prévues dans les instruments communautaires, garantissent la libre circulation des services ou permettent des dérogations à celle-ci.

SECTION 2

Droits des destinataires de services

Article 19

Restrictions interdites

- Les États membres ne peuvent pas imposer au destinataire des exigences qui restreignent l'utilisation d'un service fourni par un prestataire ayant son établissement dans un autre État membre, notamment les exigences suivantes:
- a) l'obligation d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes ou de faire une déclaration auprès de celles-ci;
 - b) des limites discriminatoires à l'octroi d'aides financières au motif que le prestataire est établi dans un autre État membre ou pour des raisons liées à l'emplacement du lieu où le service est fourni;

Article 20

Non-discrimination

1. Les États membres veillent à ce que le destinataire ne soit pas soumis à des exigences discriminatoires fondées sur sa nationalité ou son lieu de résidence.
2. Les États membres veillent à ce que les conditions générales d'accès à un service, qui sont mises à la disposition du public par le prestataire, ne contiennent pas des conditions discriminatoires en raison de la nationalité ou du lieu de résidence du destinataire, sans que cela ne porte atteinte à la possibilité de prévoir des différences dans les conditions d'accès lorsque ces conditions sont directement justifiées par des critères objectifs.

II. Le double apport du Traité de Lisbonne au service d'intérêt général

Deux avancées sont continues dans le Traité de Lisbonne eu égard aux services d'intérêt général. Il s'agit d'une part, de l'adoption d'un protocole (A) consacré à ces services, et d'autre part, de la valeur obligatoire enfin conférée à la Charte européenne des droits fondamentaux (B).

A. Le protocole sur les services d'intérêt général

L'existence d'un protocole entièrement dédié aux services d'intérêt général dans le cadre du Traité de Lisbonne est une donnée à double tranchant. En effet, dans un sens, l'on pourrait s'étonner que les apports ne se situent pas dans le corps même du Traité. Mais d'un autre côté, l'objet du Traité de Lisbonne n'est pas de réformer les politiques mais les institutions. En cela, la présence même du protocole marque à la fois un engagement politique de la part des États membres mais aussi des bases juridiques renforcées. En effet, en droit européen, les protocoles ont pleine valeur juridique ⁽³⁷⁾. Des lors, ce protocole est une avancée en termes de protection du service public. Le protocole reprend d'anciens principes tout en posant de nouvelles exigences.

1. L'insistance sur des principes existants

Le protocole précise en premier lieu que les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 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 ».

De ce premier volet, il faut souligner d'abord le rappel de l'article 16 du Traité, lui-même inscrit depuis le Traité d'Amsterdam. Il faut souligner ensuite et surtout la marge de manoeuvre reconnue aux autorités nationales, y compris les entités infranationales, les autorités régionales et les autorités locales. Il est en effet question d'un rôle essentiel et d'un large pouvoir discrétionnaire.

Il importe enfin de relever la référence faite par le protocole aux « besoins des utilisateurs ». Il s'agit encore là, à n'en pas douter, d'une avancée dans la mesure où la détermination desdits besoins des utilisateurs devrait relever des niveaux infranationaux ou nationaux. Le principe de subsidiarité commandera en effet que les autorités les plus proches des citoyens déterminent leurs besoins en termes de service public.

Cette interprétation est renforcée par l'article 2 du protocole. « 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 ».

En deuxième lieu, l'article premier du protocole précise que les valeurs contenues à l'article 16 du Traité comprennent aussi « 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 ».

En troisième lieu, ces valeurs comprennent encore, selon le protocole, toute une série d'exigences. Plusieurs termes à la fois génériques et exigeants sont compris dans le protocole. Sont mentionnés 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.

Le protocole reprend donc et réaffirme un certain nombre de principes opérationnels guidant les travaux des institutions de l'Union européenne et, en particulier, ceux de la Commission. Il en est ainsi du rôle essentiel et de la grande marge de manoeuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la gestion des services d'intérêt

économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs. Les services d'intérêt économique général devraient être réactifs et fournis au plus près possible des citoyens et des entreprises. L'action de l'Union devrait respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les autorités compétentes des États membres sont libres de définir ce qu'elles considèrent comme des services d'intérêt économique général et disposent d'une grande marge de manoeuvre pour décider des modalités d'organisation, de régulation et de financement de ces services, en conformité avec le droit de l'Union européenne et dans les limites de ferreur manifeste. En particulier, les règles relatives à la concurrence et au marché intérieur ne s'appliquent pas aux activités de nature non économique.

Le protocole reprend donc des éléments déjà contenus dans les traités antérieurs, tout en incluant des exigences nouvelles et des principes spécifiques à ces services.

2. De nouvelles exigences

La marge de manoeuvre des États membres est affirmée très nettement. On conviendra sans doute de l'imprécision des termes. Mais cette imprécision semble aller dans le sens d'une plus grande marge de manoeuvre reconnue aux autorités nationales et décentralisées.

Le terme de pouvoir discrétionnaire est suffisamment fréquent en droit administratif, en France, comme dans d'autres États membres, pour que l'on puisse y voir une large reconnaissance de pouvoirs renforcés en matière de service d'intérêt général.

Dans son interprétation du texte, la Commission souligne le respect de la diversité des services et de la disparité des situations, de même pour les besoins et préférences des utilisateurs : « Les différences entre les divers services d'intérêt économique général ainsi que les disparités qui existent au niveau des besoins et des préférences des citoyens, des utilisateurs et des consommateurs en raison de situations économiques, sociales, géographiques, culturelles et physiques différentes devraient être respectées ».

Il convient selon la Commission de tenir dûment compte de la diversité qui caractérise ce type de services, des situations dans lesquelles ces derniers sont fournis, des caractéristiques des fournisseurs de services et du besoin de flexibilité pour adapter les services aux divers besoins : cela vaut particulièrement pour les services sociaux. La réglementation applicable devrait être régulièrement mise à jour, afin de prendre en compte les nouvelles évolutions au fil du temps, telles que les innovations technologiques. Est affirmée la garantie de l'égalité de traitement et promotion de l'accès universel. L'accès aux services d'intérêt économique général est un droit reconnu dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B. La force contraignante de la Charte européenne des droits fondamentaux

L'article 36 de la Charte ⁽³⁸⁾ est consacré à l'accès aux services d'intérêt économique général. Il affirme que : « 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 aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Il faut ajouter que l'article 34 de la Charte est consacré à la sécurité sociale et à l'aide sociale. Il précise que : « L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la veillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ».

Le principe d'égalité implique d'assurer l'égalité de traitement entre femmes et hommes et de lutter contre toutes les formes de discrimination dans l'accès à ces services. Lorsqu'une règle sectorielle de l'Union est fondée sur la notion de service universel, elle devrait instaurer le droit de chacun d'avoir accès à certains services jugés essentiels et imposer aux prestataires de services l'obligation de proposer des services définis à des conditions spécifiques incluant, entre autres, une couverture territoriale complète et un prix abordable. Le service universel prévoit un ensemble minimal de droits et d'obligations, qui, en général, peut être développé plus avant au niveau national. Il s'agit d'une notion dynamique, qui doit être actualisée régulièrement, secteur par secteur. Comme déjà mentionné plus haut dans le cas des services sociaux, la promotion de l'accès sur tout le territoire de l'Union européenne est essentielle pour favoriser la cohésion territoriale de l'Union. Les territoires présentant un handicap géographique ou naturel tels que les régions ultrapériphériques, les îles, les zones montagneuses ou faiblement peuplées et les frontières extérieures, font souvent face à des difficultés en termes d'accès aux services d'intérêt général, du fait de leur éloignement des grands marchés ou des coûts de connexion accrus. Ces facteurs spécifiques doivent être pris en considération selon la Charte.

D'après le commentaire article par article du projet de Charte des droits fondamentaux établi par la présidence de la Convention, « Cet article, qui se fonde sur l'article 16 du Traité instituant la Communauté européenne, ne crée pas de droit en lui-même, mais pose le principe du respect par l'Union de l'accès aux services d'intérêt économique

général prévu par les dispositions nationales dès lors qu'il est compatible avec le droit communautaire »⁽³⁹⁾. Dans l'attente de l'entrée en vigueur du nouveau Traité, qui conférera force de loi aux nouvelles dispositions, la Commission a l'intention d'utiliser le protocole et les principes inhérents comme référence pour vérifier la cohérence et la proportionnalité des politiques et initiatives de l'Union. De nouvelles perspectives s'ouvrent alors à court et moyen terme.

III. Les perspectives à court et moyen terme

La fin 2007 est marquée par une vigueur européenne du service public : des communications des institutions et organes, au Traité de Lisbonne, en passant par les orientations fixées par le Conseil européen de juin 2007, le champ des possibles du service d'intérêt général en Europe est large (A). Il reste cependant, pour plus de lisibilité du droit, à apporter des précisions sur les concepts (B).

A. Le champ des possibles du service d'intérêt général en Europe

On observe une continuité entre les avancées du début des années 2000 et des années 2007 et 2008. Celle-ci est renouvelée par une attention particulière portée aux services sociaux.

1. La continuité entre les avancées du début des années 2000 et les années 2007-2008

A la stabilisation des critères de la compensation succède une nouvelle série de consultations.

a) La stabilisation des critères de la compensation

Déjà en 2005, suite aux précisions du « paquet Altmark »⁽⁴⁰⁾, les travaux de l'Assemblée nationale française prenaient acte du champ des possibles élargi. Selon ces réflexions, les textes adoptés par la Commission satisfont à l'exigence de souplesse et au principe de subsidiarité. La Commission ne maintient en effet finalement une obligation de notification préalable que pour les compensations d'un montant très élevé, ayant une incidence réelle sur la concurrence, dont la compatibilité avec le droit communautaire sera appréciée au regard des critères posés par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt Altmark. Ce résultat est obtenu en accordant de larges exemptions sur des bases à la fois sectorielles et financières. Sont ainsi exonérées de toute notification préalable les compensations attribuées aux transports terrestres, à la radiodiffusion de service public, ainsi qu'aux secteurs du logement social et des hôpitaux⁽⁴¹⁾.

On doit par ailleurs noter que l'exemption du logement social et des hôpitaux a suscité d'une part, des oppositions au sein du Parlement européen et, d'autre part des interrogations des autorités françaises sur l'opportunité d'attribuer à ces deux secteurs la qualification de services d'intérêt économique général. Ces interrogations sont largement résolues par l'article 2 de la décision de 2005⁽⁴²⁾ qui ne mentionne que les activités « qualifiées de SIEG par l'État membre ». Sont également exemptées de notification les compensations octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur à 100 millions d'euros et dont le montant annuel de compensation est inférieur à 30 millions d'euros. En France, ces critères sectoriels et financiers devraient conduire à n'astreindre à l'obligation de notification préalable que dix sociétés d'économie mixte au maximum. Dès lors, le « paquet Monti » aboutit, en pratique, à remplacer le contrôle a priori par un contrôle a posteriori⁽⁴³⁾.

Une définition semble désormais acquise. Les services d'intérêt général englobent ainsi un vaste éventail d'activités, allant des grandes industries de réseau, telles que l'énergie, les télécommunications, les transports, la radiodiffusion audiovisuelle et les services postaux, jusqu'à l'éducation, l'approvisionnement en eau, la gestion des déchets, la santé et les services sociaux. Ces services sont considérés comme indispensables pour la vie quotidienne des citoyens et des entreprises et reflètent le modèle européen de société. Ils jouent un rôle majeur dans la garantie de la cohésion sociale, économique et territoriale de l'ensemble de l'Union et sont d'une importance vitale pour le développement durable de l'Union européenne en termes d'augmentation des niveaux d'emploi, d'inclusion sociale, de croissance économique et de qualité environnementale. Dès lors de nouvelles consultations sont organisées.

b) Les nouvelles consultations menées

Suite à cette stabilisation et cette précision des besoins de financement⁽⁴⁴⁾, la question s'est plus particulièrement portée sur les services non marchands. Une consultation publique sur les services sociaux d'intérêt général a été lancée en 2006⁽⁴⁵⁾. Dans le même sens, le Comité économique et social européen a rendu en juillet 2006 un avis sur « l'avenir des services d'intérêt général »⁽⁴⁶⁾ tentant d'éclaircir la distinction entre services d'intérêt général et services d'intérêt économique général. Le Comité économique et social souligne de son côté l'ambiguïté de la distinction entre les services d'intérêt général et les services d'intérêt économique général. Il formule ainsi les termes



du débat « Presque toute prestation d'intérêt général, même celle fournie à titre non lucratif ou bénévole, représente une certaine valeur économique, sans pour autant devoir relever du droit de la concurrence. En outre, un même service peut être à la fois marchand et non marchand. De même, un service peut avoir un caractère marchand sans que, pour autant, le marché soit à même d'assurer un service dans la logique et d'après les principes régissant les services d'intérêt général »

Dans la même logique, une conférence sur le suivi du Livre blanc sur les services d'intérêt général a aussi été organisée le 19 avril 2007 par le Comité économique et social européen et le Comité des régions ⁽⁴⁷⁾. Il y a été souligné que les services d'intérêt général jouent un rôle essentiel dans un contexte marqué par une concurrence menée au niveau mondial, dans la mesure où ces services sont essentiels au bien-être des citoyens ». Il est indiqué que la présidence portugaise attacherait une importance particulière aux services sociaux d'intérêt général, qualifiés d'instrument essentiel de citoyenneté et moteur de la cohésion sociale. En effet, les résultats du processus de consultation ont été présentés lors d'un forum consacré aux services sociaux d'intérêt général, organisé à Lisbonne par la présidence portugaise au mois de septembre 2007. La Commission vient quant à elle apporter une nouvelle contribution à la fin de l'année 2007.

2. Les perspectives dessinées par la Commission européenne autour des « services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général » ⁽⁴⁸⁾

En novembre 2007, alors même que le principe du Traité de Lisbonne est acquis avec le principe d'un protocole relatif au service d'intérêt général, la Commission adopte une communication adressée au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, accompagnant la communication intitulée : « Un marché unique pour l'Europe du XXI^e siècle » - Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen ⁽⁴⁹⁾. La Communication prend directement appui sur la perspective du Traité de Lisbonne. Elle y voit un point d'aboutissement des débats relatifs à l'opportunité d'adopter un cadre général relatif au service d'intérêt général.

La Commission pose alors une série de principes sur lesquels elle s'engage. Elle mentionne d'abord la réalisation d'un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité. Elle mentionne ensuite le développement de services d'intérêt économique général de qualité, sûrs et accessibles en tant qu'objectif essentiel de l'action de l'Union européenne. Cet objectif englobe les aspects suivants : l'accès aux services, y compris aux services transfrontaliers ; des services présentant un bon rapport qualité-prix et financièrement accessibles, y compris des régimes spéciaux pour les personnes ayant des bas revenus et des besoins spécifiques, ce qui est très important dans le cas des services sociaux ; la sécurité physique, la fiabilité et la continuité ; la qualité élevée et le choix ; la transparence et l'accès aux informations des fournisseurs et des régulateurs. Lorsqu'une action de l'Union européenne est appropriée, des instruments sectoriels communautaires devraient établir des règles garantissant la qualité et la sécurité des produits et services pour les consommateurs et usagers en général, ainsi que pour toutes les personnes intervenant dans leur production.

Bien que leur étendue et leur organisation varient considérablement en fonction des histoires et des cultures de l'intervention publique, les services d'intérêt général peuvent donc désormais être définis comme les services, tant économiques que non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public. Il est dès lors essentiellement de la responsabilité des autorités publiques, au niveau approprié, de décider de la nature et de l'étendue d'un service d'intérêt général. Les autorités publiques peuvent décider soit de fournir elles-mêmes ces services, soit d'en confier la fourniture à d'autres entités, publiques ou privées, exerçant leurs activités dans un but lucratif ou non.

Dans le même temps, les fournisseurs de ces services doivent respecter les règles édictées par le Traité CE et le droit dérivé de l'Union, lorsque celles-ci sont applicables. Cette responsabilité partagée trouve son expression dans le Traité et est soulignée dans le protocole sur les services d'intérêt général à annexer au Traité de Lisbonne. Par ailleurs, du fait de leur dimension communautaire, un certain nombre d'industries de réseau qui assurent des services d'intérêt économique général sont soumises à des directives sectorielles de l'Union ⁽⁵⁰⁾. En partenariat avec les autorités nationales, régionales et locales, l'Union a, par conséquent, un rôle à jouer dans la définition des principes et conditions de fonctionnement d'un large éventail de services. Conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, l'Union européenne intervient dans les limites des compétences qui lui sont conférées par le Traité et dans la mesure nécessaire. Son action doit respecter la diversité des situations dans les États membres et les rôles dévolus aux autorités nationales, régionales et locales pour assurer le bien-être de leurs citoyens et promouvoir la cohésion sociale, tout en garantissant des choix démocratiques, en ce qui concerne, entre autres, le niveau de qualité des services. L'ensemble de ces propos de la Commission montre une bonne volonté et un engagement certain. Cependant, il reste une nécessaire clarification des concepts inhérent au service d'intérêt général.

B. La nécessaire clarification des concepts inhérents au service d'intérêt général

12

Il existe une certaine confusion, qui appelle une clarification autour des définitions (1.) du service d'intérêt général et des principes qui les caractérisent (2.).

1. Pour une clarification des définitions : service d'intérêt général, service d'intérêt économique général, service public, service universel ou nouvelle classification ?

Depuis les premières réflexions sur le service d'intérêt général en Europe, pas moins de quatre expressions sont employées : service d'intérêt général, service d'intérêt économique général, service public, service universel. Les deux premières se distinguent par l'approche marchande ou non, comme on l'a vu plus haut. La notion de service public apparaît davantage comme liée à l'expression de « obligations de service public » sans apporter véritablement de matière au fond. Enfin, l'expression de « service universel » semble à double tranchant. Elle peut signifier à la fois une obligation d'accès de tous aux services d'intérêt général, mais elle peut aussi s'apparenter à un service minimum.

Dès lors, sans sa communication de novembre 2007, la Commission tente une clarification, sans pour autant reprendre formellement chacune de ces expressions. Elle précise néanmoins plusieurs éléments

Le protocole de Lisbonne introduit, selon la Commission, pour la première fois, la notion de services d'intérêt général dans le droit primaire de l'Union européenne, l'actuel Traité CE ne faisant référence qu'aux services d'intérêt économique général. Dans l'état actuel des choses, deux catégories de services d'intérêt général peuvent être distinguées pour illustrer la manière dont ceux-ci sont régis par les règles de l'Union

a) Prestations de services soumises au droit de la concurrence

En premier lieu, les services d'intérêt économique général correspondent à la fourniture et l'organisation de services qui sont soumis aux règles du marché intérieur et de la concurrence du Traité CE. L'explication tient dans ce que les activités correspondantes sont de nature économique. Dans le cas des grandes industries de réseau ayant une dimension européenne manifeste, telles que les télécommunications, l'électricité, le gaz, les transports et les services postaux, les services sont réglementés par un cadre législatif communautaire spécifique ⁽⁵¹⁾. De même, certains aspects de la radiodiffusion de service public sont couverts par une législation communautaire spécifique, comme par exemple la directive sur la télévision sans frontières ⁽⁵²⁾.

b) Prestations n'entrant pas dans le champ d'une réglementation européenne autonome

D'autres services d'intérêt économique général, relevant notamment des domaines de la gestion des déchets, de l'approvisionnement en eau ou du traitement des eaux usées ne font pas l'objet d'un régime réglementaire autonome au niveau de l'Union. Des règles communautaires spécifiques, telles que les législations sur les marchés publics, la protection de l'environnement et la protection des consommateurs, s'appliquent toutefois à certains aspects de ces services. En outre, un certain nombre de services d'intérêt économique général sont également soumis au cadre réglementaire établi par les directives sur les services.

c) Prestations régaliennes

En deuxième lieu, certains services non économiques correspondent à des services qui comprennent par exemple les prérogatives étatiques traditionnelles, telles que la police, la justice et les régimes légaux de sécurité sociale. Ces services ne sont soumis ni à une législation communautaire spécifique, ni aux règles du Traité relatives au marché intérieur et à la concurrence. Certains aspects de l'organisation de ces services peuvent être régis par d'autres règles du Traité, comme par exemple le principe de non-discrimination.

d) Distinction entre les services économiques et les services non économiques

La question de savoir comment distinguer entre services économiques et non économiques a été fréquemment soulevée. La réponse à cette question ne peut être donnée a priori et nécessite une analyse au cas par cas : la réalité de ces services est souvent spécifique et diffère grandement d'un État membre à l'autre, voire d'une autorité locale à l'autre ; les modalités de fourniture des services évoluent constamment, en réponse aux nouveaux développements économiques, sociaux et institutionnels, tels que la modification des exigences des consommateurs, les mutations technologiques, la modernisation des administrations publiques et le transfert de responsabilités au niveau local.

Dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour de justice estime que ce n'est pas le secteur ou le statut d'une entité assurant un service (par exemple le fait qu'il s'agisse d'une entreprise publique ou privée, d'une association

d'entreprises ou d'un organisme d'administration publique), ni son mode de financement, qui déterminent si ses activités sont considérées comme économiques ou non économiques, mais la nature de l'activité elle-même

Pour opérer la distinction, la Cour se fonde sur un ensemble de critères relatifs aux conditions de fonctionnement du service en cause, tels que l'existence d'un marché, de prérogatives de puissance publique ou d'obligations de solidarité. Dans la pratique, cela signifie qu'une seule et même entité peut exercer à la fois des activités économiques et non économiques et, de ce fait, être soumise aux règles de concurrence pour certaines parties de ses activités, mais non pour d'autres. La Cour a, par exemple, jugé qu'une entité donnée pouvait exercer, d'une part, des activités administratives de nature non économique, telles que des missions de police, et, d'autre part, des activités purement commerciales ⁽⁵³⁾. Une entité peut aussi exercer des activités non économiques dans le cadre desquelles elle se comporte comme une organisation caritative et, en même temps, entrer en concurrence avec d'autres opérateurs, pour une autre partie de son activité, en effectuant des opérations financières ou immobilières, même dans un but non lucratif ⁽⁵⁴⁾. Selon cette approche fonctionnelle, chaque activité doit donc être analysée séparément ⁽⁵⁵⁾.

Pour qu'un service donné soit qualifié d'activité économique soumise aux règles du marché intérieur (concernant à la fois la libre circulation des services et la liberté d'établissement), il doit présenter la caractéristique essentielle d'être fourni contre rémunération. Il ne doit cependant pas nécessairement être payé par ceux qui en bénéficient. Le caractère économique d'un service dépend non pas du statut juridique du prestataire de service (un organisme à but non lucratif, par exemple), ni de la nature du service, mais plutôt de la manière dont une activité donnée est effectivement exercée, organisée et financée. Dans la pratique, exception faite des activités liées à l'exercice de l'autorité publique, auxquelles les règles du marché intérieur ne sont pas applicables en vertu de l'article 45 du Traité CE, il s'ensuit que la grande majorité des services peuvent être considérés comme des « activités économiques », au sens des règles dudit Traité relatives au marché intérieur (art. 43 et 49).

e) Prestations sociales

Dans ce contexte, la situation des services sociaux a été précisée, comme expliqué plus haut. Les services sociaux peuvent être de nature économique ou non économique, en fonction de l'activité concernée. Bien qu'ils ne soient pas définis, la communication de 2006 en a identifié deux grands types : d'une part, les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale, sous leurs diverses formes d'organisation (mutualistes ou professionnelles) couvrant les principaux risques de la vie, tels que ceux liés à la santé, à la vieillesse, aux accidents du travail, au chômage, à la retraite et au handicap ; d'autre part, les autres services prestés directement à la personne, tels que les services d'assistance sociale, les services en matière d'emploi et de formation, le logement social ou les soins de longue durée. Ces services sont, en général, organisés au niveau local et fortement tributaire du financement public.

Les définitions précisées, les principes méritent d'être explicités.

2. Pour une explicitation des principes du service d'intérêt général

Dans son Livre blanc de 2004, la Commission cite un certain nombre de principes positifs pour caractériser le service d'intérêt général. Elle est en effet d'avis que le développement de services d'intérêt économique général de qualité accessibles et abordables, ainsi que la création d'un marché intérieur ouvert et concurrentiel sont des objectifs compatibles qui devraient se compléter mutuellement. Elle tente alors d'explicitier ces principes.

a) Accessibilité et justification de droit dérogatoire

L'expérience acquise, entre autres, dans les secteurs des télécommunications et des transports, ou au niveau local (attribution des marchés de services publics, par exemple), montre que les marchés qui sont ouverts à la concurrence contribuent à améliorer l'efficacité, l'abordabilité et le choix des services offerts. En même temps, des dispositions spécifiques peuvent être maintenues afin d'assurer qu'un équilibre soit trouvé. La Cour accepte, par exemple, l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux pour certains services, de même que les mesures destinées à réguler les marchés, telles que l'exigence d'autorisations, dès lors qu'elles sont justifiées par des objectifs d'intérêt public et proportionnées aux buts poursuivis ⁽⁵⁶⁾. En droit dérivé, la poursuite d'objectifs d'intérêt public par les services d'intérêt économique général est également prise en compte dans la directive sur les services.

En avril 2006, la Commission a lancé une vaste consultation des États membres, des fournisseurs de services et des usagers, afin de mieux comprendre la nature de ces services dans l'ensemble de l'Union européenne et d'évaluer l'expérience acquise par les parties prenantes lors de l'application des règles communautaires.

Bien que les fonctions et l'organisation des services sociaux varient fortement, la consultation a mis en évidence l'importance de ces services pour la réalisation d'objectifs fondamentaux de l'Union européenne, tels que l'achèvement de la cohésion sociale, économique et territoriale ou un niveau élevé d'emploi, d'inclusion sociale et de croissance économique, de même que leur interconnexion étroite avec les réalités locales.

b) Transparence et engagements de la Commission

Dans sa communication de novembre 2007 ⁽⁵⁷⁾, la Commission prend des engagements précis : elle s'engage à faire en sorte que les usagers et les professionnels puissent obtenir rapidement des réponses à des questions pratiques, des explications et des interprétations. Les réponses aux questions posées seront publiées et une mise à jour appropriée, reflétant la position de la Commission, sera fournie régulièrement via un site web dédié. À titre de première illustration, une série de réponses est publiée parallèlement à cette communication, afin de régler des questions liées à l'application des règles relatives aux marchés publics et aux aides d'État, en ce qui concerne notamment les services sociaux d'intérêt général. Elle s'engage à la mise en place d'un service d'information interactif. Un service en ligne dédié et interactif doit être mis à la disposition des citoyens, des prestataires de services, des autorités publiques et de toutes les parties prenantes pour leur fournir des informations et leur permettre de soulever des questions concernant l'application du droit de l'Union européenne. Les réponses aux questions fréquemment posées, à commencer par celles soulevées dans le cadre de la consultation sur les services sociaux, seront placées sur le site web de la Commission.

La Commission dit espérer que cet outil pourra aider les acteurs locaux et régionaux, en particulier dans le domaine des services sociaux, à développer une bonne compréhension de la position de la Commission sur les dispositions applicables de l'Union européenne et que, au fil du temps, toutes les questions pertinentes surgissant dans la pratique seront traitées de façon pragmatique et conviviale. Dans le domaine des aides d'État, la décision et l'encadrement sur les aides d'État sous forme de compensations de service public adoptées en 2005 ⁽⁵⁸⁾ ont déjà apporté une contribution significative à la simplification des règles applicables, conformément aux principes du « mieux légiférer ». Ces deux textes respectent pleinement la grande marge de manœuvre que possèdent les États membres pour définir les missions des services d'intérêt économique général. Ils permettent aux États membres de sécuriser ces missions par un acte de mandatement et de compenser tous les coûts nets occasionnés aux entreprises chargées de ces services. Dans ce contexte, la séparation des comptes permet d'obtenir la transparence et d'éviter toute surcompensation. En outre, les compensations pour les services qui remplissent ces conditions sont entièrement exemptées de notification, tant que leur montant est inférieur à 30 millions d'euros par année, ou même sans aucune application de limites dans le domaine du logement social et des hôpitaux. En pratique, la grande majorité des services assurés au niveau local est ainsi exemptée de notification. La Commission réalisera une évaluation et un rapport sur l'application du paquet relatif aux aides d'État d'ici fin 2009 et examinera si une actualisation de ce dernier est nécessaire dans ce contexte.

La Commission précise encore que dans le domaine des partenariats public-privé et des concessions diverses questions sont en suspens ou en train de se faire jour. La Commission présentera sous peu une communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés en vue de clarifier les règles applicables. Sur la base des résultats d'une analyse d'impact, elle envisage également d'autres mesures pour clarifier les règles applicables aux concessions. Par ailleurs, il a été demandé à la Commission de mieux expliquer les règles applicables aux marchés publics après l'entrée en vigueur des nouvelles directives en janvier 2006. Selon la Cour, « la boîte à outils présentée devrait apporter davantage de clarté » ⁽⁵⁹⁾.

En conclusion, nécessairement provisoire, compte tenu des perspectives dessinées par le Traité de Lisbonne, il apparaît à la fois une stabilisation des concepts et des principes. Le terme de service d'intérêt général semble devoir désormais rendre compte de ce que le système juridique et politique français connaît à travers les termes de service public. Ce service se décline en plusieurs catégories. Selon la nature du service, les exigences varient et de ce fait les dérogations au droit de la concurrence aussi.

Ces services ne sont régis par une directive globale mais par des directives sectorielles. Le Traité de Lisbonne n'offre d'ailleurs pas de perspectives de changement à cet égard. Le chemin parcouru depuis le Traité d'Amsterdam s'inscrit indubitablement dans le sens d'une ouverture plus grande des institutions européennes au service d'intérêt général. À l'avenir, les États devraient dès lors bénéficier de davantage de marge de manœuvre, tandis que la justiciabilité de la Charte européenne des droits fondamentaux peut donner de nouveaux instruments d'action à la société européenne et aux citoyens européens.

Florence CHALTIEL

Professeur de droit public

IEP Grenoble

Responsable des carrières publiques

Les apports du traité de Lisbonne au service public

PAR FLORENCE CHALTIÉL
PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC, IEP GRENOBLE,
RESPONSABLE DES CARRIÈRES PUBLIQUES

L'ESSENTIEL

Le début des années 2000, moment de maturation du service public au niveau européen. « Révolu », ainsi peut-on qualifier le temps où le Conseil d'Etat disait du droit européen, dans son rapport public de 1992, qu'il faisait pire qu'instruire le procès du service public, puisqu'il l'ignorait. Depuis lors, jurisprudence, traités et travaux de la Commission ont entendu le message. D'antinómiques, les principes de libre concurrence et de service d'intérêt général sont devenus complémentaires. La complémentarité ne se fait cependant pas sans heurts ou au moins tâtonnements.

Les années 1990 marquent le retournement de situation et la recherche des bons termes pour rendre compte de ce que nous appelons en droit français, le « service public » et qui se nomme, en droit européen, peu ou prou « service d'intérêt général ». Les jalons, connus, méritent d'être brièvement rappelés. Les arrêts *Corbeau* de 1993 (CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, AJDA 1993. 865, note F. Hamon; D. 1993. IR. 169) et *Commune d'Almelo* de 1994 (CJCE 27 avr. 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, AJDA 1994. 637, note F. Hamon; D. 1995. Jur. 17, note J. Dutheil de la Rochère) résonnent comme une réponse à la demande de plusieurs Etats dont la France. L'arrêt *Commission c/ France* de 1997, en donnant raison à la France contre la Commission, à propos d'avantages octroyés à Electricité de France, marque une nouvelle étape (CJCE 23 oct. 1997, *Commission c/ France*, aff. C-159/94, AJDA 1997. 991, note F. Hamon). Le caractère non immédiatement vital d'une aide à une entreprise prestataire de service d'intérêt général n'est pas nécessairement contraire au droit européen. Le traité d'Amsterdam consacre ce que l'on peut appeler depuis lors la « valeur service d'intérêt général ».

L'article 16 du traité CE, introduit par le traité d'Amsterdam, non modifié jusqu'au traité de Lisbonne, se lit aujourd'hui comme suit : « 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 ». Il est enrichi de plusieurs valeurs et principes. Il faut d'abord souligner que l'objet est celui du « service d'intérêt économique général ». C'est effectivement celui qui, par sa dimension économique, a longtemps été perçu par les instances européennes comme facteur de distorsion de concurrence. Il faut ensuite mettre en évidence la question du rôle de ces services dans la réalisation d'un des objectifs majeurs de l'Union, affirmé avec plus de

vigueur depuis le traité de Maastricht, la cohésion économique et sociale. Enfin, le traité pose implicitement, mais nécessairement, le principe de l'obligation de financement desdits services, la charge incombant à la fois à la Communauté et aux Etats membres, selon leurs compétences respectives.

Parallèlement à la jurisprudence et à l'évolution des traités, la Commission a apporté sa contribution à la réflexion sur le service public à l'europpéenne, par une série de textes. Livres blancs, livres verts et communications se sont succédés à un rythme soutenu au cours des années 1990 et 2000. Ainsi en 1996, la Commission adopte une première communication d'ensemble sur les services d'intérêt général. Le Conseil européen de Lisbonne a demandé en 2000 que la Commission mette à jour sa communication de 1996 sur les services d'intérêt général en Europe (JOUE C 281, 29 juin 1996). De nouveaux textes sont adoptés par la Commission au début des années 2000 (JOUE C 17, 19 janv. 2001). On peut encore citer la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 12 mai 2004, intitulée « Livre blanc sur les services d'intérêt général » (COM/2004/0374 final). Celle-ci fait suite au Livre vert de la Commission, du 21 mai 2003, sur les services d'intérêt général. De cette décennie de textes émanant de la Commission, il faut retenir à la fois l'absence de proposition de texte global permettant de définir le contenu et les exigences du service d'intérêt général et l'emploi de plusieurs expressions pour rendre compte de ce qu'on appelle le service public en droit français.

Enfin, une dernière étape fait date avant la signature du traité de Lisbonne. Il s'agit du Paquet Altmarm. Cette expression rend compte de la jurisprudence du même nom et des décisions consécutives de la Commission. En 2001, la Cour de justice des Communautés européennes adopte l'arrêt *Ferring*, qui dit qu'une compensation non excessive des coûts occasionnés par l'exécution d'une obligation de service public n'est pas constitutive d'une « aide d'Etat » et ne doit, par conséquent, pas être notifiée (CJCE 22 nov. 2001, *Ferring*, aff. C-53/00. Rec. CJCE I-9067, pt 27; chron. C. Lambert, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni, AJDA 2002. 326; D. 2002. IR. 134). Cette jurisprudence annonce celle de 2003, dite *Altmarm* (CJCE 24 juill. 2003,

Almark Trans GmbH, aff. C-280/00, AJDA 2003. 1739, note S. Rodrigues; D. 2003. Jur. 2814, note J.-L. Clergerie; CJCE 27 nov 2003, *Enirisorse SpA*, aff. C-34/01 à C-38/01). La Cour de justice élabore alors la théorie de la compensation qui peut se résumer comme suit.

Lorsqu'une entreprise bénéficie d'une compensation des sujétions pesant sur elle pour accomplir ses missions de service public, ladite compensation n'est pas constitutive d'une aide d'Etat. Ce principe exige cependant que quatre conditions soient remplies : en premier lieu, l'entreprise doit avoir été explicitement chargée d'obligations de service public, qui doivent être clairement définies. En deuxième lieu, les paramètres de calcul de la compensation doivent avoir été préalablement établis de façon

Lorsqu'une entreprise bénéficie d'une compensation des sujétions pesant sur elle pour accomplir ses missions de service public, il ne s'agit pas d'une aide d'Etat.

objective et transparente. En troisième lieu, la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés, ainsi qu'un bénéfice raisonnable. Enfin, en quatrième lieu, lorsque le choix de l'entreprise n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché

public, le niveau de compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport. La doctrine *Almark* est entourée de nombreuses précisions par la Cour. Elle est systématisée par la Commission dans des décisions consécutives¹. Tel est l'état du droit avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne². Celui-ci, s'il entre en vigueur (le référendum négatif en Irlande créant un doute) comporte des avancées, tant par le protocole sur les services d'intérêt général que par la portée juridique désormais contraignante de la Charte des droits, ouvrant dès lors de nouvelles perspectives.

Les avancées contenues dans le protocole sur les services d'intérêt général (SIG)

Les nouvelles bases juridiques du SIG se trouvent dans un protocole et non dans le traité. Symboliquement, l'impact peut sembler moindre, juridiquement il ne l'est pas. Un protocole, en droit européen, a en effet pleine valeur juridique³. Le texte traduit un indéniable changement d'accent en faveur de la garantie des services publics.

(1) Décision de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, directive de la Commission modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, document de travail: «Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public» Bruxelles, D/S2891 DGCOMP/11/D(2005)179.

(2) Les développements qui suivent sont donc conditionnés par un nouveau vote irlandais qui autoriserait la ratification du traité.

(3) La Cour s'y réfère en tant qu'instrument juridique à part entière, et ce, dans tous les domaines. v. par ex. CJCE 17 janv. 2008, aff. C-37/06 et C-58/06, «la protection du bien-être des animaux constitue un objectif légitime d'intérêt général dont l'importance s'est traduite, notamment, par l'adoption par les Etats membres du protocole sur la protection et le bien-être des animaux, annexé au traité instituant la Communauté européenne» (JOUE 1997, C 340, p. 110).

Le protocole apporte toute une série de précisions dans le sens d'un renforcement du service d'intérêt général. Les maîtres-mots en sont : marge de manœuvre des autorités nationales et infranationales et besoins des utilisateurs. On conviendra d'emblée de la généralité des formules. La généralité pourra néanmoins être synonyme de latitude renforcée.

Le texte précise, en premier lieu, que les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 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».

De ce premier volet, il faut souligner d'abord le rappel de l'article 16 du traité, lui-même inscrit depuis le traité d'Amsterdam. Ainsi, il n'est pas question de révolution mais d'évolution. L'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reprend l'ancien article 16 en l'enrichissant d'une clause relative au nécessaire financement des services d'intérêt économique général. Il se lit désormais comme suit : «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 Etats 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 Etats membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services». Il faut noter ensuite, et surtout, la marge de manœuvre reconnue aux autorités nationales, y compris les entités infranationales, les autorités régionales et les autorités locales. Il est en effet question d'un rôle essentiel et d'un large pouvoir discrétionnaire. Il importe enfin de relever la référence faite par le protocole aux «besoins des utilisateurs». Il s'agit là encore, sans conteste, d'un approfondissement dans la mesure où la détermination desdits besoins des utilisateurs devrait relever des niveaux infranationaux ou nationaux. Le principe de subsidiarité suppose en effet que les autorités les plus proches des citoyens déterminent leurs besoins en termes de service public. Il s'agit d'une base juridique qui devrait permettre un financement accru des services d'intérêt général par les autorités nationales et infranationales.

Cette interprétation méritera d'être confirmée à la fois par la pratique des Etats, les réponses de la Commission européenne, et les décisions de la Cour. Elle est néanmoins renforcée par l'article 2 du protocole. Il indique que «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». Apparaissent cette fois les services non économiques. Cette inscription est concomitante de travaux récents de la Commission européenne sur les services sociaux, comme on le verra plus bas.

17

En deuxième lieu, l'article 1^{er} du protocole précise que les valeurs contenues à l'article 16 du traité comprennent aussi « 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 ». Il s'agit presque d'une reconnaissance de la diversité culturelle des Etats en matière de service public. Ce qui peut de nouveau être interprété dans le sens d'une ouverture au service public. Là encore, seule la pratique des autorités locales et nationales, en coopération avec les autorités européennes, permettra de confirmer la présente thèse.

En troisième lieu, le protocole dresse une liste d'exigences inhérentes à la réalisation des services d'intérêt général. Sont ainsi mentionnés un niveau élevé de qualité, de sécurité et le caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs. Ces formules méritent d'être explicitées. Exprimées dans des termes si généraux, elles pourraient n'être que des déclarations d'intention. Pourtant, les termes ont un sens juridique qui porte obligation pour les acteurs des services d'intérêt général. Il s'agit là d'une systématisation de ce que l'on pourrait appeler les lois du service public européen, que l'on pouvait déjà lire dans les travaux précités de la Commission. L'inscription

Le principe de subsidiarité suppose que les autorités des plus proches des citoyens déterminent leurs besoins en termes de service public.

dans le protocole fait passer ces principes de valeurs politique à exigence juridique.

Le protocole reprend donc et réaffirme un certain nombre de principes opérationnels guidant les travaux des institutions de l'Union européenne et, en particulier, ceux de la

Commission. Il en est ainsi du rôle essentiel et de la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la gestion des services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs : les services d'intérêt économique général devraient être réactifs et fournis au plus près possible des citoyens et des entreprises. L'action de l'Union devrait respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les autorités compétentes des Etats membres sont libres de définir ce qu'elles considèrent comme des services d'intérêt économique général et disposent d'une grande marge de manœuvre pour décider des modalités d'organisation, de régulation et de financement de ces services, en conformité avec le droit de l'Union européenne et dans les limites de l'erreur manifeste. En particulier, les règles relatives à la concurrence et au marché intérieur ne s'appliquent pas aux activités de nature non économique. Le protocole reprend donc des éléments déjà contenus dans les traités antérieurs, tout en incluant des exigences nouvelles et des principes spécifiques à ces services. La Charte des droits, quant à elle, en devenant juridiquement contraignante, si le traité de Lisbonne entre en vigueur, permet d'affirmer que le service d'intérêt général est un droit du citoyen européen.

