

CONV 319/02

CONTRIB 107

NOTA DE ENVIO

de:	Secretariado
para:	Convenção
Assunto:	Contributo apresentado por Olivier Duhamel e Pervenche Berès, membros da Convenção: – "Para um direito europeu dos Serviços Públicos"

O Secretário-Geral da Convenção recebeu de Olivier Duhamel, membro da Convenção, e de Pervenche Berès, membro suplente da Convenção, o contributo que figura em anexo.

CONTRIBUTION DEPOSEE PAR PERVENCHE BERES ET OLIVIER DUHAMEL

"POUR UN DROIT EUROPEEN DES SERVICES PUBLICS"

La Convention ne saurait se consacrer au seul texte de la constitution européenne sans prendre également en compte les modifications à apporter aux traités et qui figureraient dans un second texte. Voilà pourquoi, sur la question des services publics, très importante pour le développement du modèle social européen, nous déposons la présente contribution, fondée sur les travaux de notre collègue parlementaire européen Gilles Savary.

Préambule : Pourquoi une révision des Traités est-elle nécessaire?

Avec l'article 16 TCE, introduit par le Traité d'Amsterdam en 1997, et l'article 36 de la Charte des Droits fondamentaux approuvé au Sommet de Nice (2000) les services publics (services d'intérêt économique général en eurolangage) ont fait l'objet d'un début de reconnaissance de la part de l'Union Européenne.

Si l'article 16 TCE constitue une base juridique appréciable, il fonde un droit essentiellement déclaratif (droit **au** service public) trop général et trop imprécis pour garantir une cohérence d'ensemble de la production juridique de l'Union. Quant à l'article 36 de la Charte, il ne revêt, du moins jusqu'à aujourd'hui, aucune valeur juridique contraignante même si on ne doit pas sous estimer sa portée politique.

En réalité, l'article 16 TCE affirme le caractère fondamentalement « résiduel » parce qu'essentiellement dérogatoire au marché intérieur et au droit de la concurrence, des services d'intérêt économique général. Si des missions d'intérêt économique général sont bien reconnues et légitimes, elles doivent cependant être gérées sans préjudice des articles 86 et 87 TCE (droit de la concurrence et régimes des aides d'état).

Dès lors, ce sont les objectifs liés à la réalisation du marché intérieur et le principe consubstantiel de concurrence libre, équitable et parfaite (la notion de *"level playing field"*) qui régissent les Directives et Règlements sectoriels d'ouverture dans différents domaines (poste, télécom, gaz, électricité, transports collectifs....) introduisant deux dérives majeures dans l'approche européenne des services d'intérêt économique général :

- c'est la logique de libéralisation des marchés qui s'impose aux spécificités et aux objectifs d'intérêt général des missions de service public: **la régulation par le prix** étant réputée y satisfaire, malgré les limites qu'elle a révélées dans les dossiers postaux (en Suède), ferroviaires (en Grande-Bretagne et aux Pays-bas) ou aériens (le NATS britannique).

- faute d'une conception homogène de la subsidiarité, d'importantes distorsions d'ouverture des marchés nationaux et locaux, restent paradoxalement compatibles avec une transposition des Directives et des Règlements sectoriels (par exemple, l'Allemagne, dont le réseau de distribution d'électricité et de gaz est décentralisé au niveau des Länders et des communes, affiche un taux d'ouverture national proche de 100 % alors que le taux d'ouverture réel du marché reste, au niveau local, extrêmement modeste).

Il est clair qu'une parfaite reconnaissance des services d'intérêt général, ne peut se satisfaire de telles imprécisions qui conduisent régulièrement la Commission, à mettre en œuvre dans les Directives sectorielles, des dispositions contradictoires avec les principes généraux qu'elle énonce par ailleurs dans ses communications (celles de 2000 et 2001, en particulier) tels que la sécurité juridique, le principe de proportionnalité etc.

En outre, la juridicisation croissante des rapports commerciaux et civils expose nombre de services publics, traditionnellement "non-marchands" dans de nombreux Etats-membres (l'éducation, la santé, voire la sécurité...) à des risques de contentieux commerciaux qui sèment le doute sur le projet européen et alimentent un eurocepticisme diffus.

