

Services publics et Union européenne : poser les véritables enjeux du débat

Pierre Bauby

Depuis que l'intégration européenne s'est saisie des services publics, il y a 30 ans cette année, on entend en France une série d'arguments ou d'analyses qui prétendent poser les termes du débat, mais en fait contribuent à l'obscurcir et développent une europhobie généralisée.

Sortir de ces caricatures est plus que jamais nécessaire pour parvenir à faire des services publics un des piliers de la société européenne de demain, comme ils l'ont été – et continuent pour l'essentiel à être – de chacun des pays européens.

Cela implique de clarifier une série d'affirmations qui « tournent en boucle » comme des évidences, alors qu'elles reposent sur des faits ou des interprétations mensongers.

. Le service public est une offre de service en monopole par une organisation publique

En fait, la notion de « service public » est à la fois beaucoup plus large et heureusement nettement plus riche.

Coexistent en effet en son sein deux conceptions :

- une conception organique qui assimile –et réduit - le service public à l'entité publique qui preste le service (est service public ce qui est activité d'une autorité publique ou d'un de ses démembrements) ;
- une conception fonctionnelle qui met l'accent sur les objectifs, finalités et missions que doit poursuivre le service public et le prestataire de service, tels que la garantie du droit à la santé, à l'éducation ou à l'accès à des services considérés par une autorité publique comme essentiels ; des rapports de solidarité économique, sociale, territoriale, temporelle, générationnelle ; des objectifs stratégiques de long terme de développement des sociétés, que l'on qualifie aujourd'hui de « développement durable ».

Ces deux conceptions peuvent se chevaucher ou se conjuguer, mais peuvent aussi être différenciées (une entreprise publique comme Renault n'a jamais eu de missions de service public, et beaucoup d'opérateurs de service public ont aussi des activités dans des domaines complètement concurrentiels).

Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre des conceptions, le monopole n'a jamais été une condition ni nécessaire, ni suffisante du service public. En dehors des activités strictement régaliennes (la sécurité intérieure et extérieure, la police et la justice), qui relèvent de ce que Max Weber a caractérisé comme « monopole de la violence légitime » des autorités publiques, tout service public peut être exercé dans des situations de monopole et de concurrence plus ou moins étendues (la SNCF a eu le monopole du transport ferroviaire, mais dans une situation marquée par une concurrence féroce entre le rail et la route ; EDF a eu le monopole de l'électricité, mais celle-ci était en concurrence avec les autres formes d'énergie, la délégation de service public combine mise en concurrence et monopole temporel, etc.).

Ce qui fait qu'un service est « public » relève de décisions « politiques » des autorités publiques, qui édictent, dans le champ de leurs compétences, qu'une activité ne peut pas relever des seules règles de marché ou du seul droit commun de la concurrence, car les polarisations – économiques, sociales, territoriales, générationnelles, temporelles, financières – auxquelles elles conduisent sont incompatibles avec la réponse aux besoins de chaque personne, de chaque groupe, de chaque collectivité. C'est la réponse aux besoins individuels et collectifs qui fonde le service public. C'est la réponse à l'évolution, quantitative comme qualitative, des besoins qui implique le principe de « mutabilité » du service public et de ses moyens.

. La notion de ‘service public à la française’ a été forgée dans le but de discréditer le service public

L’expression de « service public à la française » a émergé dans les années 1990 au moment où s’est enclenché le processus d’eupéanisation des services publics pour tenter d’édifier un rempart protecteur autour du village gaulois des grandes entreprises publiques françaises de service public (EDF, la SNCF, La Poste,...), présentées comme l’alpha et l’oméga de tout service public, qui ne pouvait être « euro-compatible » que s’il étendait son imperium à l’ensemble de l’Europe.

C’est cette prétention hégémonique portée par nombre d’acteurs français, publics, administratifs, sociaux, ce refus de prendre en compte que tous les pays européens avaient leurs « service publics » avec des termes, des formes, des conceptions, des modes d’organisation correspondant aux histoires, traditions, institutions et cultures de chacun des Etats, qui a isolé ceux qui ont prétendu être porteurs du « service public à la française » et l’ont discrédité.

. La délégation est une voie de mise en cause libérale du service public

La délégation de service public ou plus exactement la délégation de missions de service public est une des formes d’organisation et de gestion que le service public a prise en France, qui s’est développée bien antérieurement à la consécration du modèle de l’entreprise publique nationale de service public aux lendemains de la Seconde guerre mondiale.

