



Pierre Bauby  
Françoise Castex

# (Re)légitimer l'action publique en Europe

# (Re)légitimer l'action publique en Europe

Pierre Bauby  
Françoise Castex

## AVERTISSEMENT

La mission de la Fondation Jean-Jaurès est de faire vivre le débat public et de concourir ainsi à la rénovation de la pensée socialiste. Elle publie donc les analyses et les propositions dont l'intérêt du thème, l'originalité de la problématique ou la qualité de l'argumentation contribuent à atteindre cet objectif, sans pour autant nécessairement reprendre à son compte chacune d'entre elles.

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	5
<b>On ne fait pas boire un âne qui n'a pas soif</b> .....	13
De libéralisations en dénis démocratiques .....	19
Un goût d'inachevé : l'Acte pour le marché unique II (Single Market Act) .....	28
Des effets pervers : les entraves à la liberté d'action des autorités locales .....	40
Des espoirs déçus : les directives marchés publics et concessions .....	54
<b>Le défi démocratique</b> .....	65
Remettre la concurrence à sa place .....	66
Sortir du double déni démocratique .....	78
Quels moyens d'action pour les autorités locales ? .....	85
Vers une plateforme européenne de l'action publique .....	91

## INTRODUCTION

Entre les services publics et l'Union européenne, une attente persiste.

Au mieux ils sont les oubliés de la construction européenne, au pire l'Union européenne est tenue pour responsable de leur privatisation et de leur affaiblissement. Déclinés en SIG (services d'intérêt général), SIEG (services d'intérêt économique général), SSIG (services sociaux d'intérêt général), SNEIG (services non économiques d'intérêt général), leur place dans le débat politique européen est diluée et insaisissable.

Enseignant et chercheur en sciences politiques, **Pierre Bauby** est spécialiste des services publics et de l'action publique en Europe et est l'auteur de plusieurs ouvrages ([www.actionpublique.eu](http://www.actionpublique.eu)). Il co-préside l'Observatoire de l'action publique de la Fondation Jean-Jaurès.

Députée européenne depuis 2004, **Françoise Castex** préside l'Intergroupe « Services publics » du Parlement européen, qu'elle a initié en 2010. Elle co-préside l'Observatoire de l'action publique de la Fondation Jean-Jaurès.

En 2010, nous avons publié un essai intitulé *Europe : une nouvelle chance pour le service public*<sup>1</sup>. Sous ce titre optimiste, nous analysions les points d'appui que le nouveau traité de Lisbonne apportait pour la sécurisation juridique des services publics dans l'Union européenne, notamment par son article 14, qui donne au Parlement européen, en codécision avec le Conseil, une nouvelle compétence : celle de définir les principes et de fixer les conditions, notamment économiques et financières, qui permettent aux SIEG d'accomplir leurs missions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres de fournir, faire exécuter et financer ces services.

Dans le même temps, au début de la mandature 2009-2014 du Parlement européen, se créait un Intergroupe services publics (IGSP), présidé par Françoise Castex et dans lequel Pierre Bauby a apporté son expertise.

---

<sup>1</sup> Pierre Bauby, Françoise Castex, *Europe : une nouvelle chance pour le service public !*, Fondation Jean-Jaurès, coll. « Les Essais », 2010.

Cet IGSP a connu dès le début et tout au long de la mandature un grand succès. Il a rassemblé, une dizaine de fois par an, des députés européens et plus d'une centaine d'organisations parties prenantes, représentant des collectivités, des élus, des syndicats, des associations, des entreprises délégataires de services publics. L'Intergroupe a travaillé en trois langues (français, anglais et allemand) et a rassemblé principalement des acteurs français, allemands, autrichiens, belges et espagnols.

Son ambition a été de contribuer au débat, de clarifier les concepts et le cadre juridique des SIEG, mais aussi d'avancer des propositions et de peser dans le travail parlementaire.

L'objectif a été largement tenu. À plusieurs reprises, les commissaires européens concernés sont venus dialoguer avec les parties prenantes : le commissaire Andor (Emploi, Affaires sociales et Inclusion), le commissaire Barnier (Marché intérieur et Services), le commissaire Almunia (Concurrence). Le « paquet Almunia » relatif aux règles

sur les aides d'État a été largement travaillé au sein de l'IGSP, tout comme l'a été la directive sur l'attribution de contrats de concession.

Force est toutefois de constater que notre optimisme de 2010 s'est un peu érodé au contact de la réalité politique de la Commission européenne présidée par José Manuel Barroso.

La principale leçon que nous tirons de ce travail est que la véritable responsabilité d'une non-reconnaissance des services publics ne se situe pas, comme on pourrait naïvement le croire, auprès du commissaire au Marché intérieur et aux Services mais auprès du commissaire à la Concurrence.

L'autre constat que nous faisons est que, au-delà de la question des services publics, c'est fondamentalement la question de l'intervention publique qui est mise en cause. En effet, la problématique des aides d'État, c'est-à-dire du financement public quel que soit le niveau territorial

concerné, constitue la question centrale. Cela a une incidence directe sur la responsabilité politique des autorités publiques concernées par ces financements (États, régions, communes, etc.) et pose un réel problème de démocratie.

Ce que nous avons perdu en optimisme, nous l'avons gagné en précision dans nos propositions. Elles s'appuient désormais sur les convergences transnationales que nous avons pu construire à partir du travail de l'Intergroupe services publics, notamment avec nos partenaires allemands.

### *Les acquis de l'Intergroupe services publics*

#### **Traité de Lisbonne**

L'IGSP considère que le traité de Lisbonne constitue une base juridique nécessaire mais non suffisante. Il laisse trop de place à l'interprétation et donc à l'insécurité juridique.

#### **Principes et conditions de fonctionnement des services publics**

Ils sont énoncés dans le traité, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans le protocole

n° 26 du traité de Lisbonne. L'IGSP fixe comme priorités l'égalité d'accès aux services publics, la légitimité démocratique des services, la continuité des services nécessaire aux citoyens. Il souhaite qu'elles fassent l'objet de législations concrètes.

### **Règles de financement**

L'IGSP estime que la réglementation en matière d'aides d'État doit être simplifiée et adaptée en fonction des spécificités des prestataires de services de l'économie sociale et solidaire, notamment pour les services sociaux.

### **Légitimation de la délégation de services publics**

L'IGSP demande une clarification de la notion de mandatement. Les règles de mandatement doivent être aisément applicables par les autorités publiques organisatrices. L'IGSP rappelle que les services sociaux ont été exclus du champ d'application de la directive services<sup>2</sup> et qu'une sécurité juridique renforcée est indispensable dans ce domaine.

2. Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dite « directive Bolkestein », du nom de l'ancien commissaire néerlandais au Marché intérieur et à la Fiscalité.

### **(Re)penser les services publics de l'UE 2020**

Les services publics en Europe représentent 26 % du PIB de l'Union européenne, emploient plus de 64 millions de personnes, concernent 500 000 entreprises au service de 500 millions d'Européens et contribuent à de nombreuses missions d'intérêt général, y compris économiques.

- Les services publics ne sont pas des services comme les autres, car ils sont l'instrument de la mise en œuvre du contrat social et constituent un élément majeur de l'économie sociale de marché.
- Les services publics sont à la fois au cœur du modèle de société et constituent l'une des finalités de la construction de l'Union européenne que nous voulons.
- Nombre de services publics mettent en œuvre les droits fondamentaux définis par la Charte. L'enjeu aujourd'hui est de vérifier que tous les droits sont effectifs.
- Les politiques budgétaires ne doivent pas fragiliser le financement des services publics. Ces derniers jouent un rôle déterminant dans la sortie de crise économique, ils permettent de créer des emplois de qualité et non délocalisables.

- Il paraît nécessaire de faire un bilan des politiques passées dans le secteur des services de réseaux publics et d'évaluer les effets des libéralisations.
- L'IGSP considère comme une priorité la mise en place de consultations régulières des citoyens-usagers.
- L'IGSP souhaite engager une réflexion sur la mise en place de services publics européens dans des secteurs clés tels que les infrastructures ferroviaires et le réseau énergétique.

Ces points constituent le socle des réflexions conduites et partagées au sein de l'Intergroupe services publics. Ils constituent aussi le *background* politique de l'analyse que nous présentons ici. C'est dire qu'il ne s'agit pas d'une réflexion franco-française. Elle est partagée par d'autres États membres, et nous continuons à l'enrichir au sein de l'Observatoire de l'action publique de la Fondation Jean-Jaurès, que nous dirigeons conjointement.

## **ON NE FAIT PAS BOIRE UN ÂNE QUI N'A PAS SOIF**

José Manuel Barroso avait promis en septembre 2009, lors des auditions devant le Parlement européen, qu'il proposerait une directive sur les services d'intérêt économique général (SIEG). Certes, il ne nous avait pas vraiment convaincus, et les socialistes français n'ont pas voté pour lui. Les faits nous ont donné raison.

Le second mandat de José Manuel Barroso est une succession d'occasions manquées. La Commission européenne est loin d'avoir utilisé toutes les opportunités qui se sont présentées pour faire avancer certains projets cruciaux pour une Union européenne censée promouvoir une économie sociale de marché susceptible de la réconcilier avec les citoyens. Plus que jamais, l'Union européenne se trouve surtout enfermée dans le principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre. Pour l'actuelle majorité, le mot social sert parfois à faire de beaux discours mais ne constitue en aucune manière une orientation politique.



## *La Commission européenne : le poids de l'idéologie libérale*

La Commission européenne est souvent perçue par les citoyens comme la superstructure technocratique toute puissante de l'Union européenne. Du point de vue du pouvoir législatif, il n'en est rien puisque – dans la grande majorité des cas – le Parlement et le Conseil partagent ce pouvoir<sup>3</sup>. Cependant, la Commission dispose du monopole<sup>4</sup> de l'initiative législative et réglementaire, ce qui constitue un pouvoir considérable lorsque l'on sait qu'elle n'est pas directement responsable devant les citoyens européens.

3. Sauf en matière de services publics au regard de la concurrence, comme nous le verrons par la suite.

4. Ce monopole connaît des exceptions. Ainsi, dans les domaines de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière, l'initiative peut également provenir d'un quart des États membres (art. 76 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE). Dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), le droit d'initiative appartient aux États membres ainsi qu'au haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, seul ou avec le soutien de la Commission (art. 30 du traité sur l'Union européenne, TUE). Par ailleurs, depuis le traité de Lisbonne, il existe un droit d'initiative citoyenne qui permet à un million de ressortissants de l'Union européenne venant d'un nombre significatif d'États membres de soumettre à la Commission une proposition législative. Cependant, garante de l'intérêt communautaire, cette dernière reste le filtre et c'est à elle qu'appartient le choix de transformer cette initiative citoyenne en proposition officielle de règlement ou de directive.

Il faut distinguer l'organe politique qu'est le collège des commissaires, désignés par les gouvernements nationaux, et donc aujourd'hui majoritairement de droite, des services de la Commission. Ce sont des fonctionnaires européens ou des fonctionnaires des États membres détachés à la Commission. Leur statut de fonctionnaire devrait garantir leur neutralité politique, mais ils constituent un corps dans lequel dominant depuis les années 1980 les références au marché, à la concurrence, à l'idéologie économique libérale.

