

DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT COMMUNAUTAIRE

RUBRIQUE sous la direction de :

Louis DUBOUIS, *Professeur émérite de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille*

ÉTUDE

Une directive communautaire sur les services d'intérêt général

Etat et perspectives

Jean-François AUBY

Ancien élève de l'École nationale d'administration

L'ESSENTIEL

Les services d'intérêt général ont, dans l'Union, un statut très incomplet. Le rejet du projet de Constitution n'a pas permis de leur conférer le statut, même imparfait qu'elle prévoyait. Pourtant le droit européen encadre de plus en plus leurs conditions d'exercice, et de manière très limitative.

D'où la nécessité, ressentie par de nombreux acteurs et observateurs, de leur attribuer le statut qui leur manque. Mais cela pose la question du cadre et du contenu.

Le débat sur le projet de Constitution européenne a mis en évidence des questions fondamentales sur les principes qui gouvernent la construction européenne.

On a mis en opposition une approche libérale, même si ce terme est profondément ambigu, et une approche dite sociale.

Le rejet du projet de Constitution par la France et les Pays-Bas a éteint le débat constitutionnel, même si certains continuent de penser que le projet n'est pas totalement enterré. Mais il n'a pas éteint le débat de fond sur le rôle que la construction européenne doit jouer dans l'organisation sociale.

Au cœur de ce débat figure la reconnaissance de la spécificité de ce que l'on appelle, dans notre pays, les services publics, et qui, dans le jargon communautaire, est qualifié de service d'intérêt général, même si le sens de ces deux expressions n'est pas strictement identique. Le droit européen a-t-il vocation à organiser ou à protéger les services d'intérêt général, et si oui, de quelle manière? Le débat s'est vivement développé au sein du Parlement Européen, comme on le verra plus loin.

Le débat est éminemment politique, mais il a clairement une dimension juridique. Il s'exprime à travers des projets de texte à caractère normatif. Y aura-t-il une directive sur les services d'intérêt général? Peut-il y en avoir? Quel contenu pourrait-elle revêtir?

Notre propos, dans cette chronique, sera donc de tenter de replacer le débat dans sa dimension institutionnelle et juridique, et de présenter les perspectives qui s'ouvrent à la construction d'un véritable droit communautaire des services d'intérêt général.

Nous le ferons en trois temps.

Dans un premier temps, nous aborderons la question de la reconnaissance difficile des services d'intérêt général dans l'ordre juridique communautaire, une reconnaissance difficile et inachevée. Dans un second temps, nous examinerons comment le droit communautaire, et notamment toutes les constructions autour des exigences du marché intérieur, aboutit à encadrer les services d'intérêt général, même s'il n'y a pas, à ce jour, de directive qui leur soit directement destinée.

Dans un troisième temps, nous aborderons les projets et les contours que pourrait revêtir cette nouvelle reconnaissance.

Une reconnaissance difficile et inachevée

Quel est le statut des services d'intérêt général dans l'ordre juridique communautaire? Ce qui frappe d'emblée, c'est la volonté de ne pas les traiter.

La neutralité du statut

La question du statut doit d'emblée être traitée.

Le statut public ou privé des sujets du droit communautaire est indifférent à ses conditions d'affiliation.

L'article 295 du Traité CE consacre expressément la neutralité du droit communautaire à l'égard du statut public ou privé des entreprises: «le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres».

Par ailleurs, le droit communautaire admet l'existence des monopoles publics, même à caractère commercial, sous réserve de non discrimination selon la nationalité et de l'absence de restrictions quantitatives ou d'obstacles douaniers.

Aux termes de l'article 31, premier alinéa: «les Etats membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des Etats membres».

L'article 86 du Traité CE prévoit que, comme les entreprises privées, les entreprises publiques sont soumises aux règles communautaires de concurrence.

Le premier alinéa de l'article 86 dispose: «les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus».

Les deux piliers du droit communautaire de la concurrence sont les articles 81 et 82 du Traité CE.

L'article 81 est relatif aux ententes et interdit «tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun».

Les accords interdits par l'article 81 sont nuls de plein droit. Toutefois, le troisième alinéa de cet article prévoit que l'interdiction peut ne pas s'appliquer à certains accords ou associations entre entreprises «qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte...».

L'article 82 est relatif aux abus de position dominante. Son premier alinéa dispose que: «est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci».

Les dispositions de l'article 81 peuvent faire obstacle aux politiques de coopération entre entreprises publiques.

Les dispositions de l'article 82 sont particulièrement délicates pour les entreprises titulaires de délégations de service public ou de monopoles commerciaux, qui se trouvent par définition en

situation de «position dominante». La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a ainsi consacré une présomption d'infraction du seul fait de l'existence de droits exclusifs en faveur d'une entreprise.

Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 86 admet la possibilité d'une dérogation aux règles communautaires de la concurrence: «les entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté».

Mais cette possibilité de dérogation n'est pas laissée à la libre appréciation des Etats membres. Elle est encadrée par la Commission européenne sur la base du troisième alinéa de l'article 86: «la Commission veille à l'application des dispositions du présent traité et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres».

Pour bien le comprendre, il faut rappeler que les services d'intérêt général n'ont pas eu, jusqu'à une période récente, de reconnaissance statutaire véritable dans l'ordre constitutionnel émanant du Traité. Cette reconnaissance n'est venue que plus tard, avec le Traité d'Amsterdam. L'échec du projet de Constitution européenne n'a pas permis d'achever cette reconnaissance.

La quasi-absence des services d'intérêt général dans les traités initiaux

On a souvent fait le grief au droit communautaire et à la construction de l'Union de ne pas aborder la question des services publics. Ce grief est globalement exact, mais d'une certaine manière, parfaitement explicable.

Ce grief est exact

On ne trouve, dans le droit communautaire initial du Traité de Rome jusqu'au Traité de Maastricht, que très peu de références au service public. La seule référence au service public qu'on ait pu y trouver était celle de l'ancien article 77 (art. 71) relatif au service public des transports, article dont on peut se demander si, d'une certaine manière, il n'était pas un oubli ou une erreur.

On trouve par contre des références à la notion de service d'intérêt général, ou de service économique d'intérêt général, le législateur communautaire ayant préféré cette terminologie à celle de service public, sans doute parce qu'il a considéré que celle de service public était trop connotée de gestion publique, les observateurs étrangers étant souvent tentés de considérer que la gestion publique constitue une dimension spécifiquement française de la gestion des services publics, même si cela est en fait profondément faux.