Le service public délégué à des acteurs privés (qui peuvent être des entreprises privées, mais aussi des organisations de l’économie sociale ou coopérative) a pris dans l’histoire une large série de formes juridiques, allant de la concession à l’affermage, mais avec toujours un caractère essentiel, qui le distingue fortement des privatisations complètes du modèle Thatcher : l’autorité publique délégante reste propriétaires des infrastructures, dont seule la gestion est « déléguée ». Il est donc totalement abusif de parler ici de « privatisation ». C’est l’un des deux principaux modes de gestion des services publics et pas nécessairement une mise en cause libérale. Car l’autorité publique, outre la possession de l’infrastructure, peut avoir – si elle en a la volonté politique – la maîtrise complète du processus : la définition des objectifs, missions et obligations, la définition du cahier des charges, le choix du délégataire à l’issue de procédures concurrentielles, le contrôle régulier et complet de celui-ci.

En fait, les autorités publiques, aussi bien nationales et locales qu’eupéennes, ont – et doivent conserver – le libre choix du mode de gestion des services publics qu’elles définissent et organisent, ce qui implique la possibilité de réversibilité de ces choix, par exemple à l’issue des processus électoraux. Il n’y a pas de supériorité avérée et systématique d’un mode de gestion sur un autre, pas plus qu’il ne saurait y avoir en ce domaine de restriction au principe de libre administration des autorités publiques reconnue aussi bien par les traités de l’Union européenne que par le Conseil de l’Europe.

Et le changement de mode de gestion peut être un outil ou une incitation pour améliorer l’efficacité et l’efficacité du service public et de son prestataire.

. La Commission européenne édicte des directives à transcrire dans le droit de chaque Etat membre

La mise en cause systématique de la Commission européenne en matière de libéralisation des services publics est devenue le leitmotiv de tout débat sur l’eupéanisation des services publics.

En fait, cette présomption de culpabilité n’est que fort partielle. Le seul domaine pour lequel les traités donnent des pouvoirs – au demeurant exorbitants – autonomes de décision concerne l’application des « règles communes de concurrence », en particulier en matière d’« aides d’Etat » susceptibles de fausser la concurrence (Art 106-3 TFUE, cf. ci-dessous). Si la Commission l’a encore utilisé lors de l’adoption du « paquet Almunia » en 2012, ce pouvoir a essentiellement été utilisé depuis 30 ans

comme pression sur le Conseil pour qu'il aboutisse à des décisions mettant en œuvre l'eupéanisation des services publics.

En dehors de ces « exceptions », le mode normal de prise de décision de l'Union européenne, pour tout ce qui a concerné les services publics, est ce que le traité de Lisbonne appelle la « procédure législative ordinaire » dans laquelle la Commission européenne a le monopole des propositions, qui font l'objet ensuite d'une « co-décision » du Conseil (des ministres des Etats membres) et du Parlement européen avec de réelles incitations à trouver entre eux des compromis.

Rien n'est plus faux que de mettre sur le compte de la seule Commission des responsabilités qui relèvent en particulier de tous – et de chacun – des Etats membres. La libéralisation des services publics est une décision collective de l'Union européenne.

. La Commission européenne a une perception des textes des traités qui en restreint à la fois l'étendue d'application et la portée juridique

Il est clair que la Commission européenne – dont il faut rappeler qu'elle est « gardienne des traités » et qui a le monopole des initiatives législatives - ne s'empresse pas à mettre en œuvre les nouvelles dispositions pourtant essentielles du traité de Lisbonne en matière de services publics (cf. ci-dessous).

Même s'il existe depuis le vent libéral des années 1980 une suspicion générale à l'égard de tout ce qui est « public », les services publics et plus généralement l'action publique, il est erroné de prendre la Commission européenne comme un bloc figé dont toutes les directions et composantes seraient porteurs d'un ultra-libéralisme à la mode des années 1980 et 1990. Et toutes les décisions qu'elle prend sont susceptibles de recours devant la Cour de justice de l'Union européenne.

. Les SIEG sont le détournement de la notion de service public

L'expression « Services d'intérêt économique général » a été inventée par les rédacteurs du traité de Rome en 1957, à un moment de l'histoire européenne qui n'était pas marqué par les thèses ultra-libérales. C'était tout simplement l'invention d'un langage pouvant être commun à des pays ayant des langues, ainsi que des traditions juridiques et politiques différentes, préalable à tout processus d'eupéanisation et a fortiori de construction d'une conception commune, mettant le primat sur la conception fonctionnelle du service public, donc sur ses finalités : l'intérêt général.