► Les éléments de la Charte des droits relatifs au service d'intérêt général

Il convient de rappeler que la Charte européenne des droits fondamentaux est proclamée depuis le Conseil européen de Nice en décembre 2000. Elle n'est jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qu'un accord interinstitutionnel⁴. Ainsi, la Cour faisait référence à la Charte européenne des droits fondamentaux en tant qu'appui ou éclairage d'autres dispositions de protection des droits (par ex. CJCE 18 juill. 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05, JOUE C 56, 10 mars 2007). Elle ne l'a pas intégrée au droit européen par la voie des principes généraux du droit.

En conséquence, le changement apporté par le nouveau traité est essentiel. La Charte devient juridiquement contraignante. Cependant, un certain nombre de précisions et d'exemptions sont prévues. Il faut les exposer avant de mesurer l'apport en termes de promotion du service d'intérêt général à l'échelle européenne.

L'article 36 de la Charte est consacré à l'accès aux services d'intérêt économique général (JOUE C 303/51, 14 déc. 2007). Il affirme que « 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 aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Il faut ajouter que l'article 34 de la Charte est consacré à la sécurité sociale et à l'aide sociale. Il précise que « l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ».

La Commission a tiré de ce texte une interprétation de garantie du principe d'égalité et du service universel. Le principe d'égalité implique d'assurer l'égalité de traitement entre femmes et hommes et de lutter contre toutes les formes de discrimination dans l'accès à ces services. Lorsqu'une règle sectorielle de l'Union est fondée sur la notion de service universel, elle devrait instaurer le droit de chacun d'avoir accès à certains services jugés essentiels et imposer aux prestataires de services l'obligation de proposer des services définis à des conditions spécifiées incluant, entre autres, une couverture territoriale complète et un prix abordable.

Le service universel prévoit un ensemble minimal de droits et d'obligations, qui, en général, peut être développé plus avant au niveau national. Il s'agit d'une notion dynamique, qui doit être actualisée régulièrement, secteur par secteur. Comme déjà mentionné plus haut dans le cas des services sociaux, la promotion de l'accès sur tout le territoire de l'Union européenne est essentielle pour favoriser la cohésion territoriale de l'Union. Les territoires présentant un handicap géographique ou naturel tels que les régions ultrapériphériques, les îles, les zones montagneuses ou faiblement peuplées et les frontières extérieures, font souvent face à des difficultés en termes d'accès aux services d'intérêt

(4) Elle est publiée dans un premier temps dans le volet communication du JOUE (C 364, 18 déc. 2000, p. 1). Elle se trouve désormais publiée au JOUE du 17 décembre 2007, encore dans la partie communication, en attendant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

général, du fait de leur éloignement des grands marchés ou des coûts de connexion accrus. Ces facteurs spécifiques doivent être pris en considération selon la Charte.

D'après le commentaire article par article du projet de Charte des droits fondamentaux établi par la présidence de la Convention, «cet article, qui se fonde sur l'article 16 du traité instituant la Communauté européenne, ne crée pas de droit en lui-même, mais pose le principe du respect par l'Union de

Le service universel est une notion dynamique, qui doit être actualisée régulièrement, secteur par secteur.

l'accès aux services d'intérêt économique général prévu par les dispositions nationales dès lors qu'il est compatible avec le droit communautaire» (interprétation de la Convention reprise par le

texte d'explication joint à la Charte, JOUE C 303/17, 14 déc. 2007). Dans l'attente de l'entrée en vigueur du nouveau traité, qui confèrera force de loi aux nouvelles dispositions, la Commission a l'intention d'utiliser le protocole et les principes inhérents comme référence pour vérifier la cohérence et la proportionnalité des politiques et initiatives de l'Union. De nouvelles perspectives s'ouvrent donc quant au développement des services d'intérêt général.

▶ Les perspectives de développement du service d'intérêt général

La marge de manœuvre reconnue aux Etats et régions par le protocole conduira-t-elle à une évolution des règles tirées de la jurisprudence *Altmark* dans l'hypothèse de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Les pistes de travail à l'observation du traité de Lisbonne. Les pistes de travail à venir semblent désormais s'axer autour de la distinction entre services économiques et services non économiques, d'une part, et la promotion des services sociaux, d'autre part.

LA DISTINCTION ENTRE LES SERVICES ÉCONOMIQUES ET LES SERVICES NON ÉCONOMIQUES

Tandis que les traités, depuis l'origine de la construction européenne, font référence aux services d'intérêt économique général, le protocole du traité de Lisbonne est consacré aux services d'intérêt général. Cette référence générale recouvre donc les deux types de services que le contenu du protocole distingue de manière pour le moins subtile.

S'agissant des services d'intérêt économique général, auxquels l'article 1^{er} du protocole est entièrement consacré, les Etats et entités infranationales disposeront d'un large pouvoir discrétionnaire. Cette formule a été analysée plus haut dans le cadre de l'étude du protocole. S'agissant des services non économiques d'intérêt général, le protocole est plus ferme encore, puisqu'il précise que «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».

Une gradation dans la marge de manœuvre des Etats se situe donc dans le protocole. Entre pouvoir discrétionnaire et compétence ne pouvant être atteinte, l'interprétation semble aisée que par le passé. En effet, la distinction entre ce qu'est un service économique et ce qu'est un service non économique connaît des frontières qui peuvent être ténues. La Cour de justice de l'Union européenne a déjà eu à se prononcer sur ces questions. La Cour a élaboré un faisceau d'indices pour déterminer la nature du service. Elle se fonde en effet sur un ensemble de critères relatifs aux conditions de fonctionnement du service en cause, tels que l'existence d'un marché, de prérogatives de puissance publique ou d'obligations de solidarité. Dans la pratique, elle précise qu'une seule et même entité peut donc exercer à la fois des activités économiques et non économiques. Dans ce cas, l'acteur peut être soumis aux règles de concurrence pour certaines parties de ses activités, mais non pour d'autres.

La Cour a ainsi logiquement jugé qu'une entité donnée pouvait exercer, d'une part, des activités administratives de nature non économique, telles que des missions de police, et, d'autre part, des activités purement commerciales (CJCE 24 oct. 2002, *Aéroports de Paris*, aff. C-82/01, AJDA 2003, 436, note J.-Y. Chéropot). Il lui reviendra alors de modeler sa jurisprudence aux principes posés par le traité de Lisbonne et la charte des droits.

Une entité peut aussi exercer des activités non économiques dans le cadre desquelles elle se comporte comme une organisation caritative et, en même temps, entrer en concurrence avec d'autres opérateurs, pour une autre partie de son activité, en effectuant des opérations financières ou immobilières, même dans un but non lucratif (CJCE 10 janv. 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, aff. C-222/04, JOUE C 48, 25 févr. 2006). Selon cette approche fonctionnelle, chaque activité doit donc être analysée séparément. Les principes varient selon l'activité en cause, droit de la concurrence à concilier avec les principes du service d'intérêt général dans le cadre de l'activité économique, latitude laissée aux autorités nationales dans le cadre de l'activité non économique.

LA PROMOTION DES SERVICES SOCIAUX

En novembre 2007, alors même que le principe du traité de Lisbonne est alors acquis avec le principe d'un protocole relatif au service d'intérêt général, la Commission adopte une communication adressée au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, accompagnant la communication intitulée «Un marché uni pour l'Europe du XXI^e siècle» – Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen (20 nov. 2007, COM [2007] 725 final). La communication prend directement appui sur la perspective du traité de Lisbonne. Elle développe plusieurs principes inhérents à la spécificité des services sociaux qui devraient connaître de nouveaux développements avec les bases juridiques du traité de Lisbonne.

Dès 2006, la Commission avait lancé une consultation sur ce thème. Celle-ci révèle – de manière non surprenante – l'importance des services sociaux pour la réalisation de la cohésion économique et sociale à l'échelle de l'Union européenne. La diversité des systèmes nationaux ne nuance pas cette approche.

En premier lieu, la Commission dessine une définition des services sociaux, qui apparaît comme étant très générale et empreinte de valeurs. Il s'agit, selon sa définition (20 nov. 2007, COM [2007] 725 final), de services à la personne, conçus pour répondre aux besoins vitaux de l'homme, en particulier à ceux des usagers en situation vulnérable; ils offrent une protection contre les risques généraux et spécifiques de la vie et aident les personnes dans la maîtrise des défis de la vie ou des crises; ils sont également fournis aux familles, dans un contexte de modèles familiaux changeants, afin de soutenir leur rôle dans les soins apportés aux plus jeunes et aux plus âgés des membres de la famille, ainsi qu'aux personnes handicapées, et de compenser d'éventuelles défaillances au sein des familles; ils constituent des instruments clés pour la protection des droits de l'homme fondamentaux et de la dignité humaine. De cette première définition, il ressort une attention particulière aux personnes vulnérables et à la famille. Elle apparaît dès lors comme plus restrictive que la

Les services sociaux sont importants pour la réalisation de la cohésion économique et sociale à l'échelle de l'Union européenne.

conception française des services sociaux. S'ensuivent cependant d'autres exigences relevées par la Commission.

Les services sociaux sont, en effet, considérés comme jouant un rôle de prévention et de cohésion

sociale. à l'égard de l'ensemble de la population, indépendamment de sa richesse ou de ses revenus. La Commission les reconnaît comme contribuant à la lutte contre la discrimination, à l'égalité des sexes, à la protection de la santé humaine, à l'amélioration du niveau et de la qualité de vie ainsi qu'à la garantie de l'égalité des chances pour tous, renforçant ainsi la capacité des individus de participer pleinement à la société. Deux stades de définition sont donc présents dans la conception européenne, l'approche en termes de vulnérabilité de l'individu et de préservation de la vie familiale, d'une part, et la contribution plus globale, axée sur la non-discrimination, à la cohésion économique et sociale de l'espace européen, d'autre part. Enfin, la Commission entend réserver une place à part aux services sociaux de santé. L'article 152 du traité précise que l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique doit respecter les responsabilités des Etats membres en matière d'organisation, de financement et de fourniture de services de santé et de soins médicaux. La Commission a aussi ouvert une consultation en la matière (20 nov. 2007, COM [2007] 725 final).

Enfin, la Commission consacre la fin de sa communication sur les services sociaux aux apports du traité de Lisbonne et de son protocole sur les services d'intérêt général. Elle y voit un instrument essentiel de promotion de ces services, comprenant les services sociaux et médicaux. Ainsi, sur ces derniers points, des avancées sont largement possibles même si le traité de Lisbonne n'entraine pas en vigueur.

En conclusion, il apparaît que le traité de Lisbonne est à la fois un aboutissement et un nouveau départ. Aboutissement, le traité l'est par la consécration de la valeur juridique de la Charte européenne, qui avait été proclamée en 2000. Il l'est aussi par la reprise des valeurs inhérentes aux services d'intérêt général dans un protocole qui leur est entièrement consacré. Nouveau départ, le traité l'est par les bases juridiques renforcées qu'il donne à la réalisation des services d'intérêt général par les autorités nationales et locales. La question d'une directive globale sur les services d'intérêt général reste en suspens. Sur ce point, le traité n'apporte pas de titre particulier nouveau. Cependant, en consacrant la notion de marge de manœuvre des Etats sur le financement des services d'intérêt général, il donne un fondement possible à l'adoption d'un texte global en la matière. En réalité, si la globalité d'un texte est souhaitable, il s'agirait plutôt de deux ou trois textes. En effet, il conviendrait d'adopter un texte sur les services de nature économique, d'une part, et les services de nature non économique, d'autre part, y compris, peut-être un troisième sur les services sociaux. Les ingrédients juridiques de nouvelles promotions du service public sont donc présents. La volonté politique des acteurs du processus décisionnel devra s'exprimer.

Les ingrédients sont réunis pour de nouvelles avancées du service d'intérêt général. Le temps du combat et de l'ignorance est révolu. Les disputes sur les termes n'ont plus beaucoup de sens. L'expression «service d'intérêt général» correspond à un bien commun qu'est cette activité d'intérêt général offerte aux citoyens. L'intérêt général, pierre angulaire du droit public français, est pleinement consacré. Les divergences demeurent sur le principe d'une directive générale.

Le droit dérivé pourra donc encore évoluer, tandis que la Cour de justice européenne poursuit son œuvre jurisprudentielle dans le sens d'une plus grande consécration de l'intérêt général, européen, comme national. Ainsi, saisie par la Commission d'un recours en manquement contre le Royaume-Uni, elle ne suit que partiellement la Commission, et met en valeur le principe de continuité du service public. Elle affirme à propos de la déclaration de nullité d'un contrat⁵ contestée par la Commission, qu'«il apparaît que la finalité de ladite disposition est non de faire obstacle à l'exécution de la déclaration de nullité d'un contrat déterminé, mais d'éviter, lorsque l'intérêt général est en jeu, les conséquences excessives et éventuellement préjudiciables d'une exécution immédiate de ladite déclaration, ce dans l'attente de l'adoption de mesures urgentes, en vue d'assurer la continuité du service public» (CJCE 3 avr. 2008, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-444/06, pt 55, JOUE C 128, 24 mai 2008).

Des traités silencieux à la jurisprudence tolérante, de la Commission scrupuleuse à un dialogue fructueux entre les institutions, le chemin parcouru est remarquable. Le traité de Lisbonne, sans opérer de révolution, s'inscrit dans cette démarche. Il reste alors aux institutions européennes, aux Etats, aux régions, que le traité entre en vigueur ou non, à orchestrer le service public européen au bénéfice des citoyens européens. Le service d'intérêt général est désormais consacré comme un des droits du citoyen de l'Union. ■

(5) Selon la Commission, une violation de la directive recours résulte de l'exception visant à protéger les services publics prévue à l'article 65, paragraphe 3, de la loi sur les marchés publics, selon lequel, si la déclaration administrative de nullité d'un contrat perturbe gravement le service public, le maintien des effets de ce contrat peut être prévu, dans les mêmes conditions, jusqu'à ce que des mesures urgentes soient prises pour éviter tout préjudice.

LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Par Laurent Ghekiere, président de la commission Services d'intérêt général du Centre européen des employeurs et entreprises de service public (CEEP), membre du dialogue social européen.

La notion de « service d'intérêt général » couvre l'essentiel des actions quotidiennes des élus locaux, de l'emploi aux services de l'eau en passant par l'éducation, la formation, le logement social, la santé, les garderies d'enfants, l'aide sociale, les transports... Le traité de l'Union fait primer l'accomplissement de leur mission sur ses propres règles de concurrence et sur celles du marché intérieur.

1

Qu'est-ce qu'un service d'intérêt général ?

Un service d'intérêt général (SIG) est un service qu'une autorité publique juge nécessaire de fournir ou de faire fournir. Il se caractérise par des conditions particulières de fourniture, des exigences et obligations exorbitantes du droit commun découlant du caractère de nécessité de sa satisfaction. Cela recouvre une grande variété de services dont le caractère de nécessité est fondé sur des valeurs et des préférences collectives constitutives du modèle social européen (droits fondamentaux, acquis sociaux, protection sociale, cohésion économique, sociale et territoriale, solidarité...).

ATTENTION

Il n'existe pas de liste définitive de SIG. Ils sont librement créés par les autorités publiques en référence à des besoins et des préférences locales qui sont évolutifs dans le temps et l'espace, en réponse à des situations géographiques, climatiques, sociales ou culturelles différentes.

2

Qu'est-ce qui distingue un SIG d'un service ordinaire ?

Les SIG sont différents des services ordinaires car les pouvoirs publics considèrent que leur fourniture est une nécessité même quand le marché n'est pas favorable à leur prestation. Ils se distinguent des services ordinaires car ils sont soumis à des « obligations spécifiques de service public » en référence à l'accomplissement d'une « mission particulière » qui leur est impartie. Contrairement à une entreprise ordinaire sur un marché, une entreprise chargée de la gestion d'un SIG par une autorité publique est obligée de fournir le service en dehors d'une relation contractuelle ordinaire. Elle se trouve dans l'obligation de contracter avec les « utilisateurs » éligibles et de renoncer à sa liberté contractuelle d'écarter tout « utilisateur » du SIG désigné comme tel par l'autorité publique et auquel des droits d'accès sont reconnus.

3

Quels types de services relèvent de SIG ?

Il s'agit des services répondant aux besoins humains de base (santé, logement, éducation, emploi) relevant de la protection sociale, de la cohésion sociale et de la solidarité, les services nécessaires au fonctionnement de la société (fonctions de puissance publique, transports, télécommunications, services postaux, énergie, distribution de l'eau et son assainissement, ramassage et traitement des déchets, pompes funèbres, audiovisuel, culture, formation, services bancaires de base) mais également des services d'aide aux personnes vulnérables (personnes âgées, handicapées, chômeurs, RMistes, sans-abri...).

ATTENTION

Seule l'autorité publique est légitime pour qualifier un service de SIG, pour en définir le périmètre, les « utilisateurs » éligibles ainsi que les « obligations spécifiques de service public ».

SSIG
Service social
d'intérêt général
Voir le site
du Collectif SSIG:
www.ssig-h.org

4

Qu'est-ce qu'un service social d'intérêt général ?

Selon la Commission, un service social d'intérêt général (SSIG) est un SIG dont la mission vise à répondre aux besoins vitaux de l'être humain à lui permettre de bénéficier de ses droits fondamentaux telles que la dignité et l'intégrité de la personne et d'un niveau élevé de protection sociale. La Commission opère une distinction, parmi les SSIG, entre les services de santé et d'éducation, les régimes de protection sociale (santé, vieillesse, accidents du travail, chômage, retraite, handicap) et les services sociaux essentiels parmi lesquels les services d'aide aux personnes vulnérables (endettement, chômage, toxicomanie, rupture familiale...), les services d'insertion économique et sociale (formation professionnelle, réinsertion...), les services d'inclusion sociale (handicap, santé) et le logement social.

ATTENTION

Un SSIG ne relève pas d'une catégorie juridique spécifique. Le cadre d'application en droit demeure celui applicable à l'ensemble des SIG.

5

Quelles sont les spécificités reconnues aux SSIG par la Commission ?

La Commission reconnaît aux SSIG certaines spécificités d'organisation et de financement, notamment un fonctionnement sur la base du principe de solidarité requis notamment par la non-sélection des risques, le caractère polyvalent et personnalisé du service, le caractère intégré de la réponse aux besoins sociaux de base, l'absence de but lucratif des prestataires, la participation de bénévoles, un ancrage culturel local et de proximité et enfin une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation commerciale ordinaire de type fournisseur consommateur. Ces services, généralement fondés sur le principe de solidarité, dépendent fortement de financements publics de manière à garantir l'égalité d'accès, indépendamment des richesses ou des revenus, ce qui les rend plus sensibles à la question du contrôle des aides d'Etat que les autres SIG.

6

Les SSIG bénéficient-ils de dispositions spécifiques en droit communautaire ?

Si la Commission a jugé utile d'en formaliser le concept, elle n'a pas jugé nécessaire d'adapter les dispositions du droit applicable aux SIG à leurs spécificités d'organisation et de financement. Cela ne signifie pas que les services sociaux en soi ne bénéficient pas de dispositions spécifiques. Ils sont exclus de l'obligation d'appel d'offres de la directive marchés publics. Trois catégories de services sociaux sont également exclues du champ d'application de la directive services. Ils bénéficient de dérogations permettant aux Etats membres de leur appliquer des taux réduits de TVA. Ce traitement spécifique n'est pas lié explicitement à leur qualification de SIG ou de SSIG par les Etats membres, mais plus globalement à la finalité de ces services sociaux et à leur inscription dans les politiques de protection sociale.

7

Qu'est-ce qu'un service d'intérêt économique général ?

Les SIG, y compris les SSIG, peuvent relever d'activités de « nature économique » au sens du traité. Ils sont alors qualifiés de « services d'intérêt économique général » (SIEG). La nature « économique » est définie au cas par cas par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) en référence à l'existence ou non d'un marché (notion d'entreprises) et/ou d'une rémunération ou contrepartie économique à la fourniture du service (notion de services). Les SIEG relèvent des règles de concurrence et du marché intérieur à la condition qu'elles ne fassent pas échec à l'accomplissement de la « mission particulière » qui leur est impartie. La Commission en a déduit un « principe de primauté de l'accomplissement des missions d'intérêt général » sur l'application de ces règles.

8

Qu'est-ce qu'un service non économique d'intérêt général ?