Cette abstention, pour être exacte, est parfaitement explicable

On ne saurait oublier en effet que la construction européenne est le fruit d'un traité et non d'une constitution. La construction européenne a eu pour objet de créer des solidarités et non de construire un ordre constitutionnel. Ce n'est que progressivement qu'a commencé à s'instiller l'idée d'une sorte de fédération, sachant que sur cette idée, il n'y a à ce jour aucun consensus. La création de ces solidarités s'est faite d'abord et avant tout sous l'angle de la reconnaissance de la prééminence du marché avec

comme objectif la création d'un marché unique. L'idée des traités était donc de chercher à supprimer tous les obstacles à la construction dudit marché unique. Il était donc logique que les traités successifs ne traitent des services publics, ou si l'on préfère des services d'intérêt général, que pour indiquer qu'ils ne pouvaient pas constituer des obstacles à la construction dudit marché unique.

Une reconnaissance tardive

La reconnaissance du statut des services d'intérêt général dans l'univers juridique européen est arrivée tardivement. Elle a été le fruit d'un amendement au Traité, mais également de travaux conceptuels menés par la Commission.

Le Traité d'Amsterdam

L'amendement au Traité est le fruit du Traité d'Amsterdam. C'est la reconnaissance du rôle des services d'intérêt général, reconnaissance ambiguë, ou si l'on préfère un peu en creux.

Les dispositions correspondantes sont les suivantes.

L'article 16 du Traité d'Amsterdam confère à l'Union européenne la compétence de fixer les principes et les conditions, en particulier économiques et financiers, pour le fonctionnement des services d'intérêt économique général par le biais du droit communautaire: «sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs mission».

Il s'est agi d'une tentative pour introduire dans l'ordre juridique communautaire les célèbres jurisprudences *d'Almeo* et *Corbeau* qui avaient permis de reconnaître, dans certaines conditions, des restrictions aux règles de la concurrence fondées sur les nécessités de fonctionnement des services d'intérêt général.

En fait, comme on le verra un peu plus loin, la reconnaissance du statut des services d'intérêt général par le Traité d'Amsterdam n'a pas créé un droit particulier qui serait venu soutenir le statut et les compétences des services d'intérêt général dans l'univers communautaire. La fonction du Traité d'Amsterdam en ce domaine s'est avérée essentiellement symbolique et c'était d'ailleurs, d'une certaine manière, le but recherché.

Les tentatives de la Commission relatives aux services d'intérêt général

Parallèlement, la Commission a engagé des travaux conceptuels pour essayer de déterminer quelle réalité couvraient les services d'intérêt général et quelles dispositions éventuelles devaient être définies au niveau communautaire pour en organiser le statut. Elle l'a fait sans hâte ni enthousiasme.

Le premier travail a consisté, pour la Commission, à rédiger une communication sur les services d'intérêt général en Europe (COM 96-443 du 11 sept. 1996).

Il a fallu attendre une demande parlementaire pour avancer. En réponse à la demande du Parlement européen de novembre 2001 (rapport Langen, A5-361/2001) et à celle de janvier 2004 (rapport Herzog, A5-484/2004), ainsi qu'aux conclusions du Conseil européen de Barcelone (mars 2002) demandant de se pencher sur l'avenir des services publics en Europe, la Commission

européenne a publié le 21 mai 2003 un Livre vert sur les services d'intérêt général, et le 12 mai 2004, un Livre blanc sur les services d'intérêt général.

En outre, il existe, de la part de la Commission, une initiative législative relative aux services dans le marché intérieur.

Sans hâte, comme le montre le cheminement de la réflexion sur le service d'intérêt général, partant de la première communication interprétative de 1996 pour parvenir aux Livres blanc et vert, documents qui par eux-mêmes ne créent aucun droit particulier, mais qui révélaient un effort conceptuel de nature à être souligné, et l'existence de divergences de fond entre les doctrines, certaines d'entre elles s'incarnant mieux dans certains états que d'autres.

Sans hâte, mais également sans enthousiasme. Les conceptions libérales prévalent au sein de la Commission européenne, mais aussi le sentiment que ce n'est pas le rôle de l'Union de traiter ce qui relève de la compétence des états, en application du principe dit de subsidiarité, dont le contenu réel est, convenons-en, plus symbolique qu'effectif.

Alors que les traités abordaient les notions de service d'intérêt général et de service économique d'intérêt général, les définitions de la Commission datent des communications interprétatives de 1996 et de 2000. Il est utile de les rappeler parce qu'elles fondent la position de la Commission sur ce projet.

► Services d'intérêt général

Ils désignent les activités de service, marchands 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

Mentionnés dans le traité à l'article 90 du Traité CE, ils désignent les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas, en particulier, des services en réseaux de transport, d'énergie, de communication.

► Service public

Cette expression a un double sens: tantôt elle désigne l'organisme de production du service, tantôt elle vise la mission d'intérêt général confiée à celui-ci. C'est dans le but de favoriser ou de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général que des obligations de service public spécifiques peuvent être imposées par l'autorité publique à l'organisme de production du service, par exemple en matière de transport terrestre, aérien ou ferroviaire, ou en matière d'énergie. Ces obligations peuvent s'exercer à l'échelon national ou régional. A 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.

► Le service universel

Le service universel, et notamment la définition des obligations de service universel, doit accompagner la libéralisation des secteurs de services dans l'Union européenne, 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 un environnement de marchés de télécommunications ouverts et concurrentiels, 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 et spécifiques, à un prix abordable.

Plusieurs conseils européens se sont attachés à promouvoir le statut des services d'intérêt général (par exemple le conseil de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000). Mais ces tentatives en sont restées au stade de l'intention.

Les tentatives de la Commission relatives aux partenariats public-privé

Ultérieurement, la Commission a commencé un travail de conception en s'attachant aux partenariats public-privé, qui sont un mode de délivrance des services d'intérêt général, en pleine croissance dans l'espace européen.

La Commission a publié son livre vert sur les partenariats public-privé le 30 avril 2004. Salué par certains comme étant une clarification utile, il a été critiqué par d'autres pour son attentisme. Ce Livre vert a également été perçu (essentiellement par les syndicats et le secteur associatif) comme une tentative larvée de libéraliser les services d'intérêt économique général (SIEG) et de rendre improbable le service des citoyens par le moyen de coopérations entre communes et entreprises privées.