Il apparaît en outre opportun de ne pas abandonner le sort des services publics locaux à des interprétations opportunistes et à « géométrie variable » du principe de subsidiarité.

D'où la revendication portée à la fois par le CEEP, la CES, le Comité des Régions le Conseil Économique et Social, de nombreux acteurs de la société civile ainsi que par certains Groupes parlementaires, d'évoluer vers un droit autonome **des** services publics qui ne se réduise pas à des principes dérogatoires du droit commun du marché intérieur et de la concurrence. C'est ainsi qu'a émergé l'idée d'élaborer une Directive-cadre.

Cette législation-cadre aurait pour objectif de définir un cadre juridique transversal et stable pour les services d'intérêt général, applicable et déclinable dans l'ensemble de la production juridique sectorielle de l'Union.

Le Conseil européen de Barcelone (mars 2002) en a retenu le principe, à l'initiative notamment de la France et de la Belgique.

Mais, il demeure que la Commission européenne, pour des raisons tout autant politiques que juridiques, manifeste une grande circonspection à l'égard de ce mandat du Conseil européen de Barcelone.

Globalement, elle considère que les Traités, en leur état actuel, n'offrent pas une base juridique suffisante à l'élaboration de cette Directive-cadre et qu'un règlement d'exemption pour les aides d'États en matière de services d'intérêt économique général n'est pas nécessairement opportun, soucieuse de préserver en fait le pouvoir de contrôle à priori que lui confère les articles 86 et 87 TCE.

Cette attitude de la Commission Européenne, paraît plaider pour que la Convention sur l'avenir de l'Union se saisisse de cette question et envisage **de consolider une fois pour toutes dans les Traités, un droit positif des services d'intérêt général.**

En outre, une révision des Traités répondrait à de fortes nécessités juridiques et politiques qu'une Directive-cadre ne peut satisfaire seule :

- A notre sens, le statut des services d'intérêt général dans le corpus juridique européen ne peut en effet se réduire à une production de droit secondaire, sans s'exposer à confirmer son caractère fondamentalement résiduel par rapport au droit primaire de la concurrence. Il convient donc à partir, et sur la base de l'article 16 TCE, de développer un droit autonome des services d'intérêt général, au sein même des dispositions des Traités qui le contraignent actuellement et qui constituent des références juridiques fondamentales. Si l'on veut affirmer la place et la pérennité des services publics dans le modèle de société européen, leur consolidation juridique dans les textes fondamentaux apparaît indispensable.

- Dès lors que la Convention sur l'avenir de l'Union compte s'attacher au-delà de ses institutions, à la nature du projet européen, il apparaît nécessaire qu'elle se saisisse des modifications des Traités susceptibles de concourir à cet objectif, porté depuis de longues années par la CES, le Comité des Régions et de nombreuses organisations représentatives de la société civile et des partenaires sociaux.

- Enfin, compte tenu de la hiérarchie des textes et des risques d'incohérence entre les Traités actuels, les textes sectoriels déjà en vigueur et la future Directive-cadre, il nous semble que l'option la plus sûre à long terme est bien celle de celle de la révision des Traités c'est à dire du droit primaire de l'Union.

Le principal objectif de cette révision des Traités serait de clarifier les questions juridiques essentielles actuellement en débat, et insuffisamment précises.

1.- Affirmer les missions des service d'intérêt économique général dans les objectifs et les missions de l'Union

Problématique:

Compte tenu de l'objectif de réalisation du marché intérieur, la Communauté européenne a été progressivement et naturellement amenée, à partir de la fin des années 80, à légiférer sur les entreprises de réseaux (électricité, gaz, télécom, poste, rail). Traditionnellement organisées sur des bases nationales, souvent monopolistiques, elles restent emblématiques "du service public", en France, sans doute plus qu'ailleurs dans l'Union.

Or, à défaut de pouvoir envisager de créer, à l'échelle de l'Union, des services publics européens centralisés et universels, à l'image de la SNCF et de l'EDF française, du fait des différences considérables d'approche entre les différents Etats-membres, il apparaît d'autant plus indispensable de garantir la réalisation des missions qui leur sont traditionnellement imparties: cohésion sociale et territoriale, égalité des citoyens européens, instrument de compétitivité globale...