. L'article 106 TFUE : la concurrence est la règle, l'exception doit être justifiée... Les interventions des entreprises hors de la concurrence ne peuvent être que dérogatoires

Mais, c'est tout le contraire ! Examinons précisément le contenu de l'article 90 du traité de Rome de 1957, devenu aujourd'hui, sans changer de contenu, article 106 TFUE¹.

L'alinéa 1. est essentiellement consacré aux entreprises publiques, pour stipuler qu'elles doivent respecter les règles communes de concurrence et ne pas disposer d'avantages par rapport à leurs concurrents.

¹ Article 106 TFUE

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

L'alinéa 2. concerne les « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général » (SIEG). Elles doivent elles aussi respecter les « règles du traité, en particulier les règles de concurrence ». Mais c'est pour ajouter que ces règles ne s'appliquent aux SIEG que dans les « limites où leur application en droit ou en fait ne fait pas obstacle à la mission particulière qui leur est impartie ». La Commission européenne elle-même a reconnu que l'article 106-2 établit le primat de la « mission particulière » sur les « règles du traité, en particulier les règles de concurrence », à condition d'exprimer clairement quelle est la « mission particulière » (principe de transparence) et de mettre en œuvre les moyens adaptés (principe de proportionnalité). Et cette analyse avait été avancée à partir de 1975 par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (cf. Annexe), précisant ainsi que l'article 106.2 « fixe un régime particulier en faveur des entreprises chargées de la gestion de SIEG » (arrêt du 18 juin 1975, affaire 94/74). L'article 106-2 offre toute la flexibilité nécessaire...

L'erreur fondamentale faisant des SIEG des exceptions et non des dérogations légitimes a été faite par les élites françaises dans les années 1990, considérant l'article 90 comme une « machine de guerre » contre les services publics (cf. la Rapport du Conseil d'Etat de 1994) au lieu d'en déployer toutes les potentialités.

Quant à l'alinéa 3., il donne à la Commission européenne des pouvoirs exceptionnels pour décider et légiférer en matière d'application des dispositions des 2 alinéas précédents (cf. ci-dessus).

. La compensation d'obligations de service public est un confinement des interventions publiques

Même si le contrôle strict des modes de financement des services publics par la Commission européenne a pu être considéré comme une mise en cause essentielle, il n'en demeure pas moins que l'adéquation entre d'un côté les objectifs et les missions et de l'autre les moyens mis en œuvre est un principe vertueux, tant l'argent public est celui de tous les habitants et implique une gestion exemplaire. De même le confinement des moyens publics à l'accomplissement des missions et non pour avoir des pratiques expansionnistes ou prédatrices sur les marchés relève d'un principe de responsabilité.

. C'est la forme la plus frontale de remise en cause des services publics dont la construction économique reposait sur la péréquation entre des secteurs rentables et non rentables

Même si tous les services publics ont reposé sur l'existence de ce que les économistes appellent des « subventions croisées » entre zones inégalement rentables (électricité ou postes en France) ou entre secteurs (dans les Stadtwerke en Allemagne), il est fortement exagéré de considérer que le fait de clarifier ces financements au lieu de les laisser dans une « boîte noire » n'est en aucune manière une remise en cause du service public. La transparence n'est pas un obstacle, mais doit être une condition même d'un service public rénové.

. L'ouverture à la concurrence n'a eu d'effets bénéfiques, au demeurant modestes, que pour les services téléphoniques. La privatisation a plutôt été un facteur de hausse des prix du gaz et de l'électricité

En fait les comparaisons entre pays aux histoires, situations de géographie physique et humaine, traditions et institutions différentes n'a la plus souvent aucun sens. On ne peut comparer que ce qui est comparable...

Si l'on peut tenter d'étudier les changements pour le même secteur et les mêmes zones d'activités, il est très délicat d'apprécier leurs causes et de disséquer ce qui relève de mutations technologiques, de l'évolution des besoins, des conséquences des changements de cadres réglementaires, de l'intensité de la concurrence ou des ententes entre opérateurs.

Prétendre que globalement la politique européenne de libéralisation a été en elle-même et par elle-même source de changements positifs ou négatifs est un leurre.