Le concept de partenariat public-privé (PPP) n'est pas défini au niveau communautaire. Néanmoins, ce que recouvre le concept n'est pas nouveau. Ce terme se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et les entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service. Ces partenariats sont couramment utilisés au sein de l'Union européenne, notamment dans le domaine des transports, de la santé publique, de l'éducation, de la sécurité publique, de la gestion des déchets et de la distribution d'eau.

Le partenariat public-privé répond à un besoin d'apport de financement privé dans le secteur public. Il s'explique également par la volonté de bénéficier davantage du savoir-faire et des méthodes de fonctionnement du secteur privé dans le cadre de la vie publique.

A ce stade, la Commission n'a pas indiqué quel type de conséquences elle entendait tirer de cet effort conceptuel.

Une reconnaissance inachevée

Le projet de traité constitutionnel devait achever la reconnaissance du statut des services d'intérêt général. C'est un fait qu'il convient de rappeler, même si, dans le débat français, il était devenu inaudible, le projet de traité constitutionnel étant accusé d'avoir une orientation nettement libérale.

C'est pourtant un fait que, s'il avait été adopté, le projet de Traité constitutionnel aurait jeté les bases d'un véritable droit des services d'intérêt général au sein de l'Union européenne. Peut-être pas un droit des services d'intérêt général équivalent à ce que certains voudraient intégrer dans un droit des services publics dans des pays à économie mixte, mais en tout cas, un droit des services d'intérêt général finalement assez équilibré au regard des contraintes d'une économie de marché.

Même si cela présente, il faut bien le dire aujourd'hui, un intérêt plutôt historique, il est bon d'en rappeler les contours.

L'article I-3 faisait de la cohésion économique, sociale et territoriale un objectif fondamental de l'Union européenne.

L'article I-5 imposait à l'Union de respecter l'autonomie locale et régionale.

L'article III-122 octroyait une base juridique claire afin d'élaborer une loi-cadre européenne sur les services d'intérêt général, tant en ce qui concerne leurs principes de fonctionnement que leurs modalités de financement.

De plus, la Charte des droits fondamentaux, intégrée dans la Constitution, stipule que l'Union reconnaît un droit d'accès aux services d'intérêt général, tel qu'il est prévu par les lois nationales et les pratiques, en conformité avec la Constitution, dans le but de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. Ce droit doit être respecté dans tous les domaines politiques de l'Union.

Enfin, le projet de Traité constitutionnel renforçait les dispositions relatives à la subsidiarité et à son contrôle par les parlements nationaux (Protocole n° 2), ce qui pouvait s'avérer particulièrement utile pour préserver les modalités de fonctionnement de certains services d'intérêt général qui varient considérablement d'un état membre à l'autre.

On sait ce qu'il est advenu de ce projet de Constitution.

Une reconnaissance encadrée

La Commission aime à dire qu'il n'est pas nécessaire de prendre des textes communautaires sur les services d'intérêt général, puisque ceux-ci relèvent de la compétence des Etats membres en application du principe de subsidiarité. Cette position, conceptuellement exacte, n'est pas dépourvue d'une assez grande hypocrisie.

Le droit communautaire traite en fait pleinement des services d'intérêt général, mais jamais spécifiquement. La construction du droit communautaire traite en fait pleinement des services d'intérêt général, chaque fois qu'il intervient dans les marchés des domaines sectoriels, dans le droit de la concurrence, ou dans la réglementation des aides. Il est utile d'aborder ces points pour bien mesurer l'encadrement communautaire des services d'intérêt général.

L'encadrement des marchés

Nul ne conteste le bien-fondé d'un droit européen des marchés, bâti depuis les années 1970. Mais ce droit des marchés constitue une forme d'encadrement des services d'intérêt général, puisqu'ils y sont soumis.

Depuis les différentes directives sur les marchés publics par paquets successifs, la directive 2004/17 et la directive 2004/18 constituent un effort de refonte des quatre directives qui régissaient préalablement les procédures de passation des marchés publics : services (92/50/CE), travaux (93/37), fournitures (93/36) et marchés spéciaux (93/38). Fondées sur la jurisprudence de la Cour de justice, ces nouvelles directives sont entrées en vigueur le jour de leur publication, soit le 30 avril 2004. Cependant, les Etats membres bénéficient d'une période de transition pour l'application des règles de la directive aux entités adjudicatrices opérant dans le secteur des services postaux.

La directive 2004/17 a trait aux procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Elle est donc spécifiquement dédiée aux services d'intérêt économique général organisés en réseaux. L'objectif de la directive est de réaliser une véritable ouverture du marché, même si l'exposé des motifs précise qu'il est également nécessaire de veiller, conformément à l'article 295 du Traité, à ne préjuger en rien

le régime de propriété dans les Etats membres. Elle apparaît comme une directive de pré et de pro-libéralisation dans la mesure où elle ne s'applique plus aux secteurs ayant fait l'objet d'une concurrence effective, à la fois en droit et en fait. Cette directive dite sectorielle ou spéciale perdra peu à peu sa raison d'être par le jeu d'un mécanisme de sortie progressive des activités suffisamment libéralisées pour être soumises à une concurrence effective.

Cependant, quelles que soient les dispositions spécifiques des directives, les règles fondamentales du Traité s'appliquent à tous les contrats de marché public : il en découle l'obligation de mettre en œuvre des procédures transparentes de publicité et de mise en concurrence (cf. CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-234/98, *Telaustria*; 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname*).

C'est le cas pour les marchés publics dont le montant estimé est inférieur aux seuils communautaires (cf. CJCE, 3 déc 2001, aff. C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard*).

C'est le cas des marchés non prioritaires. Ceux-ci ne sauraient méconnaître les règles fondamentales posées par les articles 12 CE (non-discrimination en raison de la nationalité) et 43 CE (liberté d'établissement) et 49 CE (libre prestation de services). Or la Cour déduit précisément de ces règles fondamentales, quand aucune disposition des directives marchés n'est applicable, des obligations procédurales. Celles-ci s'imposent donc, au regard du droit communautaire, pour tous les marchés, qu'ils entrent ou non dans le champ des directives, qu'ils soient soumis ou non à l'intégralité de leurs dispositions (cf. CJCE, 27 oct. 2003, aff. C-234/03, *Comese SA, Vivisol SRL, Oxigen Salud SA*).

