

Les services d'intérêt général communautaires en 2002 : un bilan ambigu

Introduction

Inscrites dans un *continuum*, les Présidences française et belge de l'UE ont constitué un moment particulier dans l'histoire des services publics. Le Conseil européen de Nice (7-9 décembre 2000) et celui de Laeken (14 et 15 décembre 2001) ont permis d'engranger des acquis durables dans la reconnaissance des services d'intérêt général (SIG). Elles ont largement contribué à dynamiser l'action des institutions européennes en 2002. Les Présidences espagnole et danoise ont constitué une sorte de statu quo : elles n'ont pas remis en cause les avancées obtenues. Même si l'acquis a été préservé, notamment grâce à la vigilance du président de la Commission européenne, Romano Prodi, un coup d'accélérateur à la libéralisation de services d'intérêt économique général essentiels a été donné en 2002, dans le domaine de l'énergie et des transports notamment. Dans le même temps, les négociations concernant l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) ont ravivé les craintes de ceux qui voient dans l'action des États membres et de la Commission une manière de contourner l'acquis communautaire pour démanteler un des piliers essentiels du modèle social européen.

Alors que le programme des trois Présidences (danoise, grecque et italienne) a été muet sur les SIG (!), quel bilan peut-on tirer de cette

¹ Cet « oubli » est d'autant plus inquiétant que la Commission a identifié le Livre vert comme une initiative majeure dans son programme législatif et de travail pour 2003 (CCE, 2002a).

année 2002 à la veille d'échéances capitales ⁽²⁾ pour l'avenir de l'Union européenne ? Dans une première partie, nous serons attentifs au positionnement des différentes institutions de la Communauté en 2002. Nous étudierons successivement l'action du Conseil européen, du Conseil des ministres, de la Commission européenne, du Parlement européen et celle de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Dans une deuxième partie, nous nous pencherons sur un certain nombre de questions clés dans le débat actuel sur la pérennité des SIG. Dans une troisième partie, nous passerons en revue trois directives et un règlement relatifs aux SIG. Enfin, nous essayerons de tirer des conclusions opérationnelles.

1. L'action des institutions européennes

1.1 Le Conseil européen

Le Conseil européen de Barcelone (15 et 16 mars 2002) a soufflé le chaud et le froid en matière de SIG. D'une part, il a chargé la Commission de :

- réfléchir aux lignes directrices relatives aux aides d'État et de présenter au besoin une proposition de règlement sur l'exemption par catégories dans ce domaine ;
- poursuivre son examen en vue de consolider et de préciser, dans une proposition de directive cadre, les principes relatifs aux SIEG, qui sous-tendent l'article 16 du traité. Le Conseil européen a même invité la Commission à présenter un rapport avant la fin de l'année ;
- présenter une communication sur la méthodologie de l'évaluation lors du Conseil Marché intérieur du 21 mai 2002 (Conseil européen, 2002a : 18).

D'autre part, le Conseil européen a appelé les États membres à « *réduire le niveau global des aides d'État en pourcentage du PIB d'ici 2003 et au-delà, à réorienter ces aides vers des objectifs horizontaux d'intérêt commun tels que la*

² Élargissement de l'UE, Convention et conférence intergouvernementale notamment.

cohésion économique et sociale et à les faire porter sur les segments du marché reconnus comme défaillants. Des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées sont un élément clé d'une concurrence réelle » (Conseil européen, 2002a : 7).

Enfin, dans le domaine de l'énergie, il est venu à bout des oppositions françaises et a engagé la phase finale de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz. Celle-ci comporte la libéralisation du marché pour tous les consommateurs européens autres que les ménages à partir de 2004, soit 60 % du marché.

Tableau 1 : Agenda de la libéralisation

Années	Secteurs ouverts à la concurrence
1990	Première étape de la libéralisation des télécommunications
1994	Première étape de la libéralisation des services postaux
1998	Libéralisation totale des télécommunications
2003	Libéralisation des services portuaires ? Ouverture du secteur ferroviaire (fret) sur les réseaux transeuropéens
2004	Ciel unique européen Poursuite de l'ouverture des secteurs du gaz et de l'électricité pour les usagers professionnels
2005	Intégration des marchés financiers
2006	Deuxième étape de la libéralisation des services postaux
2007	Ouverture des marchés du gaz et de l'électricité pour les ménages
2008	Libéralisation totale du rail
2009	Libéralisation totale des services postaux ?

Le Conseil européen de Séville (21 et 22 juin 2002) s'est contenté de réaffirmer le calendrier agréé à Barcelone sur l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz. Il a pris acte de la communication de la Commission sur une méthodologie d'évaluation dans le contexte des

services d'intérêt économique général et a invité la Commission à faire rapport au Conseil européen de Copenhague sur l'état des travaux concernant les lignes directrices pour les aides d'État et, le cas échéant, à adopter un règlement d'exemption par catégories dans ce domaine (Conseil européen, 2002b : 16). Les Conseils européens de Bruxelles (24 et 25 octobre 2002) et de Copenhague (12 et 13 décembre 2002) n'ont pas traité des SIG.

1.2 L'action du Conseil des ministres

1.2.1 Le Conseil Compétitivité

Le Conseil « Compétitivité »⁽³⁾ a été relativement discret sous les Présidences espagnole et danoise pour ce qui concerne les SIEG, si ce n'est pour confirmer les engagements préalables. Les deux Présidences n'ont d'ailleurs pas caché que ce thème leur était étranger et ne constituait nullement une priorité pour elles. Plus inquiétante, en revanche, est l'absence de toute référence dans le traditionnel programme des trois Présidences (danoise, grecque et italienne), alors que la Commission avait clairement manifesté son intention de déposer un Livre vert sous Présidence grecque. Ce point a d'ailleurs été explicitement soulevé par la délégation belge lors du Conseil « Compétitivité » du 14 novembre 2002.

Deux références explicites aux SIG ont été faites. D'une part, lors du Conseil Compétitivité du 1^{er} mars 2002⁽⁴⁾, un parallèle intéressant a été posé entre la poursuite de la libéralisation et les acquis obtenus par la Présidence belge : *« il est nécessaire, si l'on veut que le marché unique fonctionne de manière plus efficace dans les secteurs clés, de renouveler l'engagement de mettre en œuvre les réformes décidées à Lisbonne (la poursuite de la libéralisation, ndlr), en tenant dûment compte des conclusions du Conseil sur les services d'intérêt général adoptées le 26 novembre 2001 »* (Conseil de l'Union européenne, 2002a : 8) (pérennité des SIG, nécessité d'évaluer l'impact de la libéralisation...).

³ Le nouveau Conseil « Compétitivité » regroupe les anciens Conseils « Marché intérieur », « Industrie » et « Recherche ».

⁴ Cf. les points 16 et 19 des conclusions du Conseil sur le processus économique de Cardiff adoptées le 1^{er} mars 2002 (Conseil de l'Union européenne, 2002a).

En outre, la Commission a été invitée à soumettre de nouvelles évaluations horizontales du comportement sur le marché des industries de réseau fournissant des services d'intérêt général.

D'autre part, le Conseil Compétitivité du 21 mai 2002 a « demandé à la Commission de progresser aussi rapidement dans les domaines qui relèvent de sa responsabilité, notamment [...] une méthode d'évaluation et des lignes directrices pour les aides d'État aux services d'intérêt économique général, conformément au point 42 des Conclusions du Conseil européen de Barcelone » (Conseil de l'Union européenne, 2002b : 5) ⁽⁵⁾.

1.2.2 L'action des autres Conseils

Les Conseils « techniques » ont confirmé la poursuite de la libéralisation. Ainsi, le **Conseil Industrie/Énergie** du 26 juin 2002 a notamment procédé à un débat sur la proposition de directive (CCE, 2001a) visant à accélérer la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz. Ce débat a porté essentiellement sur la protection des clients finals et le service universel, la séparation juridique entre les différentes activités, les principes relatifs à l'ouverture des marchés, et les tâches de régulation. Le **Conseil Transports/Télécommunications** du 16 juillet 2002 a arrêté sous forme de position commune le règlement instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne. Il a tenu un débat d'orientation sur le projet de directive visant à prévoir une ouverture complète des marchés de l'électricité et du gaz pour tous les consommateurs d'ici au 1^{er} janvier 2005. Ce débat d'orientation a débouché sur un accord politique sur le calendrier de la libéralisation du marché de l'énergie. Le **Conseil** des 5 et 6 décembre 2002 a procédé à un débat d'orientation sur le deuxième paquet de propositions visant à libéraliser le secteur ferroviaire en Europe, en axant ses travaux sur deux questions : les objectifs de sécurité et l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen. Au niveau postal, le Conseil Transports/Télécommunications a confirmé l'ouverture du secteur à la libéralisation. Plaidant pour une progressivité plus

⁵ Cf. point 9 des conclusions du Conseil sur la réactualisation 2002 de la stratégie de la Commission pour le marché intérieur adoptées le 21 mai 2002 (Conseil de l'Union européenne, 2002b).

marquée, plusieurs États membres (dont la Belgique et la France), appuyés par le Parlement européen, ont obtenu une révision à la baisse des ambitions de la Commission⁽⁶⁾. De nouvelles échéances ont été fixées dans la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 1997). Il restait enfin à décider s'il convenait d'aller plus loin dans la perspective d'une troisième directive de libéralisation. À cet égard, la prudence des États a prévalu une nouvelle fois sur l'impatience de la Commission : celle-ci a été invitée à procéder préalablement à « *une étude prospective destinée à évaluer, pour chaque État membre, l'impact sur le service universel de l'achèvement du marché intérieur des services postaux en 2009* » (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2002a : 24).

Ce n'est que sur la base des conclusions de cette étude que la Commission présentera, avant le 31 décembre 2006, un rapport au Parlement européen et au Conseil, assorti d'une proposition confirmant, le cas échéant, la date de 2009 pour l'achèvement du marché intérieur des services postaux ou définissant « toute autre étape » à la lumière des conclusions de l'étude. D'ici là, la Commission devrait continuer à faire respecter les règles générales de la concurrence par les opérateurs du secteur⁽⁷⁾.

1.3 L'action du Parlement européen

Il est difficile de tirer un bilan de l'action du Parlement dans le domaine des SIG. D'un côté, on trouve des avancées réelles en matière de protection du financement du service public ou du service universel. C'est le cas, par exemple, de certaines avancées du rapport Langen

⁶ Avec un peu de retard sur le calendrier, la Commission a présenté en 2000 (CCE, 2000a) une proposition en ce sens, résolution ambitieuse : libéralisation de 20 % du marché à compter de 2003 (visant les lettres de plus de 50 grammes) et seconde vague dès 2007.

⁷ Ces deux dernières années, elle a ouvert deux procédures pour abus de position dominante (cf. la décision de la Commission du 5 décembre 2001 contre la Poste belge pour aides illégalement reçues et la décision de la Commission du 19 juin 2002 concernant plusieurs aides d'État versées à la Deutsche Post) (CCE, 2001b et 2002b).

(Parlement européen, 2001) ⁽⁸⁾ de novembre 2001. Ainsi, le Parlement européen a demandé au Conseil européen de Laeken de soutenir l'idée d'une directive cadre pour les SIG. Il a demandé la tenue d'un débat politique sur les limites de la politique de concurrence lorsque celle-ci entre en contradiction avec d'autres domaines d'action essentiels de l'UE ou au niveau national, régional ou local. Il a suggéré que, avant de poursuivre la libéralisation des transports, de l'énergie ou des services postaux, l'impact sur la cohésion économique et sociale soit mieux évalué.