Les SIG, y compris les SSIG, qui ne relèvent pas d'activités de « nature économique » sont qualifiés de « services non économiques d'intérêt général » (SNEIG). Les règles de concurrence et du marché intérieur qui s'appliquent aux entreprises et aux services ne leur sont donc pas applicables. Seuls s'appliquent les grands principes du traité. Sont considérées par la Cour de justice des communautés européennes comme relevant d'activités de « nature non économique » les « fonctions de puissance publique » et les « fonctions exclusivement sociales ». Ces dernières sont caractérisées par l'absence de contrepartie économique ou par une déconnexion entre le coût effectif de la prestation et sa facturation à l'utilisateur (exemples des SSIG de protection sociale fondés sur la solidarité tels que les régimes obligatoires de protection sociale et d'éducation).

SIEG
Services
d'intérêt
économique
général

SNEIG
Services non
économiques
d'intérêt général

9

Comment s'y retrouver concrètement entre SIEG et SNEIG ?

Relèvent des SNEIG, les fonctions régaliennes et de puissance publique (police, défense, état civil, justice...), les régimes obligatoires de protection sociale (maladie, vieillesse, chômage, famille) et d'éducation fondés sur la solidarité. Relèvent des SIEG, les services de réseaux (énergie, télécommunications, transports, services postaux), les services portuaires et aéroportuaires, l'eau, les déchets, les services bancaires de base mais également les services sociaux et de santé, tels les soins hospitaliers et non hospitaliers, le logement social, la formation professionnelle, le placement de chômeurs, les services aux personnes âgées, handicapées, aux RMIstes, aux sans-abri..., ainsi que les régimes complémentaires de protection sociale et d'éducation non obligatoires.

10

Quel est le fondement de l'existence d'un SIG ?

Le fondement d'un SIG réside dans le caractère de nécessité du besoin social à satisfaire, compte tenu de la défaillance ou de l'inefficacité du marché à le satisfaire spontanément à des conditions économiques compatibles avec les préférences collectives (accès universel, accessibilité financière, droits fondamentaux, acquis sociaux, protection sociale, cohésion, solidarité...). Cette défaillance s'explique pour l'essentiel par l'asymétrie d'information et la vulnérabilité des utilisateurs. L'imposition « d'obligations spécifiques de service public » vise à protéger ces SIG et leurs « utilisateurs » des seules forces du marché en y opposant une obligation de fournir le service conformément à des principes communs relatifs aux conditions de satisfaction de ces besoins : accès universel, continuité et sécurité du service, haute qualité du service, accessibilité tarifaire et protection des droits des utilisateurs.

11

Quel est le positionnement des SIEG dans le traité ?

Le traité érige les SIEG au rang de « valeurs communes » en référence à leur rôle de « promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Il impose à la Communauté et à ses Etats membres de veiller « à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission ». Il dispose d'une clause générale de non-application de ses propres règles aux « entreprises chargées de la gestion de SIEG » dès lors que leur application fait « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». La Commission en a déduit un « principe de primauté de l'accomplissement des missions d'intérêt général ». L'accès aux SIEG est reconnu et respecté par l'Union européenne (UE) en tant que droit fondamental afin de promouvoir sa cohésion sociale et territoriale.

12

Le traité constitutionnel et le traité de Lisbonne ont-ils infléchi ce traitement protecteur des SIEG et de leur mission ?

Paradoxalement, le traité constitutionnel rejeté par la France et les Pays-Bas et le traité de Lisbonne rejeté par l'Irlande contribuent à renforcer la protection des SIEG. Ces traités, adoptés et signés par les 27 chefs d'Etat mais non ratifiés à ce jour, confient au Conseil et au Parlement le soin d'établir, au moyen de règlements, les principes de bon accomplissement des missions d'intérêt général et d'en fixer les conditions notamment économiques et financières.

Le traité de Lisbonne introduit un protocole sur les SIG qui interprète la notion de « valeurs communes » en matière de SIEG, renforce l'exigence de satisfaction des besoins des utilisateurs et explicite la compétence des Etats membres en matière de SNEIG. Enfin et surtout, les deux traités donnent au droit à l'accès aux SIEG, qui relève d'un droit fondamental de l'UE, une valeur juridique analogue à leurs propres dispositions.

13

Quels sont les exemples concrets de mise en œuvre de cette sanctuarisation des missions par le traité ?

En matière d'aides d'Etat, le régime des « compensations de service public » permet de financer jusqu'à 100 % des coûts nécessaires à la fourniture du SIEG, sans plafonnement de l'intensité de l'aide. Le maintien ou la création de droits spéciaux ou exclusifs relève aussi de ce principe de sanctuarisation des missions, lequel peut également conduire à l'exclusion des SIEG de certaines dispositions législatives horizontales, à l'exemple de celles relatives à la libre prestation (art. 17 de la directive services) ou à leur application explicitement conditionnée au bon accomplissement de la mission (art. 15.4).

Arrêts

- Arrêt C-53/00 «Ferring», du 22 novembre 2001.
- Arrêt C-208/00 «Altmark», du 24 juillet 2003.
- Arrêt T-289/03 «Bupa», du 29 avril 2008.
- Arrêt C-205/99 «Anallir», du 20 février 2001.
- Arrêt T-354/05 «TF1» du 11 mars 2008.

Le rôle de la CJCE. La Cour de justice des communautés européennes est venue concrétiser cette sanctuarisation tant en matière d'aides d'Etat (arrêts «Ferring», «Altmark», «Bupa», «TF1») que de droits spéciaux sous la forme de régimes d'autorisation jugés «nécessaires à l'imposition des obligations spécifiques de service public» (arrêt «Anallir»).

14

Quels sont les principes communs applicables aux SIG ?

Développés par la CJCE, les principes communs aux SIG ont été très récemment explicités dans le traité de Lisbonne au moyen d'un protocole sur les SIG. Ils ont été définis en tant que déclinaison des « valeurs communes » reconnues aux SIEG par le traité. Il s'agit des principes suivants : un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement, la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Ces principes communs doivent guider les autorités publiques de l'UE dans la définition du périmètre du SIG, des conditions effectives de sa mise en œuvre, et plus spécifiquement dans la définition des « obligations spécifiques de service public » et des « utilisateurs » éligibles

15

À quels principes généraux du traité les SIG doivent-ils se conformer ?

Les SIG doivent respecter les principes de nécessité, proportionnalité, transparence, égalité de traitement et non-discrimination en fonction de la nationalité. Ces principes se traduisent par des exigences en direction des autorités publiques et des entreprises chargées de la gestion du SIG. Le principe de transparence implique que les conditions de mandatement soient établies par un acte officiel ainsi que les paramètres de calcul des compensations de service public. L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs et le choix d'une entreprise par concession de services, doivent faire l'objet d'une publicité préalable adéquate (principes de transparence et d'égalité de traitement). Les droits spéciaux ou exclusifs doivent être nécessaires et proportionnés au bon accomplissement des missions particulières et non discriminatoires en fonction de la nationalité.

16

Qu'est-ce qu'une « obligation spécifique de service public » ?

Il s'agit d'exigences particulières imposées aux entreprises chargées de la gestion du SIEG afin de garantir l'accomplissement de leur « mission particulière ». L'obligation spécifique de service public (OSP) vise à protéger le service et son « utilisateur » des seules forces de marché en leur opposant des principes propres exorbitants du droit commun. C'est sur cette base que l'autorité publique va financer la fourniture du SIEG par l'octroi de « compensations ». L'OSP se distingue de toute obligation légale d'application générale par son caractère « spécifique » et sa liaison directe avec la « mission particulière » impartie à l'entreprise.

OSP
Obligation
spécifique
de service
public

Le rôle de l'autorité publique. Elle dispose du large pouvoir discrétionnaire de définir la nature, le contenu et la portée des OSP ainsi que les modalités par lesquelles elle va les imposer aux entreprises chargées de la gestion du SIEG dès lors qu'elles sont nécessaires et proportionnées.

17

Quelles sont les composantes du droit communautaire applicables aux SIEG ?

Trois branches autonomes du droit sont d'application sous réserve de bon accomplissement de la mission. Le droit de la concurrence s'applique aux entreprises chargées de la gestion de SIEG recevant des « compensations de service public ». Le droit du marché intérieur et les libertés fondamentales d'établissement et de prestation s'appliquent aux services (contrôle des entraves à ces libertés non justifiées par une « raison impérieuse d'intérêt général » et/ou non nécessaires à l'accomplissement de la mission : droit exclusif, droits spéciaux sous la forme de régimes d'autorisation). Le droit des marchés publics et des concessions de travaux et les principes généraux applicables aux concessions de services s'appliquent aux autorités publiques quand elles sélectionnent les entreprises chargées de la gestion du SIEG en dehors d'un mandatement direct par octroi de droits spéciaux ou exclusifs.

18

Quels sont les SIEG relevant de directives ou règlements européens ?

Certains SIEG sont régis par des directives ou règlements communautaires spécifiques. Ces textes ont pour objectif la réalisation du marché intérieur et l'harmonisation des dispositions nationales. Ils visent à les ouvrir à la concurrence et à mettre un terme aux monopoles historiques (suppression des droits exclusifs nationaux). Ils établissent également des objectifs communs au niveau de l'Union en termes d'accessibilité par la définition d'un « service universel », c'est-à-dire un ensemble minimal de services accessibles aux utilisateurs à un prix abordable, voire des modes spécifiques de financement et de régulation. Les principales directives sectorielles se concentrent sur les industries de réseaux tels que les communications, les services postaux, l'électricité, le gaz, mais également les transports.

19

Les SIEG relèvent-ils du champ d'application de la directive services que la France doit transposer courant 2009 ?

Oui, même si elle ne vise pas à les libéraliser ni à porter atteinte à la compétence des Etats en la matière. Certains SIEG régis par des directives sont cependant exclus de son champ (SIEG de communications, transports et audiovisuel). D'autres services pouvant relever de SIEG à l'initiative des Etats membres sont exclus en soi (soins de santé), ou sous réserve de mandatement des prestataires (logement social, gardes d'enfants, services aux personnes dans le besoin). Par ailleurs, tous les SIEG sont exclus par définition des dispositions relatives à la libre prestation (art. 17). Enfin, les dispositions relatives à l'évaluation des régimes d'autorisation « ne s'appliquent à la législation dans le domaine des SIEG que dans la mesure où leur application ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été confiée » (art. 15.4).

20

Qui définit, organise, fournit et finance les SIG ?

Toute autorité publique, nationale, régionale ou locale, ou toute entité mandatée à cet effet, dispose du large pouvoir discrétionnaire d'organiser, de fournir, faire fournir et de financer les SIG « d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ». Ce pouvoir discrétionnaire, récemment rappelé par la Cour de justice (arrêt « Bupa »), a été explicité par le traité au moyen du protocole SIG. Il donne aux Etats membres la compétence de créer de nouveaux SIEG en fonction de l'évolution des besoins qu'ils jugent nécessaire de satisfaire mais également de les déqualifier (ex. de la collecte du Livret A en France suite à sa libéralisation exigée par Bruxelles). Ce pouvoir discrétionnaire des Etats membres reste cependant soumis au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par la Commission et la CJCE en matière de définition du SIEG.

21

Quel est le rôle de la Commission en matière de SIEG non régis par des directives sectorielles ?

Le rôle de la Commission est double:
1/ elle veille à l'application du droit dans l'exécution effective du SIEG: choix de l'entreprise chargée de sa gestion (marchés publics, concessions de service, droits spéciaux ou exclusifs), entraves éventuelles à la liberté d'établissement et de prestation induites par ce choix d'organisation (marché intérieur) et financement du SIEG par « compensations de service public » (contrôle des avantages économiques indus susceptibles de fausser la concurrence);
2/ elle juge de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification du SIEG: il s'agit d'un jugement portant appréciation du caractère effectif de nécessité du besoin à satisfaire et du caractère fondé de la décision de l'autorité publique de le fournir ou de le faire fournir. Ce contrôle concerne autant la nature du service, son périmètre que le ciblage des utilisateurs éligibles.

22

Sur quels critères objectifs s'apprécie la notion d'erreur manifeste en matière de qualification de SIEG ?

Il n'existe pas de critères objectifs et préalablement définis permettant de récuser la qualification de SIEG. La Commission se base sur le caractère « particulier » de la mission et sur la nature « spécifique » des obligations de service public. Elle considère par exemple que « la possibilité de louer des logements sociaux à des groupes aux revenus plus élevés (...) doit être considérée comme une erreur manifeste de qualification du SIEG du logement social ». Compte tenu que le SIEG dispose d'un caractère social, « la définition des activités (...) doit conserver un lien direct avec les ménages socialement défavorisés ». Cette appréciation est contestée par les autorités néerlandaises qui en sont destinataires. Le protocole sur les SIG rappelle en effet le large pouvoir discrétionnaire des autorités publiques en matière d'organisation des SIEG, en référence à des préférences collectives locales et culturelles.

23

Une autorité publique peut-elle fournir un SIG directement ou doit-elle obligatoirement le faire fournir ?

Toute autorité publique dans l'UE est libre de fournir le SIG directement en régie ou au moyen d'une entité sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui de la régie, ou de le faire fournir par une entreprise externe qu'elle va charger de sa gestion au moyen d'un acte officiel de mandatement. Même si la Commission a tenté en vain de limiter ce choix d'organisation à la seule solution externe en matière de transports, rien dans le traité ne permet de remettre en cause cette liberté d'organisation.

ATTENTION

Les dispositions du droit communautaire des marchés publics en matière de mandatement de SIEG diffèrent en fonction du choix d'organisation de l'autorité publique et de sa fourniture en régie par une entité «in house» et par une entreprise externe.

24

Pourquoi faut-il mandater les prestataires externes et quelles en sont les conséquences ?

Il découle de la notion « d'entreprises chargées de la gestion de SIEG » (art. 86.2 CE), l'exigence de mandatement des entreprises qui vont effectivement exécuter le service pour l'autorité publique. Conformément au principe de transparence, ce mandatement doit prendre la forme d'un acte officiel qui se traduit par une obligation de le fournir effectivement. Cette obligation de fournir le service, conformément aux « obligations spécifiques de service public », conduit, selon la Cour européenne de justice, l'entreprise mandatée à renoncer à sa liberté contractuelle consistant à pouvoir écarter tout « utilisateur » du SIG désigné comme tel par l'autorité publique et auquel des droits d'accès sont reconnus ainsi que des principes de protection, de sécurité, de continuité et d'accessibilité financières du service.

25

Que doit contenir l'acte officiel de mandatement, qui doit l'établir et comment ?

Conformément au principe de transparence, l'acte officiel de mandatement doit préciser l'ensemble des paramètres du SIEG que l'autorité publique va imposer à l'entreprise à savoir : la nature et la durée des « obligations spécifiques de service public », les entreprises et le territoire concerné, la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la « compensation de service public » ainsi que les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens de les éviter. Cet acte officiel de mandatement doit être adopté par l'autorité publique organisatrice et délégataire de la fourniture du SIEG. Le choix de la forme juridique relève de la compétence discrétionnaire de l'autorité publique dès lors que l'acte est opposable à l'entreprise chargée de la gestion du SIEG.

26

Quels sont les exemples récents d'actes de mandatement SIEG de collectivités territoriales ?

Les premiers exemples relevant de la mise en œuvre de cette exigence formulée par l'arrêt Altmark de 2003 et la décision communautaire de compatibilité des aides d'Etat sous la forme de compensations de novembre 2005, ont été des délibérations de collectivités territoriales. Il s'agit par exemple de la délibération du conseil régional Poitou-Charentes portant création du « SIEG de formation professionnelle continue » et de celle de Bègles relative au « SIEG d'insertion et d'accès à l'emploi ». Ces délibérations de collectivités territoriales, fondées sur le traité et les lois nationales de délégation de compétence, devraient progressivement se généraliser à l'ensemble des SIEG organisés localement dans un souci de sécurité juridique des subventions octroyées et de leur mode de contractualisation hors marché public.

SSIEG
Service social
d'intérêt écono-
mique général

De quelles marges de manœuvre et d'initiative disposent les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG ?

Rien dans le traité n'interdit à l'entreprise mandatée d'être à l'origine de l'identification du besoin à satisfaire, ni d'être force de proposition en matière de création ou d'adaptation du SIEG et de ses OSP à l'évolution des besoins réels dans un territoire. Dans son arrêt « Bupa », la CJCE rappelle que « le caractère obligatoire d'une mission SIEG ne requiert pas que la loi exige et prédétermine la prestation d'un service en privant de toute liberté commerciale l'opérateur en cause ».

ATTENTION

Pour que la qualification de SIEG puisse être admise, cette capacité d'initiative doit se concrétiser par un acte officiel dans lequel l'autorité publique va explicitement charger l'entreprise de la gestion du service en lui imposant sa fourniture effective aux conditions établies par les obligations spécifiques de service public (OSP).

Quels sont les droits reconnus aux utilisateurs de SIEG ?

Le protocole sur le SIG place « l'utilisateur » et la satisfaction de ses besoins au centre des valeurs communes reconnues aux SIEG. Ils doivent être fournis et organisés de manière à répondre autant que possible à ces besoins, en tenant compte des disparités en la matière et des préférences des utilisateurs, tout en promouvant leurs droits. Le traité de Lisbonne place le respect du droit à l'accès aux SIEG proclamé par la Charte des droits fondamentaux au même rang que ses dispositions propres.

La Cour de justice des communautés européennes qualifie la relation fournisseur-utilisateur de SIEG d'extracontractuelle dans la mesure où le fournisseur de SIEG se trouve dans l'obligation de contracter avec les utilisateurs désignés par l'autorité publique. La relation asymétrique entre fournisseurs et utilisateurs de SIEG ne peut donc être assimilée à une relation commerciale ordinaire de type fournisseur-consommateur.

Le financement public des SIEG par compensation de service public relève-t-il du régime communautaire de contrôle des aides d'Etat ?

La question a fait l'objet d'une jurisprudence abondante et contradictoire. Tantôt la compensation est considérée comme une aide d'Etat, tantôt elle ne l'est pas.

Le dernier épisode, l'arrêt « Altmark » de 2003, pose 4 conditions. Si ces conditions sont remplies, la compensation ne relève pas d'une aide d'Etat. Dans le cas contraire, elle relève de ce régime mais peut être considérée compatible a priori sous certaines conditions définies par une décision de la Commission d'application directe en droit français. Si ces conditions sont remplies, l'autorité publique qui octroie ces aides d'Etat est exemptée de notification préalable à la Commission. Dans le cas contraire, la compensation relève d'une aide d'Etat incompatible a priori et, par conséquent, illégale. L'autorité publique doit alors la notifier à la Commission en vue de contrôler sa compatibilité avant de l'octroyer.

Sous quelles conditions une aide publique à un SIEG ne relève-t-elle pas d'une aide d'Etat ?

L'arrêt « Altmark » fixe 4 conditions :

- 1/ l'entreprise doit être explicitement chargée de la gestion du SIEG;
- 2/ les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente;
- 3/ la compensation doit se limiter à couvrir les coûts de fourniture du SIEG;
- 4/ l'entreprise doit être sélectionnée par marché public ou la compensation être établie sur la base des coûts d'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée pour fournir le SIEG. Cette dernière condition laisse entendre que le choix de l'entreprise peut ne pas se faire par une procédure de marché public, ce qui est le cas des concessions de services et de l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs. La notion d'entreprise moyenne bien gérée reste cependant difficilement opératoire, la Commission ayant renoncé à en préciser le contenu.

31

Sous quelles conditions une aide publique à un SIEG peut-elle relever d'une aide d'Etat a priori compatible avec le traité ?

La Commission a adopté en novembre 2005 une décision visant à rendre compatible a priori certaines aides d'Etat sous la forme de compensation de service public. L'objectif consistait à apporter une sécurité juridique aux compensations ne respectant pas le 4^e critère de l'arrêt « Altmark » tout en évitant la notification systématique de ces aides à la Commission (impossibilité matérielle). La décision s'applique aux « petits SIEG » (entreprises dont le chiffre d'affaire est inférieur à 100 millions d'euros et/ou la compensation est inférieure à 30 millions d'euros), au logement social et aux hôpitaux hors seuils. La décision est applicable sous deux conditions :

- l'existence d'un acte officiel de mandatement de l'entreprise bénéficiaire de la compensation ;
- un contrôle régulier de la juste compensation par l'autorité publique.

32

Quel est le contenu de l'acte officiel de mandatement ?

L'acte officiel de mandatement doit préciser :

- la nature et la durée des OSP ;
- les entreprises chargées de la gestion du SIEG et le territoire concerné ;
- les droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés aux entreprises ;
- les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- les modalités de remboursement et les moyens d'éviter les surcompensations.

L'obligation d'établir un tel acte de mandatement est en vigueur depuis le 29 novembre 2006. Il s'agit d'une décision communautaire d'application directe en droit français depuis le 19 décembre 2005.