Il faut rappeler à quel point la Commission joue un rôle crucial dans le système institutionnel de l'Union européenne. Celui-ci est bâti sur une singularité voulue par Jean Monnet afin de ménager les susceptibilités des États membres.

À ces derniers, a pensé le père fondateur, l'apanage de la décision : c'est au sein du Conseil de l'Union, composé des représentants des gouvernements nationaux, que la décision est prise, c'est-à-dire que l'acte est adopté. Pour Jean Monnet cependant, cette prise de décision intergouverne-

mentale appelle un double encadrement supranational : en amont, avec l'initiative législative et en aval, avec son exécution. Tant l'initiative que l'exécution doivent dès lors être confiées à un organe collégial indépendant des États, un organe censé défendre l'intérêt général communautaire.

Ce schéma est demeuré depuis le progrès démocratique que constitue le renforcement des pouvoirs du Parlement européen, qui, désormais, co-légifère avec le Conseil dans la plupart des domaines de compétence de l'Union. La Commission conserve le monopole de l'initiative des actes législatifs de l'Union qui traduisent en droit une direction politique.

Il se peut que ce modèle ait été pertinent au commencement, quand l'Union européenne se construisait sur un consensus entre démocratie chrétienne et social-démocratie. Quand la Commission était présidée par des personnalités telles que Jacques Delors, qui incarnait ce consensus. Le dernier des « pères fondateurs », comme ses prédécesseurs, était transcendé par le projet européen, par l'intérêt géné-

ral de l'Europe ou plutôt par un intérêt supérieur, une idéalisation synonyme de paix.

Aujourd'hui, « l'intérêt communautaire » porté par la Commission est loin d'être consensuel et il n'est pas partagé par les citoyens européens. L'illusion que la Commission et ses fonctionnaires seraient politiquement neutres ne tient pas face à l'analyse des faits. La Commission, depuis de nombreuses années, est profondément marquée par l'idéologie libérale.

L'arrivée du Parlement européen dans le jeu institutionnel, notamment lors de l'actuelle mandature 2009-2014, bouscule l'illusion qu'il existerait un intérêt supérieur consensuel de l'Union européenne. L'orientation devient un sujet de débat, de clivage. La politique a fait irruption dans l'Union européenne et elle s'exprime notamment dans le jeu interinstitutionnel.

De ce point de vue, les élections européennes de mai 2014 marqueront un tournant historique puisque la désignation

du président de la Commission devrait respecter le résultat politique de ces élections, selon le souhait du Parlement européen.

### *Une Commission avare d'initiatives législatives*

De 2009 à 2014, on constate que, alors même que le traité fournit les instruments juridiques pertinents, la Commission a agi avec parcimonie normative, si ce n'est avec pusillanimité législative. Dans cette première partie, nous verrons qu'elle s'entête ainsi dans son refus de mettre en œuvre l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), base juridique pourtant introduite dans le traité pour permettre l'adoption d'un cadre législatif pour les services d'intérêt économique général (chapitre 1). Lorsqu'elle se décide à donner un sens politique à son action, elle ne traduit pas ses actes en droit comme le montre le goût d'inachevé laissé par l'Acte pour le marché unique ou « Single Market Act » (chapitre 2). On doit cependant reconnaître que la Commission a avancé avec le « paquet Altmark », même si des effets pervers apparaissent

avec des entraves à la liberté d'action des collectivités (chapitre 3). En revanche, les espoirs sont déçus en ce qui concerne la commande publique (chapitre 4).

### *De libéralisations en dénis démocratiques*

Longtemps le service public a été ignoré par les traités qui ont régi les Communautés européennes. Le traité de Rome évoquait les services d'intérêt économique général en n'imposant pas une vision du service public plutôt qu'une autre. Il a fallu attendre les années 1990 pour que le concept de services d'intérêt économique général (SIEG) prenne une consistance juridique. C'est l'âge d'or libéral à la Commission. Karel Van Miert succède au thatchérien Leon Brittan à la tête de la puissante direction générale de la concurrence (DG IV). L'objectif politique est clair : réaliser le marché intérieur, donc éliminer les obstacles aux échanges, ce qui va amener à libéraliser, à ouvrir à la concurrence les services publics de réseaux et à mettre en cause leurs finalités. C'est l'époque où se construit la libéralisation des services publics comme stratégie

d'eupéanisation, sans que le traité offre réellement d'autre option. La seule alternative aurait été de fusionner les services publics de réseaux nationaux dans de grands réseaux de services publics européens, mais personne n'en a voulu.

### *Reconnaître les obligations de service public*

Les fonctionnaires de la DG IV, que certains avaient surnommés les « ayatollahs du libéralisme », s'attaquent aux monopoles nationaux avec l'arme de l'abus de position dominante. Une entreprise publique chargée d'un monopole postal, énergétique ou ferroviaire est par nature en position dominante sur le marché ; mais voilà, pour la Commission, c'est pire, car du fait de ce seul monopole une telle entreprise abuse automatiquement (on parle de théorie de l'abus automatique) de cette position dominante. Or, l'abus de position dominante, conçu à l'origine dans le but de limiter le pouvoir des entreprises sur le marché, est interdit par le traité. Les années 1990 sont ainsi marquées par un vent libéral qui souffle sur les services publics de réseaux : les directives se succèdent

afin d'ouvrir progressivement à la concurrence les secteurs de la poste, de l'énergie, des télécommunications. Il faut se souvenir que cette ouverture à la concurrence devait provoquer une baisse des prix et profiter aux consommateurs...

C'est alors que l'on prend – enfin ! – conscience de la nécessité de préserver des obligations de service public dans un environnement concurrentiel. La Cour de justice, dans les arrêts « Corbeau » de 1993 sur la poste en Belgique ou « Commune d'Almelo » de 1994 sur l'électricité aux Pays-Bas, vient au secours de ces obligations en mobilisant les services d'intérêt économique général évoqués par le traité. En France, on dirait des services publics industriels et commerciaux, même si juridiquement, comme nous le verrons, c'est plus compliqué que cela. Et le traité ne permet-il pas de déroger aux règles de concurrence dans la mesure où cela serait nécessaire à l'accomplissement de la mission de service d'intérêt économique général ? En effet, le paragraphe 2 de l'article 106 du TFUE, dont la formulation n'a pas changé depuis 1957,

dispose que : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] 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.<sup>5</sup> »

Une étape de la reconnaissance des services publics au rang qui doit être le leur a été l'article 16 du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, adopté en 1997, qui reconnaît les services d'intérêt économique général « parmi les valeurs communes de l'Union » et le « rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale ». La disposition est cependant demeurée au stade de simple déclaration de principe.

---

5. « Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *Journal officiel de l'Union européenne*, 30 mars 2010 (en ligne : [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:fr:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:fr:PDF)).

C'est finalement le traité de Lisbonne qui franchit le Rubicon juridique, ainsi l'article 14 du TFUE se compose de deux phrases. La première indique :

Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières (c'est nous qui soulignons), qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

### *Reconnaître la spécificité des services publics ?*

En apparence, le traité de Lisbonne n'a donc pas modifié l'ex-article 16 du traité instituant la Communauté européenne (TCE) puisqu'il s'est agi d'ajouter uniquement les conditions « notamment économiques et financières ».

En revanche, la seconde phrase de l'article 14 est totalement nouvelle, elle prévoit :

Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.

L'avancée est remarquable, car cela signifie que, désormais, nous disposons d'une base juridique sur le fondement de laquelle l'Union peut réglementer les services d'intérêt économique général. L'ajout relatif aux conditions « notamment économiques et financières » à la première phrase prend dès lors tout son sens. En effet, ce n'est pas tant la reconnaissance de missions de service d'intérêt économique général que le financement des obligations de service public que la concurrence met en cause. Grâce à l'article 14, un cadre juridique de ce financement, gage de pérennité et d'efficacité des services publics, devient possible.

Il est important de souligner les deux avancées majeures que constituent ces ajouts. D'abord, avec la prise en compte des conditions d'accomplissement des missions – notamment économiques et financières – des SIEG, on n'est plus seulement dans le domaine des « valeurs » mais dans la prise en compte de la réalité triviale du financement ; surtout, l'article 14 place l'organisation et le financement des SIEG dans le champ potentiel de la codécision.

Encore faut-il que la Commission ait la volonté politique de proposer un cadre juridique. Soit le courage politique lui fait singulièrement défaut, soit l'idéologie est plus forte que le droit. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, la Commission n'a jamais présenté une seule proposition de règlement fondée sur l'article 14. C'est d'autant plus regrettable que cette disposition prévoit le recours à la procédure législative ordinaire dans laquelle le Parlement européen légifère sur un pied d'égalité avec le Conseil. Une question aussi fondamentale que les services publics – érigés au rang de valeurs communes de l'Union par le traité – ne mérite-t-elle pas que les détenteurs de la

légitimité directe du suffrage universel en Europe – le Parlement et le Conseil en codécision – se prononcent sur leur encadrement juridique ? Comment expliquer cette frilosité de la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'initiative ? On constate un décalage entre le discours politique tenu par José Manuel Barroso, qui, en début de mandat, prenait l'engagement de légiférer sur la base de l'article 14, et la pratique technocratique retenue par ses services, qui, en cours de mandat, avancent une argumentation juridiquement possible, mais politiquement inadmissible.

### *L'alpha et l'oméga du droit de la concurrence*

Selon la version officielle avancée par Joaquín Almunia, l'article 14 doit être interprété en ce sens qu'il ne peut faire échec aux règles de concurrence. Cette lecture se fonde sur l'assertion selon laquelle il s'applique « sans préjudice » des articles 106 et 107. Pour la direction générale de la concurrence, « sans préjudice » signifierait que les règles de concurrence s'appliquent aux services d'intérêt économique général quand bien même le législateur de l'Union

aurait adopté un règlement sur le fondement de l'article 14. On ne voit pas très bien quel pourrait être l'intérêt d'une législation sur les SIEG, notamment sur leurs conditions économiques et financières, qui ne traiterait pas de la question de la concurrence. L'interprétation retenue par les services de la Commission revient à donner un blanc-seing à la concurrence, donc au marché, contre la volonté démocratique exprimée par le législateur de l'Union ! L'argument ne tient donc pas. L'explication des atermoiements de la Commission est peut-être moins avouable, car, à y regarder de plus près, d'autres directions générales, à l'instar des services de Michel Barnier, étaient favorables à une mise en œuvre de l'article 14. Mais la Commission est un collège de commissaires dans lequel les décisions ne sont adoptées et les dossiers n'avancent que si un certain consensus règne entre les directions générales et les commissaires. Dans l'équilibre politico-administratif, c'est souvent la DG IV qui emporte la mise, ce qui n'est pas innocent. C'est là l'une des manifestations institutionnelles du poids du paradigme de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre !

## ***Un goût d'inachevé : l'Acte pour le marché unique II (Single Market Act)***

Marché commun, marché unique, marché intérieur. La polysémie trouble le citoyen européen. Ce qui est sûr, c'est qu'il y a un marché, que celui-ci est pris comme postulat, fondement et stratégie de la construction européenne. On a bien compris la méthode Schuman, dite fonctionnaliste : ce sont des solidarités de fait qui font l'Europe, et non une construction d'ensemble. On part de l'économie pour arriver au politique. Avec cette méthode, le marché n'est donc qu'un moyen, un instrument, un outil au service du politique.