D'un autre côté, on constate, dans un certain nombre de dossiers concrets, un net positionnement en faveur de l'ouverture à la concurrence. Ainsi, le Parlement européen a pris position en faveur de la libéralisation du transport ferroviaire en 2000. Mais il a bloqué la directive postale d'ouverture du marché.

Lors de sa session plénière du 14 janvier 2003, le Parlement européen s'est prononcé pour la libéralisation totale du rail ⁽⁹⁾. Il a décidé d'ouvrir, dès le 1^{er} janvier 2006, l'ensemble des services internationaux de transport de marchandises et de passagers, ainsi que les services nationaux de fret. Par 370 voix contre 143 et six abstentions, il a demandé en outre que les services nationaux de transport ferroviaire de passagers soient libéralisés à partir du 1^{er} janvier 2008, alors que la Commission ne le demandait pas.

⁸ Le rapport du député allemand PPE Langen du 17 octobre 2001 portait sur la communication de la Commission européenne du 20 septembre 2000.

⁹ Le Conseil européen de Lisbonne du 28 mars 2000 avait invité la Commission, le Conseil et les États membres à « accélérer la libéralisation dans le domaine tels que [...] le transport ». Les autorités européennes ont donc décidé d'ouvrir la totalité du réseau ferroviaire européen pour le transport du fret et pour le transport combiné pour 2006, au lieu de 2008 comme prévu initialement dans le premier « paquet ferroviaire » (Conseil européen, 2000).

1.4 L'activité de la Commission en 2002

L'activité de la Commission a été intense : une demi-douzaine de communications et autres rapports consacrés aux SIG.

Tableau 2 : Les définitions

Depuis ses communications de 1996 (CCE, 1996) et de 2000 (CCE, 2000b) jusqu'à aujourd'hui, la Commission a toujours utilisé les définitions suivantes⁽¹⁰⁾ :

Services d'intérêt général : activités de service, *marchants ou non*, considérées d'intérêt général par les autorités publiques et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public.

Services d'intérêt économique général : activités de service *merchant* remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public (en particulier : services en réseaux de transport, d'énergie, de communication).

Service public : désigne tantôt *l'organisme* de production du service, tantôt la *mission* d'intérêt général confiée à celui-ci. Dans le but de favoriser ou de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général, des obligations de service public spécifiques peuvent être imposées par l'autorité publique à l'organisme de production du service (transport, d'énergie, etc.). Ces obligations peuvent s'exercer à l'échelon national ou régional. À noter que l'on confond souvent à tort service public avec secteur public (y compris fonction publique), c'est-à-dire mission et statut, destinataire et propriétaire.

Service universel : la définition des obligations de service universel doit accompagner la libéralisation des secteurs de services dans l'UE, tels que celui des télécommunications. La définition et la garantie d'un service universel permettent le maintien pour tous les utilisateurs et tous les consommateurs de l'accessibilité et de la qualité des services pendant le processus de passage d'une situation de prestation de services sous monopole à celle de marchés ouverts à la concurrence. Le service universel, dans le domaine des télécommunications, se définit comme un ensemble minimal de services d'une qualité donnée auquel tous les utilisateurs et les consommateurs ont accès, compte tenu de circonstances nationales spécifiques, à un prix abordable.

¹⁰ Voir annexes des communications de 1996 (CCE, 1996) et 2000 (CCE, 2000b).

1.4.1 La note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général

Le Conseil européen de Laeken, le Conseil « Marché intérieur, Consommateurs et Tourisme », le Conseil européen de Barcelone, ainsi que le Parlement européen avaient invité la Commission à présenter une méthodologie pour l'évaluation des services d'intérêt général et à effectuer régulièrement de telles évaluations. Les évaluations sont importantes dans la mesure où elles permettent de mesurer l'impact sur le social, l'environnement, l'emploi ainsi que le taux de satisfaction du client. En dernière instance, l'évaluation doit pouvoir mesurer le phénomène de libéralisation en tant que tel (CCE, 2002c).

Les évaluations horizontales seront axées sur les questions suivantes : *l'évolution du processus d'ouverture des marchés sur ces changements* (évolution de la concurrence, changements dans la structure de l'offre et de la demande, variation des prix, degré d'ouverture du marché, évolution de la concentration, ainsi que la manière dont les utilisateurs usent de leur liberté de choix), *l'impact sur les performances des industries* (en termes de productivité, d'innovation, d'emploi ou de croissance, mais également au niveau des prix, de la qualité et de l'accessibilité des services d'intérêt général), *la perception par les utilisateurs*. Une attention particulière sera portée à la perception qu'ont les consommateurs des performances de ces industries.

La Commission s'est appuyée sur cinq principes pour élaborer sa méthodologie :

- La méthodologie doit être adaptée à la *nature évolutive des services d'intérêt général*. Ceux-ci sont soumis à une évolution sociale, économique et technologique constante. Il n'est donc pas possible, ni utile, de définir *ex ante* une structure précise et permanente pour leur évaluation horizontale. La couverture sectorielle et l'optique thématique de l'évaluation doivent suivre l'évolution des services ainsi que la disponibilité des données.
- La méthodologie doit être *globale* et tenir compte des aspects économiques, environnementaux et sociaux des performances des industries de réseaux fournissant des services d'intérêt général. Ces

services ont un impact sur le développement économique, la création d'emplois, la cohésion sociale, le développement équilibré et harmonieux des régions, le développement durable ainsi que d'autres objectifs sociaux importants tels que la sécurité ou la stabilité de la prestation de services.

- La méthodologie sera basée sur le principe de *subsidiarité*. L'accent sera mis sur l'impact en matière d'intégration et de fonctionnement du marché intérieur, en prenant en compte la perspective à la fois des entreprises et des consommateurs. Il sera tenu compte de la situation dans les différents États membres, mais le critère d'évaluation sera constitué par les objectifs arrêtés au niveau de l'UE. L'analyse visera cependant également à mettre en lumière la valeur ajoutée et à identifier les meilleures pratiques dans les États membres.
- La méthodologie doit être *transparente et pluraliste*, vu la nette dimension sociale de ces services. La méthodologie tiendra compte de l'opinion des citoyens, en tant que consommateurs et acteurs concernés. Ceux-ci, en ce inclus les partenaires sociaux, seront également consultés sur une base *ad hoc* (CCE, 2002c : 4-5).

La Commission établira des rapports annuels mettant en œuvre sa nouvelle méthodologie à compter de l'automne 2003. Elle entend développer et adapter la méthodologie sur la base de l'expérience acquise en prenant en compte les commentaires et contributions des États membres, des institutions communautaires et des utilisateurs. En 2006, une évaluation plus large du processus sera mise en œuvre pour déterminer si cette approche rencontre les objectifs qu'elle s'est fixés et s'il est nécessaire de la revoir.

1.4.2 Le « Non-Paper » de la Commission européenne intitulé « Services d'intérêt économique général et aides d'État » du 12 novembre 2002⁽¹¹⁾

Dans le rapport sur les services d'intérêt général du 17 octobre 2001 (CCE, 2001c) établi à la demande du Conseil européen de Laeken, la Commission avait annoncé qu'elle établirait un cadre communautaire pour les aides d'État⁽¹²⁾ octroyées aux entreprises chargées d'assurer des services d'intérêt économique général. Revenant sur les définitions des termes couramment utilisés (SIG, SIEG, services publics, etc.), la Commission a fait part de sa préférence pour le concept de SIEG. Elle détaille ensuite sa conception concernant plusieurs notions essentielles, qu'il est nécessaire de bien intégrer dans le débat actuel (CCE, 2002f).

Tableau 3 : les articles 86, § 2 et 87, § 1 du traité CE

L'article 86, § 2 énonce que « les entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

L'article 87, § 1 du traité dispose que « sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

¹¹ Dans le cadre d'une réunion multilatérale qui a eu lieu le 18 décembre 2002, la DG Concurrence de la Commission a organisé un échange de vues avec les experts des États membres sur les conditions de fonctionnement des SIEG à la lumière des dispositions communautaire en matière d'aides d'État.

¹² Deux rapports de ce type ont été publiés par la Commission le 5 juin 2002 (CCE, 2002d) et le 27 novembre 2002 (CCE, 2002e).

- **La notion d'aide d'État**

Pour la Commission, est une entreprise (tombant sous le coup des règles du traité) toute entité réalisant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. Le fait que cette entité ne poursuive pas un but lucratif n'est pas pertinent. Des entités qui ne recherchent pas la réalisation d'un profit peuvent être en concurrence avec des entreprises poursuivant la réalisation d'un profit, et de ce fait constituer des entreprises au sens de l'article 87 CE. Selon la Commission, est une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné.

Ainsi, les systèmes obligatoires de protection sociale de base fondés sur le principe de solidarité nationale, ne constituent pas des activités. En revanche, les systèmes complémentaires facultatifs fondés sur le principe de la capitalisation, et dont le montant des prestations dépend du montant des cotisations versées et des résultats financiers des organismes, constituent des activités économiques. De même, les activités médicales constituent des activités économiques, indépendamment du fait que les prestations peuvent ne pas être payées directement par les patients, mais par les pouvoirs publics ou des caisses de maladie. Le transport de malades est une activité économique, tombant sous le coup des règles relatives aux aides d'État, dans la mesure où cette activité est proposée contre rémunération.

La Commission indique que la notion d'activité économique est une notion évolutive, liée en partie aux choix politiques de chaque État membre : « *Les États membres peuvent décider de transférer à des entreprises certaines tâches traditionnellement considérées comme relevant des compétences régaliennes des États* » (CCE, 2002f : 11). Ceci l'amène à écarter l'établissement d'une liste d'activités⁽¹³⁾ qui, a priori, ne seraient pas

¹³ Dans son rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken sur les services d'intérêt général, la Commission avait déjà indiqué que « *bien qu'il soit possible d'établir une liste d'exemples, il ne serait pas possible d'établir une liste définitive de tous les services d'intérêt général devant être considérés comme 'non économiques'* » (CCE, 2001c : 11). Voir également la Communication de la Commission de septembre 2000, en particulier les paragraphes 28 à 30 (CCE, 2000b) et le rapport annuel de la Commission européenne sur la politique de la concurrence.

économiques : « [...] Une telle liste n'apporterait pas de véritable sécurité juridique car elle ne serait jamais à jour et serait donc de peu d'utilité. Par ailleurs [...], il est nécessaire que le droit de la concurrence puisse suivre les évolutions économiques, et en particulier le fait que certains États membres peuvent décider de transférer au marché, certaines fonctions qui relevaient traditionnellement de leurs compétences d'autorité publique » (CCE, 2002f : 11). Ce point pose des questions de principe fondamentales, sur lesquelles nous reviendrons. En effet, ce transfert au marché de fonctions régaliennes pourrait signifier que l'éducation ou la santé mais aussi la Justice et la sécurité publique puissent un jour être confiées au secteur privé. C'est évidemment inacceptable.