Le rôle de l'autorité publique consiste à établir ces actes de mandatement et à en imposer les dispositions spécifiques aux entreprises chargées de la gestion du SIEG par un instrument de contractualisation adapté (marché public, concession de services, octroi de droits exclusifs ou spéciaux). Elle doit également assurer un contrôle régulier de la juste compensation.

33

Si ces conditions ne sont pas remplies, l'aide est-elle nécessairement incompatible ?

Non, mais elle est a priori incompatible donc illégale. Elle doit être notifiée à l'autorité communautaire de concurrence (services de la concurrence de la Commission), qui va juger de sa juste compensation sur la base de l'analyse des coûts nets de fourniture du SIEG en question. En cas d'avantage économique indu lié à une surcompensation, celle-ci doit faire l'objet d'un remboursement à l'autorité publique et d'une révision de ses paramètres de calcul.

ATTENTION

Le caractère illégal d'une aide d'Etat non notifiée à la Commission implique son remboursement systématique par l'entreprise bénéficiaire à l'autorité publique sur la seule décision d'un tribunal administratif qui ne dispose pas de la compétence de juger sur le fond de la compatibilité de l'aide. Seule la Commission est habilitée par le traité à assurer ce contrôle. D'où la nécessité de la notification.

34

Comment notifier une aide d'Etat incompatible à la Commission européenne ?

Une collectivité territoriale qui souhaite notifier une aide d'Etat sous la forme de compensation de service public non compatible a priori, doit transmettre sa demande de notification à la direction générale des collectivités locales (DGCL). Après examen, la DGCL formalisera la notification dans une application spécifique intégrant les formulaires officiels de la Commission et l'adressera au secrétariat général aux Affaires européennes (SGAE) qui assure la coordination interministérielle sur les questions européennes. Le SGAE la transmettra ensuite officiellement à la Commission européenne par l'intermédiaire de la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne.

35

D'où vient le concept de compensation de service public ?

La notion de compensation de service public est une notion jurisprudentielle qu'a développée la CJCE en matière de financement de SIEG et de qualification ou non d'aide d'Etat. Cette notion est fondée sur l'appréciation de l'avantage économique que pourrait tirer l'entreprise chargée du SIEG du bénéfice de ressources publiques. Quand l'aide se limite à couvrir les coûts nets de fourniture du SIEG, l'avantage économique est neutralisé par le respect du principe de juste compensation. Dans le cas contraire, l'aide indue est susceptible de fausser la concurrence et doit être remboursée.

ATTENTION

Toute appréciation de la juste compensation repose sur la nature des « obligations spécifiques de service public ». Plus elles seront précises, plus les coûts nets induits par la fourniture du SIEG seront clairement identifiables en cas de contrôle.

36

Comment calculer et contrôler une juste compensation d'un SIEG ?

L'autorité publique doit veiller à ce que la compensation n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des « obligations de service public », c'est-à-dire les coûts fixes et variables de fourniture du service, y compris les coûts liés aux investissements nécessaires à cette fourniture, en tenant compte des recettes éventuelles retirées de la vente du service ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution des obligations de service public. Le taux de rémunération des capitaux propres ne doit pas dépasser le taux moyen constaté dans le secteur concerné. Le contrôle de juste compensation doit s'opérer a posteriori de façon régulière sur base d'une comptabilité analytique distinguant les activités de SIEG des autres activités ordinaires de l'entreprise (« directive transparence » de la Commission 2006/111.CE du 16 novembre 2006 JOUE L 318, 17/11/2006, pp. 17-25).

37

Pourquoi une surcompensation est-elle contraire aux dispositions du traité en matière de concurrence ?

Une surcompensation induit un avantage économique pour les entreprises bénéficiaires susceptible de fausser la concurrence entre ces dernières et les entreprises fournissant des services ordinaires, ou entre entreprises chargées de SIEG. En cas de surcompensation, l'autorité publique doit procéder à un remboursement de l'aide indue ou à son report d'un exercice à l'autre si cette surcompensation est inférieure à 10 % (20 % pour le SIEG de logement social), ainsi qu'à une révision des paramètres de calcul de cette compensation.

38

Quelles sont les règles applicables en matière de transparence comptable pour les entreprises gérant un SIEG ?

Lorsqu'une entreprise réalise des activités qui se situent à la fois dans le cadre du SIEG et en dehors de celui-ci, l'autorité publique doit veiller à ce que la comptabilité de l'entreprise indique séparément les coûts et les recettes liés à ce service et à d'autres services, ainsi que les paramètres de répartition des coûts et des recettes (comptabilité analytique). Les coûts liés à d'éventuelles activités ordinaires en dehors du SIEG doivent couvrir tous les coûts variables, une contribution adéquate aux coûts fixes ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux. Aucune compensation ne peut être octroyée pour ces coûts liés à des activités ordinaires en dehors du SIEG.

39

Quel est le droit applicable en cas de fourniture de SIEG en régie par l'autorité publique ou par une entité « in house » ?

Quand l'autorité publique décide de fournir le SIEG directement par ses propres services, les dispositions du droit communautaire relatives aux marchés publics ne sont pas applicables en l'absence de « marché » au sens de la directive. Il en est de même quand l'autorité publique décide de faire fournir le SIEG par une entreprise externe sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services (« opérateur in-house ») et qui développe l'essentiel de son activité avec l'autorité publique qui la contrôle.

40

Par quelles procédures une autorité publique peut-elle charger une entreprise externe de la fourniture d'un SIEG ?

L'entreprise externe peut être chargée de la fourniture d'un SIEG :

- soit par un mandatement ouvert au moyen d'une procédure de marché public de services ou de concession de services en fonction de la nature du contrat et de son mode de rémunération ;
- soit par un mandatement direct par octroi de droits spéciaux (agrément préalable) ou de droit exclusif (monopole sur un territoire donné).

Ces modalités de contractualisation doivent respecter les principes généraux de transparence, égalité de traitement, non-discrimination en fonction de la nationalité, nécessité et proportionnalité. Ces principes se traduisent par une exigence commune de publicité préalable adéquate à l'exception des modes de contractualisation relevant de la procédure spécifique d'appel d'offres de la directive sur les marchés publics.

41

Quel est le droit applicable en cas de contractualisation par marché public ?

Si la modalité par laquelle l'autorité publique charge une entreprise externe de la gestion du SIEG relève d'un marché au sens de la définition de la directive marchés publics, à savoir un contrat à titre onéreux visant à la fourniture du SIEG en contrepartie d'une rémunération, l'autorité publique doit respecter les dispositions de la directive marchés publics en matière d'appel d'offres, à l'exception toutefois des services exclus de cette obligation par la directive (annexe II B : services de santé, services sociaux, d'éducation et de formation professionnelle...). Pour ces derniers, seule une obligation de publicité préalable adéquate est exigée en application des principes généraux de transparence, égalité de traitement et non-discrimination en fonction de la nationalité.

42

Quel est le droit applicable en cas de contractualisation par concession de service public ?

Si la modalité par laquelle l'autorité publique charge l'entreprise externe de la gestion du SIEG relève d'une concession de services, à savoir la fourniture du SIEG en contrepartie du droit de l'exploiter, assorti ou non d'un prix (délégation de SIEG), celle-ci ne relève pas d'un marché au sens de la directive marchés publics. Seule une obligation de publicité préalable adéquate est exigée en application des principes généraux de transparence, égalité de traitement et non-discrimination en fonction de la nationalité. C'est le cas par exemple, quand l'entreprise chargée de la gestion du SIEG doit couvrir toute ou partie des coûts de fourniture du SIEG par les recettes tirées de sa fourniture ou quand l'autorité publique lui octroie une compensation en fonction du nombre d'utilisateurs ayant effectivement contracté avec elle.

43

Quel est le droit applicable en cas de contractualisation par octroi d'un droit exclusif ou de droits spéciaux ?

En cas de mandatement direct par octroi de droits spéciaux (agrément, labellisation, licence multi-opérateurs) ou exclusifs (monopole territorial), seule une obligation de publicité préalable adéquate est exigée en application des principes généraux de transparence, égalité de traitement et de non-discrimination en fonction de la nationalité.

ATTENTION

L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs doit être nécessaire et proportionné à l'exigence de bon accomplissement de la mission particulière impartie au SIEG.

44

Comment justifier en droit communautaire l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux ?

L'octroi de droits exclusifs ou spéciaux est une pratique très répandue en matière de fourniture de SIEG (ex. : La Banque Postale, Pôle emploi, maisons de l'emploi, écoles de la deuxième chance, organismes HLM, établissements médico-sociaux...). Ces droits doivent être nécessaires et proportionnés au bon accomplissement de la mission particulière impartie à ces SIEG. L'imposition des OSP, la continuité financière du SIEG, l'application des principes d'accessibilité, d'accès universel et de protection des utilisateurs sont autant de justifications admises par la CJCE. Ces droits doivent permettre de s'assurer que les entreprises chargées de la gestion du SIEG satisfont aux exigences nécessaires à l'exécution effective des OSP et à la satisfaction effective des besoins et préférences des utilisateurs.

45

Une autorité publique peut-elle réserver la prestation de SIEG à des organisations sans but lucratif ou caritatives ?

Selon la Cour de justice des communautés européennes, les dispositions du traité ne s'opposent pas à ce qu'une autorité publique permette aux seuls opérateurs privés sans but lucratif de gérer un SIEG d'assistance médico-sociale par la conclusion de conventions portant compensation des coûts de sa fourniture. Ce cas d'espèce relatif à la gestion de logements foyers pour personnes âgées en Italie (arrêt « **Solemara** ») doit être lu en combinaison avec le large pouvoir discrétionnaire des autorités publiques d'organiser le SIEG et de le financer, et notamment de définir les conditions de compensation. L'autorité publique peut ainsi exiger l'absence de profits tirés de l'exécution du SIEG ou leur réinvestissement obligatoire dans la fourniture du SIEG en déduction des compensations.

Arrêt « **Solemara** »
Arrêt C-70/95
du 17 juin 1997

46

Comment respecter les principes généraux du traité de transparence, égalité de traitement et non-discrimination ?

Ces trois grands principes du droit communautaire doivent se traduire par une exigence de publicité préalable adéquate en matière par exemple de mandatement de SIEG par marchés publics ne relevant pas de l'obligation d'appel d'offres (services de santé, services sociaux, d'éducation et de formation professionnelle), de concessions de services ou d'octroi de droits spéciaux ou exclusifs. Cette publicité préalable adéquate doit être faite soit au niveau du Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), du Journal officiel de la République française (JORF) ou au niveau territorial en fonction de la nature du SIEG et de son degré d'intégration dans le marché intérieur et les échanges intra-communautaires et/ou de fourniture dans des territoires transfrontaliers.

Qu'apporte le nouveau traité de Lisbonne en matière de SIG ?

Il apporte trois novations essentielles :

- 1/ une base juridique d'application générale en matière de SIEG donnant au Conseil et au Parlement européens le soin d'établir et de fixer les principes et conditions de bon accomplissement des missions particulières imparties aux SIEG;
- 2/ un protocole sur les SIG qui innove en traitant à la fois des SIEG et des SNEIG et en interprétant la notion de « valeurs communes » pour l'UE;
- 3/ une force contraignante reconnue à la Charte des droits fondamentaux qui reconnaît le droit à l'accès aux SIEG.

A quoi sert le nouveau protocole SIG introduit par le traité de Lisbonne ?

Le protocole sur les SIG est une novation importante du traité de Lisbonne. Il couvre l'ensemble des SIG, ce qui est inédit pour une disposition du traité, en explicitant la notion de SNEIG et la compétence des Etats membres. Il revêt également un caractère opérationnel en ce sens que ses dispositions sont interprétatives des « valeurs communes » de l'Union européenne en matière de SIEG. Il place résolument « l'utilisateur », la satisfaction de ses besoins, ses préférences et ses droits, au cœur de ces dispositions interprétatives tout en rappelant le large pouvoir discrétionnaire des autorités publiques des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser les SIEG à cette fin. Il décline enfin des principes communs de niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, d'égalité de traitement et de promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Quelle est la portée du nouvel article 14 du traité de Lisbonne ?

Il introduit pour la première fois une base juridique d'application générale pour le législateur communautaire en matière de SIEG, une base juridique distincte de celle relative au marché intérieur qui a fondé les directives sectorielles de libéralisation des SIEG de réseaux. Il concentre son attention sur les conditions économiques et financières nécessaires au bon accomplissement de la mission particulière impartie aux SIEG en demandant au Conseil et au Parlement européens de légiférer en la matière par voie de règlements d'application directe. Cela couvre bien entendu la question des compensations de service public mais également les modalités de péréquation, de financements croisés, d'octroi de droits exclusifs nécessaires à la fourniture de SIEG qui soient accessibles financièrement pour les utilisateurs et soient assurés d'une continuité financière.

Quels sont les grands dossiers de la prochaine mandature 2009-2014 en matière de SIG ?

L'évaluation de la décision de compatibilité des aides d'Etat sous la forme de compensation de service public et le droit applicable au mandatement par concessions de service public seront les deux grands dossiers qui vont ouvrir la prochaine mandature. Mais le Parlement européen devra surtout se forger une doctrine en matière de SIEG, en définissant par voie de règlements, de principes et de conditions, notamment économiques et financières, le bon accomplissement des missions particulières imparties aux SIEG. Il s'agit d'une nouvelle compétence que lui confère le traité de Lisbonne en codécision avec le Conseil.

Le rôle du Parlement. Dans cette perspective nouvelle, la question de l'opportunité de constituer au Parlement un intergroupe SIEG est clairement posée par les groupes politiques et les parties prenantes au débat communautaire sur les SIEG.

■ ■ La logique économique dans la définition du service public

Christophe LE BERRE

Maitre de conférences à l'Université Paris X-Nanterre

DOCUMENT n° 7

La rencontre de l'économie de marché et du service public est marquée du sceau de la contrainte et de l'épreuve. Le thème de la pénétration de la logique économique dans la définition du service public n'échappe pas à la problématique de la « crise » du service public qu'aurait notamment suscitée la nouvelle donne communautaire à l'orée des années quatre-vingt dix¹. Le débat a cependant évolué et la bannière du « service public à la française » fait long feu. Il est aujourd'hui admis que l'économie de marché et les règles de droit qui en assurent le bon fonctionnement amarrent le service public à un contexte concurrentiel mais n'en signifient pas la disparition². D'ailleurs, si l'on doit déceler une influence des premières sur le second, c'est davantage le régime des services publics qui est touché, en particulier leur statut de monopole ou l'octroi de privilèges d'exclusivité, non la définition du service public. La problématique de la libéralisation des services collectifs a même apporté un éclaircissement en permettant de distinguer les missions de service public de leurs modalités d'organisation³. La « logique économique » dont le droit communautaire est le principal vecteur de pénétration semble donc avoir eu un impact positif sur la définition du service public.

Le service public continue de viser en droit toute « activité assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public », les autres considérations étant indifférentes⁴. Une activité devient un service public « lorsque les pouvoirs publics décident de l'assumer pour donner satisfaction à un besoin dont ils estiment qu'il serait, sans cette prise en main, insatisfait ou insuffisamment satisfait »⁵. Etant donné son caractère tautologique, un tel mode de définition privilégie une conception existentialiste du service public qui s'oppose à la théorie économique. Tout en admettant des besoins spécifiques que la coordination par le marché ne permet pas de satisfaire au mieux de l'intérêt collectif, l'économiste favorise en effet une définition objective qui permet de spécifier les interventions de la puissance publique, non pas selon un « fiat » souverain mais en fonction des caractéristiques inhérentes aux activités de service en cause.

Cela étant, il s'en faut que l'appréhension du service public par la science économique soit univoque. Les hypothèses d'absence et de défaillance du marché qui fondent la théorie économique du

service public à raison de la présence de biens publics ou d'externalités donnent lieu à des caractérisations diverses sinon contradictoires. Ainsi, les partisans de l'économie publique défendent le principe d'une offre soustraite à l'initiative privée, englobant à la fois les biens collectifs purs et les biens de club⁶. À l'inverse, l'économie industrielle défend l'idée d'une limitation du champ des services publics aux seules fonctions régaliennes de l'Etat, les autres biens devant être payés par les consommateurs, dans la mesure où « l'initiative privée est capable de les fournir, et ce de façon plus efficace que l'Etat »⁷. Tous les biens collectifs locaux doivent en conséquence être directement financés par les propriétaires qui en bénéficient à travers le niveau de la rente foncière.

La définition subjective du service public a également alimenté une remise en cause idéologique de la notion qui n'est pas sans rappeler la critique de l'économie publique. Dans un article fameux⁸, M. Delvolvé mettait en exergue la menace occasionnée par l'extension du contenu des services publics sur les libertés publiques, c'est-à-dire « le pouvoir pour les individus de déterminer leur comportement de manière autonome »⁹. Sans doute la logique économique qui sous-tend le droit communautaire, qu'il s'agisse des politiques de libéralisation, des libertés prévues par le traité sur la Communauté européenne ou des règles de concurrence, offre-t-elle un début de réponse aux craintes que suscite l'expansion de la sphère publique.

Le droit du marché constitue-t-il pour autant un remède suffisant ? On en peut douter au regard des conséquences multiples et pas nécessairement convergentes qui résultent de la mise en œuvre des règles du traité et du droit dérivé. L'offensive menée contre les monopoles nationaux à partir d'une lecture libérale du traité CE s'est en effet accompagnée d'une revalorisation de la notion de service public, à tout le moins des services d'intérêt général, lesquels sont aujourd'hui « un élément clé du modèle européen de société »¹⁰.

La nécessité du service public serait-elle donc réaffirmée en dépit de la logique économique ? Cette inversion paradoxale conduit à s'interroger sur la pérennité du mode de définition du service

■

(1) V. le rapport annuel du Conseil d'Etat pour 1994 : Service public, services publics : déclin ou renouveau, p. 24 et 38.

(2) V. J.-F. Lachaume, Réflexions naïves sur l'avenir du service public, in *Mélanges L. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 519. Regards croisés sur l'économie. Bienôt privés de services publics ?, n° 2, sept. 2007.

(3) B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 137.

(4) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1. Montchrestien, 2001, n° 748.

(5) Selon A. de Laubadère, cité in J. Chevallier, *Le service public*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2006, p. 50.

(6) Les biens collectifs purs se caractérisent par leur propriété de non-exclusivité (biens accessibles à l'ensemble de la communauté) et de non-rivalité (chaque consommateur dispose de la même quantité). Pour Samuelson, l'intervention publique doit être étendue aux biens de club en dépit du fait qu'ils sont en principe excludables, i.e. que leur consommation puisse être réservée à certains utilisateurs.

(7) F. Lévêque, Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public, in T. Kirat et E. Serverin, *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, p. 190.

(8) Service public et libertés publiques RFDA 1985 1.

(9) *Ibid.*, n° 6.

(10) Commission européenne, Les services d'intérêt général en Europe, 2000, p. 6.

public et de la notion de service public qui en constitue le substrat. Le service public consacre effectivement la nécessité sociale qui implique que soit assurée de façon solidaire «certaines tâches indispensables à la satisfaction des besoins primaires de tout être humain et des besoins collectifs des populations vivant sur un territoire donné»¹¹. Or il ne semble pas que la logique économique implique une marchandisation de ces services ni l'abandon du service public par les personnes publiques.

Bien au contraire : si la logique économique n'a eu qu'une incidence relative sur l'identification du service public, l'application du droit du marché témoigne d'une convergence de la logique économique avec une notion renouvelée du service public.

L'incidence relative de la logique économique sur l'identification du service public

L'identification du service public révèle une certaine conception des rapports de l'Etat et du marché. Pour Duguit, l'acte de volonté du législateur ne peut suffire à créer le service public, qui existe de manière apriorique¹². Hauriou se défiait également de la définition du service public par l'intention subjective des personnes publiques et opposait, «dans la nature même des entreprises, des obstacles, des résistances, des limites objectives» à sa qualification¹³. L'un comme l'autre défendait donc la possibilité d'une essence du service public, d'une notion abstraite échappant à la contingence du politique, produit de l'ordre social ou de la nature des choses.

La logique économique prend une direction semblable lorsqu'elle tente de faire le départ entre les services qui relèvent de l'offre collective et ceux qui doivent être laissés à la régulation marchande. À cet égard, le droit du marché, s'il appelle également une telle démarche, ne la consacre pas de façon catégorique. La pénétration de la logique économique s'accompagne de la permanence d'une identification subjective des besoins d'intérêt général, qui s'explique par la faible contrainte qu'exerce le droit du marché sur les compétences de la puissance publique dans son pouvoir créateur du service public.

La permanence d'une identification subjective des besoins d'intérêt général

L'immixtion du droit du marché a entraîné une reviviscence des modes de définition objectifs du service public. Ceux-ci ont cependant conduit à des résultats paradoxaux et n'ont en tout état de cause pas suffi à renverser le primat de l'identification subjective des besoins d'intérêt général.