Dès l'origine, cela avait été compris. Pierre Pescatore, parmi les plus éminents juristes européens, juge à la Cour de justice de 1967 à 1985, avait écrit, dès 1962, que le marché commun est un espace dans lequel les obstacles aux échanges sont levés ; mais, pour lever ces obstacles, deux moyens existent et, loin de s'exclure, ils se complètent. Le marché commun, ce sont les libertés de circulation, ce

sont les règles de concurrence : soit, puisqu'il faut supprimer les obstacles existants par une intégration dite négative. Mais le marché commun, ce sont aussi des règles communes, car il faut créer un cadre commun pour régir les échanges dans la Communauté et parce que tous les obstacles aux échanges sont loin d'être illégitimes, qu'il s'agisse de protéger la santé publique mise à mal par une logique productiviste ou de collecter l'impôt nécessaire pour financer les services publics. Aussi le marché commun induit-il également une intégration positive : l'adoption de règles harmonisées, le rapprochement des législations nationales afin de partager une conception commune de l'intérêt général. En fait, les deux aspects sont indissociables : on n'abolit pas les règles antérieures élaborées dans le cadre de chaque construction nationale, on les abolit pour les remplacer dans le même mouvement par certaines règles communes, lorsque, conformément au principe de subsidiarité, celles-ci présentent une « valeur ajoutée ».



Quand, en 1985, Jacques Delors présente son « Livre blanc<sup>6</sup> », il vend un rêve aux Européens, celui de l'« objectif 92 », selon lequel, le 31 décembre 1992 au plus tard, les frontières entre les États de la Communauté seraient abolies. Trois cent dix mesures sont ainsi égrenées par ce Livre blanc, dont la nature est essentiellement économique puisqu'il s'agit de favoriser la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et – c'est là que la méthode fonctionnaliste produit ses effets – des personnes. Il faut donc supprimer toute barrière quelle que soit sa nature, juridique, technique, fiscale, par l'intégration négative, par l'intégration positive. Mais nous sommes en 1985, la Communauté européenne est encore économique et le Livre blanc aboutira au traité de l'Acte unique européen en 1986<sup>7</sup>. Le miracle politique, qui vira au désenchantement à bien des égards, viendra de Maastricht en 1992.

---

6. Le 14 juin 1985, Jacques Delors transmet au Conseil un projet d'accord sur l'achèvement du marché intérieur. Ce « Livre blanc », présenté par la Commission, est approuvé par le Conseil européen de Milan des 28 et 29 juin 1985.

7. Signé à Luxembourg le 17 février 1986 par neuf États membres et le 28 février par le Danemark, l'Italie et la Grèce, l'Acte unique européen est la première modification de grande portée du traité instituant la Communauté économique européenne (CEE). Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1987.

Ce n'est guère un hasard si l'Union n'a pas fait son *coming out* constitutionnel : le projet de Constitution européenne restait trop marqué par la dimension économique, le marché, la concurrence et le libéralisme.

Et s'il faut se résoudre à ce que l'Union soit un marché intérieur, c'est-à-dire un espace sans frontières intérieures où circulent librement des marchandises, des services, des capitaux et, surtout, des personnes, qu'il nous soit dès lors permis de défendre le politique et le social en complément du marché. Il ne s'agit pas ici uniquement de pallier les défaillances du marché, comme le discours de la Commission le fait traditionnellement entendre. Le politique et le social ne sont pas des palliatifs. Il faut concilier, combiner, articuler, le marché avec le politique et le social ; autrement dit, tout n'est pas réductible à une logique marchande, car derrière le politique et le social c'est l'humain que l'on défend. Dès lors, nous devons être attentifs à la moindre brèche du marché par laquelle le discours politique et social l'irrigue d'humanité. C'est, pensons-nous, la gageure que doit relever tout projet politique de

l'Union. La législature 2009-2014 nous laisse à cet égard un goût d'inachevé.

### *Le rapport Monti*

En octobre 2009, José Manuel Barroso confie à Mario Monti, universitaire chevronné, ancien commissaire européen et futur président du Conseil italien, l'établissement d'un rapport sur le marché unique. Le 9 mai 2010, jour du soixantième anniversaire de la déclaration Schuman, fondatrice de la méthode fonctionnaliste, Mario Monti rend un rapport à l'intitulé prometteur : *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes*. L'épigraphe éveille le goût de l'Europe que nous aimons à construire. Le rapport débute par une citation du Belge Paul-Henri Spaak :

Tous ceux qui ont essayé de régler les problèmes économiques que posait le traité de Rome en oubliant le côté politique de la chose sont allés à un échec et aussi longtemps qu'on examinera [ces] problèmes uniquement sur le plan économique et sans penser à la politique, je le crains, nous irons à des échecs répétés<sup>8</sup>.

Le moment est-il venu de redonner au politique le primat qui doit être le sien face au marché ? Dans son troisième chapitre au titre évocateur, « Édifier un consensus sur le renforcement du marché unique », Monti fustige la « pomme de discorde permanente dans le débat public européen » constituée par « la place des services publics dans le marché unique ». On y lit également des recommandations censées promouvoir une « économie sociale de marché ». Parmi celles-ci, on trouve par exemple la présentation, « sur la base de l'article 14 [du] TFUE, [d']une proposition de règlement garantissant que tous les citoyens ont droit à un certain nombre de services bancaires de base », l'extension du service universel, sur le même fondement, en matière de communications électroniques. Figure également la volonté de « repenser la politique des marchés publics pour la simplifier, la rendre plus efficace et moins onéreuse pour les autorités nationales et locales », et de « mettre les marchés publics au service de l'innovation, de la croissance verte et de l'inclusion sociale ».

8. Paul-Henri Spaak, « Discours à la Chambre des Représentants », 14 juin 1961.

## Le « paquet Barnier »

Le rapport Monti n'est pas resté lettre morte. En octobre 2010, le commissaire Barnier fait une annonce qui se veut tonitruante : l'Acte pour le marché unique<sup>9</sup> (ou Single Market Act). Dans une communication datée d'avril 2011, la Commission présente ainsi « Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance<sup>10</sup> ». Pour actionner ces douze leviers, cinquante mesures sont prévues dont l'un des objectifs est de faire du marché unique une « source de progrès social » qui « profite aux consommateurs, aux travailleurs et aux PME ». Dans la proposition n° 25, la Commission s'engage à lancer un ensemble d'actions pour améliorer les services publics et les infrastructures d'intérêt général. Dans la proposition n° 29, elle entend veiller à ce que le droit de mener des actions

9. « Vers un acte pour le marché unique, pour une économie sociale de marché hautement compétitive, 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 27 octobre 2010

(en ligne : [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0608:FIN:FR:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0608:FIN:FR:PDF)).

10. « L'Acte pour le marché unique, douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 13 avril 2011 (en ligne : [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011DCo206:FR:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011DCo206:FR:NOT)).

collectives soit pris en compte. Trois propositions<sup>11</sup> sont consacrées aux « nouveaux moyens pour l'économie sociale de marché », dont une initiative pour l'entrepreneuriat social et une évolution des statuts juridiques des fondations, coopératives, mutuelles, etc.

À cette initiative, l'Intergroupe services publics du Parlement européen<sup>12</sup> réagit avec un certain enthousiasme : l'Acte pour le marché unique suscite un espoir d'autant plus fort que le cabinet de Michel Barnier se couvre de l'étiquette « économie sociale de marché ». Le vent a tourné, la Commission ne serait plus l'apôtre du dogme du marché. L'espoir est bien celui que l'économie sociale et solidaire soit pleinement reconnue dans l'Union, celui qu'une coloration bien plus sociale et environnementale soit donnée à la législation de l'Union. Malheureusement,

11. Il s'agit des propositions numérotées de 36 à 38.

12. Présidé depuis sa création, en janvier 2010, par Françoise Castex, l'Intergroupe services publics du Parlement européen a pour but d'élaborer des propositions concrètes afin de promouvoir et de sécuriser les services publics de qualité en Europe. Il réunit tous les mois plus d'une centaine de participants (représentants de pouvoirs locaux, syndicats, lobbyistes) sur des sujets tels que le « paquet Monti-Kroes », les concessions, la directive services et les marchés publics.

l'étincelle d'espoir suscitée par l'Acte pour le marché unique n'a pas enflammé l'Europe libérale.

### *Les douze travaux du commissaire Barnier*

Qu'est-il advenu des douze travaux de Michel Barnier ? Assurément, ils n'ont pas produit l'effet escompté. L'économie sociale et solidaire est à peine plus reconnue en fin de législature qu'elle ne l'était au début. Pour s'en convaincre, il suffit de lire la communication de la Commission « L'Acte pour le marché unique II<sup>13</sup> » d'octobre 2012. On y trouve quelques avancées, la Commission a par exemple présenté une législation sur le statut de la fondation européenne, mais rien n'a été fait sur celui de l'association européenne alors que le Parlement a adopté une déclaration écrite en juin 2011. Les services d'intérêt général ont disparu : ils sont tout simplement éludés.

---

13. « L'Acte pour le marché unique II, ensemble pour une nouvelle croissance », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 3 octobre 2012 (en ligne : [ec.europa.eu/internal\\_market/smact/docs/single-market-act2\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act2_fr.pdf)).

Pendant ce temps, les règles adoptées sous les précédentes Commissions continuent de produire leurs effets voire, pire, produisent des effets pernicieux que l'on n'avait pas soupçonnés. On pense tout particulièrement à la directive relative aux services dans le marché intérieur, ou « directive Bolkestein » – du nom du commissaire qui l'avait proposée –, qui a tant été dénoncée au moment du référendum sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>14</sup>. Certes, la réécriture de la directive figure parmi les grandes victoires du Parlement dans l'histoire de la construction européenne. Elle n'en produit pas moins aujourd'hui deux séries d'effets pervers.

Les députés européens avaient obtenu que soit supprimé de la directive le principe du pays d'origine. Selon ce principe, un opérateur établi dans un pays A peut s'établir également dans un pays B pour exercer son activité professionnelle. Cependant, il doit en principe respecter la

---

14. Pour rappel, ce référendum a eu lieu le 29 mai 2005.

loi du pays B. Avec le principe du pays d'origine, on change de paradigme : l'opérateur en question n'a plus besoin de respecter la loi du pays B, il suffit qu'il soit en conformité avec la loi du pays A. Et, bien entendu, la loi en question est aussi bien sociale, fiscale, qu'environnementale... Le risque est donc celui d'un dumping social, fiscal, environnemental... L'opérateur peut choisir son pays d'établissement selon une pure logique de compétitivité marchande, il met donc les États et leurs législations en concurrence. À quoi avons-nous assisté en pratique avec la directive relative aux services dans le marché intérieur ? La récente crise des abattoirs l'a montré : bien que supprimé dans sa formulation explicite, le principe du pays d'origine demeure implicitement induit par la directive.