La Commission détaille ensuite la notion d'aide en la décomposant en ses différentes modalités. L'aide peut revêtir trois formes distinctes :

a) La notion de ressources d'État

Les transferts de ressources d'État peuvent prendre de nombreuses formes : subventions directes, crédits d'impôts, avantages en nature, etc. En réalité, la conception est très large. Ainsi, en ne facturant pas un prix normal à sa filiale, l'État abandonne des ressources d'État. De même, le fait pour l'État de ne pas percevoir des dividendes auprès des entreprises dans lesquelles elle détient une participation constitue un transfert de ressources publiques. Dans son arrêt Stardust du 16 mai 2002 ⁽¹⁴⁾, la Cour a notamment confirmé que les ressources mises à la disposition d'une entreprise publique constituent des ressources d'État au sens de l'article 87 du traité (CCE, 2002f : 12).

b) L'affectation des échanges

Pour relever de l'article 87, les aides doivent affecter ou menacer d'affecter les échanges entre États membres ainsi que la concurrence. En matière d'aides d'État, ces deux conditions doivent être liées. L'affectation de la concurrence présuppose généralement l'existence d'un marché libéralisé. Il y a affectation des échanges lorsqu'une aide financière renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres

¹⁴ Affaire C-482/99.

entreprises concurrentes dans les échanges communautaires. Même dans le cas de marchés non libéralisés, la Commission estime qu'une aide octroyée à une entreprise peut entraîner des effets sur la concurrence si l'entreprise bénéficiaire est également active sur des marchés libéralisés ⁽¹⁵⁾.

Par contre, une subvention annuelle attribuée à un exploitant privé d'une piscine communale ⁽¹⁶⁾ ne constitue pas une aide qui affecte les échanges au sens de l'article 87. En définitive, ce qui compte pour la Commission est de savoir si l'octroi d'une aide est susceptible d'affecter significativement les échanges entre les États membres (CCE, 2002f : 13).

c) La notion d'avantage

Pour constituer une aide au sens de l'article 87, la compensation octroyée à l'opérateur avec des ressources d'État doit procurer un avantage, et cet avantage doit être sélectif. Le critère de sélectivité est rempli lorsque ledit avantage est réservé à quelques entreprises, ou à un secteur d'activités. En d'autres termes, un avantage peut être octroyé à une entreprise pour autant que celui-ci corresponde à ce qui est précisément nécessaire pour réaliser la mission de service public, et ceci indépendamment de la qualification d'aide d'État de cet avantage (CCE, 2002f : 15).

• L'« attribution du service public »

La Commission revient sur la nécessité d'une « attribution de service public » pour définir les obligations des entreprises en cause et de l'État. Celle-ci doit prendre la forme d'un acte officiel public (contrat, mandat, etc.). Cet acte doit indiquer notamment la nature des obligations de service public et des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés aux entreprises, les entreprises concernées et le territoire concerné, le montant éventuel de la compensation octroyée aux

¹⁵ Ceci peut être la source de grandes difficultés pour des associations à finalité sociale qui pourraient se voir opposer les règles de concurrence pour la partie de leurs activités qui s'échangent sur le marché.

¹⁶ Cas N-258/2000, Bassin de natation de Dorsten (CCE, 2000c).

entreprises et la durée d'application des obligations. Selon la Commission, l'attribution du service public doit être limitée dans le temps afin de permettre une mise en concurrence régulière. La Commission estime qu'une période de cinq ans est adéquate, sauf exceptions dûment motivées par la nature de l'investissement⁽¹⁷⁾. Cette limitation dans le temps⁽¹⁸⁾ n'est pas sans poser de sérieuses questions pour les opérateurs publics historiques confrontés à l'obligation de satisfaire aux exigences du contrat sous peine de voir celui-ci être confié à un opérateur privé (CCE, 2002f : 17).

- **Modalités de sélection des entreprises en charge des SIEG**

Pour la Commission, les États membres sont libres de choisir la manière dont les SIEG doivent être assurés. Ils peuvent décider de les offrir eux-mêmes, ou de confier la mission à des entreprises publiques ou privées. Toutefois, la Commission ajoute que « *le principe d'égalité de traitement requiert que toutes les entreprises communautaires puissent concourir dans les mêmes conditions pour l'obtention des SIEG* » (CCE, 2002f : 19).

- **Droits exclusifs ou spéciaux**

La Commission réitère que les droits exclusifs ou spéciaux ne peuvent limiter la concurrence que dans la mesure où ces restrictions sont nécessaires à l'accomplissement de la mission particulière de service public (CCE, 2002f : 19).

¹⁷ Une période de huit ans a été retenue dans la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (cf. CCE, 2000d).

¹⁸ Il est à noter que cette période a été portée à quinze ans dans le règlement du Parlement et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable de 2001.

- **Transparence des relations financières entre l'État et les entreprises en charge des SIEG**

La Commission oblige les États membres à assurer la transparence des relations financières entre eux et les entreprises financières chargées des SIEG, en faisant notamment ressortir :

- les mises à disposition de ressources publiques (apports en capital, compensations de pertes d'exploitation, apports à fonds perdus, prêts octroyés à des conditions privilégiées, non-recouvrement de créances, etc.) ;
- les mises à disposition de ressources publiques effectuées par l'intermédiaire d'autres entreprises publiques ;
- l'utilisation de ces ressources publiques.

Lorsqu'un État membre octroie une compensation de service public à une entreprise également active sur un marché qui ne relève pas du SIEG, il devra établir une comptabilité séparée⁽¹⁹⁾ pour prévenir toute surcompensation (CCE, 2002f : 20).

- **Financement du service public**

Les États membres sont libres de choisir le mode de financement de leur SIEG. La Commission a identifié quatre grandes catégories de financement : redevances assurées par les usagers, compensation de service public allouée par l'État, péréquation entre activités rentables et non rentables en bénéficiant de la protection des droits exclusifs ou financement assuré par l'exploitation des activités commerciales hors SIEG. Pour la Commission, ces différents modes de financement sont compatibles sous réserve de ne pas dépasser ce qui est nécessaire pour le fonctionnement du SIEG (CCE, 2002f : 21).

¹⁹ La comptabilité interne devra se fonder sur l'application cohérente des principes de la comptabilité analytique pouvant être objectivement justifiés, en particulier pour la répartition des coûts fixes entre les activités qui relèvent du service public et les autres activités de l'entreprise.

- **Montant de la compensation**

La Commission rappelle que, en application de la jurisprudence de la Cour, la compensation peut couvrir tous les surcoûts exposés pour accomplir la mission de service public. « *L'entreprise en cause doit pouvoir assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique et bénéficier, à ce titre, d'une marge habituellement pratiquée par les entreprises opérant dans le secteur considéré. Le montant de la compensation doit correspondre au 'prix du marché' et ne pas comporter d'éléments de surcompensation, notamment lorsque :*

- *la procédure a donné lieu à une véritable concurrence ;*
- *le SIEG est attribué à l'entreprise ayant demandé le montant de compensation le plus faible et que les autres conditions (qualité du service, emploi, investissements, etc.) sont imposées uniquement comme des critères minima* » (CCE, 2002f : 22).

Ce dernier critère est évidemment très précieux dans la mesure où il risque de tirer vers le bas la sécurité et la qualité du service, le niveau et la qualité des emplois, les investissements durables à long terme. De plus, les coûts liés aux activités en dehors des SIEG devront être clairement identifiés et ne pas être imputés en tout ou en partie aux coûts du service public. Ainsi, lorsque les mêmes ressources (en personnel, équipement, installations fixes, etc.) sont utilisées pour les deux types d'activités, leurs coûts doivent être répartis en fonction de critères objectivement justifiés. Enfin, le montant de la compensation devra faire l'objet d'une évaluation et d'un bilan annuel pour s'assurer de l'absence de surcompensation.

- **Surcompensation**

La surcompensation éventuelle constitue une aide d'État qui est jugée par la Commission comme étant non indispensable à la réalisation du SIEG. En conséquence, le montant doit être normalement remboursé à l'État membre (CCE, 2002f : 25).

En conclusion, la question du financement des SIG est tout à fait centrale. La Commission est animée par une grande obsession dans son *non paper* : il s'agit d'éviter à tout prix la surcompensation ou les surcoûts

liés aux obligations de service public/service universel. Les obligations de service public ou de service universel sont définies comme étant celles que l'entreprise n'assumerait pas ou pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions si elle considérait son propre intérêt commercial.

Le financement des missions de service public doit répondre à une logique comptable et financière, qui obéit à la loi du marché. En se référant à la littérature relative aux « économies des subsides », la Commission voit dans les politiques basées sur les subsides publics deux difficultés majeures :

- son inefficience : selon la Commission, les décisions de consommation et d'investissement sont déformées (altérées) par la séparation des prix et des coûts, et
- son manque de transparence : on ne sait jamais exactement quels sont les fonds qui subsidient et qui les reçoit.

Cette attitude se base également sur « certaines études de cas » (non communiquées) qui tendraient à mettre en évidence que le montant des subsides publics demandés par le fournisseur opérant dans un régime de monopole est supérieur aux besoins réels pour réaliser les missions de service public. Le revenu supplémentaire généré et, par conséquent, le profit supplémentaire pour le fournisseur, conforteraient la position monopolistique du fournisseur et décourageraient les nouveaux entrants sur le marché. D'où la nécessité, pour la Commission, d'accroître la concurrence pour mettre un terme aux rentes de situation de monopole. Cette perspective, basée sur une « approche par les coûts » et non sur une « approche en fonction des besoins » induit évidemment un changement considérable dans le chef du fournisseur. Certes, la Commission autorise, en théorie, que des monopoles publics ou des droits exclusifs soient confiés à des opérateurs publics, mais les conditions drastiques qu'elle met à leur existence rend de tels mécanismes quasiment intenable. Cette approche restrictive augure mal de la pérennité des services publics et de leur financement.

1.4.3 Vers un Livre vert sur les SIG en 2003 ?

Annoncé dans la communication de la Commission du 4 décembre 2002 (CCE, 2002g), le Livre vert constituera une occasion unique de faire le point sur une série d'éléments constitutifs des SIG. Ce document de consultation « *identifiera les questions qui doivent être étudiées et débattrà des problèmes au lieu de définir des positions définitives* » (CCE, 2002g : 3). L'objectif de la Commission est « *de mettre en place les bases requises pour définir une approche commune sur la manière de garantir l'avenir des services d'intérêt général efficaces et de qualité dans l'Union européenne* » (CCE, 2002g : 3). Il portera principalement sur la situation dans le cadre du traité actuel : « *Il a pour objectif d'ouvrir une discussion liée aux travaux en cours de la Convention, mais il ne s'entend pas comme une contribution directe à ce débat* » (CCE, 2002g : 3).

Ce Livre vert devrait voir le jour au printemps 2003, sous Présidence grecque. À la suite d'une large consultation publique, la Commission devrait finaliser son document, présenter ses conclusions ainsi que ses initiatives concrètes, y compris législatives, pour l'été 2003, soit sous Présidence italienne. La Commission a créé onze groupes de travail⁽²⁰⁾ transversaux placés sous la direction des directions générales compétentes et comprenant des représentants des autres directions générales. Ces onze groupes de travail donneront naissance aux onze chapitres de base du Livre vert. Chaque groupe de travail a déjà remis un rapport en date du 18 septembre 2002. L'ensemble de ces contributions est actuellement retravaillé.

1.5 L'action de la Cour de justice des Communautés européennes

On peut dire que l'année 2002 a été une année féconde sur le plan de la jurisprudence de la Cour de justice. Trois affaires ont suscité un intérêt particulier parmi les observateurs attentifs des SIG.

