

Quelles relations entre libéralisations et privatisations des Services d'intérêt général dans l'Union européenne ?

Pierre Bauby

Président de RAP (Reconstruire l'action publique)

Membre de la Commission scientifique internationale « Services publics, entreprises publiques » du CIRIEC

Dès le traité de Rome de 1957 définissant l'objectif de réaliser un « marché commun » entre les 6 Etats fondateurs, la concurrence est érigée en compétence exclusive de la Communauté.

On parle souvent à cet égard de la « politique européenne de concurrence », alors que de Rome à Lisbonne les traités ne parlent que de « règles communes de concurrence », applicables aux entreprises et en matière d'aides d'Etat. Le traité de Rome initial comporte même une section (article 91) consacrée aux « pratiques de dumping », afin de les éliminer au cours de la « période de transition ».

L'objectif du traité de Rome est clairement d'« établir un marché commun », ce qui implique en particulier « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun » (f), ainsi que « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun » (h).

Le traité de Rome et les entreprises publiques

Pour ce qui concerne les entreprises publiques, le traité de Rome de 1957 édicte deux règles à la fois complémentaires et contradictoires : l'article 222 (aujourd'hui 345 TFUE) précise que « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres » (principe de neutralité), en même temps que l'article 90.1 (aujourd'hui 106.1) tend à aligner les entreprises publiques sur le droit commun¹.

En 1957, nous sommes à l'époque des « 30 glorieuses », marquées par un cercle vertueux entre progrès économique et progrès social, le progrès économique rapide amenant un progrès social, lui-même source de développement économique – les économistes parlant ici de mode « fordiste » de régulation, dans lequel les autorités publiques nationales ou infra-nationales jouent un rôle clé. Les 6 Etats fondateurs ont tous des entreprises publiques, soit nationales, soit locales, selon les secteurs et les institutions nationales.

Les économies sont des « économies de marché », mais on n'est pas à l'époque en situation de domination d'une « idéologie libérale » comme on le verra à partir des années 1980...

En fait, de 1957 à 1986, ces dispositions seront peu mises en œuvre : le processus d'eupéanisation concerne d'abord les marchandises et pas les services publics, qui restent de la compétence de chaque Etat-membre ; les entreprises publiques ne font pas l'objet de confrontations et l'article 345 l'« emporte » sur le 106.1.

¹ « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.

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

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

L'Acte unique de 1986 met en cause ces consensus : généralisation du marché commun en marché unique avec les 4 grandes libertés de circulation, ouverture du processus d'eupéanisation des services publics, avec une stratégie de libéralisation progressive des principaux SIEG ; eupéanisation des opérateurs de service public.

Le contexte est profondément changé : nous sommes à l'époque de Thatcher, de Reagan, de la chute du mur de Berlin, d'un retournement idéologique profond reposant sur la domination du libéralisme économique.

La référence au paradigme de « concurrence » et de « marché » va devenir dominante, au point de d'être un objectif sinon une finalité : il faudrait « libérer les forces du marché », limiter l'Etat à ses fonctions régaliennes traditionnelles, tant son intervention dans l'économie est considérée comme fondamentalement perverse, ... Le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe de 2004 franchit une étape décisive en rangeant la « concurrence libre et non faussée » parmi les objectifs de l'Union².

Les acquis du traité de Lisbonne

Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, reprend l'essentiel des dispositions du « traité constitutionnel », tout en renforçant les limites mises au processus d'intégration européenne (principes de subsidiarité et de proportionnalité) et les compétences des Etats membres.

En matière de concurrence, trois changements essentiels interviennent : la concurrence n'est plus mentionnée parmi les objectifs de l'Union (l'objectif est le « marché intérieur »³) ; la concurrence n'est plus qualifiée de « libre »⁴, mais de « non faussée » ou de « loyale » (Préambule) ; le Protocole 27⁵ renvoie en la

² ARTICLE I-3 : Les objectifs de l'Union

1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.

2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, et un marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée. ...

³ L'article 3 TUE définit parmi les compétences exclusive de l'UE l'«établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur »

⁴ L'expression de « libre concurrence » figure cependant encore aux articles 119, 120 et 127 TFUE (Politiques économique et monétaire), ainsi que dans le Protocole n°4 sur les statuts du système monétaire européen des Banques centrales et de la Banque centrale européenne.