Les directives sectorielles

Les directives sectorielles se sont attachées aux services qui relèvent de la catégorie des services d'intérêt économique général : les télécommunications, les services postaux, les transports, l'électricité, et le gaz ont été les cibles principales. Il n'est pas utile de les détailler ici.

Les débats ont été nombreux. Mais ces directives constituent aujourd'hui des acquis de la construction communautaire.

Mais cela ne signifie pas que ces directives sont indifférentes à la question.

► Les directives concernent des services d'intérêt économique général.

Les services d'intérêt économique général concernés doivent en respecter les dispositions, avec les contraintes que cela impose.

► La directive sectorielle est généralement considérée comme prévalant sur la directive générale, en cas de conflit de disposition. C'est un principe très généralement reconnu.

► Rien n'interdit le développement de nouvelles directives sectorielles, venant restreindre le champ des espaces de liberté des entités publiques.

L'affirmation générale du principe de concurrence

L'affirmation générale du principe de concurrence se manifeste de deux manières.

Un principe de portée générale

Le champ d'application de la directive sur les marchés est limité aux contrats à titre onéreux conclus par les entités adjudicatrices pour la réalisation de travaux, ou l'acquisition de services ou fournitures.

Il n'y a pas, sauf à la marge, d'encadrement des formes juridiques alternatives telles que les concessions ou les différentes formes de partenariat public-privé. Mais, en réalité, cet encadrement existe, de par les dispositions du Traité, et son interprétation par la Commission ou la Cour de justice.

Lorsqu'une autorité publique décide d'octroyer la gestion d'un service à un tiers, elle est tenue de respecter le droit des marchés publics et des concessions, même si ce service est considéré comme relevant de l'intérêt général. Tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers est à examiner à la lumière des règles et des principes découlant du Traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services (art. 43 et 49 du Traité CE). Dans ce cadre, un des modèles les plus connus, souvent dénommé «modèle concessif», se caractérise par le lien direct existant entre le partenaire privé et l'usager final : le partenaire privé fournit un service au public, à la place et sous le contrôle du partenaire public.

Il se caractérise également par le mode de rémunération du cocontractant qui consiste en des redevances perçues sur les usagers du service, le cas échéant complété par des subventions de la part des pouvoirs publics. Les décisions *Telaustria* (CJCE, 7 mars 2000, aff. C-234/98) et *Lohane* (CJCE, 11 juill. 2003, aff. C-231/03), ont posé des principes clairs en ce domaine.

De l'avis de la Commission, le régime qui découle des dispositions pertinentes du Traité peut être résumé en cinq obligations principales dans le chef des autorités adjudicatrices :

- Fixation des règles applicables à la sélection du partenaire privé ;
- Publicité préalable adéquate relative à l'intention d'octroyer une concession et aux règles présidant à la sélection ;
- Mise en concurrence réelle des opérateurs potentiellement intéressés ;
- Respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants tout au long de la procédure ;
- Attribution sur la base de critères objectifs et non discriminatoires.

La question du *in house*

Les dispositions relatives à la mise en compétition s'appliquent quel que soit l'attributaire. Elles visent en particulier les entreprises mixtes, à capital partiellement public.

En effet, le partenaire privé ne saurait profiter, selon la Commission, de sa position privilégiée pour se réserver certaines tâches sans mise en concurrence préalable. Faute d'être basée sur des critères clairs et objectifs, permettant au pouvoir adjudicateur de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, l'opération en capital violerait le droit des marchés publics et des concessions. L'application généralisée de ce principe trouve sa traduction dans la question du *in house*. La jurisprudence de la Cour a en effet conduit à une conception très restrictive du *in house*.

Dans l'affaire *Teckal* (aff. C-107/98, *Teckal SRL c/ commune de Viano*, JOLC47 du 19 févr. 2000), le conseil municipal de Viano (Italie) avait confié à l'AGAC, un groupement de communes qui avait pour mission de gérer les services de l'énergie et de l'environnement, la gestion du service de chauffage de certains bâtiments communaux, y compris les approvisionnements en com-

bustible sans organiser préalablement aucune procédure d'appel d'offres. L'AGAC jouissait de la personnalité juridique et était doté d'une autonomie de gestion. Teckal, une entreprise privée active dans le domaine des services de chauffage, avait attaqué cette décision devant le *Tribunale Amministrativo Regionale*, en faisant valoir que la commune aurait dû organiser des procédures de passation des marchés publics, conformément à l'article 1er, a) de la directive 93/36 du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures. Il ne pourrait en être autrement, dit la Cour, que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où celle-ci réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivité qui la détiennent.

L'arrêt *Stadt Halle* confirme et renforce cette interprétation. La Cour reconnaît qu'une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics.

Confirmant l'arrêt *Teckal*, la Cour reconnaît qu'il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent.

En revanche, l'arrêt *Stadt Halle* écarte de cette hypothèse la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause. Cette participation exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Reconnaissant que l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et qu'une telle procédure offrirait à cette entreprise privée un avantage par rapport à ses concurrents, la Cour conclut que les procédures de passation des marchés publics doivent toujours être appliquées dès lors que qu'un pouvoir adjudicateur à l'intention de conclure un contrat à titre onéreux avec une société juridiquement distincte de sa personne dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées.

Dans l'affaire *Coname c/ Comune di Cingia de Botti*, la municipalité de Cingia de Botti (Italie) a attribué directement le service d'entretien, de gestion et de surveillance du réseau de gaz méthane à Padania, une société à capitaux majoritairement publics, dirigée par la province de Crémone, dans laquelle se retrouvent la plupart des municipalités, dont Cingia de Botti. Le consortium privé Coname estimait cependant que l'attribution du contrat aurait dû se faire sur base d'un appel d'offres ouvert.

Dans son arrêt du 21 juillet 2005, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que les articles 43 et 49 CE s'opposent à l'attribution directe par une commune d'une concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz à une société à capitaux majoritairement publics si «cette attribution ne répond pas à des exigences de transparence qui, sans néces-

sairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un [autre] Etat membre (...) puisse être en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession».