En effet, on observe actuellement la plus grande confusion dans la production juridique de l'Union, selon que le Commissaire ou la Direction Générale concernés sont plus ou moins libéraux et plus ou moins exposés à la pression de tel ou tel intérêt national. Ainsi, la définition d'un service universel existe pour les télécom et la poste, est implicite en ce qui concerne l'électricité et le gaz mais fait défaut pour les chemins de fer et les transports collectifs. De plus l'approche de la Commission tend à se focaliser uniquement sur une régulation par les prix et la satisfaction du seul consommateur, négligeant de fait d'autres dimensions essentielles des services d'intérêt général : identification aux valeurs et à l'idée européenne, sécurité des biens et des personnes, égalité des chances, respect de l'environnement, promotion du niveau de vie etc..

Il convient donc d'introduire dans les Traités des dispositions

a) qui reconnaissent la légitimité des missions d'intérêt général, en dehors de la seule logique du droit de la concurrence et de la réalisation du marché intérieur. A cet effet, il paraît indispensable de reformuler en profondeur l'article 2, afin de consacrer le projet politique et social de la Communauté au-delà des objectifs du seul Marché Commun et d'envisager de compléter l'article 3 par une référence explicite à la définition, au plan européen, de missions de services d'intérêt général.

b) de permettre à l'Union de définir **un niveau de service universel européen**, naturellement adaptable et révisable en fonction de l'évolution des besoins sociaux et de la technologie. Ce service universel européen serait défini et garanti, en nature comme en contenu, **pour chaque catégorie de service d'intérêt économique général**. Bien entendu, cette disposition viserait, tout en s'inscrivant dans la construction du marché intérieur, à élargir les objectifs de la construction européenne au delà de la seule ouverture des marchés pour prendre en compte les besoins en terme de cohésion économique, sociale et territoriale dans une perspective de développement durable et d'accès aux droits fondamentaux

Propositions de modifications des Traités

Article 3.i bis nouveau:

"La définition de missions de services d'intérêt économique général au niveau européen, notamment par la définition d'un service universel européen propre à chaque service d'intérêt économique général et par la définition de ses conditions de financement pérennes dans l'ensemble des Etats-membres."

**Nouveau Titre sur les services d'intérêt économique général
(à placer après les articles 95 et suivants du Traité sur la réalisation du marché intérieur)**

Article 16

Rédaction actuelle amendée pour y inclure **une référence au rôle des SIEG en tant que garants de l'exercice des droits fondamentaux, de la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union, de l'égalité des chances entre les européens et d'un haut niveau de vie et de développement durable.**

Article 16 bis nouveau

"Afin de réaliser les objectifs définis à l'article 16, la Communauté européenne peut définir pour chaque Service d'intérêt économique général, un service universel européen , susceptible d'être complété par les Etats membres, ainsi que les modalités de son financement par l'octroi de droits exclusifs proportionnés au coût de sa prestation dans l'ensemble des Etats-membres de l'Union ou toute autre mesure remplissant les mêmes objectifs. »

2.- Garantir le libre choix du mode de gestion des Services d'intérêt économique Général: La reconnaissance de l'auto-production et la reconnaissance d'un libre choix non-marchand.

Problématique:

Actuellement, la prédominance du droit de la concurrence, sans délimitation précise de son champ d'application, constitue la porte ouverte à une marchandisation sans limite des services publics et à une remise en cause de l'accomplissement des missions de service publics.

Cette absence de définition des champs respectifs du marchand et du non-marchand par l'Union Européenne, comporte aussi des conséquences en matière de négociations commerciales multilatérales au sein de l'OMC.

L'émergence de grands groupes multinationaux dont les intérêts économiques dépassent le cadre national et qui sont à même d'offrir des services dans de multiples domaines (déchets, eau, transport, prestations aux personnes en difficultés, culture, sécurité....) a une double conséquence: sur l'identification de la frontière entre ce qui relève du secteur marchand et du non marchand d'une part, et sur le mode de gestion des missions qui relèvent dans beaucoup d'Etat membres de l'action locale, d'autre part.

En effet, il est aisé pour des opérateurs privés de remettre en cause la prestation directe de certains services par les collectivités locales au nom d'une atteinte au principe cardinal de non affectation des échanges entre les États membres qui constitue la base du droit de la concurrence de la Communauté européenne ou encore du principe de libre prestation des services.