Les faux-semblants de la réactualisation du service public par nature par le juge administratif

Des arrêts récents du Conseil d'Etat évoquent l'existence de services publics qui doivent être considérés hors du domaine marchand en raison de leur nature et faire l'objet d'une prise en charge exclusive par les personnes publiques. Le juge administratif a notamment considéré, au sujet de la mission d'appui à la

réalisation des contrats de partenariat, qu'aucune des attributions qui lui sont confiées «n'emporte intervention sur un marché»¹⁴. Dans cette espèce, l'utilisation d'une démarche objective de qualification ne conduit pas à restreindre le champ d'intervention des collectivités publiques, comme on aurait pu s'y attendre, mais au contraire à «sanctuariser certaines activités de service public»¹⁵ par rapport aux règles de concurrence.

Ce résultat est d'autant plus paradoxal que la thèse du service public par nature s'enracine dans l'idée qu'il existe des besoins d'ordre public dont la satisfaction ne peut être réalisée par l'initiative privée. D'inspiration libérale, la théorie du service public par nature visait à cantonner les interventions des collectivités publiques dans un périmètre restreint, et pour cette raison même, seul légitime. Si elle empruntait une démarche objective de qualification supposant une distinction marquée entre le domaine du fait politique et la sphère des richesses, la théorie du service public par nature, réactualisée de manière opportune, implique désormais et contre toute attente une caractérisation de l'intérêt général étrangère à la réalité économique des besoins concernés. L'arrêt du Conseil d'Etat relatif à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat a d'ailleurs été critiqué à la lumière de l'analyse économique. Celle-ci indique que «l'activité de conseil, quand elle est prodiguée par une entité publique, ne peut pour cette seule raison être considérée comme une activité hors commerce»¹⁶. La qualification d'activité économique repose en effet sur un critère matériel tel que «toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné» doit être regardée comme une activité d'entreprise¹⁷. Le statut de l'entité qui en constitue le support n'exerce aucune influence sur la qualification. En droit communautaire, l'existence d'une contrepartie sous forme monétaire décide aussi de l'applicabilité des règles relatives à la libre prestation de services.

Dans ces conditions, force est d'admettre la portée exclusivement justificatrice de la référence au service public par nature, dès lors qu'elle ne correspond pas à la réalité économique du service en cause et conduit à éliminer toute régulation de cette activité par le marché. Cette espèce confirme que «s'il existe des services publics par nature, aucun service n'échappe par sa nature à l'intervention de la puissance publique»¹⁸.

Le primat d'une identification subjective de l'intérêt général

Force est par conséquent d'admettre le primat du mode subjectif de définition du service public. Le droit communautaire ne déroge pas à cette prééminence en dépit de certaines oscillations de la jurisprudence de la Cour de justice.

Tout d'abord, la catégorie des biens publics purs connaît une traduction immédiate en droit communautaire à travers le régime des activités non-économiques assumées par les autorités publiques. Selon la Cour de justice, celles-ci «ont lieu dans l'intérêt public et sont dépourvues de caractère commercial»¹⁹. Toutefois, le juge ne s'attache pas à la nature intrinsèque de ces biens et services

(11) G. J. Guglielmi, G. Koubi et G. Dumont, *Droit du service public*, Montchrestien, 2007, p. 5.

(12) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Boccard, 1928, p. 74.

(13) M. Hauriou, note sous CE, 7 avr. 1916, *Astruc*, S. 1916 III 49.

(14) CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, AJDA 2006 1584, chron. C. Landais et F. Lenica.

(15) J.-F. Lachaume, H. Pauliat, *Droit administratif*, PUF, 2007, p. 399.

(16) Note M. Bazex, *Dr. adm.* 2006, comm. 129.

(17) CJCE 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, Rec. CJCE 2599, pt 7.

(18) C. Debbaesch et F. Colin, *Droit administratif*, Economica 2002, p. 251.

(19) CJCE 18 juin 1975, *SA c/ ENCC*, aff. 94/74, Rec. CJCE 699, pt 35.

Dossier Les mutations du service public

pour les caractériser au regard des règles de concurrence et de libre circulation. L'enseignement scolaire constitue un cas de figure tout à fait emblématique à ce point de vue. Sa gratuité et son caractère obligatoire ne résultent pas tant de sa nature même que d'un acte volontaire et contraignant de l'Etat. Ainsi, dans une décision *Humbel*²⁰, la Cour considère qu'en établissant et en maintenant le système d'éducation nationale, «l'Etat n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population». L'arrêt retient que «le système en cause est, en règle générale, financé par le budget public et non par les élèves ou leurs parents». L'éducation nationale, qui ne s'analyse pas en une prestation fournie contre rémunération, et n'est donc pas un «service» au sens du traité, échappe par conséquent au droit du marché en raison de sa vocation à satisfaire un besoin collectif, visant la population de l'Etat dans son ensemble. Pourtant, dans cette espèce, la Cour extrapole la nature non-marchande de l'enseignement scolaire de son régime plus qu'elle ne la déduit de sa nature même, à savoir de la propriété économique de non-exclusion.

S'agissant ensuite des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86 § 2 du traité, la variété de ces missions implique qu'elles soient identifiées sur la base du statut juridique que les règles du droit national imposent à l'entreprise qui en est chargée. M. Chérot a montré la prudence, au fil de la jurisprudence communautaire, d'une telle méthode qu'il qualifie lui-même de subjective par opposition à une définition objective des activités en cause, tirée précisément de la nature économique de la mission de service litigieuse²¹. De fait, lorsqu'il applique ce dernier critère, le juge ne retient pas la mission d'intérêt économique général. Il nie cette qualité dès lors que l'activité en question ne revêt pas «un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique»²².

À l'inverse, la reconnaissance d'un intérêt économique général sur la base du critère subjectif conduit à admettre l'applicabilité de l'article 86 § 2 du traité à un nombre important d'activités qui sont de la sorte réputées partiellement voire totalement non-excludables, c'est-à-dire dont le financement doit être assuré en partie ou en totalité par une prise en charge collective. Tel est le cas, au premier chef, des biens de club liés à un réseau de distribution. Dans son arrêt *Corbeau*, la Cour considère que l'octroi d'un droit exclusif peut être une modalité nécessaire pour réaliser l'intérêt économique général tenant à la distribution du courrier sur l'ensemble du territoire d'un Etat²³. Ce faisant, elle se fonde sur les conditions d'exploitation de l'activité pour caractériser le service d'intérêt économique général. De même, dans sa décision *Commune d'Almelo*, l'existence d'un tel service est déduite des «conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations (...) auxquelles elle est soumise»²⁴. Cette solution

est opportune, dans la mesure où la dérogation au droit du marché évite un niveau insuffisant de l'offre, qui équivaudrait à exclure des usagers «dont le coût à servir est pourtant inférieur au bénéfice qu'ils en retirent»²⁵.

Le raisonnement qui tend à attirer les biens de club dans le giron de l'article 86 § 2 est toutefois moins concluant dans d'autres cas de figure où la supériorité de l'offre publique sur l'initiative privée se révèle beaucoup plus hypothétique. La critique qu'oppose l'école du choix public prend acte de la perte d'efficacité que constitue l'intervention publique lorsqu'elle s'accompagne d'une course à la rente de la part d'opérateurs recherchant un subventionnement de leurs activités. Ce type de critiques touche plus particulièrement certains secteurs d'activité traversés par des logiques contradictoires de mise en concurrence et de solidarité. Le cas de l'hôpital est, à cet égard, emblématique. On sait que les textes relatifs au régime des compensations de service public sous forme d'aides d'Etat (le paquet «services d'intérêt économique général» SIEG²⁶) lui accordent un régime très favorable d'exemption de notification des aides qu'il peut recevoir en contrepartie de sa mission d'intérêt économique général, «même si le montant de la compensation (...) excède les seuils prévus par celle-ci»²⁷. De surcroît, ce régime est conçu de manière compréhensive alors que le secteur connaît un affaiblissement de la spécificité de ses missions d'intérêt général, qu'accompagne une mise en concurrence croissante entre les différents établissements de soins²⁸.

La logique économique véhiculée par les règles de concurrence n'affecte donc que marginalement le mode de définition du service public, lequel demeure fondé sur l'appréciation subjective des pouvoirs publics. Celle-ci porte à la fois «sur l'intérêt général dont ils entendent assurer la satisfaction et sur la création corrélatrice d'un service public en mesure de l'assurer»²⁹. Une telle permanence conduit à s'interroger sur l'encadrement que réalise le droit du marché en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation des collectivités publiques quand elles entendent créer un service public.

La persistance d'un large pouvoir de création du service public

Si les collectivités publiques continuent de maîtriser le contenu du service public, l'exercice de leur souveraineté n'est pas sans limites. Toutefois, l'encadrement réalisé par le droit communautaire ou les normes du droit national n'est pas de nature à restreindre de façon drastique le pouvoir discrétionnaire dont elles bénéficient. La compétence des autorités nationales est en effet réaffirmée par le premier et confortée par les secondes

(20) CJCE, 27 sept. 1988, *Etat belge c/ Humbel*, aff. 263/86, Rec. CJCE 5365.
(21) J.-Y. Chérot, L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau, AJDA 1996, 171.
(22) CJCE 10 déc. 1991, *Mercato Convenzionali Porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec. CJCE I-5889, pt 27.
(23) CJCE 19 mai 1993, aff. C-320/91, Rec. CJCE I-2533, pt 16.
(24) CJCE 27 avr. 1994, aff. C-393/92, Rec. CJCE I-1477, pt 49.

(25) F. Lévêque, Concepts économiques et conceptions juridiques, *op. cit.*, p. 188.
(26) V. notamment la décision du 29 nov. 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86 § 2 aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE L. 312, 29 nov. 2005, p. 67.
(27) *Ibid.*, pt 16.
(28) V. J.-M. Lemoyne de Forges, Le système hospitalier français face au droit communautaire de la concurrence, *Mélanges Louis Dubouis*, Daloz, 2002, p. 311. Le lobbying exercé par le secteur hospitalier est critiqué par S. Rodrigues, Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire, AJDA 2006, 84.
(29) P. Delvolvé, Service public et libertés publiques art. cit., n° 12.

La compétence des autorités nationales réaffirmée par le droit communautaire

Le traité CE admet que les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt général. Cette compétence de principe est réaffirmée par la Commission dans sa communication sur les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, où elle estime que «cette liberté doit s'exercer dans la transparence et sans abuser de la notion d'intérêt général»³⁰. La définition de ces services par un Etat membre ne peut dès lors être mise en cause par la Commission que si elle laisse apparaître une erreur manifeste d'appréciation.

Ce faisant, le droit communautaire, non seulement rejette une approche matérielle de la notion d'intérêt général qui serait fondée sur la nature des activités en cause, mais renforce le critère organique du service public. Une entreprise ne peut en effet être considérée comme chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général que si la prestation de ce service lui a été confiée par «un acte de la puissance publique»³¹. Le droit communautaire se montre d'ailleurs exigeant : l'entreprise doit être liée à une personne publique par des «rapports étroits»³², qui ne peuvent résulter de la soumission à un régime d'autorisation administrative ou à un contrôle de la puissance publique³³. L'absence de critère de définition confère donc aux Etats une marge de manœuvre importante qui ne peut être sanctionnée que dans l'hypothèse où ils porteraient atteinte de façon manifestement disproportionnée «à l'intérêt de la Communauté, au respect des règles de la concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun»³⁴. Même si le contrôle effectivement réalisé peut être «lourd d'une certaine dérive», puisque le juge communautaire est conduit à examiner les justifications du service d'intérêt économique général avancées par les autorités nationales, il reste que «l'intérêt général ne se définit pas par les insuffisances ou imperfections du marché mais par des choix politiques»³⁵. Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge tient compte de l'état du marché pour apprécier l'existence d'un besoin réel de service public. Tel est le cas dans l'arrêt *Fred Olsen*, où le besoin de service public sur les lignes maritimes canariennes est évalué à l'aune des «services analogues» qui pourraient être offerts par des entreprises rivales du titulaire du droit exclusif³⁶.

La compétence des collectivités publiques confortée en droit interne

Les normes du droit national qui se rapportent au fonctionnement des marchés soulignent la souplesse des contraintes juridiques imposées aux personnes publiques dans leur pouvoir de création des services publics.

S'agissant, tout d'abord, des organes de l'Etat, le Conseil constitutionnel leur reconnaît une compétence discrétionnaire extrême-

ment large. Il ressort de sa décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 que «si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas». Cette conception appelle trois remarques au regard de la logique économique et du fonctionnement des marchés.

En premier lieu, la logique économique est étrangère à l'obligation imposée aux organes de l'Etat de créer certains services publics. Les services publics exigés par la Constitution sont l'expression de la volonté du constituant et ne trouvent pas leur fondement dans les caractéristiques de l'activité en cause. Une telle absence de critère économique dans la délimitation de cette catégorie ne signifie pas pour autant qu'elle ne fait pas sens du point de vue de l'économie. En règle générale, celle-ci tend à soustraire les activités régaliennes de l'Etat au champ de l'initiative privée et de ses contraintes, bien que le statut de certaines prestations de services prête davantage à discussion, comme c'est le cas, notamment, pour les services de protection de la santé mentionnés par le Préambule de la Constitution de 1946.

Par ailleurs, la liberté d'entreprendre consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982 relative aux lois de nationalisation ne crée une limite à l'intervention du législateur qu'en cas de «restrictions arbitraires ou abusives»³⁷. La portée exacte qu'il convient d'attribuer à cette liberté n'est pas exempte d'ambiguïtés. Tout d'abord, l'intensité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel apparaît variable. Certaines décisions font apparaître un véritable contrôle de la disproportion alors que d'autres se limitent à la dénaturation de cette liberté³⁸. Ensuite, rapporté à l'activité du législateur, le contenu de la liberté d'entreprendre demeure imprécis. M. Delvolvé voit dans la libre concurrence une composante de la liberté d'entreprendre et lui accorde une même valeur³⁹. Pour autant, la jurisprudence constitutionnelle montre qu'en l'état, la libre concurrence ne constitue pas un moyen autonome de censure du législateur et ne produit pas tous les effets de droit indispensables au fonctionnement efficace des marchés. Ainsi, dans sa décision du 11 juillet 2001, le Conseil constitutionnel pose l'obligation «de veiller au respect du principe d'égalité qui, en l'espèce implique la libre concurrence», sans accorder de portée spéciale à cette dernière⁴⁰. Il est donc permis de s'interroger sur l'apport pratique de la libre concurrence. En l'état, la liberté d'entreprise demeure un concept «politico-administratif» (M. Bazex) qui ne renvoie que très imparfaitement à la logique économique. La décision n° 2006-543 DC du Conseil constitutionnel relative à l'examen de la loi de transposition des directives d'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz ne saurait modifier cette conclusion⁴¹. Le Conseil décide que certaines dispositions de la loi déferée «méconnaissent manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel», mais ce n'est qu'en tant que celui-ci est «fixé par les directives»

(30) Communication du 26 avr. 2006, p. 6.

(31) CJCE 23 oct. 1997, *Commission c/ France*, aff. C-159/94, Rec. CJCE I-5815, pt 65.

(32) CJCE 14 juill. 1971, *Port de Mertert*, aff. 10/71, Rec. CJCE 723.

(33) CJCE 2 mars 1982, *GVL*, aff. 7/82, Rec. CJCE 483.

(34) P. Léger, concl. sur CJCE 10 juill. 2001, *Wouters*, aff. C-309/99, Rec. CJCE I-1577, pt 152.

(35) J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2002, p. 143 et 144.

(36) TPI 25 juin 2005, *Fred Olsen c/ Commission*, aff. T-17/02, Rec. CJCE II-2036 pts 215 s.

(37) Décis. 81-132 DC.

(38) L. Favoreu e.a., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2007, n° 275.

(39) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, n° 85 s.

(40) Décision 01-450 DC, DDOSEC.

(41) Décision du 30 nov. 2006, Rec. CJCE 120° JCP A 2007, n° 2014, note Drago.

concernées. Cette précision interdit d'en déduire que le Conseil constitutionnel a entendu intégrer la règle de concurrence dans le bloc de constitutionnalité.

Enfin, le juge administratif a consacré un «principe de liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986»⁴² et qui s'impose en tout état de cause au pouvoir réglementaire. Si ce principe doit s'entendre au sens du droit de la concurrence et prend de ce fait une coloration économique, il s'en faut que le Conseil d'Etat lui donne un sens précis. Notamment, dans un arrêt *Société Glaxo Smithkline* du 11 juin 2007⁴³, relatif à la fixation du tarif de remboursement des médicaments, la Haute juridiction semble opérer un glissement entre l'atteinte au principe d'égalité, le libre jeu de la concurrence et le droit de la concurrence lui-même.

S'agissant, ensuite, de la création des services publics locaux, la compétence des collectivités territoriales est limitée par l'obligation de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Or, en dépit de sa résonance économique, le critère d'absence ou d'insuffisance de l'initiative privée ne converge que de manière partielle avec l'objectif de fonctionnement efficace des marchés. Sa portée est en effet limitée. Certes, le juge administratif a refusé de voir dans un secteur insuffisamment concurrentiel une telle carence de l'initiative privée⁴⁴. Mais le constat qu'il existe bien une initiative privée suffisante n'implique pas de manière automatique l'illégalité de la création du service public. En particulier, la jurisprudence admet que l'équilibre financier du service dans son ensemble peut suffire à justifier l'institution d'un service public. L'arrêt *Communauté de communes Artois-Lys*⁴⁵ en donne un bon exemple. Le Conseil d'Etat admet la légalité de la création d'un service public facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement, motif pris de ce qu'elle «contribue à l'équilibre financier global du service de l'assainissement non collectif assuré par cette collectivité et à la satisfaction des usagers». Le juge souligne l'utilité qui découle de la création d'un tel service compte tenu des économies de coûts dont profitera la collectivité. La solution est d'autant plus marquante qu'en dépit d'une «concurrence effective sur le marché local», la collectivité publique est réputée n'avoir pas méconnu le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, son action ayant respecté les «conditions d'une concurrence loyale» avec les prestataires privés du service en cause.

Dans ces conditions, le droit du marché n'introduit pas une limite d'ordre économique à la compétence des collectivités publiques en ce qui concerne la création de services publics: «l'intérêt public tend ainsi à prévaloir sur la sauvegarde de l'initiative privée»⁴⁶. La logique économique portée par les différentes règles juridiques qui concourent au fonctionnement efficace des marchés n'a pas davantage permis de substituer une approche objective de la définition du service public au critère de l'intention des pouvoirs publics.

La convergence de la logique économique avec une notion renouvelée du service public

La logique économique est en revanche un facteur de renouvellement de la notion de service public. Sur ce point, la nécessité d'une approche plus économique du service public est motivée par l'obsolescence des distinctions au sein même du service public, et apparaît le moyen de surmonter les «incompréhensions qui subsistent entre le droit français des services publics et le droit communautaire», celui-ci exerçant une critique d'ordre économique à l'encontre de celui-là⁴⁷. Même si l'identification du service public demeure fonction d'un acte de volonté des collectivités publiques, le droit du marché tend à admettre de façon grandissante la spécificité de certains besoins collectifs. Cette convergence se traduit tout d'abord, par un cantonnement de la logique économique au sein du service public, ensuite, par un enrichissement de la notion de service public par les données économiques.

Le cantonnement de la logique économique au sein du service public

Cette première évolution est le signe de la recherche d'une compatibilité entre les exigences du service public et l'intégration européenne. Celle-ci s'est tout particulièrement traduite par l'ajout d'un nouvel article 16 au traité CE. Toutefois, il s'en faut que la dynamique de cantonnement de la logique économique au sein du service public donne lieu à une distinction nette entre les activités d'intérêt général non économiques, soustraites à la loi du marché, et les «services économiques, soumis à un environnement juridique garantissant une concurrence équitable»⁴⁸. Si la reconnaissance progressive des objectifs sociaux du service public s'accompagne de l'émergence d'une notion de service économique, force est d'admettre que leur séparation ne repose qu'imparfaitement sur la logique économique.

La reconnaissance progressive des objectifs sociaux du service public

Avant tout, résultat d'une action volontaire de la puissance publique et non conséquence d'un aménagement rationnel des activités économiques à partir des propriétés «naturelles» des biens produits, la satisfaction des besoins collectifs appelle également des justifications qui ne se réduisent pas aux raisons d'ordre économique avancées par la théorie du bien-être. En droit communautaire, l'enracinement progressif de la notion de service public s'est ainsi détaché d'une vision purement correctrice des mécanismes concurrentiels prévus par le traité de Rome pour devenir l'expression autonome d'objectifs à caractère social⁴⁹. Le nouvel article 16, introduit par le traité d'Amsterdam⁵⁰, témoigne d'une telle reconnaissance, puisqu'il relève le rôle des services d'intérêt économique général «dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union». L'article prévoit également une obligation de comportement dont le non-respect pourra être, le cas

(42) CE 1^{er} avr. 1998, *Union hospitalière privée et Fédération des établissements d'hospitalisation privée*, Lebon 114.
(43) Req. n° 290969.
(44) TA Nancy 18 mars 1999, *France Télécom c/ Syndicat sud PTT Meurthe et Moselle*, D 1999, 617, note Y. Laladié.
(45) CE 23 mai 2003, Dr. adm. 2003, comm. 206, note M. Lombard.
(46) J. Chevallier, *Le service public*, op. cit., p. 60.