Rappelant que l'attribution de concessions n'est «régie par aucune des directives par lesquelles le législateur communautaire a réglementé le domaine des marchés publics», la Cour précise «qu'en l'absence d'une telle réglementation, c'est à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le Traité que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions» (point 16). La Cour a écarté l'argument du gouvernement italien, pour qui la plupart des communes n'ont pas les moyens d'assurer, par des structures internes, des services publics, tels que celui de la distribution de gaz sur leur territoire, et se voient donc obligées de recourir à des structures dans le capital desquelles plusieurs communes ont des participations. Cet argument confirme la jurisprudence antérieure de la Cour (arrêts *Teckal*, *Stadt Halle*) quant à la notion de relation *in house*.

Une récente décision (*ANAV c/ Commune Di Bari*, 6 avr. 2006) a réaffirmé ce principe.

Pour la Commission, l'attribution directe, sans le recours à aucune forme de publicité et de mise en concurrence préalables, d'un marché public ou d'une concession n'est permis dans l'ordre communautaire que dans le cas où cette attribution s'inscrit dans les hypothèses dérogatoires prévues aux articles 45 et 46 du Traité (activités participant à la puissance publique et aux justifications fondées sur les motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique) ou dans le cadre des exceptions limitativement et strictement énumérées par les directives Marchés publics (cf. articles 2 ou 6 de la directive «classique»). La Commission estime en effet que les régies communales ne sont pas toutes qualifiables d'entités *in house* par rapport à leur commune fondatrice. Selon la Commission, la structure de coopération intercommunale n'est pas couverte par l'exception prévue par l'article 45 du Traité. Elle est d'avis que la jurisprudence de la Cour, et en particulier l'arrêt «Teckal», doit être interprétée de manière restrictive.

La Commission a lancé plusieurs procédures à l'encontre d'un nombre ciblé d'Etats membres, dont l'Allemagne et l'Italie, pour non respect de la législation européenne en matière de marchés publics.

Ainsi, plusieurs musées allemands auraient attribué des marchés publics de transport d'œuvres d'art à un nombre limité de sociétés spécialisées sans procédure de mise en concurrence. Puisque les montants concernés étaient inférieurs aux seuils des directives européennes, l'Allemagne a considéré que ces marchés ne devaient pas obligatoirement faire l'objet d'un appel d'offre ouvert. La Commission a contesté cette position en vertu des principes fondamentaux du marché intérieur.

La Cour de justice et la Commission se retrouvent donc dans une approche très stricte.

L'encadrement communautaire des aides

L'encadrement communautaire des aides constitue un autre mode d'encadrement du service d'intérêt général.

La position de la Cour de justice

Depuis plusieurs années, la problématique du financement public des services d'intérêt général (SIG) est devenue un sujet controversé, qui a connu de multiples rebondissements en droit com-

munautaire. Au-delà du débat purement juridique, se posent deux questions fondamentales. La première est politique; elle renvoie à la légitimité de l'intervention des pouvoirs publics dans la sphère économique au nom de l'intérêt général. La seconde est technique mais a des répercussions économiques importantes. Il s'agit de la sécurité juridique concernant les règles applicables au financement des services d'intérêt général et, plus précisément, l'application des règles relatives aux aides d'Etat.

Au cours des dix dernières années, deux approches se sont affrontées:

► **une approche «compensatoire»** qui voit dans le financement public non pas une aide mais une compensation appropriée pour les services fournis ou une compensation pour les coûts de fourniture de ces services,

► **et une approche «aide d'Etat»** selon laquelle ce financement constitue une aide d'Etat, susceptible, le cas échéant, d'être justifiée au titre de l'article 86, § 2 du Traité CE si les conditions dérogatoires sont remplies. Comme nous le verrons, les conséquences de cette qualification sont très importantes.

La Cour et la Commission ont longtemps hésité sur la voie à privilégier avant de s'accorder sur un compromis représenté par l'arrêt *Altmark*. Cette recherche d'équilibre s'est concrétisée à la suite de quatre mouvements successifs du balancier.

En 1995, la Commission choisit de privilégier une approche compensatoire pragmatique. Elle a vérifié que l'avantage de la Poste française, matérialisé par une réduction de l'assiette fiscale locale, ne profitait pas aux activités concurrentielles de l'entreprise. Elle a constaté l'absence de surcompensation en calculant que les surcoûts du service public répartis sur l'ensemble des activités de la Poste ne donnaient pas lieu à un transfert de ressources vers les activités concurrentielles de la Poste (décis. 8 févr. 1995, JOCE 262, 7 oct. 1995).

Dans une deuxième affaire *FFSA* (aff. T-106/95, 27 févr. 1997), le Tribunal de première instance des Communautés européennes va autoriser la mesure en inversant le raisonnement. Pour le Tribunal européen, il y a bien eu aide d'Etat dans l'affaire de la Poste française. Le versement d'une aide d'Etat est susceptible, en vertu de l'article 90, § 2, d'échapper à l'interdiction de l'article 92 du Traité, à condition que l'aide en question ne vise qu'à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission particulière incombant à l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt général.

Dans l'arrêt *Ferring* (aff. C-53/00), la Cour considère qu'au regard de l'article 87 du Traité CE, la mesure en question ne constituait une aide d'Etat que dans la mesure où l'avantage que les bénéficiaires tiraient de leur non assujettissement à ladite taxe excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale. «L'article 87, paragraphe 2, du Traité doit être interprété en ce sens qu'il couvre un avantage fiscal dont bénéficient des entreprises chargées de la gestion d'un service public telles que celles en cause, dans la mesure où cet avantage excède les surcoûts du service public».

La Cour a finalement arrêté sa position dans sa décision *Altmark Trans* du 24 juillet 2004 qui conditionne l'autorisation d'une compensation de service public au respect de quatre critères cumulatifs.

► **Incontestabilité des obligations de service public imposées à l'entreprise.**

Cette première condition fixée par la Cour a trait à la qualification de service d'intérêt général, alors que les trois dernières concernent le calcul de la compensation octroyée. L'entreprise doit être effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public, clairement définies par acte légal. Cette première condition fait l'unanimité et apparaît amplement justifiée.

► **Transparence des paramètres de calcul de la compensation.**

Les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis d'une manière objective et transparente. Cette exigence porte moins sur le montant de la compensation que sur les paramètres de calcul de celle-ci.