Dès lors, c'est le prisme du droit de la concurrence qui s'impose et grignote peu à peu la sphère non marchande au gré des recours judiciaires d'opérateurs privés opérant dans le champ des services publics : hier, en matière de transports publics locaux de voyageurs (Connex contre Région de Saxe-Anhalt), demain peut-être, en matière de culture, d'éducation, de gestion d'équipements sportifs, d'hôpitaux, d'affaires sociales, etc....

Il y a donc nécessité à clarifier les champs respectifs des services publics marchands et des services publics non-marchands, que ce soit au plan national ou au plan local.

Naturellement, il convient que la solution juridique retenue soit suffisamment claire et robuste pour éviter les distorsions de concurrence, en fonction de deux facteurs générateurs, à législation égale, de biais concurrentiels :

- l'application sommaire du principe de subsidiarité, permet de concilier ouverture formelle et fermeture réelle des marchés (exemple de la distribution de l'électricité et du gaz concentrée en France et donc soumise aux Directives d'ouverture nationale, mais décentralisée en Allemagne et de fait protégée par une interprétation « opportuniste » du principe de subsidiarité). La difficulté est bien de concilier le libre choix des collectivités locales pour ce qui est du caractère marchand ou non-marchand de leurs politiques publiques, avec une concurrence stable basée sur le principe (léonin en terme de Droit mais politiquement sensible) de réciprocité (concurrentielle), à savoir : l'impossibilité de pratiquer un monopole chez soi et la concurrence ailleurs.
- l'étendue différente des secteurs publics (au sens organique) des différents pays. Le critère "secteur public" ne peut pas être un facteur discriminant de ce qui est marchand et de ce qui ne l'est pas, certaines entreprises du secteur public opérant d'ores et déjà largement sur les marchés ouverts, certaines entreprises du secteur concurrentiel exécutant a contrario des missions de service public .

Deux solutions s'offrent à nous:

- Soit la reconnaissance d'un droit subsidiaire des Etats et des Collectivités locales à maintenir "hors marché" certaines missions de services publics au nom des objectifs définis à l'article 16 TCE. Cette solution aurait deux avantages:
 - A) elle permettrait, dans le respect d'un libre choix, conforme aux Constitutions de nombreux Etats-membres, d'exclure du marché et de la concurrence des domaines comme la santé, la culture, l'éducation si les États ou leurs collectivités locales le désirent
 - B) elle permettrait une **reconnaissance juridique de « l'auto production »** (gestion en régie directe ou "in house") c'est-à-dire la gestion directe des missions de services publics par les autorités publiques et leurs personnels (à l'exclusion de leurs démembrements statutaires à compétence marchande). De la sorte, seuls les services prestés par des fonctionnaires nationaux ou territoriaux, **qui ne sont pas susceptibles d'activité commerciale à l'extérieur, seraient de fait exclus des règles de la concurrence**. Éventuellement, un alinéa pourrait préciser que l'auto-production est un statut incompatible avec des activités concurrentielles. Naturellement, les entreprises publiques, SEM, établissements public à caractère industriel et commercial seraient soumises de facto au droit de la concurrence européen.
- Soit dresser une liste exhaustive des services marchands et des services non-marchands avec les limites souvent rédhitoires que l'on reconnaît à ce genre d'exercice : risque d'arbitraire, faible évolutivité, insuffisante prise en compte des spécificités locales..

La première solution, qui a notre préférence, implique de modifier l'article 86 TCE pour le mettre en conformité avec l'article 16 (et non l'inverse comme c'est le cas aujourd'hui) en ajoutant un troisième alinéa qui réduirait le champ d'application de l'article 86.2, base juridique essentielle dans les propositions de mise en concurrence de la Commission européenne aujourd'hui.

Proposition de modification des Traités

Nouvel article 86.2 bis

"Les dispositions du paragraphe 86.2 ne remettent pas en cause les possibilités offertes aux autorités publiques nationales et locales, conformément au droit des Etats membres, de décider démocratiquement de recourir à des modes de gestion directs et exclusifs (auto-production) de missions d'intérêt général sur tout ou partie de leur territoire. Les entités chargées de ces missions sont partie intégrante des autorités publiques et leur champ d'activité est strictement limité à leur ressort territorial."