Cette directive a joué le rôle d'une bombe à retardement. Adoptée en 2006, elle devait être transposée en droit national en 2009 au plus tard. En France, le gouvernement Fillon a délibérément fait le choix politique d'une transposition fragmentée pour ne pas « effrayer l'opinion

publique » ; c'est-à-dire qu'on a agi de façon cachée, le législateur n'ayant pas adopté une loi générale de transposition de la directive. La décision a été prise de modifier loi par loi et décret par décret chaque disposition concernée par la directive. C'est ainsi que la législation et la réglementation de toute une série d'activités professionnelles se sont trouvées modifiées par la directive, sans que la logique sous-jacente soit montrée. La volonté est pourtant claire : libéraliser sans sécuriser. Le sentiment est bien celui d'une insécurité fomentée par cette directive, insécurité particulièrement ressentie par les élus locaux. On pense ainsi à la licence d'entrepreneur de spectacles, qui a semé le trouble dans les associations culturelles. On a surtout à l'esprit l'exclusion des services sociaux de la directive. *A priori*, la règle est claire, elle ne s'applique pas à ces services, mais c'est une fausse logique d'exclusion, car il suffit de jouer sur les mots. On l'a vu avec le débat sur l'inclusion dans le champ de la directive des établissements d'accueil des jeunes enfants. Les effets de la directive services ne s'épuisent pas dans la transposition puisque cette directive est invoquée devant le Conseil

d'État pour contester toute forme de réglementation à effet économique.

### ***Des effets pervers : les entraves à la liberté d'action des autorités locales***

Les mots de l'Union en révèlent souvent les maux. La rhétorique de l'entrave en est une illustration. Il est toujours question de l'entrave au marché, à la libre concurrence, à la libre circulation. Jamais n'est évoquée l'entrave que constitue l'Union à la liberté des collectivités locales. Selon le préambule du traité de Lisbonne, l'Union européenne vise à créer « une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité ». Mais voilà que le traité vient entraver la liberté d'action politique des autorités locales et régionales dans l'Union. Pour être plus précis, ce sont les règles relatives aux aides d'État que nous dénonçons à cause de leur effet négatif sur les services publics gérés par les collectivités territoriales. Au

cours de la législature 2009-2014, l'Intergroupe services publics s'est attelé au grand chantier du « paquet Almunia ». Quelques rappels s'imposent avant de regretter la frilosité de la Commission.

### ***Aides d'État ou compensations de missions de services publics ?***

Selon l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), les aides d'État sont interdites. Elles peuvent cependant être autorisées dans des cas mentionnés par le traité, sous le contrôle de la Commission européenne, qui en vérifie la compatibilité avec le marché intérieur. Pour permettre ce contrôle, l'État ou la collectivité territoriale a l'obligation de notifier à la Commission les projets d'aides d'État. Toute aide non notifiée est illégale et le juge national doit alors en ordonner la récupération si elle a été versée. Le problème réside dans la définition d'une « aide d'État ». Une aide, c'est toute forme de concours versé par une collectivité publique sur fonds publics à une entreprise. En droit communautaire, on retient une acception particulièrement large de

l'entreprise puisqu'il s'agit de toute entité, quel que soit son statut, qui offre des biens et des services sur un marché. Par exemple, une association qui propose du soutien scolaire ou qui gère un centre de loisirs peut être considérée comme une entreprise. Cette lecture extensive de la notion d'aide d'État fait que, à la fin des années 1990, la Commission a cherché à contrôler le financement des obligations de service public. L'arrêt *Altmark* rendu par la Cour de justice en 2003 est venu rétablir le sens du service public face à la logique de la concurrence. Non, dit la Cour de justice, le financement des obligations de service public n'est pas une aide d'État. C'est une compensation d'obligations de service public, ainsi lorsqu'un opérateur prend en charge la gestion d'un service public, cela engendre des coûts qu'il appartient à la collectivité de compenser. Tout cela n'a donc rien à voir avec la concurrence : la compensation d'obligations de service public ne vient pas « fausser la concurrence », elle est en dehors du champ du droit de la concurrence.

### *L'arrêt et le « paquet » Altmark*

L'arrêt *Altmark*, rendu dans le domaine des transports par autobus dans une ville allemande, pose cependant des conditions à remplir pour que le financement d'obligations de service public soit considéré comme une compensation et ne soit donc pas qualifié d'aide d'État. Ce sont les quatre critères *Altmark*, sur lesquels on a beaucoup glosé, mais dont l'esprit consiste bien à promouvoir le service public.

Le premier critère est le mandatement : il faut un acte officiel par lequel la collectivité publique a effectivement chargé l'opérateur de l'exécution d'obligations de service public clairement définies. Le deuxième critère vise à garantir que la compensation est calculée selon des paramètres préalablement établis de façon objective et transparente. Le troisième critère signifie que la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, étant précisé que l'opérateur peut dégager un bénéfice dit raisonnable. Le deuxième et le troisième critère prennent donc en considération le fait

que le service public a un coût. Il s'agit de l'évaluer, pour s'assurer que la collectivité compense uniquement ce coût et ne finance pas d'autres activités ou les profits d'une entreprise. Le quatrième critère précise que le choix de l'opérateur chargé de l'exécution des obligations de service public peut être effectué soit dans le cadre d'une procédure de marchés publics, soit, dans le cas où une telle procédure n'a pas été mise en œuvre, en calculant le niveau de la compensation sur la base d'une analyse des coûts qu'aurait encourus une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de satisfaire les exigences de service public. Ce quatrième critère s'avère en pratique le plus pernicieux. En effet, les collectivités locales se trouvent confrontées à une alternative : soit elles passent un marché public pour désigner l'opérateur, soit elles identifient le niveau de la compensation en fonction du standard de l'« entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée ».

Ces quatre critères sont cumulatifs. Lorsqu'ils sont remplis, la compensation des obligations de service public n'est

pas considérée comme une aide d'État. Si toutefois l'un des critères au moins n'est pas rempli, tout n'est pas perdu. La Commission a en effet adopté en 2005 un ensemble de textes désigné comme « paquet Altmark ». Dans ce paquet, on trouve surtout une décision qui exempte l'État de notifier un projet d'aide(s) versée(s) par des collectivités territoriales pour financer des obligations de service public. Cela signifie qu'une collectivité peut financer un opérateur parce qu'il prend en charge des obligations de service public sans attendre que le gouvernement notifie à la Commission le projet et que celle-ci autorise l'aide. La décision pose à cet effet des conditions. La collectivité doit adopter un acte de mandatement par lequel elle confie à un opérateur l'exécution d'obligations de service public qui doivent être clairement définies. Leur compensation de ces obligations doit être calculée selon des critères précis et une éventuelle surcompensation limitée à 10 % du coût du service public.



### *Le « paquet Almunia »*

Une première version de la décision, que l'on a pris l'habitude de désigner comme faisant partie du « paquet Monti-Kroes », a donc été adoptée en 2005. Une deuxième version devait être adoptée en 2011.

L'Intergroupe services publics s'est attelé à la tâche et a travaillé longuement avec les services de la direction générale de la concurrence. Le commissaire Joaquín Almunia lui-même a été invité à deux reprises dans des réunions de l'Intergroupe. Nous devons le remercier d'avoir pris du temps pour dialoguer avec la centaine de représentants des parties prenantes des services publics locaux qui composent l'Intergroupe.

Il faut une législation des SIEG pour sécuriser le financement des services publics. Si l'on ne peut qu'accueillir favorablement la logique compensatoire retenue par la Cour de justice dans son arrêt *Altmark*, force est de constater que, par la suite, la jurisprudence s'est égarée, allant jusqu'à se contredire. L'occasion devait donc être

saisie avec la négociation du nouveau « paquet *Altmark* » de revenir sur l'essentiel. Le paquet dit « *Almunia* » finalement adopté le 20 décembre 2011 ne permet que des avancées en demi-teinte. Nous l'avons dit, mais nous ne le répéterons jamais assez, l'article 14 du TFUE aurait dû être utilisé ! Il faut insister : la compensation d'obligations de service public est en dehors des règles de concurrence.

L'article 106, paragraphe 3 produit un effet pervers : il permet à la Commission de dépolitiser le débat, de ravalier les SIEG au rang de question technique. Pour s'en convaincre, il suffit de lire la décision 2012/21/UE du « paquet *Almunia* ». Le « bénéficiaire raisonnable », par exemple, est ainsi défini :

le taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le service d'intérêt économique général pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque. Le taux de rendement du capital est défini comme le taux de rendement interne que l'entreprise obtient sur son capital investi pendant

la durée du mandat. Le niveau de risque dépend du secteur concerné, du type de service et des caractéristiques de la compensation [étant entendu qu'] un taux de rendement du capital qui ne dépasse pas le taux de swap applicable majoré d'une prime de 100 points de base est considéré comme raisonnable en tout état de cause. Le taux de swap applicable est celui dont la maturité et la monnaie correspondent à la durée et à la monnaie du mandat. Lorsque l'accomplissement du service d'intérêt économique général n'est pas lié à un risque commercial ou contractuel important, en particulier lorsque le coût net occasionné par la prestation du service d'intérêt économique général est, pour l'essentiel, intégralement compensé *a posteriori*, le bénéfice raisonnable ne saurait dépasser le taux de swap applicable majoré d'une prime de 100 points de base<sup>15</sup>.

---

15. Décision 2012/21/UE de la Commission, du 20 décembre 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *Journal officiel de l'Union européenne*, 11 janvier 2012 article 5, paragraphes 5 et 7, p. 6  
(en ligne : eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:007:0003:0010:FR:PDF).

### *Les services publics et l'économie sociale et solidaire sacrifiés à la concurrence*

L'utilisation d'un tel jargon pourrait prêter à sourire, mais elle n'est pas innocente. C'est le moyen sémantique de rendre technique la question éminemment politique du service public. Pour les collectivités locales comme pour les opérateurs de l'économie sociale et solidaire, cela a des conséquences concrètes. Confrontés à une telle définition, ces acteurs sont quelque peu perdus et, par conséquent, la technocratie prend l'ascendant sur le politique au niveau local. Ce sont donc les services techniques qui prennent en charge la question du financement du service public. Et, comme c'est trop complexe, autant tout simplement passer un marché public, comme le prévoit l'arrêt Altmark. Les services « commande publique » des collectivités sont bien rompus à l'exercice ; passer des marchés, ils savent faire. Sauf que se trouve ainsi dénaturé l'esprit même du service public ! L'effet le plus pernicieux est assurément ressenti par les associations qui initient des projets financés par des subventions des collectivités : projets culturels,

d'insertion sociale, d'éducation populaire... Or, la logique du subventionnement est bien distincte de celle du marché public. Lorsqu'il y a subvention, c'est l'association qui propose le projet et qui l'exécute. La collectivité ne fait que le financer dans le respect de la liberté qui fait tout le charme et l'intérêt de la vie associative, catalyseur de l'innovation et du lien social. Mais la subvention risque de constituer une aide d'État. Des entreprises qui opèrent sur le marché peuvent alors contester la subvention. Une association perçoit par exemple une subvention pour une action de soutien scolaire. Une société de cours particuliers s'estime lésée, allègue qu'il y a aide d'État. Pour éviter des contentieux, la collectivité va donc décider de passer un marché. Il est probable que l'entreprise, plus rompue à l'exercice que l'association, l'emporte. On pense aussi à la formation des personnes détenues. Des associations interviennent en prison, mais avec le développement des grands contrats de type partenariat public-privé, de grosses sociétés de travaux publics font une offre groupée et totale comprenant la formation.