► **Caractère limité de la compensation à ce qui est nécessaire à l'exécution des obligations de service public (OSP).**

La troisième condition, qui doit être lue en liaison avec la quatrième, impose que la compensation ne doit pas dépasser les coûts correspondant aux obligations de service public.

► **Comparabilité des coûts des obligations de service public par rapport à une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée.**

La compensation n'est pas une aide si elle est déterminée dans le cadre d'une procédure de marchés publics.

De la réunion de ces quatre critères, il résulte que les compensations ne sont pas des aides d'Etat, et qu'en conséquence les dispositions des articles 87 et 88 du Traité CE ne sont pas applicables. Par contre, si ces critères ne sont pas tous réunis, les compensations sont des aides d'Etat au sens du Traité. A ce titre, elles doivent être notifiées préalablement à la Commission et approuvées par elle au risque de devoir être remboursées par leur bénéficiaire.

La réponse de la Commission: le paquet législatif Monti-Krøes

Pour répondre aux nombreuses questions laissées ouvertes par l'arrêt *Altmark* et en préciser les conséquences, la Commission a présenté une refonte du cadre réglementaire applicable aux compensations accordées par les Etats membres aux entreprises fournissant des services d'intérêt économique général sous la forme d'un train de mesures, connues sous le nom de «Paquet Monti-Krøes».

Le Paquet Monti-Krøes a été publié au *Journal officiel* de l'Union européenne du 29 novembre 2005 et comprend trois mesures dont l'objet est d'appliquer les stipulations de l'article 86-2 du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public, sans préjudice de la décision de la Commission. Il s'agit d'une directive de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive n° 86/723/CEE du 25 juin 1980 relative aux relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, et un encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public.

La décision du 28 novembre 2005 met en place un mécanisme d'exemption par catégorie à l'image de ce qui existe pour certaines catégories d'aides d'Etat horizontales au profit d'entreprises privées (Cons. UE regl. N° 994/98, 7 mai 1998, JOCE L 142, 14 mai 1998), mais permettant ici de considérer comme compatibles avec le marché commun des compensations «qui ne portent pas atteinte au développement des échanges et à la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté», en raison soit de la faiblesse de leur montant, soit de la limitation

de l'intensité de la concurrence dans le secteur considéré (hôpitaux, logement social).

Toutefois, l'Etat membre doit avoir défini par mandat la tâche d'intérêt général confiée à l'entreprise et la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts d'exécution. Lorsque ces conditions sont remplies, l'Etat est dispensé du respect de l'obligation de notification préalable à la Commission telle que prévue à l'article 88 du Traité CE, mais reste évidemment responsable des contrôles réglementaires sous réserve d'informations à la Commission.

Les compensations de service public ne remplissant pas ces conditions sont soumises à la loi commune du contrôle de compatibilité des aides. Mais elles font aussi l'objet d'un traitement classique dans le deuxième document du «Paquet SIEG», avec un encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public en date du 20 novembre 2005. Le texte définit les critères de compatibilité susceptibles de jouer à leur profit (preuve d'un réel service d'intérêt économique général, nécessité d'un acte de l'autorité publique précisant les obligations de service public et les modalités de compensation, etc.). Enfin, le dernier des documents du «Paquet SIEG» est la directive du 28 novembre 2005 complétant la directive de base du 25 juin 1980 sur les relations financières entre l'Etat et les entreprises publiques. Le nouveau texte oblige l'entreprise bénéficiaire de la compensation à tenir des comptes séparés quand elle exerce d'autres activités, dans un but évident de transparence.

Ce dispositif laisse une certaine place aux décisions nationales. Mais il confirme l'encadrement communautaire, et limite clairement la liberté laissée aux mécanismes de compensation et de neutralisation (V. la chronique de M. Karpenschif, Face au droit communautaire. Quel exercice pour le financement des services publics ?, RJP/CJEG n° 628, février 2006).

L'évolution du débat dans le secteur des services publics et du transport de voyageurs

► La proposition de directive sur les services: les conséquences de la nature économique ou non économique des services d'intérêt général

La proposition de directive *Service* a fait parler beaucoup d'elle à propos de la libre circulation et de la liberté d'établissement des prestataires de service quand bien même la directive ne concerne ni les aides d'Etat ni les marchés publics. Le débat se situe plutôt sur le caractère évolutif de la notion de «service». L'article 4-1 de la proposition dit que, par «service», il faut entendre «toute activité non salariée visée à l'article 50 du Traité consistant à fournir une prestation qui fait l'objet d'une contrepartie économique». Toute la question réside, bien entendu, dans le concept de contrepartie économique.

La Cour a dit pour droit dans son arrêt *Smits and Peerbooms* (C-157/99) que, dans le cas d'un institut technique faisant partie du système éducatif secondaire et dans celui d'une école supérieure financée majoritairement par les pouvoirs publics, le minerval ne constituait pas une contrepartie économique. En revanche, le ticket modérateur payé par le patient dans le cas d'une prestation médicale constitue bien une rémunération au sens du Traité.

La notion de service est donc extensive et les exceptions peu nombreuses. En rappelant que les services de transport d'urgence, les services de transport des malades, les *homes* pour personnes âgées, les services de soins à domicile... constituent des activités économiques au sens du Traité, la Commission limite fortement le champ des services d'intérêt général non économique (SIGNE).

La liste des services d'intérêt général non économique comprend notamment les services éducatifs, les services de sécurité sociale, les services de pension légale. Il en résulte que s'il y a une qualification économique du service, au sens de la jurisprudence, il doit y avoir sélection des entreprises qui fournissent ces services, publicité préalable et adjudication concurrentielle obligatoire.

Avec quels seuils? On le voit bien: même si la directive *Service* ne concerne pas les marchés publics en tant que tels, le fait d'étendre la qualification économique à toute une série de services d'intérêt général qui se situaient dans une «zone grise» - entre SIEG et SIGNE - risque d'entraîner une généralisation des procédures de marchés publics.

► La proposition de règlement relatif aux obligations de service public du transport de voyageurs par chemin de fer et par route: une piste prometteuse?