3.- Le financement des missions de services d'intérêt économique général : l'introduction formelle de la péréquation à travers une consolidation juridique des droits exclusifs.

Problématique:

Au nom de l'exigence légitime de transparence comptable, la Communauté Européenne a généralement banni, dans le droit secondaire, et en conformité avec les règles du droit de la concurrence, les financements croisés, au motif incontestable qu'il ne peut être accepté de financer des activités soumises à concurrence par des droits exclusifs ou des aides d'Etat accordés en compensation des surcoûts de prestation du service public.

Ce principe est sain, mais revient dans la pratique à réduire le financement des obligations de service public à des dispositifs de discrimination positive et non pas d'égalité .

En d'autres termes, les Directives sectorielles d'ouverture des réseaux tendent à reconnaître uniquement aux Etats, la faculté de financer par aides d'Etat (subventions) les charges de service public résiduelles qu'ils imposent aux opérateurs, les droits exclusifs consentis (ou le domaine réservé) étant réduits à portion congrue voir inexistants.

Cette option présente deux inconvénients majeurs :

- en premier lieu, la multiplication des aides d'Etat est contrainte par le pacte de stabilité budgétaire et limite de facto, la capacité de financement des services publics par les Etats-membres.
- en outre, elle est soumise au contrôle scrupuleux de la Commission européenne (article 86.2 et 87) et source de nombreux contentieux et d'une insécurité juridique chronique alimentés par les différents opérateurs et entreprises.

A cet égard, le modèle français qui autorise les financements croisés, en sens inverse (du marché vers le secteur public), du rentable vers le non-rentable, permet de faire financer les marchés non solvables (sociaux et territoriaux) par les marchés solvables à travers un dispositif **de péréquation tarifaire**, moins exigeant en subventions d'équilibre et en cela plus neutre sur les budgets publics et sur les disciplines budgétaires de l'Union.

Il apparaît donc des plus opportuns de **réintégrer la capacité de financement croisé des obligations de service public par les activités profitables**.

Cette solution est économiquement neutre (elle n'introduit pas le biais de la subvention) socialement plus équitable (car elle permet l'égalité tarifaire entre territoires et publics) et macro économiquement plus conforme aux exigences du Pacte de stabilité.

Dans cette approche, c'est le niveau des **Droits exclusifs ou domaine réservé** qui permet de fixer, pour tous les opérateurs, le niveau de financement des obligations de services publics.

Les différents pays de l'Union, n'ayant pas la même configuration géographique et démographique, ni le même niveau de développement social, ce niveau minimum de droits exclusifs, à obligations identiques de service public (un service universel identique) devrait être établi selon **le principe « vérité des coûts, vérité des droits exclusifs »** en fonction des contraintes spécifiques à chaque pays.

Ainsi, la France et la Grèce, dont les territoires sont plus hétérogènes et moins diversifiés que les Pays-Bas, délivreraient des droits exclusifs plus élevés à leurs opérateurs de service universel postal, en fonction des coûts de desserte de leurs zones insulaires montagneuses ou faiblement peuplées, qu'aux Pays-Bas, tout en garantissant un service identique et non différencié aux ressortissants de ces 3 pays (principe de proportionnalité).

Naturellement, on peut admettre que les droits exclusifs financent exclusivement le Service universel européen tel que défini par chaque Directive sectorielle, et que des obligations additionnelles de service public, déterminées par chaque Etat-membre soient financées par des aides d'Etats proportionnées (subvention).

Proposition de modification des Traités

Article 87 bis nouveau

« Conformément à l'article 16, les services d'intérêt économique général peuvent être financés en investissement, comme en exploitation, par des financements croisés issus de la péréquation d'activités rentables au profit d'activités non-rentables à l'exclusion de toute participation des droits exclusifs et des aides d'Etat au financement d'activités marchandes ».

4.- Une sécurisation juridique des aides d'Etats : un régime d'exemption pour les subventions à caractère social.

Problématique

Le régime des aides d'Etat (article 87 TCE et suivants) reste fondamentalement dérogatoire des règles de concurrence qu'il ne doit pas entraver.