À ces difficultés concrètes, la décision du « paquet Almunia » n'apporte pas de véritable solution. Rien n'est dit d'abord sur ce qu'il faut entendre par services d'intérêt économique général (SIEG), pour lesquels il n'existe toujours pas de définition claire ! C'est pourquoi nous militons pour une législation qui les identifie clairement. C'est important parce qu'est ainsi nettement tracée la frontière entre service public et marché : s'il y a SIEG, on n'est pas dans la logique concurrentielle de marché. La décision *Altmark* ne procède pas ainsi. Elle dresse une liste de secteurs exclus des règles aides d'État. Il y a une avancée dans la mesure où la décision vise les « compensations octroyées pour des services répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables<sup>16</sup> ». La spécificité des services sociaux est donc reconnue. Mais la Commission retient une logique sectorielle d'exclusion. Or, l'effet pervers de

---

16. *Ibid.*, article 21. c. p. 5.

cette méthode consiste à entretenir une insécurité du fait de divergences d'interprétation. Par exemple, par « garde d'enfants », peut-on entendre la gestion des centres de loisirs périscolaires ?

L'autre avancée en demi-teinte du « paquet Almunia » a été l'adoption en 2012 d'un règlement d'exemption de *minimis* pour les SIEG. Derrière les termes techniques, la logique est simple : tout financement d'un SIEG inférieur à 500 000 euros ne constitue pas une aide d'État et ne pose pas de problème de concurrence. C'est très bien sur le principe, mais c'est un leurre, car 500 000 euros, c'est le plafond de l'ensemble des subventions perçues par opérateur sur trois ans. Il suffit de penser aux associations d'éducation populaire qui gèrent des centres de loisirs, 500 000 euros, cela ne couvre même pas la charge salariale !

En bref, tout changer pour ne rien changer. Le paradigme demeure la concurrence et le marché, alors qu'il faudrait affirmer une fois pour toutes que les acteurs de l'économie

sociale et solidaire, parce qu'ils ne poursuivent pas un but lucratif, sont en dehors du champ de la concurrence. Le financement de l'économie sociale et solidaire ne devrait alors en aucun cas être considéré comme une entrave à la concurrence. En demeurant inchangé, le droit de la concurrence produit une lourdeur administrative et une insécurité juridique qui entravent l'action des élus. Et ce, paradoxalement, en violation du traité, car l'article 14 et le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général l'affirment clairement : les valeurs communes portées par le SIEG comprennent la reconnaissance du « rôle essentiel<sup>17</sup> » et du « large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ». Pouvoir discrétionnaire, le pouvoir de faire un choix pour et dans l'intérêt général, un choix politique. Que reste-t-il du pouvoir discrétionnaire ? Une peau de

17. Protocole n°26 sur les services d'intérêt général, *Journal officiel de l'Union européenne*, 30 mars 2010 (en ligne : [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:o083:0201:0328:FR:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:o083:0201:0328:FR:PDF)).

chagrin, un service public politiquement asséché et sacrifié sur l'autel du paradigme du marché.

### ***Des espoirs déçus : les directives marchés publics et concessions***

Dans l'Acte pour le marché unique (Single Act Market) présenté par Michel Barnier, les marchés publics sont définis comme un chantier prioritaire. Le projet consiste à enfin mettre les règles relatives aux marchés publics au service de l'économie sociale de marché. En effet, Michel Barnier a entendu proposer un « cadre législatif des marchés publics révisé et modernisé avec l'objectif d'aboutir à une politique équilibrée qui soutienne une demande pour des biens, des services et des travaux respectueux de l'environnement, socialement responsables et innovants<sup>18</sup> ». Autre innovation majeure, l'Acte pour le marché unique prévoit la consécration d'un cadre législatif visant « une sécurité juridique accrue » pour les concessions de services.

---

<sup>18</sup>. Voir note 10.

### ***Un cadre législatif pour les concessions de services***

Un rappel s'impose. Depuis les années 1980, des directives marchés publics régissent la commande publique. Avant que la réforme des marchés publics ne soit engagée en 2011, deux directives étaient applicables : la première, 2004/17, concernant les secteurs dits « exclus » (eau, énergie, télécommunications, etc.), la seconde, 2004/18, l'ensemble des marchés publics. Toutefois, ces directives ne visaient que les marchés publics, c'est-à-dire l'achat par une collectivité publique de biens, de services ou de travaux. En revanche, les concessions demeuraient en dehors du champ de ces directives. Depuis son arrêt *Telaustria* de décembre 2000, la Cour de justice a cependant dégagé des principes fondamentaux de la commande publique applicables également aux concessions. Afin de garantir les principes de non discrimination et de transparence, les collectivités publiques sont tenues de passer leurs contrats de concession au terme d'une procédure transparente permettant un degré de mise en concurrence. Autant dire que cette jurisprudence a semé le trouble.

Qu'est-ce qu'une procédure transparente ? Quel degré de mise en concurrence est acceptable ?

Une directive sur les concessions était donc bienvenue. Seulement, dans la proposition présentée par la Commission européenne en décembre 2011, l'intitulé même de la directive s'est retrouvé singulièrement amputé, la directive portant « sur l'attribution de contrats de concession<sup>19</sup> ». Du service public, il n'est nulle trace ou presque. Et dans le corps de la directive, on trouve tout au plus mentionné ce qu'on appelle la « coopération public-public », c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle des collectivités publiques décideraient de gérer en commun un service public selon une logique propre, celle de l'intercommunalité. L'unique référence au service public est contenue dans les considérants de la directive, c'est-à-dire dans la partie non contraignante consacrée à la motivation : « L'application de ces règles ne devrait toute-

---

19. En ligne : [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PCo897:FR:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PCo897:FR:NOT)

fois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics de décider de la manière dont ils organisent l'exercice de leurs missions de service public ». Pour le reste, c'est le silence le plus complet, ni le service d'intérêt économique général ni le service public ne sont évoqués sous une quelconque forme.

### *Les concessions de services publics « oubliées »*

Quelle singulière affaire qu'une directive relative aux concessions qui ignore les services publics ! Cela ne veut pas dire que la directive ne s'applique pas aux services publics. Bien au contraire, ce silence signifie non seulement que la directive régit l'attribution des concessions de service public, mais qu'elle leur applique des règles analogues à celles des autres concessions, c'est-à-dire de services qui ne relèvent pas de l'intérêt général. Autrement dit, aucune différence n'est faite par la Commission entre les services marchands et les services d'intérêt économique général. Les services publics sont purement et simplement banalisés, réduits au rang de services, c'est-à-dire d'activités économiques comme les autres.

Nous tenons à préciser que nous ne nous sommes jamais opposés à ce que l'attribution d'une concession de service public se fasse au terme d'une procédure dont le but consiste effectivement à garantir une gestion responsable des deniers publics lorsqu'est confiée sur le long terme une mission de service public à un opérateur. Il s'agit également de veiller à ce que soit choisi l'opérateur le plus à même de respecter les obligations de service public. La procédure ne doit pas cependant pas devenir un carcan pour les collectivités publiques. Nous avons donc milité pour une procédure simplifiée, allégée, respectueuse de la liberté d'action politique des collectivités publiques. Avec les amendements proposés, nous nous sommes efforcés de réintégrer la dimension « service public » dans la directive, en insistant sur les services d'intérêt économique général, afin que soient prises en compte leurs spécificités.

Il faut bien comprendre que, lorsqu'une collectivité publique concède un service public à un opérateur, la logique est totalement différente de celle d'un marché public. C'est une mission de service public dans son

ensemble qui est déléguée ; il est donc impératif qu'une relation de confiance s'établisse entre la collectivité et l'opérateur par-delà la logique de concurrence par les prix, bien trop réductrice. La logique n'est pas que celle du prix le plus bas ; il faut un service public de qualité à un prix abordable et qui soit offert au plus grand nombre. Il y a dès lors dans la concession de service public une double dimension que la proposition de directive a éludée.

La première dimension est territoriale. La concession est nécessairement attribuée sur un territoire donné. Le territoire a une signification politique majeure : c'est le creuset d'une solidarité sociale, c'est là que se nouent les relations humaines dont les mailles forment une communauté politique. Pour la Commission, le territoire est envisagé dans une acception purement concurrentielle : c'est un espace géographique qui permet de délimiter un marché. Si une concession est attribuée sur un territoire, cela veut dire, selon Michel Barnier, qu'un droit exclusif est créé, le droit d'être le seul opérateur autorisé à exploiter une activité économique sur un territoire donné. Ainsi

considéré, le territoire signifie que la concession attribuée constitue une restriction à la libre concurrence et, comme telle, doit être limitée autant que faire se peut, notamment dans le temps.

La seconde dimension est justement temporelle. Une concession de service public ne se conçoit que sur la durée. On concède en effet des services publics qui exigent le plus souvent des infrastructures lourdes et donc des investissements, à l'instar de la gestion des déchets ou du transport public. Or, l'élément temporel est là encore bien éludé par la Commission, pour laquelle la restriction à la concurrence induite par l'attribution d'une concession doit durer le moins possible. L'argument est, tout autant que pour le territoire, fallacieux : le service d'intérêt économique général se trouve réduit à un service marchand sans que sa spécificité soit prise en compte.

### *La responsabilité politique des autorités publiques sous contrôle*

À cette lecture réductrice retenue initialement par la Commission s'est ajouté un lobbying effréné des Allemands afin de préserver les spécificités de leurs *Stadtwerke*<sup>20</sup>, sans qu'au demeurant ceux-ci soit sécurisés sur le long terme. Les négociations de la directive concessions ont achoppé sur la puissance de frappe du lobbying allemand. L'impression est celle d'une occasion aussi belle que ratée, là encore. Les avancées sont plus que timides. On les soulignera néanmoins : une prise en compte de critères environnementaux et sociaux dans l'attribution des concessions et des marchés publics, et l'exclusion du secteur de l'eau.

Les espoirs suscités par l'Acte pour le marché unique ont été une nouvelle fois déçus. La directive concessions aurait

---

20. Les *Stadtwerke* sont en Allemagne et Autriche des entreprises communales de statut public ou mixte, elles peuvent aussi appartenir à des groupements de communes, leur statut juridique est de droit privé : elles sont le plus souvent organisées sous la forme de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée.



pu sécuriser l'attribution des concessions de service public. Il faut tout de même rappeler que près de 90 % des services publics locaux sont gérés soit en quasi-régie (la collectivité confie la gestion du service à une entité qu'elle contrôle entièrement et qui accomplit l'essentiel de ses activités pour elle), soit en concession. Avec une directive concessions telle que celle finalement adoptée, on nie l'essence même d'une concession de service public en sacrifiant encore une fois le SIEG sur l'autel marchand de la concurrence. C'est le marché qui prend l'ascendant sur le politique et ce, contre la lettre et l'esprit du traité. Avec la directive concessions, on procède à l'envers : l'Union édicte des règles d'attribution pour promouvoir la concurrence, alors que ces règles auraient dû protéger la liberté des collectivités de gérer des services publics. C'est pourquoi nous nous sommes battus pour que, dans le texte de la directive, soient visés l'article 14 du TFUE ainsi que le protocole n° 26, et soient expressément garanti le libre choix des collectivités régionales et locales et consacré leur pouvoir discrétionnaire quant au mode de gestion de leurs services publics. C'est au demeurant

là l'expression de l'identité constitutionnelle nationale, inhérente aux « structures fondamentales politiques et constitutionnelles [des États membres], y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale<sup>21</sup> », que l'Union doit respecter, conformément à l'article 4 du TUE.

---

21. « Version consolidée du traité sur l'Union européenne », *Journal officiel de l'Union européenne*, 30 mars 2010 (en ligne : [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:fr:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:fr:PDF)).