²⁰ Ces onze groupes de travail sont répartis comme suit : libéralisation, ouverture du marché ; marché intérieur, harmonisation ; règles anti-trust ; règles en matière d'aides d'État ; services sociaux ; services locaux ; service universel ; standards de qualité, accès au réseau ; utilisateurs/consommateurs ; autorités de régulation, contrôle des prix ; évaluation.

1.5.1 Les suites de l'arrêt Ferring du 22 novembre 2001 sur les compensations de service public

Le 22 novembre 2001, la Cour de justice a rendu son arrêt dans l'affaire Ferring⁽²¹⁾, relative à la distribution en gros des médicaments en France. Dans cet arrêt, la Cour indique que lorsqu'une exonération fiscale accordée à une entreprise chargée d'exploiter un SIEG ne fait que compenser le surcoût du service public, l'entreprise bénéficiaire ne reçoit pas un avantage au sens de l'article 87 paragraphe 1, et la mesure en cause ne constitue donc pas une aide d'État. En effet, les obligations de service public peuvent impliquer des surcoûts que les concurrents ne doivent pas supporter, et la compensation permet de placer l'entreprise bénéficiaire dans la même situation que ses concurrents. Par contre, le montant de l'exonération qui excède ce qui est nécessaire pour accomplir la mission de service public, constitue une aide d'État, illicite, qui doit être remboursée.

Or, le 19 mars 2002, M. Léger, avocat général, a rendu ses conclusions dans l'affaire Altmark Trans GmbH⁽²²⁾. Cette affaire porte sur les conditions dans lesquelles un État membre peut accorder des subventions aux entreprises qui exploitent un service public de transport local de personnes. Dans ses conclusions, l'avocat général propose à la Cour de renverser son arrêt Ferring, et de revenir à la jurisprudence du tribunal de Première Instance dans les affaires FFSA⁽²³⁾ du 27 février 1997 et SIC⁽²⁴⁾ du 10 mai 2000, qui qualifie les compensations de services publics en tant qu'aides d'État. Dans ses deuxièmes conclusions, en date du 13 janvier 2003, l'avocat général Léger estime que le financement étatique des services publics constitue une aide d'État au sens du traité. Selon lui, ce financement est normalement soumis au mécanisme communautaire de contrôle des aides. Cela signifie que, en principe, les États membres doivent notifier leurs projets de financement à la

²¹ Affaire C-53/00.

²² Affaire C-280/00.

²³ Affaire T-106/95, recueil 1997, p.II-0229.

²⁴ Affaire T-46/97, recueil 2000, p.II-2125.

Commission et qu'ils ne peuvent accorder ce financement sans l'autorisation préalable de la Commission. Sachant que l'arrêt de la CJCE suit en général l'avis de l'avocat général, on peut donc s'attendre à un renversement de la jurisprudence en la matière. Par ailleurs, le 30 avril 2002, M. Jacobs a rendu ses conclusions dans l'affaire GEMO s.a. ⁽²⁵⁾, relative au service public de collecte et d'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs. M. Jacobs propose d'établir une distinction entre deux catégories de cas, fondée sur la nature du lien entre le financement accordé et les charges d'intérêt général imposées, et sur la clarté avec laquelle ces charges sont définies.

Les cas dans lesquels le lien entre le financement public accordé, d'une part, et les obligations d'intérêt général clairement définies, d'autre part, est direct et manifeste, relèverait d'une approche compensatoire, telle que retenue dans l'arrêt Ferring. Tel serait notamment le cas lorsque lesdites obligations et la compensation sont attribuées suite à une procédure de marchés publics ouverte, transparente et non-discriminatoire. Par contre, relèveraient d'une approche aide d'État les cas dans lesquels il n'apparaît pas clairement que le financement des pouvoirs publics est destiné, en tant que stricte contrepartie, à des obligations d'intérêt général clairement définies.

La Commission européenne fixera son attitude en fonction de l'attitude qu'adoptera la Cour de justice. Soit, la Cour confirme la jurisprudence Ferring. Dans ce cas, la Commission arrêtera, le moment venu ⁽²⁶⁾, des modalités de calcul de la compensation et les conditions de sélection des entreprises chargées d'exploiter les SIEG. Soit, elle s'écartera de l'arrêt Ferring. Dans ce cas, la Commission s'attachera à la préparation d'un règlement ⁽²⁷⁾ d'exemption de l'obligation de notification préalable des

²⁵ Affaire C-126/01.

²⁶ Voir à cet égard le point 14 de la Communication de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liés aux SIEG, 5 juin 2002 (CCE, 2002d).

²⁷ Ce règlement de la Commission serait précédé par un encadrement communautaire, sorte de lignes directrices, pendant une durée limitée (deux ans). A la lumière de

aides afférentes aux SIEG. Dans tous les cas, la Commission estime que le montant de la compensation, qu'il soit équivalent à une aide d'État au sens de l'article 86 ou non, ne peut couvrir ce qui excède la mission de service public proprement dite.

La Cour devrait se prononcer au plus vite de façon à dissiper les équivoques dans ce domaine, lorsqu'elle tranchera les affaires pendantes Altmark, GEMO et ENIRISORSE.

1.5.2 L'arrêt de la Cour du 4 juin 2002 dit arrêt « golden shares » (Actions spécifiques de l'État)⁽²⁸⁾

En condamnant la Commission dans son action en manquement contre la Belgique et en donnant raison à l'État belge, la Cour de justice a éclairé d'un jour nouveau le rôle des pouvoirs publics dans un secteur stratégique de l'économie, celui de l'énergie. Cet arrêt révolutionnaire a une portée considérable pour ce qui concerne les rapports entre l'État et certains opérateurs privés, en l'occurrence Distrigaz s.a.⁽²⁹⁾ et la Société nationale de transport par canalisations (S.N.T.C.). En substance, les ministres Wathelet et Maystadt⁽³⁰⁾ avaient pris, en 1994, un arrêté royal instituant, au profit de l'État, une action spécifique de Distrigaz. Cet arrêté prévoyait la possibilité d'adopter une réglementation instituant en faveur de l'État belge un droit d'opposition⁽³¹⁾ pour toute cession, toute

l'expérience acquise par l'application de cet encadrement, la Commission préparerait son règlement d'exemption.

²⁸ Affaire C-503/99 - Manquement d'État : droits attachés à l'action spécifique du Royaume de Belgique dans la société nationale de transport par canalisation SA et dans la société de distribution du gaz SA.

²⁹ Entre-temps, Distrigaz s'est scindée en deux sociétés : l'une Fluxys ayant repris toutes les activités de transport (infrastructure) et de stockage (y compris Zeebrugge), d'une part, et Distrigaz s.a., d'autre part, pour les activités de négoce (contrats d'achat, exportation ...).

³⁰ Messieurs Melchior Wathelet et Philippe Maystadt étaient respectivement Vice-premier ministre, ministre de l'Économie et de la Justice, et ministre des Finances.

³¹ Cette « action spécifique » est un instrument contemporain de contrôle public, qui a été utilisé couramment dans le contexte d'opérations de privatisation dans

affectation ou tout changement de la destination de certains actifs stratégiques et, d'autre part, un droit d'opposition des autorités publiques à l'encontre de certaines décisions de gestion estimées contraires aux lignes directrices de la politique énergétique du pays. La réglementation de 1994, incriminée par la Commission, donnait à l'État belge la possibilité d'intervenir afin d'assurer le respect des obligations de service public qui incombent à la SNTC et à Distrigaz, à savoir la sécurité des approvisionnements en énergie en cas de crise – tout en respectant les exigences de sécurité juridique. Par arrêté royal du 5 décembre 2000, la Vice-Première ministre et ministre de la Mobilité et des Transports ainsi que le Secrétaire d'État à l'Énergie ont précisé, dans un article premier, que les droits spéciaux attachés à l'action spécifique ne pouvaient être exercés qu'en vue de garantir quatre objectifs :

- l'organisation de l'ouverture du marché du gaz (...);
- le respect des obligations de service public;
- la sécurité et la sûreté d'exploitation des installations et la stabilité du réseau de transport de gaz naturel (...);
- la coopération entre les entreprises gazières européennes en vue d'assurer l'interopérabilité des réseaux de transport.

Bien entendu, un article 4 dispose que « *les droits spéciaux [...] ne peuvent être exercés, si l'intérêt général dans le domaine de l'énergie est mis en cause, que sur la base de critères objectifs, non discriminatoires et transparents [...]* ».

d'autres pays européens. Ce concept s'inspire de l'« action spécifique » que la France a instaurée en 1986 et qui s'apparentait à son tour à la technique de la « *golden share* » qui fut mise en œuvre à plusieurs reprises en Grande-Bretagne dans le cadre d'opérations de privatisation. Il faut souligner que « la version belge » de l'action spécifique attribue aux pouvoirs publics des possibilités de contrôle qui, à certains égards importants, vont plus loin que les exemples étrangers. C'est le cas notamment du pouvoir d'annulation du ministre compétent en matière d'énergie à l'égard de décisions des organes de gestion qu'il estime contraires aux lignes directrices de la politique énergétique du pays (voy. le rapport au Roi dudit arrêté royal, MB du 28 juin 1994, p. 17348).

Dans son jugement, la Cour constate que la réglementation en cause est justifiée par l'objectif de garantir la sécurité des approvisionnements en énergie en cas de crise. De l'avis général, cet arrêt donne un coup d'arrêt au rétrécissement du rôle de l'État et à sa capacité d'agir dans des domaines clés de l'économie, qui comportent, pour le citoyen, des aspects fondamentaux (sécurité, qualité, respect des obligations de service public, etc.).

1.5.3 L'arrêt de la Cour du 17 septembre 2002 dans l'affaire des bus d'Helsinki

Dans un arrêt rendu dans une affaire opposant le conseil municipal d'Helsinki à l'opérateur de transport Concordia, la CJCE a décidé qu'une municipalité organisant un appel d'offres portant sur l'exploitation d'un service d'autobus urbains est en droit de tenir compte de considérations environnementales concernant le matériel de transport. La Cour estime que le pouvoir adjudicataire peut prendre en considération des critères environnementaux pour autant qu'ils soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas au pouvoir adjudicataire une liberté inconditionnée de choix et soient fondés sur le principe de non-discrimination.

Cet arrêt important est particulièrement intéressant dans la mesure où il autorise la prise en compte de critères de nature non marchande dans le cadre de l'attribution d'un marché lié à la prestation d'un service de transport public. Cet arrêt fait notamment suite à l'arrêt de la CJCE du 26 septembre 2000 connu sous l'appellation « Nord-Pas-de-Calais ». La Cour a admis, contre l'avis de la Commission, la thèse du gouvernement français selon laquelle un critère relatif à l'emploi ou à la lutte contre le chômage peut, en marchés publics, constituer un critère additionnel des marchés (Noël, 2001).

2. Les éléments clés du débat sur les SIG

2.1 La directive cadre sur les SIG

Dans une communication du 4 décembre 2002 (CCE, 2002g), la Commission a fait le point sur l'état des travaux relatifs à l'examen d'une proposition de directive cadre sur les services d'intérêt général. Rappelons tout d'abord qu'à la suite du Conseil européen de Nice, la

Présidence belge avait beaucoup insisté⁽³²⁾ pour que l'on consolide les principes relatifs aux services d'intérêt général qui sous-tendent l'article 16 du traité. Le Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002 avait invité la Commission à poursuivre l'examen de la directive cadre « dans le respect des spécificités des différents secteurs concernés et compte tenu des dispositions de l'article 86 du traité » (Conseil européen, 2002a : 18). Dans sa communication, la Commission revient sur la complexité d'une éventuelle directive cadre, notamment les objectifs possibles, le champ d'application et le contenu d'une telle directive et ses liens avec la législation sectorielle existante.