(47) S. Braconnier, *La notion de services publics industriels et commerciaux*, Cahiers français 2007, n° 339, p. 11.
(48) S. Braconnier, *Droit des services publics*, PUF, 2^e éd. 2007, p. 244.
(49) G. Clamou, *Intérêt général et concurrence*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 51, 2006, n° 663.
(50) Art. 7-D de ce traité. V. Y. Champell-Desplats, *Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale*, AJDA 1999, 959.

échéant, sanctionné par la Cour de justice ⁵¹, en disposant que «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».

Au demeurant, le droit positif acceptait que des motifs autres qu'économiques puissent être utilement invoqués à l'appui de la qualification de service d'intérêt économique général. La Commission avait admis cette qualité à l'organisme chargé de l'approvisionnement régulier de l'eau dans des conditions garantissant la protection de la santé publique ⁵²; de même, la Cour de justice avait accepté de faire jouer l'exception de l'article 86 § 2, au regard de l'intérêt stratégique que revêtaient certaines installations portuaires pour un Etat ⁵³. Plus encore, elle s'était placée en dehors de cette disposition en rendant invocables, au titre des dérogations aux règles de concurrence, des «considérations d'intérêt public et de nature non économique» ⁵⁴. Mais ces décisions demeurent en retrait par rapport à l'affirmation contemporaine du rôle des services publics dans l'exercice des droits reconnus aux individus.

La percée des objectifs sociaux n'éclipse toutefois pas entièrement la dimension macro-économique qui continue de s'attacher aux missions de service d'intérêt général en droit communautaire. Elle est notamment confirmée par le Livre blanc sur les services d'intérêt général qui en fait un élément central de l'efficacité économique du tissu productif européen. Pour les entreprises, «la disponibilité de services d'intérêt général de qualité est un préalable indispensable à un environnement favorisant leur compétitivité» ⁵⁵. La fourniture de tels services est «un élément important pour contribuer à atteindre l'objectif stratégique de l'Union consistant à «devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale»», conformément au programme de Lisbonne ⁵⁶. La conception communautaire des services d'intérêt général s'inscrit ainsi pleinement dans la perspective ouverte par les modèles de croissance endogène, lesquels considèrent l'offre publique d'infrastructures comme un facteur important de «croissance en raison des économies externes qu'elles permettent pour les producteurs privés» ⁵⁷.

L'émergence fragile d'une notion de service économique

Dans ces conditions, s'il est vrai que le droit communautaire exclut certains services d'intérêt général réputés non économiques du champ de l'article 86 du traité, la nouvelle articulation qui se dessine entre services de puissance publique et services écono-

miques ne concrétise pas l'apparition d'une notion purement économique du service public.

Le meilleur exemple est fourni, *a contrario*, par l'application du critère de l'activité économique aux personnes publiques ou aux organismes de droit privé agissant dans le cadre de leur mission de service public ou à l'occasion de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Le problème a reçu, en droit communautaire, une réponse satisfaisante grâce à la distinction entre les comportements d'entreprise et ceux qui relèvent de l'autorité publique. Or cette opposition ne procède pas de l'énumération des différentes activités économiques, mais d'un principe d'exclusion, interprété de manière stricte, fondé sur le caractère régalien ou de solidarité nationale des activités non économiques. Compte tenu de l'impossibilité d'une énumération *in extenso* de ses manifestations multiples, c'est en faisant intervenir un critère distinct, relevant d'un ordre d'idée différent, que les autorités communautaires ont pu borner la notion d'activité économique et, avec elle, le champ d'application des règles de concurrence.

S'agissant, par exemple, des activités de police, la Cour a estimé que les activités de Eurocontrol «ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité», dès lors que «prises dans leur ensemble, [elles] se rattachent à l'exercice de prérogatives (...) qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique» ⁵⁸. La qualification était rendue difficile par la diversité des missions confiées à cet organisme. La Cour ne s'est pas résolue à les dissocier et à soumettre certains aspects du fonctionnement d'Eurocontrol aux règles de concurrence, laissant les autres en dehors de leur emprise. Elle fonde son raisonnement sur l'attractivité de la mission principale de contrôle et de police de l'espace aérien, pour laquelle Eurocontrol exerce *jure imperium* un pouvoir exorbitant du droit commun, qui constitue en quelque sorte l'objet déterminant, à défaut d'être unique, de cette organisation.

De même, la Cour décida que la mission de surveillance et de protection du domaine maritime du port pétrolier de Gênes contre les risques de pollution, concédée par le gestionnaire du port à une entreprise privée, «constitue une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'Etat en matière de protection de l'environnement du domaine maritime», dès lors qu'elle se rattache à «l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique [et] ne présente pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité» ⁵⁹. Dans cette espèce, la qualification ne résulte donc pas de l'absence des éléments constitutifs de l'activité économique, mais découle des traits distinctifs de l'activité non économique.

L'intervention de critères non économiques permet donc d'isoler certaines activités d'intérêt général du jeu de la concurrence; pour autant, elle ne suffit pas à garantir la consistance d'une notion économique du service public.

La Cour de justice montre en effet certaines hésitations quand il s'agit d'apprécier une même activité au regard de l'article 86 § 2 du traité, privilégiant d'un côté une approche purement formelle, et s'essayant de l'autre à concilier l'activité avec la loi du marché. Ces oscillations apparaissent de manière très visible dans le traite-

(51) Selon R. Gosalbo Bono, Les politiques et actions communautaires, RTDE 33 (4), oct. déc. 1997, p. 773.

(52) Décis. 82/371/CEE, 17 déc. 1981, Navewa-Anseau, JOCE n° L. 167, 15 juin 1982, p. 39. V. aussi la décis. n° 05-D-72, 20 déc. 2005, CCC févr. 2006, n° 28.

(53) CJCE 14 juill. 1971, Port de Mersin, préc., pt 11.

(54) Arrêt du 30 avr. 1974, Giuseppe Sacchi, aff. 155-73, Rec. CJCE 409. V. aussi CJCE 10 juill. 1984, Campus Oil Limited c/ ministre pour l'Industrie et l'Energie, aff. T-2/83, Rec. CJCE 2727.

(55) COM(2004) 374 final, p. 4.

(56) Ibid. p. 5.

(57) J. Genèreux, Introduction à la politique économique, Le Seuil, Points Economie, 1999, p. 323.

(58) CJCE 19 janv. 1994, SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol, aff. C-364/92, Rec. CJCE I-43, pt 30.

(59) CJCE 18 mars 1997, Diego Cali c/ Servizi ecologici porto di Genova, aff. C-343/95, Rec. CJCE I-2547, pts 22-23.

ment jurisprudentiel des nuisances environnementales. L'intervention de la puissance publique est justifiée par un dilemme de court terme dû à la perte de bien-être que crée la non-internalisation des nuisances environnementales par le marché. La supériorité de l'action publique sur les solutions négociées n'est cependant pas telle qu'elle justifie dans tous les cas l'exclusion des activités environnementales de la sphère marchande. S'il faut procéder au cas par cas, une telle incertitude ne permet pas de fonder l'intervention publique sur une argumentation exclusivement économique. L'examen des solutions positives adoptées en la matière montre le caractère fluctuant des frontières du marché et de la réglementation. Dans son arrêt *Diego Cali* déjà cité, la Cour dénie la qualification d'activité économique à la mission de police de l'environnement en se plaçant « en amont » du marché pour apprécier le bien-fondé des prérogatives de puissance publique litigieuses. Cette solution contraste avec celle rendue dans l'affaire *Commune d'Almelo*, où la juridiction communautaire ne se situe pas sur le terrain de l'inapplicabilité de principe des règles de concurrence, mais examine la licéité d'obligations en matière d'environnement au titre de la dérogation à ces dernières prévue par l'article 86 § 2 du traité. Elle se livre ainsi à une conciliation véritable des exigences concurrentielles et de l'intérêt économique général lié à la lutte contre la pollution, et non plus à une exclusion pure et simple des premières au nom des secondes. L'arrêt mentionne en effet que « des restrictions à la concurrence de la part d'autres opérateurs économiques doivent être admises » lorsqu'elles sont nécessaires pour permettre la réalisation d'une mission de service public marchand ⁶⁰. Une conciliation semblable est réalisée de manière plus explicite avec l'arrêt *Commune de Copenhague*, à l'occasion duquel la Cour de justice réitère sa position et estime qu'une exclusivité peut être nécessaire à l'accomplissement d'une mission de traitement des déchets de chantier non dangereux destinés à être valorisés ⁶¹.

La ligne de partage entre les services d'intérêt économique général et les autres apparaît tout autant fragile en matière sociale ⁶². A cet égard, le droit communautaire montre une véritable « zone grise » ainsi qu'en témoigne l'affaire relative au régime allemand de sécurité sociale ⁶³, dans laquelle la Cour et l'avocat général Jacobs sont parvenus à des qualifications contraires de l'activité en cause. Par conséquent, l'identification d'une catégorie homogène de services d'intérêt économique général ne saurait résulter en pratique, de l'application exclusive sinon évidente d'un critère économique. L'exclusion de certains services publics du fonctionnement du marché repose sur des données qui ne relèvent pas toujours de la logique économique. Inversement, les justifications sociales du service public ne sont pas imperméables à une pénétration diffuse de la logique économique. Cet entrecroisement est davantage la manifestation d'un consensus politique que d'une soumission de la notion de service public à la logique économique.

L'enrichissement de la notion de service public par la logique économique

Mais la logique économique conduit également à enrichir la notion de service public d'impératifs qui lui sont propres. Les nécessités du vivre-ensemble et l'exercice des droits fondamentaux ne sont pas incompatibles avec l'idée d'efficacité économique du service public. On voit mal en effet comment l'intérêt général pourrait se satisfaire d'une notion de service public qui faciliterait la survivance de rentes monopolistiques au détriment du bien-être collectif. À cet égard, le droit du marché et la logique économique peuvent être à l'origine d'une renuise en cause justifiée d'un service public inefficace.

Les règles de concurrence sanctionnent ainsi l'abus de position dominante qu'entraîne l'incapacité du titulaire du droit exclusif de mener à bien la mission d'intérêt économique général qui lui a été impartie. Dans l'arrêt *Höfner*, cette incapacité a d'ailleurs reçu une acception purement économique. La Cour a en effet considéré que l'Office fédéral allemand pour l'emploi est amené, « par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré », à exploiter sa position dominante de façon abusive, « dès lors que celui-ci n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché à cet égard » ⁶⁴. La théorie du monopole défaillant, appliquée en l'espèce, décrit une situation objective dans laquelle le consommateur « ne reçoit pas la qualité de prestations qu'il est en droit d'attendre et qu'il serait presque certain de recevoir si le secteur en question était soumis au régime de libre concurrence envisagé par le traité » ⁶⁵.

Une telle solution repose donc sur une comparaison implicite entre les modes de gestion publique ou privée. Aux défaillances du marché, les règles de concurrence opposent les « carences de l'Etat », qu'elles font en sorte d'éliminer. La jurisprudence communautaire utilise le raisonnement économique pour établir une mesure de la qualité des services qui doivent être rendus, et pose comme principe que la libre concurrence permettrait d'obtenir un meilleur rendement social lorsque la fourniture exclusive de ces services n'apparaît pas satisfaisante.

La pénétration de l'analyse économique ne se limite pas au mode de gestion des services publics : elle imprègne la notion même de service d'intérêt économique général et l'enrichit de la sorte de connotations nouvelles. Dans son arrêt *Glöckner* ⁶⁶, la Cour estime que « ce n'est que s'il est établi que les organisations sanitaires chargées de la gestion du service d'aide médicale d'urgence n'étaient manifestement pas en mesure de satisfaire en permanence la demande de transport médical d'urgence et de transport de malades que la justification de l'extension de leurs droits exclusifs, tirée de la mission d'intérêt général, ne pourrait être admise ». Contrairement à l'arrêt *Höfner*, où le critère de la satisfaction effective de la demande était apprécié au stade de l'abus, cet arrêt mentionne la théorie du monopole défaillant lors de l'examen de la dérogation aux règles de concurrence, dans le cadre de l'article 86 § 2 du traité. Ce faisant, les considérations d'efficacité sont intégrées à l'analyse des justifications de l'action publique, subordonnant ainsi la légalité de cette dernière à une condition économique nouvelle

■

(60) Aff. C-393/92, préc., pt 50.

(61) CJCE 23 mai 2000, aff. C-209/98, Rec. CJCE I-3743, pt 81.

(62) V. S. Van Raepenbusch, Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social, in J.-V. Louis et S. Rodrigues, *Les SIEG et l'UE*, Bruylant, 2006, p. 99.

(63) CJCE 15 mars 2004, *ADK Bundesverband*, aff. jointes C-264/01 s., Rec. CJCE I-2493.

■

(64) CJCE 23 avr 1991, *Höfner c/ Macrotron*, aff. C-41/90 Rec. CJCE I-1979, pt 31.

(65) Concl. F. G. Jacobs sur *Höfner*, pt 45.

(66) CJCE 25 oct. 2001, *Firma Ambulanz Glöckner c/ Landkreis Südwestfalen*, aff. C-475/99, Rec. CJCE I-8089, pt 62.

Néanmoins, la portée de cette nouvelle analyse ne doit pas être surestimée. De manière générale, l'appréciation du caractère adapté ou non de la reconnaissance d'un service public pour satisfaire la demande finale n'exercera qu'une contrainte limitée sur la liberté de choix des autorités nationales. Le droit de la concurrence ne saurait en effet « constituer un moyen pour critiquer l'efficacité économique de l'un ou l'autre monopole national. Si un monopole répond à des justifications objectives (...), peu importe (...) que son exploitation soit plus ou moins efficace »⁶⁷. La normativité économique ne réalise dès lors qu'une pénétration limitée et contenue dans les catégories juridiques. Les considérations d'efficience sont certes appelées à jouer un rôle critique dans l'appréciation de la légalité des monopoles nationaux,

mais elles ne guideront pas à elles seules le raisonnement du juge quant à leur bien-fondé.

En définitive, l'analyse économique ne constitue qu'une mesure partielle de l'action des collectivités publiques. Si la mise en œuvre du droit du marché par les organes communautaires et nationaux participe des transformations qui affectent la notion de service public, la définition du service public semble peu marquée par la pénétration d'une logique économique qui appelle une caractérisation objective des besoins d'intérêt général et contribuerait ainsi à réduire la notion aux seuls faits manifestant une véritable interdépendance sociale. Source d'une mutation du service public, la pénétration de la logique économique n'est aucunement la cause d'une crise de celui-ci.

(67) Concl. G. Tesouro sur CJCE 19 mai 1993. Corbeau, préc., p. 16.



L'information sur les politiques
européennes en France

Collectivités locales et Europe | 19.03.2009

SIEG: La France pointe son important décalage avec les autorités communautaires

En exclusivité, EurActiv.fr révèle les principales conclusions du rapport de mise en œuvre de la France, rendu à la Commission européenne, sur les compensations de services d'intérêt économique général (SIEG), ou paquet Monti-Kroes. En France, plus de 60 000 opérateurs de services locaux sont concernés.

«Les travaux de préparation du présent rapport ont montré le décalage extrêmement important qui existe entre les préoccupations des collectivités publiques lorsqu'elles organisent les services publics dans les ressorts de leur compétence, et la façon dont le droit européen appréhende ces services.»

Le rapport, transmis début mars à la Commission européenne par la France, n'y va pas par quatre chemins pour souligner l'inadéquation du cadre juridique européen applicable aux services d'intérêt économique général (SIEG). Le texte de 38 pages aboutit à la conclusion que des «incompréhensions fortes» subsistent entre les pouvoirs publics français et les autorités communautaires.

Ce document confidentiel, dont EurActiv.fr s'est procuré une copie, est le rapport triennal sur les conditions de mise en œuvre des règles du paquet Monti-Kroes, entrées en vigueur il y a trois ans (Voir encadré).

Les auteurs estiment que «ces incompréhensions fortes sont source d'insécurité juridique, mais également de coûts importants». Ils appellent à des clarifications «effectuées de manière plus proactive et politique que les éléments résultant, au coup par coup, de la pratique décisionnelle de la Cour de justice».

Le texte souligne que du point de vue des autorités locales, l'application du droit communautaire aux services d'intérêt économique général (SIEG) n'a aucun impact sur la concurrence –faute de concurrents–, ni sur le commerce entre les Etats membres. C'est par exemple le cas pour une commune qui chercherait à mettre en place des actions de protection du patrimoine historique, ou encore à ouvrir un foyer pour femmes battues.

Les autorités françaises soulignent donc «la nécessité d'une clarification de la situation des SIEG pour lesquelles des compensations reçues ne sont pas susceptibles d'affecter la concurrence ou les échanges entre les Etats membres, de façon à lever toute ambiguïté sur la question de savoir si ces compensations peuvent être qualifiées d'aides d'Etat». En clair, la France réclame à l'UE des clarifications dans ce domaine.

De plus, le texte souligne «des interrogations fortes» sur le lien entre la jurisprudence de 2003 (lire encadré), «qui pose des conditions détaillées permettant d'échapper à la qualification d'aides d'Etat, et l'obligation de facto qui en résulterait d'un recours aux procédures de marchés publics». «En outre, ajoutent les auteurs, l'articulation au plan communautaire entre le droit des aides d'Etat et le droit communautaire des marchés publics (...) est insuffisamment claire dans les travaux de la Commission européenne elle-même.»

37 000 collectivités concernées

En France, 37 000 collectivités publiques et plus de 60 000 opérateurs de services locaux (habitat, santé et action sociale, culture, loisirs, sports, tourisme social, actions socio-éducatives,...) sont concernés par ces mesures.

«Les auteurs sous-estiment complètement le fait que les règles du paquet Monti-Kroes ne sont pas du tout appliquées en France aujourd'hui», souligne Laurent Ghékière, représentant auprès de l'UE de l'Union sociale pour l'habitat (USH) et spécialiste de la question. S'il estime que le rapport de la France «va dans le bon sens», il poursuit cependant: «Je n'ai jamais eu connaissance d'aucun contrôle des compensations accordées par l'Etat à des services sociaux d'intérêt généraux (SSIG), que le paquet Monti-Kroes rend pourtant obligatoires.»

La principale préoccupation des prestataires de SSIG tient en effet dans la définition du mandatement. Sans mandatement de l'Etat, les aides sont considérées par la Commission comme illégales.

Mais problème: le mandatement ne correspond pas aux traditions juridiques françaises. La Commission européenne définit «le mandat de service public» comme une décision dans laquelle devront obligatoirement figurer des éléments comme la nature et la durée des obligations de services publics, les entreprises et les territoires concernés, ou les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens de les éviter.

«Les nouvelles procédures de mandatement vont forcer de nombreuses collectivités locales à repenser tous les liens avec leurs prestataires de services en fonction de leur compatibilité avec les règles du paquet Monti-Kroes», estime un fin connaisseur du dossier.

«Tuyauterie incompréhensible»

La Commission vise prioritairement les subventions les plus importantes, c'est-à-dire celles dépassant 30 millions d'euros. Mais pas seulement. Pour les montants moindres, les collectivités seront quand même tenues de respecter des règles contraignantes pour entrer dans le cadre de la réglementation des subventions publiques au dessus du seuil de 200.000 euros sur trois ans. La Commission exige ainsi des informations financières sur les modalités de mandatement sur un nombre importants de services sociaux.

Les conclusions du rapport rejoignent en partie celles du document coordonné par l'inspecteur général des affaires sociales et président du groupe de travail sur la place des SIG dans la transposition de la directive «services», Michel Thlery, rendu public à la mi-février par le gouvernement (EurActiv.fr, 10/02/2008).

SSIG : en dehors ou à l'intérieur du marché ?