A cet effet, la Commission est chargée d'un contrôle et d'une « police » des aides d'Etat qui présente le double inconvénient d'être lourds et procéduriers et de reposer sur des principes insuffisamment clairs pour sécuriser le financement des missions de services d'intérêt général .

Deux questions essentielles prêtent actuellement à interprétation et ont fait l'objet d'une demande de clarification de la part de certains Etats-membres, en particulier de la France par le mémorandum du 27 Juillet 2000 dont elle a saisi le Sommet de Laeken.

- d'une part, le droit commun des notifications préalables des aides d'Etat à la Commission, s'avère particulièrement mal adapté à l'exploitation courante des services publics qu'il alourdit d'une bureaucratie et de délais rhédibitoires.
- en second lieu, la question se pose de savoir si les aides sociales (tarifs sociaux par exemple) doivent être considérées comme des aides d'Etat, au sens de l'article 87 des Traités. La récente jurisprudence **Ferring** ne plaide pas en ce sens mais elle ne constitue pas encore une jurisprudence stable.

Faute de clarté suffisante des Traités, cette question fait toujours l'objet d'intenses controverses juridiques.

A l'évidence, le bon fonctionnement des services publics et la prise en compte de la diversité des contextes sociaux nationaux, nécessite que les aides de nature sociale, en particulier de compensation tarifaire, ne soient pas considérées comme des aides d'Etat, mais bien des compensations, et fassent l'objet, en droit positif, d'un régime d'exemption dénué de toute équivoque.

Proposition de modification des Traités

Nouvel article 87.3 bis

instaure un régime d'exemption des notifications des aides à caractère social du régime des Aides d'Etat.

Pour conclure

A l'évidence, les incohérences et les contradictions récurrentes de la production juridique de l'Union en matière d'ouverture des réseaux de service public sont à ce point patentes qu'elles contrarient à la fois une prise en compte claire et stabilisée des exigences de service public et l'achèvement d'un marché intérieur européen qui suscite des incompréhensions et des résistances croissantes de la part des opinions publiques.

Le dépassement de cette situation de blocage tout autant que la perspective de l'élargissement passe par une sécurisation juridique des valeurs de service public et de leur compatibilité avec le projet européen.

Cet objectif, parce qu'il est étroitement lié au contenu même du projet européen passe par l'élaboration d'un Droit positif des services publics marchands (services d'intérêt économique général) et non marchands (services d'intérêt général) dans les textes fondamentaux de l'Union.

Une option pourrait être de dédier un Titre nouveau des Traités aux services publics, mais il ne dispenserait pas de procéder au « toilettage » du droit de la concurrence et du Marché intérieur qui leur fait aujourd'hui obstacle, et qui constitue l'approche minimaliste de la présente contribution.

Si l'objectif de révision des traités est ambitieux, **une Directive-cadre n'en serait pas moins nécessaire** pour préciser dans un texte-cadre transversal, de Droit secondaire :

- Les grands principes de mise en œuvre des SIG en Europe (égalité, adaptabilité, universalité, etc..)
- Les exigences essentielles poursuivies par les Services d'intérêt général (environnemental, social, sécuritaire, territorial...)
- Les modalités de définition des Services universels européens et de calcul de leur coût afin de déterminer des droits exclusifs proportionnés.
- Les déclinaisons du principe de subsidiarité appliqué aux Etats, mais aussi aux Collectivités locales, en tenant compte des degrés de décentralisation ou de fédéralisme des différents Etats-membres.
- Les statuts juridiques respectifs des Marchés publics et des délégations de service public.
- Les modalités de transparence des comptes et de séparation des fonctions au sein des Services publics intégrés.
- Les modalités de contrôle et de régulation européennes, nationales et locales des services publics.
- Des dispositions générales et méthodologiques d'évaluation et de diffusion des meilleures pratiques.

Dès lors, par ces deux approches juridiques, primaire et secondaire, le Droit **aux** Services publics reconnu par le Traité d'Amsterdam et la Charte des Droits Fondamentaux, déboucherait légitimement sur un Droit européen **des** Services publics homogène et unifié dans ses grands principes, sans préjudice de la capacité des Etats-membres à le compléter de leurs propres exigences de Service public.