2.1.1 Les difficultés de la directive cadre

L'adoption d'une directive cadre sur les services d'intérêt général se justifie amplement. Elle est d'une grande nécessité démocratique. Toutefois, il ne faut pas minimiser les difficultés inhérentes à cette vaste entreprise. Elles sont principalement de deux ordres :

- **Le contexte politique**

À l'issue de la consultation publique qui sera générée par le Livre vert, il n'est pas acquis que la Commission préconisera une législation de type horizontal. À de nombreuses reprises, les services de la Commission ont mis en avant une série de difficultés techniques de l'opération⁽³³⁾, ses éventuelles redondances avec les directives sectorielles, la difficulté de transposition en droit national d'une telle directive... Ensuite, il ne sera pas aisé d'obtenir une majorité qualifiée sur une proposition de texte dans la filière du Conseil Compétitivité, qui aille au-delà du compromis

³² Dans l'optique du Conseil européen de Laeken, le Conseil Marché intérieur avait adopté, le 26 novembre 2001, des conclusions dans lesquelles le Conseil attendait avec intérêt les résultats de cet examen.

³³ Ainsi, il s'agira de distinguer les services de réseaux et les autres. À l'intérieur des services de réseaux, il convient alors de distinguer ceux qui fonctionnent sur un marché concurrentiel et ceux qui connaissent des formes de monopole naturel (chemins de fer ou énergie), les infrastructures onéreuses ne pouvant être multipliées à l'infini.

de l'article 16 CE instauré par le traité d'Amsterdam. Nous renvoyons ici au rapport de force qui ne plaide pas nécessairement en faveur d'une position ambitieuse. Par ailleurs, une telle proposition risque de se voir opposer, par les gouvernements, le principe de subsidiarité, au motif qu'elle définit des principes qui relèvent de la compétence des États membres ou de leurs entités fédérées. En revanche, au vu du vote qui est intervenu sur le principe d'une directive cadre en 2001, le Parlement européen devrait se rallier au projet.

En définitive, il semble vraisemblable qu'un temps important devra être investi dans la définition d'un compromis qui devra allier des objectifs de nature différent et parfois contradictoire (augmenter la compétitivité et diminuer les prix, démocratiser l'accès aux SIEG et accroître la protection du consommateur, s'inscrire dans le développement durable, etc.).

• Le contexte juridique

La base juridique d'une directive cadre constitue un réel problème. De l'avis des experts, l'article 16 CE ne constitue pas une base juridique et opérationnelle satisfaisante. Il est défensif, dérogatoire et conditionnel. En outre, il est difficilement compréhensible pour un citoyen européen non averti. Pourrait-on y ajouter l'article 86, § 2, voire l'article 153 (protection des consommateurs) ? Voire. En réalité, le traité ne garantit pas un socle suffisamment solide pour fonder une directive cadre. À défaut, il serait possible de se reporter sur les pouvoirs dont la Commission dispose en matière de concurrence, et qui lui sont largement favorables. Mais ceci pose un autre problème. En effet, il n'est pas acquis, sur le plan juridique, que le Conseil puisse inviter la Commission à exercer les pouvoirs accordés par le traité d'une manière particulière. Enfin, ni le Conseil, ni le Parlement n'auraient leur mot à dire sur cette proposition.

D'autres solutions alternatives doivent être envisagées comme l'introduction d'un titre particulier dans le traité, consacré spécifiquement aux SIEG. À cet égard, les initiatives de certains conventionnels visant à introduire des dispositions particulières dans la future constitution constituent des objectifs qui doivent être soutenus. Finalement, c'est dans le cadre de l'actuelle Convention et de la

Conférence intergouvernementale qui suivra que devra être trouvée la solution. La question de la base juridique d'une telle directive, son éventuelle plus-value par rapport aux directives sectorielles existantes, les termes et principes forcément généraux qui seront utilisés sont des éléments qui doivent être soigneusement étudiés.

2.1.2 Du service public au service universel : bonnet blanc et blanc bonnet ?

Même si le concept de service universel est ancien⁽³⁴⁾, son usage est relativement récent dans la Communauté européenne. Il remonte au milieu des années 80 au moment où la Commission a lancé le grand mouvement de libéralisation des télécommunications. Il est intéressant de constater que ce concept a progressivement pris la place du concept de service public, au fur et à mesure que progressent la libéralisation et son corollaire, la privatisation des services publics⁽³⁵⁾. Peu à peu, une autre notion se substitue à celle de « mission de service public », celle « d'obligations de service universel ». Outre la nuance sémantique attachée aux mots – une « mission » a une portée et un champ d'action beaucoup plus large qu'une « obligation », par nature plus limitative –, il semble bien que les deux notions – service public et service universel – ne se recouvrent pas totalement et sont sensiblement différentes. Voire divergentes. Malgré l'évolution du concept de service universel, très perceptible⁽³⁶⁾ au fur et à mesure de la modernisation des directives, une différence substantielle est à l'œuvre. Progressivement, on passe du système néokeynésien d'après-guerre à un système néoclassique, de type anglo-saxon⁽³⁷⁾. La directive cadre permettrait de mettre bon ordre

³⁴ On en retrouve la trace pour la première fois en 1907 aux États-Unis dans le domaine des télécommunications.

³⁵ Il est vrai que l'article 295 (ex-article 222) du traité énonce que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de propriété dans les États membres* ».

³⁶ Voir notamment les efforts de la Commission pour affiner des notions telles que celle d'abordabilité des tarifs.

³⁷ Cette approche est très perceptible également dans le Plan d'action pour les services financiers. Voir notamment l'adoption par la Communauté européenne

dans les différences d'approche et permettrait ainsi de constituer un socle de droits communs aux différents secteurs.

2.2 Les agences européennes de régulation, préfiguration des services publics européens ?

Dans tous les États, la nécessité s'est imposée de créer des agences nationales de régulation, surtout dans les domaines où existe un besoin de décisions de régulation, cohérentes et indépendantes. La création d'autorités de régulation communautaire est une piste qui mérite une attention particulière⁽³⁸⁾. Au niveau de l'Union européenne, quinze agences de ce genre⁽³⁹⁾ ont déjà été créées dans le cadre du traité CE. Par ailleurs, deux propositions de règlement visant à créer d'autres agences sont actuellement pendantes⁽⁴⁰⁾. Ces nouvelles agences de régulation européennes, qui disposent d'une autonomie de gestion dans des domaines clairement délimités, pourraient améliorer la manière dont les règles sont mises en œuvre et appliquées au sein de l'Union.

des normes IAS (*International Accounting Standards*), très fortement apparentées aux normes américaines US Gaaps.

³⁸ Voir à cet égard la très intéressante communication de la Commission intitulée « L'encadrement des agences européennes de régulation » (CCE, 2002h).

³⁹ Centre européen pour le développement de la formation professionnelle ; Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail ; Agence européenne pour l'environnement ; Fondation européenne pour la formation ; Observatoire européen des drogues et des toxicomanies ; Agence européenne pour l'évaluation des médicaments ; Office de l'harmonisation du marché intérieur ; Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail ; Office communautaire des variétés végétales ; Centre de traduction des organes de l'Union européenne ; Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes ; Agence européenne pour la reconstruction ; Autorité européenne de sécurité des aliments ; Agence européenne pour la sécurité maritime ; Agence européenne de la sécurité aérienne.

⁴⁰ Proposition de règlement portant le statut des agences d'exécution chargées de certaines tâches relatives à la gestion des programmes communautaires et proposition de règlement instituant une Agence ferroviaire européenne.

Cette approche « verticale » par agences, au cas par cas, a le mérite de contribuer à améliorer la « gouvernance » de l'UE. Jacques Vandamme, Président honoraire du GEPE⁽⁴¹⁾, y décèle une sorte de préfiguration des « services publics européens » coordonnant et complétant l'action des « services publics » nationaux. Il y voit une piste plus féconde que la directive cadre sur les SIG. Pour ce qui nous concerne, nous croyons qu'il faut rester prudent à ce stade. En effet, les différences qui caractérisent ces agences sont beaucoup plus importantes que les analogies. Créées à des moments historiques différents, les agences doivent faire face au cas par cas à des exigences ponctuelles. En d'autres termes, il n'y a pas un modèle d'agences de l'Union, mais plusieurs. Il existe deux grandes catégories⁽⁴²⁾ : les agences d'exécution et les agences de régulation. Alors que les agences d'exécution sont chargées de tâches de pure gestion, à savoir assister la Commission dans la mise en œuvre des programmes communautaires⁽⁴³⁾, les agences de régulation participent de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes juridiques contraignants qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé. Elles sont chargées de mettre en réseau au niveau communautaire des activités qui, à l'origine, relèvent du niveau national⁽⁴⁴⁾. Actuellement, seules trois agences ont un rôle régulateur explicite, à savoir l'Office de l'harmonisation du marché intérieur (OHMI), l'Agence européenne pour la sécurité aérienne, et l'Office communautaire des variétés végétales.

⁴¹ Le Groupe d'études politiques européennes (GEPE) est le membre belge de la *Trans Policy Studies Association* (TEPSA) créée en 1974 pour encourager la réflexion transnationale sur l'avenir de l'Europe.

⁴² Il convient de souligner qu'un certain nombre d'agences existantes au niveau de la Communauté ne relèvent d'aucune de ces deux espèces d'agences.

⁴³ Ainsi l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments et l'Autorité européenne pour la sécurité des aliments.

⁴⁴ Voir à cet égard le Livre blanc sur la gouvernance européenne (CCE, 2001d), notamment le point 3.2, pp.28-29.

Il est évident que ces agences remplissent une mission de service public très importante. Néanmoins, cette approche a également ses limites. Comme l'indique la Commission dans sa communication, « *le phénomène de recours aux agences de régulation doit s'inscrire dans le cadre des principes de base du système de l'Union* » (CCE, 2002h : 6). Il faut respecter le principe de l'équilibre entre les institutions propres à la méthode communautaire et ainsi veiller au maintien de l'unité et de l'intégrité de la fonction exécutive au niveau communautaire. Les agences décisionnelles ne pourront se voir attribuer des responsabilités que le traité CE a conférées explicitement à la Commission. Il faudra évaluer, le moment venu, si cette piste se révèle prometteuse et complémentaire à la piste « horizontale » que représente la directive cadre pour les services d'intérêt général.

2.3 Constitutionnaliser les services d'intérêt général ?

Depuis le Conseil européen de Cannes (juin 1995), les responsables politiques européens déclarent régulièrement que les services d'intérêt général représentent un des éléments constitutifs du modèle social européen. L'article 16 du traité de Rome précise que les services d'intérêt économique général jouent un rôle primordial dans la cohésion sociale et territoriale de l'Union. Mais, en même temps, cet article constitue une base de droit insuffisante pour jeter les fondements d'une sécurité et d'une prévisibilité juridiques fortes. L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux reconnaît le droit d'accès aux services d'intérêt économique général. Mais il souffre du même défaut. S'il établit le lien entre droits fondamentaux et services d'intérêt général, il ne permet pas de fonder un véritable droit du citoyen à bénéficier des bienfaits de ceux-ci. À la veille de l'élargissement, il paraît indispensable de constitutionnaliser les SIG dans le futur traité de l'Union.