Le 20 juillet 2005, la Commission publiait la proposition révisée de règlement «OSP transport», qui voyait le jour après cinq années de gestation. Ce règlement est une pièce importante car il marque une arrêt - ou une pause - dans la constante remise en cause des modes de gestion des services publics locaux. L'article 5 de cette proposition (attribution des contrats de service public) constitue une avancée intéressante dans la mesure il module le recours à l'adjudication concurrentielle obligatoire.

En effet, il consacre le principe de libre administration des collectivités locales, leur reconnaissant le droit de choisir souverainement le mode de gestion de leurs transports collectifs. Les autorités locales ont le droit de gérer ou d'attribuer elles-mêmes directement des contrats de service public à un opérateur interne à condition que ceux-ci ne participent pas à des mises en concurrence organisées en dehors du territoire de l'autorité compétente. Les autorités compétentes peuvent décider d'attribuer directement des contrats de service public dont la valeur annuelle moyenne est estimée à moins d'un million d'euros ou qui ont pour objet la fourniture annuelle de moins de 300 000 km de services de transport. Elle garantit également le «principe de réciprocité» en interdisant à des régies directes (opérateurs internes) de concourir à des appels d'offres à l'extérieur de leur ressort territorial. Enfin, l'article 5, § 6 du nouveau règlement permet aux autorités compétentes d'attribuer directement (sans mise en concurrence préalable) des contrats de service public de transport régional ou de longue distance dans le domaine du chemin de fer.

C'est à l'aune de cette évolution qu'il convient de considérer les perspectives d'édiction d'une directive sur les services d'intérêt général.

Perspectives d'une directive sur les services d'intérêt général

Le rejet du projet de Traité constitutionnel par la France et les Pays-Bas n'a pas éteint, bien au contraire, le débat sur la nécessité d'une réglementation communautaire des services d'intérêt général.

Le contexte institutionnel est le suivant:

► Le Parlement européen, avec dix-huit mois de retard, a finalement mandaté fin 2005 sa Commission affaires économiques et monétaires pour préparer un avis sur le Livre blanc sur les ser-

vices d'intérêt général de la Commission européenne. Le rapporteur est Bernard Rapkay (Parti socialiste européen, Allemand).

► La Commission européenne a annoncé qu'elle attendrait l'adoption de l'avis du Parlement, envisagé pour juillet, avant de présenter une communication traitant de l'opportunité d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général.

► C'est dans ce contexte que le Parti socialiste européen a constitué un groupe d'experts afin de rédiger un projet de directive-cadre et par là même, démontrer la nécessité d'un tel instrument juridique.

Il en a récemment présenté le contenu à la Commission. Sans préjuger ce que sera le devenir potentiel de ce texte, il est bon de s'interroger sur ses bases et sur son contenu, comme sur tout contenu que pourrait avoir une directive en ce domaine.

La directive est-elle possible? Le problème des bases juridiques La Commission européenne paraît considérer qu'elle ne dispose pas des bases légales pour élaborer une directive sur les services d'intérêt général, surtout depuis le rejet du projet de Constitution. L'article 16 du Traité reconnaît la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union. Il précise le rôle qu'il joue dans la promotion et la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

L'article 2 du Traité pose comme principes fondamentaux de l'Union:

- un développement harmonieux, équilibré et durable de l'activité économique,
- un niveau d'emploi et de protection sociale élevé,
- un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques,
- un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement,
- le relèvement du niveau de la qualité de vie,
- la cohésion économique et sociale,
- la solidarité entre les membres.

La Déclaration n° 13, annexée au Traité d'Amsterdam, précise que l'article 16 du Traité doit être mis en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité des services.

L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose le principe du renforcement du droit de chacun à l'accès aux services d'intérêt économique général.

Il y a donc, à notre sens, suffisamment de bases juridiques pour définir une directive sur les services d'intérêt général. La Commission européenne, lorsqu'elle indique qu'elle ne perçoit pas sur quelles bases juridiques pourrait être définie une directive sur les services d'intérêt général, veut en fait plutôt dire qu'elle ne souhaite pas la publication d'une telle directive.

La directive est-elle nécessaire?

Nous avons vu, dans la seconde partie, que le champ des services d'intérêt général était progressivement encadré par les directives communautaires et la jurisprudence de la Cour de justice. Il faut bien comprendre, quoi que l'on pense de l'inspiration des membres de la Cour de justice que, comme tout magistrat, ils raisonnent en fonction du cadre juridique qui leur est assigné. Or le droit communautaire supérieur, en son état actuel, pose des principes forts pour tout ce qui relève du fonctionnement du marché intérieur et de la concurrence, et des principes faibles pour tout ce qui relève des services d'intérêt général.

L'édiction d'une directive consacrée aux services d'intérêt général aurait donc comme fondement de poser des principes qui pourraient asseoir la liberté des Etats en ce qui concerne la définition des règles internes relatives au service d'intérêt général et de servir de base aux positions que la Cour de justice sera amenée à prendre lorsqu'elle aura à statuer sur des questions relatives à la confrontation entre les décisions des autorités publiques et les principes du marché intérieur.

Ceci permet de répondre aux objections parfois présentées, de manière paradoxale, par les défenseurs des services publics qui indiquent qu'il ne faut pas publier de directive car, sur le fondement du principe de subsidiarité, les Etats membres peuvent organiser, comme ils l'entendent, la défense des services d'intérêt général. Il est exact que le droit européen ne s'intéresse aux services d'intérêt général que lorsqu'ils deviennent économiques. Or, en réalité, les méthodes de construction du droit communautaire et le caractère général et globalisant qui est affecté aux principes du marché intérieur et de la concurrence font que la liberté ouverte par le principe de subsidiarité est progressivement et régulièrement entamée par les interventions de la Cour de justice.

Une telle directive paraît donc utile et nécessaire, en tout cas, pour ceux qui pensent qu'il faut réserver un cadre juridique structuré à la décision publique en matière de services d'intérêt général.

Quel champ d'application : service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général ?

On a vu plus haut quelle était la définition des services d'intérêt économique général. Là encore deux thèses s'affrontent.

La première thèse consiste à ne traiter dans un projet de directive que des services d'intérêt économique général dans la mesure où, de par sa structure même, le droit communautaire ne s'applique pas aux services d'intérêt général, ceux-ci n'ayant vocation à concerner le droit communautaire que dans la mesure où ils concernent le marché et donc, ils deviennent des services d'intérêt économique général.