⁵ PROTOCOLE (N° 27) SUR LE MARCHÉ INTÉRIEUR ET LA CONCURRENCE

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES,

COMPTE TENU du fait que le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée,

SONT CONVENUES que

à cet effet, l'Union prend, si nécessaire, des mesures dans le cadre des dispositions des traités, y compris l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le présent protocole est annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Pour sa part, l'article 352 précise :

« 1. Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.

2. La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

3. Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation.

4. Le présent article ne peut servir de fondement pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et tout acte adopté conformément au présent article respecte les limites fixées par l'article 40, second alinéa, du traité sur l'Union européenne.

matière une procédure législative particulière (le Conseil décide à l'unanimité – ce qui suppose le droit de véto de chaque Etat membre – après approbation par le Parlement européen).

Dans le domaine des SIG, le traité de Lisbonne comporte trois innovations majeures : l'article 14 du TFUE, la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux, qui a la même valeur juridique que les traités, et le Protocole 26 annexé aux deux traités, dispositions qui se complètent.

L'article 14 est explicitement la base juridique d'un droit dérivé (règlements relevant de la co-décision Conseil-Parlement) ; il fait explicitement référence à deux reprises aux pouvoirs et droits des Etats membres et de leurs collectivités ; il doit s'appliquer dans toutes les politiques de l'UE, y compris de marché intérieur et de concurrence (« dispositions d'application générale »)⁶.

L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux place l'accès aux services d'intérêt économique général parmi les droits fondamentaux de la personne⁷.

Le Protocole 26 sur les Services d'intérêt général annexé aux traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'UE, avec la même valeur juridique que ceux-ci, est le fruit d'une exigence du Premier Ministre néerlandais, en réponse à une mise en demeure de la Commission européenne mettant en cause l'organisation du logement social aux Pays-Bas⁸.

A la différence des traités antérieurs, il ne concerne pas les seuls services économiques d'intérêt général, mais tous les SIG, qu'ils soient qualifiés d'économiques comme de non économiques.

Si un service est qualifié de « non économique », l'article 2 rappelle clairement que les traités « ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser » ce service.

Si un service est qualifié d'« économique », ce qui est le cas dans un nombre croissant de domaines, l'article 1 oblige les institutions communautaires à respecter tout à la fois « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser » ce service, le respect de « la diversité des services et les disparités qui peuvent exister (...) en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes », ainsi que les principes « 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 ».

⁶ Sans préjudice de l'article 4 du traité de l'Union européenne et des articles 73, 86 et 88 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 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 Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. 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.

⁷ Accès aux services d'intérêt économique général. L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

⁸ Les hautes parties contractantes, souhaitant souligner l'importance des services d'intérêt général, sont convenues des dispositions interprétatives ci-après, qui seront annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union :

Article premier : Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE comprennent notamment :

- le rôle essentiel et le 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 ;
- 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 ;
- 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.

Article 2 : Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général.

Il ressort de ces évolutions, fruits d'interventions des acteurs sociaux dans chaque Etat comme auprès des institutions européennes, un « acquis européen ».

SIG : L'acquis européen avec le traité de Lisbonne

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

Le droit dérivé sur les SIEG a fait l'objet de nombreux développements depuis près de 30 ans, sous forme de règlements, directement applicables, de directives – transposées dans le droit national, mettant en œuvre concrètement le processus de libéralisation, complétés par les jugements de la Cour de justice, qui saisie de contentieux précis, contribue aux normes européennes sous forme de jurisprudences. Certaines normes ont un caractère transversal pour permettre par exemple l'ouverture des marchés publics à d'autres opérateurs, publics ou privés.

Entreprises publique et jurisprudence de la CJUE

Par contre, les dispositions concernant le statut des entreprises publiques n'ont fait l'objet d'aucune déclinaison juridique impérative, obligeant les Etats membres à changer le statut des opérateurs ou à privatiser. La compétence de décision appartient aux Etats membres. Ce n'est pas l'UE qui a obligé juridiquement à ouvrir le capital d'EDF, privatiser GDF ou changer le statut de La Poste. A preuve la SNCF, qui reste un EPIC – ou plutôt 3 maintenant – ou la décision de faire entrer Eau de Paris sous le statut d'EPIC lors de la rémunicipalisation de 2010, avant même que n'existe le statut de SPL (au demeurant pouvant être plus limitatif, en particulier en matière de territoire d'action de l'opérateur).

Les relations entre libéralisations et privatisations

Pour autant, il faut aller plus loin et analyser les relations pouvant exister entre les 2 processus, différents dans leurs logiques, comme dans leurs bases juridiques.