En marge des travaux de la Convention, on notera trois initiatives qui ont abordé, directement ou indirectement, la question des services d'intérêt général. Il s'agit tout d'abord du projet d'architecture institutionnelle de la Commission. Dans un document de travail établi par les services de la Commission européenne en date du 4 décembre

2002⁽⁴⁵⁾, les auteurs consacrent les services d'intérêt général dans les fondements de l'Union européenne et de ses États membres. Un article 4, § 3 nouveau dispose que « *l'Union tient compte des spécificités des États membres pour leur sécurité interne et externe et leurs services publics* » (CCE, 2002i : 30). L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux serait intégré dans une deuxième partie, intitulée « Droits fondamentaux » de la Constitution et disposerait 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 à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union* » (CCE, 2002i : 64). Il est encore question des SIEG dans une troisième partie intitulée « Politiques », mais ce qui y est proposé par la Commission n'est pas nouveau ou innovant.

Le deuxième document est la contribution déposée au début du mois de janvier 2003 par l'eurodéputé belge Marie Nagy (ECOLO) au groupe de travail « Europe sociale » de la Convention (Convention européenne, 2003a). Selon celle-ci, l'Union doit promouvoir les SIG en tant que garants des droits fondamentaux, éléments du modèle social européen et liens d'appartenance des citoyens à la société (article 3). L'UE et les États membres, dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la présente Constitution, adoptent les mesures législatives et d'application leur permettant de réaliser leurs missions dans le respect des principes de neutralité, d'égalité d'accès, d'universalité, d'évaluation démocratique, de qualité, de transparence, de participation et de précaution. Les entreprises chargées de la gestion des SIEG sont soumises aux règles de concurrence, sauf décision de la collectivité responsable de l'organisation du service de l'auto-produire dans le respect des principes de réversibilité et de réciprocité. Enfin, le financement des SIG et des SIEG peut prendre toutes formes décidées par la collectivité responsable dans la mesure où elles ne sont pas contraires à l'intérêt général communautaire.

⁴⁵ Contribution à un avant-projet de Constitution de l'Union européenne, étude de faisabilité établie à la demande du Président Romano Prodi et en accord avec MM. Barnier et Vitorino sous la responsabilité de M. François Lamoureux (CCE, 2002i).

La troisième initiative est venue de la Belgique et de la France. Ces deux États se sont accordés le 17 janvier 2003, pour déposer une contribution commune dans laquelle on peut lire que *« jusqu'à présent, les services d'intérêt économique général ne sont reconnus dans le traité qu'à titre dérogatoire du droit de la concurrence. Les deux pays considèrent que les SIG doivent obtenir une place à part entière dans le futur traité dans la réalisation des objectifs de l'Union »* (Convention européenne, 2003b : 2). La France et la Belgique souhaitent aller au-delà de l'intégration de la charte des droits fondamentaux dans le futur traité et inscrire le rôle de ces services parmi les objectifs figurant à l'article 3 du futur traité. Ils *« souhaitent que les dispositions de l'article 16 du traité soient modifiées en conséquence. L'article 16 doit devenir le fondement juridique explicite prévoyant que l'Union européenne, les États membres et les entités régionales ou locales, dans les limites de leurs compétences respectives, puissent adopter, dans le respect des principes de neutralité, de proportionnalité et de liberté de définition, les mesures permettant aux services d'intérêt général d'accomplir pleinement leurs missions conformément aux objectifs de l'article 3 du traité. À cette fin, cet article devrait comporter un principe d'action ainsi qu'une liste des objectifs poursuivis par les services d'intérêt général et mentionner les principes généraux applicables en matière de financement »* (Convention européenne, 2003b : 2-3). Les deux pays présenteront une proposition de rédaction dans cette perspective.

3. Analyse comparée de quatre directives sectorielles

Il est très instructif de se pencher sur les textes communautaires qui ont été adoptés entre fin 2001 et fin 2002 afin de juger de l'évolution de l'approche de la Commission dans les différents secteurs.

3.1 Directive « service universel » du 7 mars 2002 au regard des réseaux et services de communications électroniques⁽⁴⁶⁾

Cette directive « service universel » est importante dans la mesure où elle définit de manière très précise l'état actuel du rapport de force (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2002b). Le cadre

⁴⁶ Cette directive devra être transposée en droit interne le 24 juillet 2003 au plus tard et entrer en vigueur le lendemain.

réglementaire établi en 1998 à l'occasion de la libéralisation totale du marché des télécommunications dans la Communauté a défini la portée minimale des obligations de service universel et a arrêté des règles pour le calcul de leur coût et de leur financement.

3.1.1 Les définitions

Les paramètres constitutifs du SU ont été souvent critiqués en raison du flou quant à leur portée réelle. La directive pallie à cette critique en définissant plus précisément les notions.

Le caractère abordable des tarifs

Selon la directive, un prix abordable s'entend comme un prix défini au niveau national par les États membres compte tenu de circonstances nationales spécifiques (...). Il peut impliquer des formules tarifaires spéciales pour répondre aux besoins des utilisateurs à faibles revenus. Du point de vue du consommateur individuel, le caractère abordable des prix est lié à sa capacité de surveiller et de maîtriser ses dépenses. Même si ce critère est par nature subjectif et d'une application douteuse, il est significatif que la Commission s'intéresse de plus près à la capacité contributive du consommateur.

Les « obligations de service universel » (OSU)

Les OSU se définissent comme les obligations qu'un État membre a imposées à une entreprise pour qu'elle fournisse un réseau et un service dans une zone géographique donnée en y appliquant, le cas échéant, des tarifs par péréquation en échange de la fourniture de ce service ou en offrant des tarifs spéciaux aux consommateurs ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux spécifiques.

L'adaptabilité des obligations de service universel

« Les obligations de service universel, qui sont définies au niveau communautaire, devraient être périodiquement revues afin d'en modifier ou d'en redéfinir la portée. Ce réexamen devrait tenir compte de l'évolution des conditions sociales, commerciales et technologiques et du fait que toute modification de la portée de ces obligations devrait faire l'objet du double test de la disponibilité de ces services pour une grande majorité de la population et du risque d'exclusion sociale qui en découle pour ceux qui n'ont pas les moyens financiers d'y accéder » (considérant 25).

L'article 15 de la directive charge la Commission de revoir périodiquement (tous les trois ans) la portée du service universel, en vue d'en proposer la modification ou la redéfinition. Ce réexamen est conduit à la lumière des évolutions sociale, économique et technologique (...) ⁽⁴⁷⁾. Notons que le principe d'adaptabilité, souvent invoqué, est ici rencontré. On pourrait toutefois regretter que le délai de révision (tous les trois ans) soit relativement long dans un secteur en perpétuelle évolution. Nous lui aurions préféré soit une procédure de comitologie qui permettrait à la Commission d'intervenir d'autorité lorsque l'évolution technique le commande, soit une période plus courte (deux ans comme dans la directive postale).

La qualité du service

Des informations comparables et actualisées sur la qualité du service des entreprises seront rendues disponibles aux utilisateurs finals. Elles se baseront sur des indicateurs, des définitions et des méthodes de mesure communs ⁽⁴⁸⁾. Ceci constituerait une avancée indéniable. Encore faut-il pouvoir élargir la liste des indicateurs harmonisés à d'autres indicateurs, plus qualitatifs.

3.1.2 Calcul du coût net des OSU⁽⁴⁹⁾

Il est intéressant de se pencher sur cette question, car elle décrit bien le mécanisme à l'œuvre et éclaire d'un jour particulier le débat sur les compensations. Tout d'abord, il est indiqué que les autorités nationales

⁴⁷ Article 15, § 2 de la directive. Voir également l'annexe V de la même directive qui expose les éléments à prendre en compte lors du réexamen de la portée des OSU, et notamment : existe-t-il des services spécifiques accessibles à une majorité de consommateurs et utilisés par une majorité d'entre eux ? L'absence de tels services ou leur non-utilisation par une minorité de consommateurs est-elle une source d'exclusion ?

⁴⁸ L'annexe III de la directive « service universel » établit ainsi un certain nombre d'indicateurs harmonisés : délai de fourniture pour le raccordement initial, taux de défaillance par ligne d'accès, délai de réparation, temps de réponse pour les services de renseignement téléphonique, plaintes concernant la facturation...

⁴⁹ Cf. annexe IV de la directive.

devront envisager tous les moyens possibles pour inciter les opérateurs (désignés ou non) à remplir leurs obligations de service universel de manière rentable. Il conviendra d'évaluer correctement les coûts que l'entreprise désignée aurait évités si elle avait eu le choix de ne pas remplir d'obligations de service universel. Ces coûts nets imputables aux obligations de service universel peuvent être couverts par l'État en accordant aux entreprises désignées une indemnisation en échange des services fournis à des conditions non commerciales. Cette approche « par défaut » montre bien les différences fondamentales qui existent entre une entreprise publique fournissant un SIG et un opérateur privé :

- la recherche de la rentabilité ;
- la nature même de la mission « sociale » des activités, intrinsèque dans le cas de l'entreprise publique (définie de par la loi), indemnisée et compensée dans le cas de l'opérateur privé.

Il est significatif que le raisonnement de la Commission parte du principe que les mesures d'ordre social (les obligations de service universel) doivent être calculées « à part », en dehors de l'activité commerciale « normale » de l'entreprise, par compensation par rapport à la voie normale de l'entreprise qui serait naturellement de « rendre les gens heureux en gagnant de l'argent ». Ceci éclaire bien la logique intrinsèque à l'œuvre dans le principe de service universel.

3.2 Règlement en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports ⁽⁵⁰⁾

En matière de service public, les dispositions générales valables en matière de transport reposaient sur le règlement 1893/91 du 29 juin 1991 (Conseil des Communautés européennes, 1991). Ce règlement prévoit que les charges qui découlent pour les entreprises de transport

⁵⁰ Le titre complet est : « Règlement du parlement et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable » (CCE, 2000d).

du maintien des obligations de service public ainsi que de l'application des prix et conditions de transport imposées par un État membre dans l'intérêt d'une ou de plusieurs catégories sociales particulières, font l'objet de compensations selon des méthodes communes énoncées par le règlement. Il définit les obligations de service public comme étant « *les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions* ». Remarquons que les obligations de service public sont en quelque sorte déconnectées de la marche normale de l'entreprise. Elles sont considérées comme une exception voire une anomalie. La charge financière en retombe en partie sur les pouvoirs publics qui sont autorisés à compenser les surcoûts de ce que l'opérateur ne fera pas, par manque de « rentabilité ». Il se dégage de ceci une conception de l'État « bouche-trou ». L'État devient la petite main visible à côté de la main invisible du marché.

La proposition de nouveau règlement (CCE, 2002j)⁽⁵¹⁾ en matière d'exigences de service public et d'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports est en progrès partiel par rapport à l'ancien règlement. Pour la Commission, l'ouverture du marché sur la base de législations nationales a conduit à l'application de procédures disparates. Elle a créé une incertitude juridique quant aux droits des opérateurs et aux obligations des autorités compétentes. Pour répondre à cette situation, la Commission a proposé l'introduction d'une « concurrence régulée » entre les opérateurs de la Communauté, qui annonce la prochaine libéralisation du transport « voyageurs ».