Cette thèse se défend. Mais il en est une autre qui consiste à prendre en considération le fait que d'une part, la Commission elle-même, dans son travail législatif, n'utilise pas systématiquement la notion de service d'intérêt économique pour s'attacher à toute prestation de service. La directive sur les services, la fameuse directive *Bolkestein*, n'aborde les services dans leur dimension économique que de façon allusive.

On peut considérer que, d'une certaine manière, elle tend à aborder les questions relatives au service dans la totalité de leur dimension, même s'ils ne sont pas strictement économiques.

De fait, la distinction entre service d'intérêt général et service d'intérêt économique général, la seconde catégorie étant en fait un sous-ensemble de la première, est profondément évolutive. Tous les services d'intérêt général ont une dimension économique car aucun n'est totalement situé hors marché. Tous les services d'intérêt général ont besoin de prestations extérieures pour fonctionner.

L'ouverture progressive à la concurrence d'activités qui en étaient exclues organise un transfert progressif des services d'intérêt non économique vers les services d'intérêt économique. Est-il bien raisonnable, dans ces conditions, de ne traiter que des services d'intérêt économique général et d'exclure les services qui ne sont pas économiques, sachant que l'on peut prendre le risque ainsi de voir les dispositions communautaires relatives aux services

d'intérêt général intervenir et ne plus organiser de protection puisque la directive ne porterait que sur les services d'intérêt économique général.

L'objectif d'un tel texte serait donc :

1) d'affirmer le statut du service public dans l'univers européen. C'est un objectif symbolique, mais important.

2) de clarifier les responsabilités entre le niveau communautaire et le niveau national.

Cela conduirait à :

► L'affirmation d'une responsabilité partagée : entre les Etats membres et la Communauté : quelle subsidiarité ? entre les différents instruments du droit communautaire : quelle articulation ?

► l'encadrement des compétences nationales : quant au mode de gestion : le choix entre le mode direct et le mode contractuel ; quant au mode de régulation : au nom de la transparence ; quant au mode de financement : assurer aux services publics des conditions économiquement viables.

3) de veiller au bon fonctionnement du service public :

► sur la base d'un régime commun d'obligations de service public (quels principes européens du service public ?)

► grâce à des modes transparents de financement (quelle unité dans la diversité des sources de financement ?).

Cela conduirait à privilégier une approche dynamique et évolutive du service public

► le service public au service du public : comment davantage intégrer les droits des usagers et consulter les acteurs du service public ?

► assurer un niveau élevé de qualité du service public : des enjeux économiques et institutionnels de normalisation

► construire une culture d'évaluation du service public : selon quels principes et avec quels instruments ?

Concrètement, ce texte viserait à :

► poser le principe général selon lequel tout recours au marché par les organisations de service d'intérêt général devrait se faire selon des règles de mise en compétition consacrant les principes de la Cour de justice, les principes des directives sur les marchés, et fondant la définition de principe communautaire applicable aux contrats de service public entendus comme les contrats de partenariat public-privé, les délégations de service public, les concessions ou toute autre forme de même nature.

► réserver la possibilité, pour les entités publiques, de pratiquer le *in house*, c'est-à-dire de faire fonctionner les services d'intérêt général avec les structures propres des entités publiques ou des structures intégrées, avec une définition du *in house* qui serait beaucoup plus souple que la définition de la Cour de justice puisque le seuil du *in house* serait fixé à 66%.

Ceci viserait à éviter la situation actuelle dans laquelle les collectivités actionnaires de sociétés d'économie mixte ou de structures équivalentes sont en fait soumises à une double degré de mise en

compétition : mise en compétition pour attribuer un contrat, quelle qu'en soit la nature, à une société d'économie mixte, mise en compétition des marchés de la société d'économie mixte, ce qui a créé une distorsion avec les entreprises privées.

En contrepartie, et comme cela se matérialise dans le règlement sur les entreprises de transport, les structures en *in house* sans mise en compétition ne seraient pas autorisées à se porter candidates à l'attribution de droits d'exploiter les services d'intérêt général de même nature en dehors du territoire de la structure qui porte le *in house*.

► poser les bases de l'accès de tous à des services essentiels considérés comme une sous-catégorie des services d'intérêt général, en complément de la définition d'un statut européen de fourniture du service public.

► fonder la participation des organisations syndicales et l'existence de mécanismes d'évaluation, comme principes forts d'organisation des services d'intérêt général.

A ce stade, ce texte n'est qu'une ébauche, qui devra encore être complété. Mais l'essentiel est que le débat soit engagé.

Pour quel usage ?

En effet, *in fine*, se poserait la question de savoir quel serait l'utilité ou l'usage d'une telle directive.

Cet usage est en fait double :

► donner au traité européen un rôle de reconnaissance des services d'intérêt général, de leur spécificité, de leur position nécessairement dérogatoire vis-à-vis du marché dans l'espace européen.

► fonder un droit permettant aux autorités en charge de l'organisation des services d'intérêt général de participer et de protéger leurs dispositifs organisationnels contre les incertitudes d'un droit, actuellement prétoire, dont les bases essentielles sont de privilégier le marché en toutes circonstances, tout en respectant les principes essentiels de la mise en compétition et de la libre concurrence.

*

* *

Au sein du Parlement européen, il n'existe pas de consensus total sur le principe d'une telle directive, même si la nécessité d'organiser le fonctionnement des services d'intérêt général sur une base juridique solide est un principe qui rencontre un certain assentiment. Le Parti populaire européen est très réservé sur le projet.

En fait, une telle directive n'a de chances réelles de voir le jour que si elle ne contrevient pas aux principes essentiels du droit communautaire et si elle n'est pas considérée comme étant un moyen, pour certains Etats, de préserver leurs monopoles publics ou leurs entreprises publiques.

C'est là que l'exercice devient effectivement délicat, mais il n'est pas pour autant impossible. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi ce qui était possible dans le cadre du Traité constitutionnel ne le serait plus maintenant que le Traité constitutionnel est renvoyé à des jours lointains.

En tout état de cause, il est clair que l'absence de cadre précis sur les services d'intérêt général laissera ceux-ci à la merci de décisions de la Cour de justice, qui ne peut, compte tenu des principes fondamentaux du droit communautaire, qu'aller dans le sens des règles de droit pré-éminentes, c'est-à-dire celles du marché intérieur et de la concurrence.