## LE DÉFI DÉMOCRATIQUE

Les services publics/services d'intérêt général sont au cœur des incertitudes quant à l'avenir de la construction européenne et des grandes controverses qui structurent le champ politique et idéologique.

On y retrouve les conflits traditionnels sur le rôle et la place de l'action publique, ses rapports avec le marché et l'initiative privée. Pour les uns, la foi dans les vertus du marché et de la concurrence est la référence centrale : il faut « libérer les forces du marché » dans tous les domaines et sa « main invisible » apportera spontanément l'*optimum* pour la société et chacune de ses composantes. Pour les autres – dont nous sommes –, le marché et la concurrence sont de bons outils, mais qui, laissés à eux-mêmes, produisent spontanément inégalités, polarisations et exclusions. Ils doivent donc être encadrés, soumis à des règles et à des contrôles, à une véritable et forte régulation publique. La régulation par les pouvoirs publics est la condition même de l'efficacité du marché et, plus fondamentalement, de

l'équilibre et de la cohésion de la société. La « main visible » de l'action des autorités publiques, fondée sur des choix démocratiques, est une condition nécessaire à une tension créatrice avec le marché, afin de permettre la satisfaction des besoins individuels et collectifs. Ces besoins doivent être définis par l'intervention permanente des parties prenantes et de la société civile. C'est une conception à l'opposé des initiatives du gouvernement britannique de David Cameron, qui dans son projet de « Big Society » veut désengager l'État de toute initiative économique et sociale pour demander à la société de gérer elle-même son avenir.

### ***Remettre la concurrence à sa place***

Tout au long du premier chapitre, nous avons vu la place centrale qu'occupe la politique de concurrence dans la manière dont l'Union européenne traite des services publics. Si des règles communes sont nécessaires pour organiser la circulation des personnes, marchandises, services et capitaux, il faut s'interroger sur le contenu de ces règles et sur leur application dans le temps.

Après le succès de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) créée en 1951, l'échec de la Communauté européenne de défense (CED) en 1954 a marqué le coup d'arrêt de l'Europe politique. Les six pays fondateurs de la Communauté économique européenne (CEE)<sup>22</sup> se sont alors engagés dans la voie de la création d'un marché commun, espérant que l'intégration économique conduirait à l'intégration sociale, politique et culturelle.

Le traité de Rome, signé en 1957, définit clairement l'objectif d'un marché commun supprimant les obstacles aux échanges, que ceux-ci soient d'origine étatique ou privée. Les libertés de circulation, au premier rang desquelles figure la libre circulation des marchandises, sont consacrées. Pour éviter que les comportements d'entreprise ne constituent de nouveaux obstacles aux échanges, les règles de concurrence s'appliquent aux

---

22. La République fédérale d'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas.

cartels et aux positions dominantes. Leur conduite est confiée à la Commission européenne.

Dans le même temps, la CEE met en œuvre quatre politiques communes : agricole, commerciale (relations avec les pays tiers), des transports et, bien entendu, de concurrence.

Dans l'esprit du traité de Rome, les règles de concurrence sont au service de l'objectif de réalisation du « marché commun » ; elles sont nécessaires pour régir les échanges à l'échelle communautaire. Telles que définies par le traité, les « règles de concurrence » s'organisent autour de trois sections : les règles applicables aux entreprises (pour interdire les ententes et les abus de position dominante) – articles 85 à 90 de l'époque –, les « pratiques de dumping » (*sic*) – article 91 –, les aides accordées par les États aux entreprises favorisant certaines entreprises – articles 92 à 94.

Aussi la question n'était-elle pas tant celle de l'existence même de règles de concurrence que leur contenu en

relation avec les autres politiques communes européennes. Depuis le traité de Rome, l'Union conduit bien d'autres politiques que celles précédemment visées aux fins de réaliser des objectifs qui ne sont plus seulement économiques mais aussi politiques. À ce titre, les spécificités des services d'intérêt économique général doivent être pris pleinement en compte par la Commission en sa qualité d'autorité de la concurrence.

C'est sur le contenu des règles communes régissant les échanges à l'intérieur de l'Union européenne qu'il convient de porter le fer et de livrer combat, et ce en maniant toutes les armes à notre disposition, en particulier les outils juridiques que nous donnent les traités.

### *Les compensations de service public ne sont pas des aides d'État*

Les compensations de service public ne sont pas des aides d'État, on ne le dira jamais assez. Ce sont des investissements d'intérêt commun engagés en vue de réaliser des objectifs fixés démocratiquement.

Même si le « paquet Almunia » considère de nombreuses compensations comme « compatibles *a priori* » avec le marché unique, ces compensations font l'objet d'une suspicion de principe, alors que l'article 106 du TFUE donne la primauté aux objectifs d'intérêt général sur les règles de concurrence : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] 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.<sup>23</sup> » C'est ce principe que nous entendons défendre.

La Cour de justice de l'Union européenne a clairement affirmé dans son arrêt *Altmark* que les compensations d'obligations de service public ne sont pas des aides d'État dès lors que quatre conditions sont remplies. Nous l'avons dit, autant les trois premiers critères de l'arrêt *Altmark* ne soulèvent pas d'objection, autant la comparaison avec une

---

<sup>23</sup>. Voir note 5.

entreprise « moyenne, bien gérée et adéquatement équipée », si elle ne pose pas de difficulté pour un service d'autobus dans une collectivité locale (cas d'espèce de l'affaire *Altmark*), elle n'est guère adaptée à la plupart des activités de service public.

Lors de la prochaine législature, le Parlement européen et le Conseil doivent donc établir, sur la base de l'article 14 du TFUE, des règles générales pour élargir le champ d'application de l'arrêt *Altmark* tout en confirmant la dynamique insufflée par la Cour de justice : les compensations d'obligations de service public ne sont pas des aides d'État et doivent échapper au champ d'application de la politique de concurrence et, corrélativement, à la compétence de la direction générale de la concurrence.

*Les services publics ne dépendent pas de « défaillances du marché »*

La qualification de services d'intérêt général (SIG) relève du « large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales,

régionales ou locales ». La Commission européenne ne peut limiter ce large pouvoir qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation. Selon les références généralement admises et les communications de la Commission européenne, l'expression SIG couvre les services « économiques [et] non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public<sup>24</sup> ».

En pratique cependant, la Commission est venue limiter la marge d'appréciation des États en recourant à un critère aussi pernicieux que non prévu par le traité, la « défaillance du marché ». Derrière le terme apparemment technique, c'est toute une philosophie qui est promue insidieusement par la Commission. Un tel critère sous-entend que le service public est supplétif, c'est-à-dire que seul le besoin que le marché ne peut satisfaire est considéré comme service public.

---

24. « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 20 novembre 2007, p. 4 (en ligne : [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0725:FIN:fr:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0725:FIN:fr:PDF)).

La Commission a développé la notion de défaillance du marché dans les lignes directrices encadrant la mise en œuvre de son contrôle des aides d'État. On la trouve par exemple dans le domaine du haut débit. Autrement dit, ni le traité ni aucun texte de droit dérivé (règlement, décision...) ne prévoit le recours à ce critère. Mais, en l'utilisant, la Commission implique nécessairement le juge : lorsque celui-ci contrôle les décisions de la Commission, il se prononce aussi sur les critères que l'institution a mis en œuvre. Ainsi, dans des arrêts récents concernant Internet à haut débit, le tribunal de l'Union européenne tend-il à remettre en cause la capacité des autorités publiques de recourir à des services publics pour conduire des politiques publiques. Il innove par rapport à la jurisprudence antérieure en avançant que l'appréciation de « l'existence d'une défaillance du marché<sup>25</sup> » constitue « un préalable à la qualification d'une activité de SIEG ».

---

25. Arrêts dans les affaires T-79/10 Colt Télécommunications France/Commission, T-258/10 Orange/Commission et T-325/10 Iliad e.a./Commission, communiqué de presse n° 107/13, Luxembourg (en ligne : [curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-09/cp130107fr.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-09/cp130107fr.pdf)).

C'est une évolution inverse de celle qu'a opérée le Conseil d'État en France lorsque, en 2006, il a reconnu que l'intérêt public « peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée<sup>26</sup> ».

Là encore, lors de la prochaine législature, le Parlement européen et le Conseil doivent établir, sur la base de l'article 14 du TFUE, des règles générales pour mettre en œuvre le traité de Lisbonne et définir les critères garantissant le « large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales<sup>27</sup> » permettant ainsi le respect de la « diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ».

---

26. Conseil d'État, Analyse no 275531, Ordre des avocats au Barreau de Paris, 31 mai 2006 (en ligne : [www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/analyse-n-275531-ordre-des-avocats-au.html](http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/analyse-n-275531-ordre-des-avocats-au.html)).

27. Voir note 18.

### *Encadrer les compétences de l'autorité de la concurrence*

Nous ne sommes plus en 1957, nous ne sommes plus en 1986 : le temps n'est plus seulement à la réalisation du marché commun ou du marché unique !

La concurrence est aujourd'hui une politique parmi d'autres, bien d'autres politiques communes. La concurrence est un moyen, un moyen au service des objectifs de l'Union. Il n'est donc pas admissible qu'elle prenne le pas sur les autres politiques et sur les autres responsabilités de l'Union européenne, au point de prétendre régenter toute la politique des États, qu'elle soit économique, sociale et même budgétaire.

De ce point de vue, le rapport sur la politique de concurrence 2012<sup>28</sup> est édifiant. Soumis au Parlement pour information, il a fait l'objet d'avis de plusieurs commissions

---

28. Comité économique et social européen, « rapport sur la politique de concurrence 2012 », CESE 4092/2013 – INT/702, 16 octobre 2013 (en ligne : [www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr:int-opinions.28208](http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr:int-opinions.28208)).

parlementaires. Nous avons rédigé l'avis de la commission de l'Emploi et des Affaires sociales<sup>29</sup>. Nous y dénonçons notamment la nouvelle notion « d'aides inappropriées » introduite par la Commission pour juger des aides publiques et une approche consistant à présenter la politique de concurrence comme un instrument de politique budgétaire et de contrôle de la dépense publique. Cet avis a été adopté à une très large majorité.

Dans le maelström des politiques et des institutions européennes, la direction générale de la concurrence et le commissaire qui en a la charge ne peuvent s'auto-instituer pilotes des politiques européennes. Il faut donc remettre la concurrence à sa place : ce n'est pas une fin, c'est un moyen.

### *Pour un commissaire en charge du pilotage des SIG*

Dans l'actuelle répartition des responsabilités au sein du collège de la Commission européenne, aussi bien entre les

---

29. Avis de la commission de l'emploi et des affaires sociales sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne (2013/2015(INI)), rédigé par Françoise Castex. En ligne : [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2bPE-513.392%2b02%2bDOC%2bPDF%2bVo%2F%2F](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2bPE-513.392%2b02%2bDOC%2bPDF%2bVo%2F%2F)

commissaires qu'entre les directions générales, les enjeux généraux et transversaux des services publics sont éludés, alors même qu'ils représentent 30 % des emplois et 25 % du PIB de l'Union européenne.