Conclusion

Avec le traité de Lisbonne, le droit européen des services publics représente un acquis, que l'on peut ainsi résumer :

1. Les Etats membres (les autorités nationales, régionales et locales) ont la compétence générale pour définir, « fournir, faire exécuter et organiser » les SIG, ainsi que de financer les SIEG.
2. Les institutions européennes ont la même compétence pour des services européens qui s'avèrent nécessaires à l'accomplissement des objectifs de l'UE.
3. Pour les services non économiques, les règles du marché intérieur et de la concurrence ne s'appliquent pas ; ils ne relèvent que des seuls principes généraux de l'UE (transparence, non-discrimination, égalité de traitement, proportionnalité).
4. Pour les services d'intérêt économique général, les autorités publiques doivent clairement définir leur « mission particulière » (principe de transparence).
5. Sur cette base, elles peuvent définir les moyens adaptés au bon accomplissement de la « mission particulière » (principe de proportionnalité), y compris, s'ils s'avèrent nécessaires et proportionnés, des aides et subventions, des droits exclusifs ou spéciaux.
6. Les Etats membres ont le libre choix des modes de gestion : interne, « in house », délégué, etc.
7. Ces définitions doivent clairement établir des normes de « qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs » (cf. ci-dessous « des valeurs communes »).
8. Les règles de concurrence et de marché intérieur ne s'appliquent que si elles ne font pas obstacle, en droit ou en fait, à l'accomplissement de leur mission particulière. Le développement des échanges ne doit cependant pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'UE.
9. Les Etats membres ont la liberté de choix du type de propriété des entreprises (principe de neutralité).
10. Dans tous les cas, il peut exister des abus relevant d'une « erreur manifeste », que la Commission peut soulever, sous le contrôle de la CJUE.

Ces acquis fondent une conception européenne des services publics qui présente de larges marges de manœuvre, à condition d'avoir la volonté politique de les mettre en œuvre.

Annexe : quelques jugements des années 1974-1993 de la CJUE concernant l'article 90-2 (106-2 TFUE)

La Cour de justice a montré dans l'affaire 127/73 (arrêt du 30 janvier 1974) que cet article « permet, dans certaines circonstances, une dérogation aux règles du traité » ; selon la Cour, « une entreprise qui invoque les dispositions de l'article 90(2), pour se prévaloir d'une dérogation aux règles du traité » doit avoir « été effectivement chargée par l'Etat membre de la gestion d'un SIEG ».

Dans un arrêt du 18 juin 1975 (affaire 94/74), la Cour affirme que « le traité comporte, en plus des règles de concurrence applicables aux entreprises, (...), un ensemble diversifié de dispositions relatives aux atteintes portées au fonctionnement normal du régime de la concurrence par l'action des Etats », dont « l'article 90, dans la mesure où il fixe un régime particulier en faveur des entreprises chargées de la gestion de SIEG (...), des articles 92 à 94, concernant le régime des aides publiques ».

Dans un arrêt du 3 février 1977 (affaire 52/76) la Cour affirme que la distinction entre « une entreprise publique, au sens du premier paragraphe de l'article 90 du traité, ou une entreprise chargée de la gestion de SIEG, au sens du deuxième paragraphe de cet article (...) est essentielle pour apprécier dans quelle mesure les règles de concurrence du traité sont applicables. »

Dans son jugement du 6 juillet 1982 (affaires jointes 188-190/80), la Cour affirme que « l'article 90 ne concerne que les entreprises pour le comportement desquelles les Etats doivent assumer une responsabilité particulière en

raison de l'influence qu'ils peuvent exercer sur ce comportement. Cet article souligne que lesdites entreprises, *sous réserve des précisions apportées par son paragraphe 2*, sont soumises à l'ensemble des règles du traité ; il enjoint aux Etats membres de respecter ces règles dans leurs rapports avec ces entreprises et il impose à la Commission un devoir de vigilance à cet égard qui, en tant que besoin, peut être exercé par l'adoption de directives et de décisions adressées aux Etats membres ». En fin, dit la Cour, « la raison pour laquelle les dispositions de l'article 90 ont été insérées dans le traité est justement l'influence que les pouvoirs publics peuvent exercer sur les décisions commerciales des entreprises publiques. »

L'arrêt du 18 juin 1991 dans l'affaire C-260/89 (re) précise que « selon l'article 90, paragraphe 2, du traité, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général restent soumises aux règles de concurrence tant qu'il n'est pas démontré que l'application de ces règles est incompatible avec l'exercice de leur mission particulière »

Dans l'arrêt du 19 mai 1993 dans l'affaire C-320/91 (Corbeau) la Cour précise « que l'article 90, paragraphe 1, prévoit que les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire notamment aux règles du traité en matière de concurrence. Cette disposition doit être lue en combinaison avec celle du paragraphe 2 du même article qui prévoit que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises 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. Cette dernière disposition permet ainsi aux Etats membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs. (...) En conséquence, il s'agit d'examiner dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l'exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables. »