L'avenir des services sociaux dans le cadre du « marché intérieur ouvert et concurrentiel » de l'Union européenne constitue l'un des enjeux majeurs du renouvellement du Parlement européen, le 7 juin. Du fait du refus de la Commission européenne de proposer une directive spécifique sur les services sociaux d'intérêt général (SSIG), ces derniers se trouvent soumis à la jurisprudence des services d'intérêt économique général (SIEG). Et se voient donc imposer les exigences du mandat plus rigoureuses que le système d'encadrement français. Dans ce contexte, et alors que la France doit transposer en droit interne, avant la fin de l'année, la directive « services », comment préserver la spécificité des services sociaux ? Les professionnels du champ social, réunis au sein de MP4, qui avaient lancé une pétition afin d'interpeller les interlocuteurs

nationaux et européens sur cette question (1), font circuler une « recommandation » à l'intention des futurs députés européens (2). Rédigée par Joël Henry, ancien président du Carrefour national de l'action éducative en milieu ouvert (Cnaemo), elle vise à obtenir au niveau communautaire le reclassement des SSIG dans la catégorie des services non économiques d'intérêt général (SNEIG). « *En France et ailleurs en Europe, les services sociaux sont des services d'intérêt général situés hors marché, chargés de remplir des missions de service public consistant à répondre à des demandes et à des besoins généraux et/ou spécifiques émanant de la population* », défend Joël Henry, estimant que les services sociaux sont des services non économiques (3). Cet argumentaire, qui entend lever toutes les ambiguïtés actuelles en excluant ces services de la compétence communautaire et en les renvoyant aux seules lois nationales, est-il toutefois défendable ?

« *Malheureusement cette solution, aussi séduisante soit-elle, n'est pas possible* », argumente Laurent Ghekiere, animateur du Collectif SSIG, qui réunit 19 unions et fédérations associatives (dont l'Uniopss, la FNARS, l'USH ou la FEHAP). « *90 % des services sociaux sont des services économiques au sens du Traité. Dès lors que les associations peuvent faire des offres concurrentes sur un marché donné (petite enfance, logement social, personnes âgées...) pour accéder à des financements publics, elles sont considérées comme exerçant une activité économique au sens du Traité* », argumente-t-il. D'où la demande du Collectif SSIG d'adapter le droit communautaire applicable aux activités économiques aux spécificités d'organisation et de financement des services sociaux (4). Vouloir sortir ces derniers du cadre des SIEG les exposerait inévitablement, selon Laurent Ghekiere, au risque d'être requalifiés comme tels par la Cour de justice des communautés européennes, ce qui entraînerait une grande insécurité juridique. « *Certes, mais c'est justement l'orientation libérale du droit communautaire qui considère la plupart des services sociaux comme des entreprises qu'il faut faire évoluer* », rétorque Joël Henry. « *Ce qui suppose une*

tout autre conception de l'Europe sociale, notamment par un changement de majorité au Parlement européen» – à l'heure actuelle bien peu probable. Mais on peut aussi imaginer, défend l'ancien président du Cnaemo, l'action volontariste d'un État, la France, par exemple, dans le cadre de la transposition de la directive «services», qui décide de considérer ses services sociaux comme des services non économiques afin de faire pression sur l'Union européenne. Utopique? Pas si sûr si la mobilisation est suffisamment importante, estime le mouvement MP4, qui entend bien se démarquer de la démarche pragmatique du Collectif SSIG par une stratégie de résistance à «une marchandisation des services sociaux».

■ I. S.

(1) Voir ASH n° 2598 du 27-02-09, p. 30.

(2) Téléchargeable sur www.mp4-champsocial.org

(3) Voir la «tribune libre» rédigée sur ce sujet par

Joël Henry, ASH n° 2579 du 31-10-08, p. 25.

(4) Il a publié en ce sens un «memorandum» à l'intention des futurs eurodéputés - Voir ASH n° 2604 du 10-04-09, p. 28.

Le Collectif SSIG se félicite de la proposition de loi sur la transposition de la directive « services »

La façon dont les Etats transposent la directive « services » – processus qui devrait théoriquement s'achever le 28 décembre – est déterminante pour la sécurisation des services sociaux par rapport aux règles de la concurrence et du marché intérieur. Or, alors que plus d'une vingtaine d'Etats membres (Suède, Belgique, Pays-Bas...) ont opté pour l'élaboration d'une loi-cadre générale inscrivant en droit national les principes de la directive et son champ d'application, la France a choisi de procéder secteur par secteur, par le biais de textes réglementaires et de projets de loi sectoriels, et sans débat global avec la représentation nationale. Une approche peu lisible et transparente, maintes fois dénoncée par le Collectif SSIG (1).

D'où son soutien à la proposition de loi sur « la protection des missions d'intérêt général imparties aux services sociaux et à la transposition de la directive "services" » déposée le 9 décembre dernier par plusieurs députés du groupe socialiste, radical et citoyen, et qui devrait être débattue en séance publique le 21 janvier 2010. Ce projet de texte retient tout d'abord un périmètre d'exclusion plus large que celui proposé actuellement par le gouvernement. En effet, la directive a exclu de son champ d'application les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin à condition qu'ils soient assurés notamment par des prestataires mandatés par l'Etat. Or, contrairement à la doctrine de l'administration française, la proposition de loi retient une définition large de « l'Etat » mandataire, en y incluant les services de l'Etat, mais aussi les collectivités territoriales ou les organismes habilités par l'Etat, comme les caisses d'allocations familiales, se félicite Laurent Ghekiere, membre du Collectif SSIG et représentant de l'Union sociale pour l'habitat. Cette interprétation, « qui va dans le sens du traité de Lisbonne et de la pratique des autres Etats membres », permettrait ainsi d'exclure de la directive « services » les établissements d'accueil de jeunes enfants en considérant que l'agrément accordé par le conseil général vaut mandatement – ce que n'a pas reconnu la direction générale de l'action sociale (2).

Par ailleurs, la proposition de loi apporte des clarifications non négligeables. Elle précise ainsi que les règles du traité s'appliquent aux services sociaux et médico-sociaux – reconnus explicitement comme faisant partie des services d'intérêt économique général – mais sous réserve du bon accomplissement de leur mission d'intérêt général. De même, il définit ce qu'est un acte officiel de mandatement.

Autre intérêt, relevé par le Collectif SSIG, ce projet inscrit dans la loi la « convention de partenariat général » qu'avait proposée Michel Thierry afin de régler les problèmes que pose le recours à la subvention par rapport à la réglementation européenne sur les aides d'Etat. « Le texte précise que ce nouvel instrument vient sécuriser le mode de contractualisation entre les associations et les autorités publiques, quelles qu'elles soient », souligne Laurent Ghekiere. Une précision d'importance au moment où le gouvernement envisage une « convention de partenariat d'intérêt général » uniquement dans le cadre des relations entre associations et les services de l'Etat, excluant ainsi les collectivités territoriales » (3).

« Cette proposition de loi met un terme à la politique de l'autruche de la France et apporte aux services sociaux la sécurité juridique qui leur fait défaut en matière de financement et d'encadrement », juge donc le Collectif SSIG. Reste que l'initiative parlementaire a peu de chances d'aboutir tant elle va à l'encontre de la doctrine actuelle du gouvernement. Déjà, en mai dernier, une proposition de résolution sur les services sociaux d'intérêt général et la transposition de la directive « services » avait été déposée par le groupe socialiste, radical et citoyen. Elle fut rejetée en commission des affaires sociales à la demande du gouvernement. ■ I. S.

(1) Composé de 19 organisations nationales (dont la FNARS, l'Uniojss, l'Unccas, l'USH, la FEHAP, la FHF, la FAPIL).

(2) Elle a d'ailleurs expliqué son point de vue à l'Uniojss - Voir ASH n° 2634 du 27-11-09, p. 24. Pour l'Unccas, par son interprétation restrictive, la France « a choisi » de laisser dans le champ de la directive les établissements de la petite enfance, mais aussi les services à la personne. L'Etat a ainsi perdu l'occasion d'affirmer les frontières entre service public et marché alors que les besoins augmentent.

(3) Le gouvernement devait annoncer la création de ce nouvel outil le 17 décembre, lors de la conférence de la vie associative.

EUROPE SOCIALE

15 propositions pour sécuriser les services sociaux d'intérêt général

Dans son rapport qui vient d'être rendu public, l'inspecteur général des affaires sociales Michel Thierry formule une série de recommandations afin de mieux tenir compte des spécificités des services économiques d'intérêt général – et plus particulièrement des SSIG – dans la future transposition de la directive « services » et l'application des règles européennes sur l'octroi des aides d'Etat.

Le 31 juillet dernier, dans la perspective de la transposition en droit français de la directive « services » (1) qui doit intervenir avant la fin 2009, le gouvernement chargeait Michel Thierry, inspecteur général des affaires sociales (IGAS), d'animer un groupe de travail interministériel sur la sécurisation juridique des services d'intérêt économique général (SIEG), et plus particulièrement des services sociaux d'intérêt général (SSIG). Une sécurisation attendue à un double niveau : celui de la notion de « mandatement » qui, dans la directive « services », conditionne l'exclusion des SSIG du champ de cette dernière et donc des règles de la concurrence ; et celui du financement des opérateurs sociaux par des aides d'Etat qui répondent à des règles très rigoureuses où la notion de mandatement intervient également mais ne recouvre pas nécessairement la même chose. Dans son rapport récemment rendu public (2), Michel Thierry formule donc 15 propositions qui doivent permettre de mieux prendre en compte les spécificités des SIEG et des SSIG, à la fois dans la transposition de la directive « services » et dans l'application du droit communautaire des aides d'Etat (3).

Clarifier le champ des exceptions à la directive « services »

Le rapport s'attache, en premier lieu, à clarifier les exceptions à l'application de la directive « services ». Selon son article 2.2 j, la directive ne s'applique pas aux « services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin, qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat ». « La combinaison de critères fonctionnels (domaines d'activité) et de critères touchant au statut des opérateurs (opérateurs mandatés) n'est pas aisée », relève Michel Thierry. D'autant que, en droit européen, le mandat suppose une obligation de rendre le service prévu alors que les opérateurs français sont plutôt autorisés ou agréés pour exercer des missions de service public. Pour

mettre en œuvre cette « improbable articulation », il convient donc, selon l'inspecteur général, de retenir « l'approche par blocs législatifs » qui aboutirait à identifier les exceptions suivantes :

- les régimes d'encadrement résultant des lois sur le logement des plus démunis et l'habitat social (loi « Besson », loi de cohésion sociale, loi sur la solidarité et le renouvellement urbains...) ;
- la loi du 2 janvier 2002 qui régit les institutions sociales et médico-sociales. Celles-ci doivent faire l'objet d'une autorisation qui, bien plus qu'une simple autorisation de fonctionner, est liée à une obligation de faire. En revanche, l'agrément qualité dont peuvent bénéficier certaines de ces structures ne vise pas les personnes en difficulté et ne participe pas d'une logique de mandat ;
- les textes encadrant la protection judiciaire de la jeunesse.

En revanche, selon le rapport, les services d'accueil de la petite enfance ne s'inscrivent pas de manière cohérente dans le champ de l'article 2.2j de la directive « services ». Pour eux, le dispositif central en matière d'autorisation est l'agrément fondé sur le respect de normes de sécurité et de qualité : il n'est donc pas lié à une délégation de missions d'intérêt général et ne constitue qu'une simple autorisation d'ouverture. « Cet exemple illustre les difficultés d'articulation des critères posés dans l'article 2.2j dès lors que les opérateurs d'un champ mentionné dans l'article n'ont pas vocation à être mandatés », relève Michel Thierry.

La mission menée par l'IGAS s'est par ailleurs demandé quel contenu donner en France à la notion d'« association caritative reconnue » introduite dans l'article 2.2j de la directive « services ». Selon elle, « il ne semble pas opportun de créer un régime spécifique de l'association caritative reconnue, avec nouvelle procédure particulière de reconnaissance, [...] au moment où la directive "services" [oblige la France] à un réexamen des procédures d'agréments existantes ». Cependant, nuance-t-elle, une reconnaissance légale, s'appuyant sur des instruments existants (4), du rôle joué par les associations de solidarité dans le maintien de la cohésion sociale « aurait incontestablement du sens » et permettrait « une meilleure prise en considération du "tiers secteur", au-delà d'une vision binaire polarisée sur l'Etat régalién et le marché ».

Veiller à une mise en œuvre pragmatique de la notion de mandat

Etre exclu de la directive « services » n'entraîne aucune dérogation par rapport à l'application des règles relatives aux aides d'Etat, rappelle Michel Thierry. Pourtant, cette « idée fautive » est assez répandue – comme beaucoup d'autres – et montre « le défaut d'information et de sensibilisation des collectivités territoriales et des opérateurs, en dépit d'une prise de conscience qui s'amorce depuis quelques mois », note l'IGAS. Il est donc pour lui

« urgent de disposer d'un cadre de références concret et adapté au contexte français ». Cela pourrait passer par une directive interministérielle ou une circulaire du Premier ministre qui expliciterait le « corps de règles complexes et parfois ambiguës » relatives aux aides d'Etat, règles réunies au sein du « paquet Monti/Kroes ».

Selon ce dernier, les aides publiques sont présumées compatibles avec les normes européennes en matière de concurrence lorsqu'elles s'inscrivent dans un mandat d'intérêt général, c'est-à-dire lorsqu'il existe : une délégation de missions d'intérêt général et un mandat individuel chargeant l'opérateur de l'exécution d'obligations de service public ; une définition préalable et objective des critères de calcul de la compensation, qui doit être proportionnée aux contraintes de service public ; des mécanismes de prévention des « surcompensations » et de reversement à l'Etat ou à l'autorité compétente en cas de surcompensation avérée. Pour Michel Thierry, « la notion de mandat d'intérêt général ou de mandatement est, de fait, un concept souple [...] permettant la délégation de missions d'intérêt général dans des conditions pragmatiques, renvoyant largement au principe de subsidiarité [5] en ce qui concerne les formes de délégation, ses modalités de financement (sous réserve de leur définition préalable et objective) et de contrôle ». En France, la notion de mandat d'intérêt général peut ainsi s'appliquer, selon le rapport, à de nombreux pans de l'action publique : les organismes de logement social et les établissements et services sociaux et médico-sociaux, bien sûr, mais aussi, par exemple, les opérateurs sociaux ou d'intérêt général en matière d'accueil de la petite enfance ou d'accueil périscolaire des enfants, les centres sociaux conventionnés avec les caisses d'allocations familiales, les opérateurs nationaux et délégués du service public de l'emploi (pôles emploi, missions locales, Cap emploi, structures d'insertion par l'activité économique...).

Les membres du groupe de travail se sont posé la question de savoir s'il fallait introduire dans le droit français, par exemple dans le cadre de la transposition de la directive « services », la notion de mandat. Mais selon eux, les inconvénients risquent de l'emporter sur les avantages : « une rédaction trop floue renforcerait les facteurs d'aléas juridiques, une rédaction trop précise figerait une situation qui doit rester évolutive et pourrait créer des blocages sur des points imprévus ou sous-évalués à l'origine ». C'est pourquoi, au texte législatif, ils préférèrent une directive/circulaire qui fixerait la doctrine de l'action publique en matière de SIEG, les éléments pouvant constituer un mandat, les plages de souplesse mais aussi les points d'exigence de la réglementation européenne, des règles d'harmonisation de la terminologie, et déterminerait les grandes orientations de contrôle pour prévenir les surcompensations.

Mieux contrôler les compensations de service public

La France dispose de nombreux systèmes de contrôle permettant de prendre en compte la problématique des aides d'Etat. Mais ces contrôles, qu'ils soient de nature administrative, financière, comptable, juridictionnelle ou politique, doivent, selon le groupe de travail, « intégrer de façon plus précise la prévention des surcompensations ». Il estime également que certaines difficultés particulières mériteraient d'être prises en compte, notamment l'existence de secteurs où la formule de compensation est donnée par quelques paramètres nationaux. Ce qui est le cas, par exemple, des structures d'aide à domicile financées par l'action sociale des caisses régionales d'assurance maladie (CRAM), pour lesquelles est fixé un forfait horaire national. Si, explique le rapport, la Commission européenne accepte cette situation (renvoi total au principe de subsidiarité dans le choix des paramètres), il peut en aller différemment pour une juridiction qui, dans le cadre d'un contentieux engagé par un concurrent, examinera l'affaire en cause en prenant en considération les circonstances du marché local. « D'où l'intérêt pour une association d'aide à domicile conventionnée avec une CRAM de respecter strictement les normes de personnel et les références aux conventions collectives qui déterminent le forfait national. »

Pour améliorer le contrôle des compensations de service public, le rapport préconise notamment de réunir périodiquement, au niveau national, un groupe technique de coordination chargé de définir des cibles de contrôle et des objectifs prioritaires partagés en la matière. Il propose également d'identifier un « pilote » des contrôles chaque fois qu'un opérateur mandaté perçoit des financements multiples.

Au final, la mission dirigée par Michel Thierry estime que « la théorie du mandat, de la compensation et de la prévention de la surcompensation se révèle probablement disproportionnée pour traiter de situations de services d'intérêt général (en particulier, mais pas seulement, dans le domaine social), où les risques de fausser la concurrence semblent extrêmement faibles, pour ne pas dire nuls ». Et suggère donc, pour les Etats qui le souhaitent, de déterminer les activités qui seraient présumées ne pas porter atteinte aux échanges intracommunautaires à partir d'un faisceau d'indices tels que, par exemple, l'importance de l'aide d'Etat octroyée, la situation géographique mal desservie, une activité sociale peu ou non profitable. ■

SANDRINE VINCENT

(1) Directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

(2) Rapport disp. sur www.ladocumentationfrancaise.fr.

(3) C'est-à-dire toutes les aides publiques (Etat et collectivités) versées au titre de compensations de service public.

(4) Notamment la reconnaissance d'utilité publique.

(5) Principe en vertu duquel la Communauté européenne intervient seulement si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres.

Europe : comment les États contournent les règles

Transposer les directives européennes dans le droit national ne va pas de soi. Une étude récente classe les pays en quatre groupes et les bons élèves sont des pays que l'on n'attend pas forcément.

Comment les textes européens sont-ils transposés et appliqués dans chacun des États membres ? Selon une étude récente publiée par le Centre d'études européennes de l'IEP-Paris, la rapidité et

la qualité de la transposition varient sensiblement d'un pays à l'autre. Au terme de leur recherche, les politologues Emmanuelle Causse et Gerda Falkner dressent une typologie répartissant les États en quatre groupes.

- Dans le premier groupe, dit légaliste, le respect des règles communautaires prime sur les intérêts nationaux. On trouve dans ce groupe... trois pays scandinaves, le Danemark, la Finlande et la Suède. Ces États ont une culture de respect des règles et un système d'application et de contrôle des règles efficace. Les cas de non-respect sont très rares.

- Pour le deuxième groupe, dit de politique nationale, « le respect des règles communautaires est, au mieux, un but parmi d'autres ». S'il y a conflit avec

les intérêts nationaux, le non-respect des règles communautaires est la norme. Ce groupe regroupe l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

- L'inertie administrative est le facteur décisif dans le groupe dit de la négligence. « L'inactivité est fréquemment la réponse choisie pour ignorer l'obligation de mise en confor-

mité avec le droit communautaire », observent les deux spécialistes qui précisent : « Sans action coercitive des autorités supranationales, l'obligation de transposer est souvent ignorée. » Et après rappel de la Commission européenne, la conformité aux règles européennes restera la plupart du temps de surface. Ce groupe comprend la France, la Grèce, le Luxembourg et le Portugal.

- Enfin, on trouve le groupe dit de « lettre morte » : ces pays transposent les directives communautaires mais l'application des règles et le contrôle de leur exécution posent problème. Ce qui est écrit dans les textes juridiques ne se concrétise pas en pratique. Ces États, parmi lesquels se trouvent l'Italie, l'Irlande, la Hongrie, la République tchèque, la Slovaquie et la Slovénie, manquent d'institutions et de procédures efficaces pour transformer les règles en action.

Cette étude qui porte sur l'application de six directives

européennes en droit social est corroborée par des statistiques plus larges. Les pays du groupe légaliste affichent, toutes directives confondues, un taux de transposition plus haut que ceux du groupe dit de la politique nationale et de la négligence (98 % contre respectivement 96 et 95 %). De même, le nombre de procédures d'infraction engagées par la Commission européenne est plus important chez le groupe de la négligence au stade de la transposition, 48 par an en moyenne entre 1988 et 2002, contre 38 dans le groupe de la politique nationale et 12 parmi le groupe des légalistes.

Veto player et misfit

Cette typologie prend mieux en compte la diversité des systèmes nationaux que deux théories longtemps très influentes. Selon la théorie du veto player, un système politique a de plus en plus de difficultés à se réformer au fur et à mesure que le nombre d'acteurs prenant part à la décision augmente. D'après la théorie du misfit, les règles supranationales telles que les directives européennes ne sont pas appliquées quand elles ne sont pas conformes aux traditions existantes. Les deux politologues montrent que la non-application de règles européennes n'est un phénomène ni général ni marginal et qui ne résulte pas d'une seule cause. ■

BENOÎT RICHARD