Dans un considérant 17, la Commission revient sur cette notion : « *en alternative à la déréglementation, les autorités compétentes doivent avoir la faculté de choisir la concurrence régulée pour les SIEG. Cela peut prendre la forme de la concurrence pour l'octroi de droits exclusifs, ou l'attribution de tâches particulières à des opérateurs de droit public dans un contexte qui laisse les autres opérateurs*

⁵¹ Déposée en septembre 2000 par la Commission, la proposition de règlement a été amendée en première lecture par le Parlement européen en date du 14 novembre 2001. Elle est actuellement discutée dans le cadre du Conseil « Transports » de l'UE.

également libres de fournir des services, mais qui impose des exigences de qualité et d'intégration à tous les opérateurs » (CCE, 2002j : 14). Sous la pression du Parlement européen, la Commission reconnaît que « l'introduction de la concurrence doit s'accompagner de règles communautaires favorisant la protection de l'intérêt général sur le plan de la disponibilité dans toutes les régions de transports publics de voyageurs suffisants, accès sur les consommateurs, de grande qualité à des tarifs abordables, garants d'intégration, de continuité et de sécurité et couvrant l'ensemble des besoins sociaux » (CCE, 2002j : 13). Le considérant 50 exprime même que « les autorités compétentes doivent s'assurer que tous les opérateurs respectent totalement les obligations sociales que leur imposent le droit national et le droit communautaire en la matière, et respectent les dispositions de toute convention collective d'application générale » (CCE, 2002j : 20).

Le règlement définit enfin des contrats de service public⁽⁵²⁾. Ceux-ci demandent aux opérateurs de fournir aux autorités compétentes les informations nécessaires pour surveiller et évaluer leurs performances ainsi que les performances du réseau de transport dans son ensemble (nombre de plaintes enregistrées, incidents survenus sur le plan de la sécurité). Ils contiennent également certaines dispositions visant à garantir l'entretien des biens publics mis à la disposition des opérateurs. Élément intéressant introduit dans la proposition : les clauses de sauvegarde pour les autorités leur permettent de protéger le personnel préalablement engagé dans le cas d'un changement d'opérateur (article 9 § 3).

Ce projet de règlement appelle plusieurs remarques. Premièrement, il faut saluer l'émergence du nouveau concept de « concurrence régulée ». La qualification de la concurrence semble indiquer que la Commission elle-même estime que la concurrence seule est insuffisante et qu'un encadrement par les pouvoirs publics est nécessaire. Deuxièmement, la proposition de directive renvoie fréquemment aux autorités nationales de régulation, dans la mesure où elles peuvent plus facilement et plus rapidement intervenir. Nous pensons qu'il manque, à ce stade, un

⁵² Initialement prévue pour cinq ans, la durée des contrats de service public est passée à huit ans pour les services d'autobus et à quinze ans pour les services de transport par chemin de fer et par voie navigable.

principe puissant de convergence qui garantisse que toutes les autorités nationales de régulation travaillent dans la même direction. Enfin, il y a un manque d'adéquation entre le devoir des autorités compétentes (article 4 de la directive) et la teneur des contrats de service public (article 6bis). À tout le moins, il conviendrait que les garanties de qualité et d'intégration sociale puissent être beaucoup mieux prises en compte que ce n'est le cas dans les critères d'attribution.

3.3 La directive concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel

Cette proposition, présentée par la Commission le 13 mars 2001 (CCE, 2001a), est considérée à l'heure actuelle comme étant la proposition la plus aboutie en matière de service universel. L'article 3 nouveau de la proposition de directive se décline en trois mouvements :

- 1) Les États membres peuvent imposer aux entreprises de gaz naturel des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix des fournitures et la protection de l'environnement. Toutefois, ces obligations devront être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables.
- 2) Ils prennent les mesures qui s'imposent pour garantir un niveau élevé de protection des consommateurs, notamment en ce qui concerne la transparence des conditions contractuelles, l'information générale et le mécanisme de règlement des litiges.
- 3) Ils mettent en œuvre les mesures requises pour atteindre les objectifs en matière de cohésion économique et sociale, de protection de l'environnement et de sécurité d'approvisionnement.

Une annexe I ajoute que « *les États membres prennent les mesures appropriées pour protéger les consommateurs vulnérables* »⁽⁵³⁾. Notons que le caractère facultatif du premier mouvement de l'article 3 en réduit sa portée. Il eut mieux valu en faire un principe commun obligatoire applicable par chaque État membre.

⁵³ Annexe I, lettre e).

3.4 La directive relative à la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté⁽⁵⁴⁾

La directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 a instauré à l'échelle communautaire un cadre réglementaire pour le secteur postal comprenant des mesures visant à garantir la prestation d'un service universel ainsi que la fixation de limites maximales (de poids et de prix) pour les services postaux susceptibles d'être réservés par les États membres au(x) prestataire(s) du service universel. L'article 3 de la directive demande aux États de veiller à ce que les utilisateurs jouissent du droit à un service universel qui correspond à une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs. À cet effet, « *les États membres prennent des mesures pour que la densité des points de contact et d'accès tiennent compte des besoins des utilisateurs* » (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 1997 : 19). Quant à l'article 5, il invite les États membres à prendre « des mesures » pour que la prestation du service universel réponde aux exigences suivantes : respecter les « exigences essentielles », offrir aux utilisateurs se trouvant dans des conditions comparables un service identique, ne pas être interrompue ou arrêtée, sauf cas de force majeure, évoluer en fonction de l'environnement technique, économique et social ainsi que des besoins des utilisateurs. En outre, « *les États membres veillent à ce que des normes en matière de qualité du service soient fixées et publiées pour le SU en vue d'assurer un service postal de bonne qualité* » (article 16) (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 1997 : 22).

La directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002, qui amende la directive 97/67/CE, vise un double objectif : poursuivre la libéralisation des services postaux et assurer une meilleure compétitivité du secteur par rapport aux autres modes de communication tout en augmentant la qualité du service. Le

⁵⁴ Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2002a).

considérant 13 formule un pari. Il énonce que l'ouverture du marché contribuera à l'expansion des marchés postaux, « *de sorte que les contractions éventuelles de l'effectif des prestataires du service universel dues à ces mesures (ou à leur anticipation) seront vraiment compensées par un accroissement de l'emploi chez les opérateurs privés et les nouveaux arrivants sur le marché* » (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2002a : 22). Un pari qui devra être évalué.

Un des changements majeurs introduits par la nouvelle directive concerne le financement du SU. Un tiret nouveau à l'article 12 stipule que « *le financement des services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant de services du secteur réservé est interdit, sauf si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel imposées au domaine concurrentiel* » (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2002a : 24). En d'autres termes, l'opérateur public qui preste des services mis en concurrence ne peut plus les financer par d'autres services qui lui sont réservés (droit exclusif ou monopole). En clair, le monopole public qui veut être plus compétitif que le concurrent privé sur les segments ouverts à la concurrence ne pourra le faire que sur sa valeur ajoutée intrinsèque sur ce segment et pas en utilisant les marges qu'il pourra dégager du service réservé.

Sous la pression de la Présidence belge, l'ouverture du secteur postal a été modulée. La Commission devra en effet procéder à une étude prospective destinée à évaluer, pour chaque État membre, l'impact sur le service universel de l'achèvement du marché intérieur des services postaux en 2009. C'est sur la base des conclusions de cette étude que la Commission présentera, avant le 31 décembre 2006, un rapport au Parlement européen et au Conseil d'une proposition confirmant, le cas échéant, la date de 2009 pour la poursuite de la libéralisation. En attendant ce rapport de 2006, la Commission devra présenter, tous les deux ans, un rapport sur l'application de la directive, portant sur l'évolution du secteur, en particulier sous les aspects économiques, sociaux, et technologiques et en ce qui concerne l'emploi, ainsi que sur la qualité du service. De nouvelles dispositions visent à renforcer la protection des consommateurs (par un traitement transparent, simple et

peu coûteux de leurs réclamations) ainsi que le rôle des autorités réglementaires nationales (notamment à l'égard du respect des services réservés). Mais on s'étonnera que le périmètre même du service universel, dont la Commission reconnaît elle-même qu'il doit être évolutif et adapté aux besoins des consommateurs, n'ait pas précisément évolué, par exemple en incluant une référence au courrier électronique.

3.5 Conclusion

À l'analyse de ces textes communautaires, il appert que les concepts divergent de secteur à secteur : obligations de SU ou de SP. Certaines directives évoquent la cohésion sociale et la protection de l'environnement (directive gaz et électricité), d'autres pas. Le délai pour adapter le service universel varie d'une directive à l'autre : deux ans pour la directive postale, trois ans pour la directive communications électroniques. Le degré de subsidiarité varie également de secteur à secteur ainsi qu'en fonction de certaines dispositions. À l'évidence, on navigue entre deux eaux : le recours aux États est un aveu de faiblesse de la Communauté de pouvoir harmoniser un certain nombre de principes socles en matière de service public.

Conclusions générales

L'année 2002 est riche de contenu pour ce qui concerne les SI(E)G ; mais l'évaluation est mitigée, voire ambiguë. D'une part, il faut saluer certaines avancées rendues possibles principalement grâce à la vigilance du Conseil européen et du Conseil des ministres où une minorité active (essentiellement la France et la Belgique) s'emploie à sauvegarder coûte que coûte la pérennité du service public. Mais d'autre part, ces deux institutions ont poursuivi l'ouverture de la concurrence.

La Commission a, elle aussi, soufflé le chaud et le froid. Tantôt, elle pose un geste en faveur des SIG (méthodologie fouillée relative à l'évaluation de la qualité et de la performance des SIG, annonce d'un règlement d'exemption de la notification des aides d'État, d'un Livre vert sur les SIG, etc.), tantôt elle se radicalise (conception très restrictive dans le domaine des aides d'État, refus d'établir une frontière étanche

entre services d'intérêt général non marchands et services d'intérêt économique général marchands, etc.).

La Cour de justice se situe plutôt en retrait. En prenant le contre-pied de la jurisprudence *Ferring*, les avocats généraux ont donné un net coup de barre à droite. Dorénavant, les aides d'État sous toutes leurs formes (subsidés, compensations, exonérations fiscales, avantages, etc.) devront être notifiées à la Commission et seront en principe illicites, sauf s'il est démontré qu'elles participent directement et strictement aux obligations de service public ou de service universel. Bien entendu, les juges doivent encore se prononcer dans les deux affaires *Altmark* et *Gemo*. Un mince espoir subsiste. L'arrêt *Golden shares* ne suffit pas à écarter une impression générale d'une action restrictive, voire conservatrice, de la Cour.

Quant au Parlement européen, nous avons vu qu'il est devenu un héraut de l'ouverture des services publics à la concurrence et qu'il peine à définir clairement la voie d'une protection claire des missions de service public.

La libéralisation progresse inexorablement en fragilisant jour après jour les bases du service public et en lui substituant le service universel, qui est une forme dérivée et amoindrie du service public. Certes, dans les quatre textes communautaires rapidement brossés, on a pu remarquer une certaine évolution du SU. Certains atouts du service public sont préservés : la continuité, la qualité, etc. Mais nous avons vu aussi que cette notion de service universel renvoie prioritairement au consommateur individuel, fut-il démuni ou vulnérable, et pas au citoyen membre d'une société globale. Nous avons montré également que le rôle de l'État est fondamentalement différent selon que l'on évoque le service public ou le service universel. D'opérateur actif, l'État devient régulateur, parfois impuissant à contrer des mouvements de fusions-acquisitions préjudiciables pour le citoyen. De plus en plus, son rôle se limite à faire respecter les règles du marché et à compenser les surcoûts éventuels des obligations de service universel. Cette lame de fond néoclassique ou néolibérale est-elle inéluctable ? Certainement pas. L'action du Conseil des ministres et du Parlement européen est, à cet égard, déterminante. Encore faudrait-il dégager une majorité dans l'une et l'autre enceinte pour inverser une tendance profonde.