Même si le secrétariat général de la Commission s'efforce d'assurer une coordination entre les commissaires et les directions générales concernés (presque tous et toutes dans les faits), le plus souvent le commissaire à la Concurrence s'érige en coordonnateur de fait sur la base de ses seules logiques marchandes. Or les services publics ne relèvent pas uniquement de la mise en œuvre de la concurrence ; ils sont étroitement liés aux objectifs d'intérêt général, aux principes fondamentaux comme la subsidiarité et aux politiques de l'Union comme la cohésion économique, sociale et territoriale.

Il est nécessaire que la prochaine Commission (2014-2019) comporte un vice-président ayant la charge de piloter une gouvernance transversale des services publics : transversale aux secteurs – communications, transports,



énergie, eau, logement, enseignement, santé... – et transversale aux différentes politiques concernées de l'Union européenne – affaires sociales, environnement, politique régionale, marché intérieur, concurrence... De la même façon, il faudrait au Parlement européen davantage qu'un intergroupe pour assurer les responsabilités législatives qui sont les siennes en matière de SIG. Sur ce sujet capital pour la cohésion sociale, les institutions européennes ont le devoir d'organiser une association étroite avec la société civile.

### ***Sortir du double déni démocratique***

#### *Services publics et pouvoir de codécision du Parlement européen*

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne continue de présenter un article 106 qui comporte une incongruité démocratique, en son paragraphe 3, il donne en effet pouvoir à la seule Commission d'adresser, « en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux

États membres<sup>30</sup> » en matière de services d'intérêt économique général.

Ce pouvoir exorbitant date du traité de Rome et n'a pas été modifié depuis. À l'époque, il n'existait pas de Parlement européen élu au suffrage universel et les pouvoirs de décision étaient pour l'essentiel confiés au Conseil. Les pouvoirs donnés en matière de SIEG à la Commission seule visaient à empêcher les États membres d'utiliser le Conseil pour entraver toute politique communautaire. Le but était de permettre à la Commission, en sa qualité d'autorité de la concurrence, de remédier aux pratiques anticoncurrentielles imputables aux États membres en leur adressant des directives ou des décisions. Le paragraphe 3 de l'article 106 est demeuré longtemps inusité ; il a fallu attendre les années 1990 et l'attaque menée par la Commission contre les services publics en réseau pour que cet article soit mis en œuvre à quelques reprises.

---

<sup>30</sup>. Voir note 5.

À chaque nouveau traité, le Parlement européen a vu ses compétences s'accroître. Le traité de Lisbonne parachève l'évolution en consacrant la « procédure législative ordinaire » fondée sur la codécision du Conseil et du Parlement. « Ordinaire », sauf dans certains domaines très particuliers... dont la concurrence.

En continuant de se fonder sur le paragraphe 3 de l'article 106, la Commission élude le Parlement européen, dont elle recueille tout au plus l'avis. C'est elle qui décide seule en dernier ressort, en particulier pour toutes les questions qui relèvent de la politique de concurrence – et l'on a vu son ambition hégémonique !

L'article 14 du traité de Lisbonne introduit la procédure législative ordinaire, déjà souvent à l'œuvre pour ce qui concerne le marché intérieur (à l'exception notable de la fiscalité et du droit du travail !), pour établir les principes et fixer les conditions permettant aux SIEG d'accomplir leurs missions. Il suffit de la mettre en œuvre !

Sans attendre une modification du traité, un « accord inter-institutionnel » devrait permettre de faire relever toute législation concernant les SIEG de la procédure législative ordinaire.

Ce n'est pas une question formelle : dans un nombre croissant de domaines, on a vu le Parlement européen amender profondément, voire réécrire des projets législatifs de la Commission et prendre la main, que ce soit pour la directive relative aux services dans le marché intérieur (dite « Bolkestein »), le règlement n° 1370/2007 sur les obligations de service public dans les transports ou, plus récemment, les directives marchés publics et concessions.

Il faut renforcer toujours plus les pouvoirs du Parlement, car l'Union européenne ne sera légitime pour les citoyens européens que si elle repose sur de réelles procédures démocratiques.

### *Les SIG au cœur du « modèle social européen »*

Pendant une longue période, les SIG (économiques ou non économiques) ont été considérés par la construction européenne comme des exceptions, voire des incongruités héritées de l'histoire, au mieux comme des dérogations aux règles du marché. La stratégie d'intégration européenne fondée sur la réalisation d'un marché commun, puis d'un marché unique, ne laissait guère de place aux services publics.

Toutes les initiatives développées depuis bientôt vingt-cinq ans par la société civile et les prises de position du Comité économique et social européen (CESE), du Comité des régions, du Parlement européen et du Conseil ont progressivement amené une reconnaissance des SIG dans les traités, non plus comme des exceptions ou des dérogations, mais comme le cœur du « modèle social européen ». En témoigne l'article 14 du traité de Lisbonne, la valeur juridique donnée à la Charte des droits fondamentaux, dont l'article 36 est consacré à l'accès aux SIEG, ou encore le protocole n° 26.

Il reste à mettre en œuvre et à faire vivre ces affirmations aussi bien dans le droit européen dérivé, lors du réexamen de chaque norme européenne, que dans les orientations et la pratique de la Commission européenne et dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

### *Un titre SIG dans le prochain traité*

La reconnaissance progressive des SIG dans le traité, d'Amsterdam à Lisbonne, ne s'est pas encore traduite par la claire définition d'une politique commune en la matière. Une telle politique ne saurait être promue que si elle est prévue par un titre, qui mettrait *de facto* un terme à leur subordination au droit de la concurrence.

Le prochain traité, dont on ne connaît encore ni les objectifs ni l'échéancier d'élaboration et de ratification, devrait donc comporter un titre consacré aux services d'intérêt général, qui préciserait et compléterait les actuelles dispositions, afin de reconnaître et de garantir leur place au cœur du modèle social européen et de l'Europe du XXI<sup>e</sup> siècle.

### *Une gouvernance multi-niveaux et multi-acteurs partenariale et démocratique*

Les services d'intérêt général relèvent aujourd'hui d'une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres<sup>31</sup>. Ils relèvent donc de l'application du principe de subsidiarité, qui veut que l'Union n'intervienne que lorsque son action est plus efficace que celle de chacun des États agissant séparément.

Dès lors, la gouvernance des services d'intérêt général doit être une gouvernance multi-niveaux (Union européenne, autorités nationales, régionales et locales) qui conjugue, au cas par cas, les capacités de chaque échelon. Elle ne saurait donc être hiérarchique. L'Union européenne ne vise pas l'uniformisation, en imposant tel ou tel « modèle », mais définit des règles communes lorsque c'est efficace pour mettre en œuvre ses objectifs.

---

31. Disposition d'application générale de l'article 14 du TFUE : « L'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions » (voir lien en note 5).

La gouvernance multi-niveaux des SIG doit être fondée sur le partenariat et sur la participation de tous les niveaux et de tous les acteurs concernés. Elle ne peut être que participative et démocratique.

### *Quels moyens d'action pour les autorités locales ?*

Le principe européen de transparence implique que les autorités publiques qui décident de faire relever une activité ou un service de la catégorie SIG (SIEG ou SNEIG) en définissent clairement les objectifs et les finalités dans un acte juridique de « mandatement » tel que l'édicte l'arrêt Altmark. Cet acte doit préciser le mode d'organisation de l'activité (en concurrence ou avec des droits exclusifs ou spéciaux constitutifs de monopole temporel ou territorial), le mode de gestion (régie, *in house*<sup>32</sup>, délégation...) et les processus de régulation et d'évaluation.

---

32. Ou quasi-régie : opérateur contrôlé par une ou plusieurs personnes publiques et qui exerce l'essentiel de ses activités au service de cette ou ces personnes publiques.

### *Une transparence gage de légitimité*

Les exigences de transparence sont positives, en particulier pour un pays comme la France, qui a souvent une conception implicite du service public. Elles renforcent la légitimité des services publics, qui n'existent pas pour eux-mêmes, mais pour répondre aux besoins des utilisateurs et des collectivités sur la base des choix démocratiquement exprimés par les citoyens lors des élections et mis en œuvre par les élus.

Encore faut-il que cette transparence ne soit pas assise sur une suspicion permanente et systématique à l'égard des services publics et qu'elle impose à tous les acteurs concernés – les autorités publiques comme les opérateurs – des obligations qui ne s'appliquent pas aux activités régies par le droit commun de la concurrence ou les règles générales de marché.

Le « mandatement » dont les opérateurs de service public doivent être dotés pour mettre en œuvre les services

publics doit clairement définir la « mission particulière<sup>33</sup> » qui leur est confiée et, en même temps, permettre toute la souplesse nécessaire à l'accomplissement de cette mission. Cela ne saurait être une contrainte bureaucratique faisant relever les SIG d'une « exception » tolérée au profit des seuls plus pauvres ou des exclus.

### *Se saisir du protocole n° 26*

Fruit d'un contentieux entre la direction générale de la concurrence de la Commission européenne et les Pays-Bas<sup>34</sup>, le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général annexé aux traités, avec la même valeur juridique que ceux-ci, affermit les pouvoirs et les compétences des autorités nationales, régionales et locales. Il garantit leur « large pouvoir discrétionnaire<sup>35</sup> » pour définir, organiser et financer les SIG relevant de leurs compétences, « la

33. TFUE, article 106, paragraphe 2 (voir lien en note 5).

34. Cf. Pierre Bauby et Mihaela M. Similie, « Providing high-quality public services in Europe based on the Values of Protocol n° 26 of the Lisbon Treaty on Services of General Interest », CESI, 2012

(en ligne : [www.cesi.org/pdf/seminars/121130\\_com\\_Brochure%20Protocole26-2-EN\\_DEF.pdf](http://www.cesi.org/pdf/seminars/121130_com_Brochure%20Protocole26-2-EN_DEF.pdf)).

35. Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, article premier (voir lien en note 18).

diversité » et « les disparités » qui peuvent exister « au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes » et six principes généraux qui doivent s'appliquer partout, dans chaque secteur comme dans chaque État membre : « un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ».

Ces nouvelles dispositions du droit primaire de l'Union européenne doivent :

- être systématiquement prises en compte dans le droit dérivé à l'occasion de chaque initiative législative, comme lors de la révision des normes préexistantes ;
- amener de nouvelles initiatives sectorielles comme transversales pour décliner ces valeurs communes, en particulier pour affermir la mise en œuvre du principe de subsidiarité, garantir les compétences, pouvoirs et responsabilités des autorités publiques nationales, régionales et locales.

### *Mettre en œuvre des financements innovants*

La crise financière, économique, sociale et environnementale qui se développe depuis 2008, et dont on n'a pas fini de voir tous les effets, crée un « effet de ciseau » entre, d'un côté, des besoins croissants de services publics, qualitativement comme quantitativement et, de l'autre côté, des moyens budgétaires de plus en plus contraints pour mettre en œuvre la réponse à ces besoins.

Cette tension croissante amène, d'une part, une attention soutenue à une réelle efficacité des services publics, de façon à apporter la meilleure qualité de service au moindre coût et, d'autre part, à développer des stratégies progressives de réponses aux besoins et à leur évolution. Ces deux exigences ne sauraient relever de démarches technocratiques et hiérarchiques, qui sont de plus en plus rejetées, mais d'association systématique des utilisateurs des services à la codéfinition des services. Il faut organiser systématiquement l'expression des besoins et de leur évolution, en partant du terrain, et développer les processus de participation démocratique.