Au stade actuel, nous devons constater que le rapport des forces au Conseil ne plaide pas en faveur d'un changement d'orientation. Quant au Parlement européen, il semble qu'il ne soit pas, pour l'instant, la voie de recours espérée, et ce malgré un courant minoritaire très actif. Au contraire, le Parlement européen s'est montré très déterminé à accélérer la libéralisation du rail, et ce sans donner toutes les garanties d'une protection optimale de l'intérêt général.

Les citoyens européens et la société civile comme recours ? Dans un État de droit démocratique, la démocratie représentative constitue le socle de référence. Est-ce à dire que la démocratie participative ne peut pas s'exprimer pour défendre un des piliers du modèle social européen ? À cet égard, nous voudrions indiquer quelques pistes pertinentes qui nous paraissent devoir être défendues pied à pied.

Premièrement, il nous semble indispensable d'évaluer la libéralisation dans son ensemble, secteur par secteur : vérifier ses postulats, mesurer ses impacts économiques, sociaux et environnementaux ainsi que son impact global sur l'emploi, y compris sur la qualité des emplois générés. Cette évaluation doit être pluraliste, indépendante, contradictoire et démocratique. Le cas échéant, le principe de réversibilité doit pouvoir s'appliquer : retour possible à des droits exclusifs ou à un monopole public en cas de faillite, totale ou partielle, du système privé (l'exemple de la renationalisation de fait du rail anglais est, à cet égard, assez parlant).

Deuxièmement, les citoyens doivent pouvoir être consultés régulièrement sur la qualité, l'accessibilité, la régularité, le coût, l'adaptabilité... des services prestés. Et cette consultation doit déboucher sur une amélioration du service et, le cas échéant, sur de nouveaux investissements à long terme. Cette consultation doit être conduite par les pouvoirs publics au niveau le plus proche du citoyen, mais sur une base harmonisée. Nous plaçons en faveur d'un contrat de service public avec le citoyen. Le parlement et le gouvernement détermineraient, de manière régulière, la liste des services essentiels à considérer comme « services d'intérêt général », en se basant sur une procédure participative. Au terme d'une procédure d'étude préalable et de consultation publique, un contrat de service public serait conclu avec le citoyen. Ce contrat comprendrait les missions de service public à

atteindre, les moyens nécessaires pour y parvenir, y compris le financement, ainsi qu'une méthodologie harmonisée d'évaluation qualitative de leur performance. Les entreprises chargées de la fourniture des SIG remettraient, à côté de leur rapport annuel, un rapport spécial concernant la réalisation des missions de service public, fruit du contrat de confiance et de l'évaluation qualitative. Au regard de ce rapport et du contrat de confiance du service public, les missions de service public seraient régulièrement évaluées et redéfinies.

Troisièmement, l'État et les pouvoirs publics doivent pouvoir disposer d'une capacité de régulation très large (cf. à cet égard l'arrêt « *Golden shares* », *supra*), qui leur permette d'intervenir efficacement si le marché ou le secteur privé faillit à ses obligations. Grâce à l'évaluation et à la consultation, il faudra également vérifier si certaines formes de monopole public ou de droits exclusifs accordés à l'État (national, régional ou local) ne se justifient pas et ne doivent pas être réintroduites. La primauté doit aller au système qui garantit le mieux l'égalité et la solidarité. La subsidiarité ne devrait pas dispenser la Commission de s'intéresser de près à la manière dont les États membres intègrent cette notion. À certains moments, il devrait être possible que l'action de la Communauté se substitue à celle des pouvoirs publics nationaux ou subnationaux de manière à ne pas laisser se développer des obligations de service public à géométrie variable.

Quatrièmement, il faut assurer un financement correct des services d'intérêt général de manière à ce que les missions de service public puissent être remplies correctement. À cet égard, nous plaidons en faveur d'une définition extensive des coûts qui doivent entrer en ligne de compte pour justifier une aide d'État, quelle qu'en soit la forme.

Cinquièmement, la sécurité et la prévisibilité juridiques doivent être renforcées. À cet égard, il faut utiliser tous les canaux disponibles pour que les conventionnels puissent intégrer dans le projet de constitution une référence forte aux SIG. Il est également important que la Commission profite au maximum du contexte du Livre vert pour progresser dans la voie d'une directive cadre sur les SIG, d'un règlement d'exemption de la notification des aides par catégories, de l'évaluation de la portée des « surcoûts » liés aux missions de service public...

Last but not least, s'agissant de la délimitation entre services d'intérêt général marchands et services d'intérêt économique général non marchands, il est très clair qu'une frontière étanche doit être érigée. Les SIG doivent être sanctuarisés et faire l'objet d'une protection contre une application arbitraire du principe de concurrence et de la logique marchande. Il n'est pas acceptable que certains services d'intérêt général, aujourd'hui exclus du champ d'application des règles de concurrence, y soient inclus demain. Même si la question de la définition des SIG (enseignement, santé, etc.) reste délicate, il faut établir des règles qui excluent la marchandisation de certains secteurs et leur soumission à la loi du marché. Ce débat prend toute sa pertinence dans le cadre des négociations de l'AGCS où une vigilance de tous les instants sera nécessaire.

Références

CCE (1996), Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe du 11 septembre 1996, JO C 281 du 26 septembre 1996, pp.0003-0012.

CCE (2000a), Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, COM (2000) 319 final, 30 mai 2000 (JO C 337 du 28 novembre 2000, pp.220-224) (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0319.pdf).

CCE (2000b), Communication de la Commission « Les services d'intérêt général en Europe », COM (2000) 580 final, 20 septembre 2000 (JO C 17 du 19 janvier 2001, pp.0004-0023) (http://europa.eu.int/eurlex/fr/com/cnc/2000/com2000_0580fr01.pdf).

CCE (2000c), « À la demande de l'Allemagne, la Commission décide que le subventionnement d'une piscine par une commune ne constitue pas une aide d'État », *Communiqué de Presse*, IP/00/1509, Bruxelles, 21 décembre 2000.

CCE (2000d), Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, COM (2000) 7 final, 26 juillet 2000 (JO C 365 du 19 décembre 2000, pp.0169-0178) (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0007.pdf).

CCE (2001a), Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Achèvement du marché intérieur de l'énergie, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, COM (2001) 125 final, 13 mars 2001, JO C 240E du 28 août 2001, pp.0060-0071 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2001/com2001_0125fr01.pdf).

CCE (2001b), Décision 2002/180/CE de la Commission du 5 décembre 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP/37.859 – De Post/La Poste), JO L 61 du 2 mars 2002, pp.32-53.

CCE (2001c), Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken « Les services d'intérêt général », COM (2001) 598 final du 17 octobre 2001.

CCE (2001d), « Gouvernance européenne, Un Livre blanc », COM (2001) 428 du 25 juillet 2001 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2001/com2001_0428fr01.pdf).

CCE (2002a), Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social et au Comité des régions - Programme législatif et de travail de la Commission pour 2003, COM (2002) 590, 30 octobre 2002 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2002/com2002_0590fr.html).

CCE (2002b), Décision 2002/753/CE de la Commission du 19 juin 2002 concernant des mesures prises par la République fédérale d'Allemagne en faveur de Deutsche Post AG, JO L 274 du 14 septembre 2002, pp. 0027-0055.

CCE (2002c), Communication de la Commission « Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général », COM (2002) 331 final, 18 juin 2002 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2002/com2002_0331fr01.pdf).

CCE (2002d), Communication de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liés aux SIEG, COM (2002) 280 final du 5 juin 2002 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/rpt/2002/com2002_0280fr01.pdf).

CCE (2002e), Rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'état liées aux services d'intérêt économique général, COM (2002) 636 final du 27 novembre 2002 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/rpt/2002/com2002_0636fr01.pdf).

CCE (2002f), Non paper « Services d'intérêt économique général et aides d'État », 12 novembre 2002 (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_fr.pdf).

CCE (2002g), Communication de la Commission sur l'état des travaux relatifs à l'examen d'une proposition de directive-cadre sur les services d'intérêt général, COM (2002) 689 final du 4 décembre 2002 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2002/com2002_0689fr01.pdf).

CCE (2002h), Communication de la Commission « L'encadrement des agences européennes de régulation », COM (2002) 718 final, 11 décembre 2002 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2002/com2002_0718fr01.pdf).

CCE (2002i), Etude de faisabilité – Contribution à un avant-projet de Constitution de l'Union européenne, Document de travail, 4 décembre 2002 (http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/const051202_fr.pdf).

CCE (2002j), Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (présentée par la Commission au titre de l'article 250, paragraphe 2, du traité CE), COM (2002) 107 final du 21 février 2002, JO C 151 du 25 juin 2002, pp.0146-0183 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2002/fr_502PC0107.pdf).

Conseil européen (2000), Conseil européen de Lisbonne, *Conclusions de la Présidence*, 23 et 24 mars 2000.

Conseil européen (2002a), Conseil européen de Barcelone, *Conclusions de la Présidence*, 15 et 16 mars 2002.

Conseil européen (2002b), Conseil européen de Séville, *Conclusions de la Présidence*, 21 et 22 juin 2002.

Conseil des Communautés européennes (1991), Règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO L 169 du 29 juin 1991, pp.0001-0003.

Conseil de l'Union européenne (2002a), Préparation de la session du Conseil « Marché intérieur, consommateurs et tourisme » du 1^{er} mars 2002 – Processus de réforme économique de Cardiff – Projet de conclusions du Conseil, Document 6496/02, Bruxelles, 22 février 2002.

Conseil de l'Union européenne (2002b), Réactualisation 2002 de la stratégie pour le marché intérieur – Projet de conclusions du Conseil, Document 8526/02, Bruxelles, 3 mai 2002.

Convention européenne (2003a), « Services d'intérêt général », Contribution présentée par Mme Marie Nagy, membre suppléant, et M. Johannes Voggenhuber, membre, de la Convention, Document CONV 468/02, Bruxelles, 7 janvier 2003 (<http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/02/cv00/00468f2.pdf>).

Convention européenne (2003b), « Les services d'intérêt général », Contribution de M. Louis Michel, membre de la Convention et Mme Pascale Andreani, membre suppléant à la Convention, Document CONV 498/03, Bruxelles, 21 janvier 2003 (<http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/03/cv00/cv00498fr03.pdf>).

Noël, J. (2001), « À propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux », *Journal des Tribunaux*, n°6018, pp.561-563.

Parlement européen (2001), Rapport de Werner Langen sur la communication de la Commission sur « les services d'intérêt général en Europe » (COM (2000) 580 du 20 septembre 2000), Document A5-0361/2001, Bruxelles, 17 octobre 2001.

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (1997), 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, JO L 15 du 21 janvier 1998, pp.0014-0025.

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002a), Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, JO L 176 du 5 juillet 2002, pp.0021-0025.

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002b), Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JO L 108 du 24 avril 2002, pp.0051-0077.