En matière de financement des services publics, de leurs missions particulières, des obligations de service public – qui recouvrent non seulement les frais de fonctionnement, mais aussi les investissements et les infrastructures d'avenir – il existe un éventail de solutions – de la prise en charge par l'impôt à la facturation du coût réel à l'utilisateur en passant par la péréquation – qui procèdent d'un choix politique.

Le choix du mode de financement d'un service public relève d'une préférence collective nationale ou locale qu'il convient de respecter. Les règles européennes ne doivent pas imposer un mode de financement plutôt qu'un autre. Elles ne sauraient empêcher des modes de financement innovants, en particulier en suspectant les financements de services publics de constituer des aides d'État venant fausser la concurrence. Il faut au contraire faciliter les expérimentations, les innovations, afin d'élaborer des réponses adaptées à chaque situation.

### *Vers une plateforme européenne de l'action publique*

Les services publics reposent sur des décisions des autorités publiques de faire relever certains services et activités non seulement du droit commun de la concurrence et des règles de marché, mais également de normes et règles particulières pour garantir l'accès de chaque habitant à des biens ou services essentiels, développer des solidarités économiques, sociales, territoriales ou générationnelles, préparer l'avenir et créer les conditions d'un développement réellement durable.

L'action publique apparaît ainsi indispensable pour compléter le marché. Il faut donc à la fois moderniser l'action publique et refonder sa légitimité. Cela suppose de la débarrasser de pesanteurs technocratiques pour rebâtir une légitimité politique et démocratique.

### *Pour une conception des services publics véritablement européenne*

Chaque pays européen a des traditions, des institutions forgées dans son histoire nationale. Les services publics en particulier relèvent de conceptions et de doctrines sédimentées. L'exemple le plus significatif se trouve sans doute dans les différences qui peuvent exister entre la France et l'Allemagne. D'un côté, l'État le plus centralisé d'Europe, même après trente années de « décentralisation » ; de l'autre, un État fédéral reposant sur des *Länder* qui sont « fédérés ». D'un côté, une démarche de définition et de réglementation des services publics « de haut en bas » (*top-down*) ; de l'autre, des communes, des *Kreise* et des *Länder* qui confient à l'échelon fédéral (*Bund*) les compétences que celui-ci maîtrise mieux que chaque échelon infranational agissant séparément (*bottom-up*). D'un côté, des solidarités organisées pour chaque secteur au plan national ; de l'autre, des solidarités territorialisées fondées sur la transversalité entre secteurs, *via* les *Stadtwerke*. D'un côté, la prédominance d'une doctrine

organique du service public, qui le fait relever du caractère public de l'opérateur, s'accompagnant de délégations de missions essentielles de service public à de grands opérateurs privés ; de l'autre, une conception qui conjugue de manière pragmatique une vision organique (pour des secteurs comme l'eau) et une conception fonctionnelle (par exemple pour l'électricité).

Une véritable conception européenne implique de faire converger ces histoires et ces traditions nationales autour de principes et de valeurs fondamentaux, comme la garantie d'accès de chaque personne aux services publics. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit impossible de maintenir des agencements institutionnels différents intégrant les histoires et les traditions. C'est ainsi que parvenir à définir l'unité entre la France et l'Allemagne, dans le respect de leurs diversités, permettrait de féconder une conception européenne.



### *L'initiative franco-allemande*

Durant cette mandature, l'Intergroupe services publics a permis de confronter des histoires et des conceptions nationales de l'intervention publique au service de l'intérêt général et de chercher les points communs et les convergences de fond au-delà des histoires et des organisations différentes. Les participants les plus assidus à ce travail – députés européens ou représentants des parties prenantes – étaient essentiellement français, allemands, belges et autrichiens.

C'est assez naturellement que s'est constitué un axe franco-allemand sur la base de références communes. Le débat sur la directive concessions a renforcé ce rapprochement puisque l'IGSP a défendu le fonctionnement des *Stadtwerke*, que la Commission veut soumettre aux règles de la concurrence et aux procédures d'appels d'offres.

L'initiative est venue d'un regroupement d'organisations allemandes parmi lesquelles l'Association des radiodiffuseurs publics (ARD), le Conseil culturel allemand, la

Fédération allemande des conseils de district, l'Association des villes allemandes, la Fédération des villes et communes allemandes, la Fédération allemande de l'assistance publique et privée et l'Association allemande des entreprises communales.

Elle a pris la forme d'une déclaration : « les services d'intérêt général renforcent la démocratie et la cohésion de la société<sup>36</sup> ». Les signataires y appellent au débat au sein de l'Union européenne : « Les signataires sont les garants de services globaux, transparents et diversifiés de grande qualité, au service de la communauté, reposant essentiellement sur l'engagement pour l'intérêt général. La réalisation nécessite des acteurs de l'intérêt général publics et indépendants. Mais il faut aussi que les décideurs de tous niveaux pertinents se sentent tenus d'appliquer ces principes pour l'intérêt général dans l'Union européenne, dans ses États membres et leurs subdivisions, et adoptent

---

36. « Les services d'intérêt général renforcent la démocratie et la cohésion de la société », document consultatif, Berlin/Bruxelles, mai 2013 (en ligne : [www.rgre.de/fileadmin/redaktion/pdf/resolutionen/2013\\_fr\\_Netzwerk\\_Gemeinwohl\\_Positionspapier.pdf](http://www.rgre.de/fileadmin/redaktion/pdf/resolutionen/2013_fr_Netzwerk_Gemeinwohl_Positionspapier.pdf)).

une gestion politique et législative responsable. Les signataires appellent ainsi les responsables politiques et législatifs au dialogue. »

Nous nous sommes saisis de cet appel et nous proposons à nos partenaires allemands de poursuivre ensemble cette réflexion<sup>37</sup>.

### *Partir des fondements de l'action publique*

Dans l'histoire des pays européens, l'action publique ne s'est pas construite contre ou en dehors du marché, mais de manière complémentaire et en tension avec celui-ci. Pour qu'un marché existe, il faut qu'une autorité publique en définisse les règles d'existence et de fonctionnement, en assure le suivi et le contrôle, puisse trancher des différends survenant entre les acteurs qui s'y trouvent en concurrence. L'intervention publique est également nécessaire

37. Françoise Castex, « Les services d'intérêt général renforcent la démocratie et la cohésion de la société », Fondation Jean-Jaurès, Observatoire de l'action publique, coll. « Notes » (en ligne : [www.jean-jaures.org/content/download/17808/174884/file/Obs%20Action%20Publique%20-%20Les%20services%20d'interet%20général.pdf](http://www.jean-jaures.org/content/download/17808/174884/file/Obs%20Action%20Publique%20-%20Les%20services%20d'interet%20général.pdf)).

pour répondre aux défaillances du marché, au fait que spontanément il conduit à des polarisations économiques (concentration et monopolisation), sociales (inégalités et exclusions), territoriales (désertifications et ghettos urbains), etc. Mais l'action publique n'existe pas seulement pour répondre à ces défaillances et pour relever des enjeux économiques. Elle vise aussi à mettre en œuvre des stratégies de développement conjuguant des objectifs économiques, sociaux et environnementaux. Les politiques industrielles, les systèmes de protection sociale, les politiques d'enseignement et de recherche ou les politiques de cohésion économique, sociale et territoriale procèdent de décisions des autorités publiques sur la base de choix opérés par les citoyens, qui ne sont réductibles ni aux rapports marchands ni à leurs défaillances.

### *Des entreprises publiques comme outils*

Depuis 1957, les institutions européennes sont tenues de garantir la neutralité de l'Union à l'égard des modes de propriété des entreprises. Cette propriété relève de la seule

compétence des États membres<sup>38</sup>. Néanmoins, le droit dérivé a progressivement instillé une conception selon laquelle les entreprises publiques – qui ont marqué l'histoire de tous les pays européens, en particulier au lendemain de la Seconde Guerre mondiale – pouvaient exister à condition d'adopter exactement le même comportement sur les marchés que celui des entreprises privées. La Commission a ainsi développé le concept d'opérateur privé en économie de marché pour comparer le comportement de l'entreprise publique avec celui de l'entreprise privée. De même, elle a recours à ce concept pour apprécier si l'État actionnaire se comporte comme n'importe quel autre actionnaire. Autrement dit, selon cette conception, les entreprises publiques sont tolérées si elles sont banalisées.

En fait, les entreprises publiques ont été créées ou sont devenues telles par des nationalisations lorsque des auto-

---

38. TFUE, article 345 (voir lien en note 5).

rités publiques ont estimé en avoir besoin pour mettre en œuvre des stratégies industrielles, conduire des politiques économiques et sociales qu'elles estimaient devoir piloter directement. Cela a pu résulter dans certains cas de conceptions idéologiques et dans d'autres, de décisions pragmatiques. C'est ainsi que les institutions européennes elles-mêmes, quelle que soit leur répulsion à l'égard des entreprises publiques, ont été amenées à recourir *de facto* à une entreprise publique européenne pour conduire le programme stratégique Galileo<sup>39</sup>.

La prochaine législature doit permettre de reconnaître le rôle des entreprises publiques comme un des moyens de l'action publique et de clairement légitimer aussi bien les *Stadtwerke* que les sociétés publiques locales ou les établissements publics. Le temps est venu de définir un statut de l'entreprise publique européenne.

---

39. European Satellite Navigation Industries (ESNIS), anciennement Galileo Industries (GAIN).

### *Les enjeux des années à venir*

Le traité de Lisbonne marque une étape importante dans la reconnaissance et la prise en compte des services publics/services d'intérêt général dans la construction européenne. Mais, contrairement à ce qu'avait affirmé le président de la Commission européenne, le dossier n'est pas clos. Il faut une volonté politique forte pour le mettre en œuvre et pour en décliner toutes les potentialités.

C'est dire l'enjeu des élections européennes du 25 mai 2014, pour que le Parlement européen exerce pleinement ses prérogatives et ses responsabilités afin de féconder l'Union d'une conception et de politiques innovantes pour des services publics modernes et efficaces du XXI<sup>e</sup> siècle.

COLLECTION DIRIGÉE PAR GILLES FINCHELSTEIN  
ET LAURENT COHEN

ISBN : 978-2-36244-067-0

© ÉDITIONS FONDATION JEAN-JAURÈS  
12, CITÉ MALESHERBES - 75009 PARIS  
[www.jean-jaures.org](http://www.jean-jaures.org)

Réalisation : REFLETS GRAPHICS  
Achevé d'imprimer par l'imprimerie PANOPLY

JANVIER 2014



Pierre Bauby  
Françoise Castex

## (Re)légitimer l'action publique en Europe

A la veille du scrutin de mai 2014, comment construire un nouvel avenir pour l'action publique et les services publics en Europe ?

Pierre Bauby et Françoise Castex dénoncent le déni démocratique qui voit l'action des élus soumise à un cadre juridique hors de tout contrôle du Parlement, disent l'urgence de restaurer le primat de l'intérêt général sur les règles de concurrence et réaffirment le rôle essentiel des services publics dans la cohésion sociale et territoriale et pour la démocratie.

[www.jean-jaures.org](http://www.jean-jaures.org)



9 782362 440670

ISBN : 978-2-36244-067-0

6 €

FOUNDACTION FOR EUROPEAN  
PROGRESSIVE STUDIES  
FONDATION JEAN JAURES  
D'ETUDES PROGRESSISTES



  
Jean Jaurès  
Fondation