D'abord, le processus de libéralisation des SIEG est fondé sur la libre circulation, donc sur les ouvertures de marchés. Lorsqu'un opérateur « historique » avait un monopole, il ne peut que perdre des parts de marché sur son marché intérieur ; en tant qu'acteur économique, il va chercher soit à diversifier ses activités, ce que son statut d'EPIC en France lui est pour l'essentiel interdit, soit à développer ses activités sur les marchés voisins pour développer ses activités. Dans beaucoup de secteurs, l'ouverture des marchés

européens de SIEG s'est traduite par une européanisation des activités des opérateurs historiques, bien davantage que par l'arrivée de « nouveaux entrants »... ; cela s'est traduit par le développement d'une concurrence de type oligopolistique en Europe. Pour les grands opérateurs nationaux, l'Europe est devenu « leur marché intérieur ».

Cette transformation a eu deux conséquences importantes. La première renvoie à ce qu'est l'Union européenne, ni un super Etat-nation, ni une fédération, mais une construction politique originale entre des Etats-nation qui pour l'essentiel restent souverains : en quoi un Etat « propriétaire » d'une entreprise publique nationale serait-il légitime à définir des stratégies de développement économique au-delà de ses frontières (sauf à considérer que l'UE peut développer ses propres entreprises publiques pour mettre en œuvre les objectifs que lui confère les traités) ? Cet enjeu prend souvent la forme d'une demande de « réciprocité », qui n'est pas juridiquement fondée, mais apparaît souvent politiquement légitime. Autant changer le statut de l'opérateur pour éviter cette suspicion..., ce qui n'entraîne en rien l'obligation de privatiser.

Surtout, l'européanisation des acteurs suppose d'appliquer l'article 106-1 qui suppose l'égalité des acteurs sur le marché, leur non-discrimination, le fait qu'ils ne disposent pas d'avantages concurrentiels de par leur statut, que celui-ci ne les fasse pas bénéficier d'« aides d'Etat » venant fausser la concurrence sur le marché intérieur.

La Commission européenne a été saisie de nombreuses plaintes d'opérateurs économiques s'estimant victimes de concurrence déloyale de la part d'entreprises publiques, du fait de leur objet, de leur statut, ou des droits exclusifs ou spéciaux dont ils pouvaient disposer ; les décisions que la Commission européenne a été amenée à prendre en la matière ont souvent fait l'objet de recours à la CJUE.

Du statut d'EPIC ...

C'est ainsi que la CJUE s'est prononcée le 3 avril 2014 sur le statut d'EPIC qu'avait La Poste (avant sa transformation en société anonyme à 100% publique en 2010), en considérant que le statut d'EPIC comporte en lui-même une aide d'Etat.

Le CJUE précise qu'« en droit administratif français, les EPIC sont des personnes morales de droit public, qui disposent d'une personnalité juridique distincte de l'Etat et de l'autonomie financière ainsi que de compétences d'attribution spéciales, lesquelles incluent généralement l'exercice d'une ou de plusieurs missions de service public ». Il n'y a pas identité entre entreprise de service public et EPIC, celui-ci pouvant avoir d'autres activités, y compris sur des marchés concurrentiels. Mais le capital d'un EPIC ne peut être « ouvert », l'Etat étant le seul « actionnaire ». En contrepartie un EPIC ne peut étendre son champ d'action en dehors de son objet (principe de « spécialité »).

Ce n'est pas un statut unique à la France ; l'Italie ou l'Espagne connaissent également cette forme d'intervention. Remettre en cause ce statut d'EPIC au nom du droit de l'UE peut sembler contraire au principe de neutralité quant au régime de propriété (article 345 TFUE). En fait, le statut d'EPIC est mis en cause sous l'angle du droit des aides d'Etat.

La Commission a estimé que la Poste bénéficiait d'une garantie illimitée de l'Etat découlant de son statut, constituant une aide d'Etat, d'une part du fait de l'absence de soumission de la Poste au droit commun du redressement et de la liquidation d'entreprise en difficulté, de l'assurance pour un créancier de la Poste de voir sa créance remboursée, et enfin de l'assurance pour un créancier de voir sa créance subsister grâce au transfert des obligations de la Poste à une autre personne morale de droit public du fait de la continuité de la mission de service public. De plus, cette garantie illimitée permettant l'obtention de conditions de crédit plus favorables constitue un avantage sélectif.

La République française a alors attaqué la décision litigieuse devant le Tribunal de l'Union. Tout d'abord la France invoquait la méconnaissance de la condition relative au transfert de ressources d'Etat ; le Tribunal a déclaré ce moyen irrecevable car tardif – néanmoins, la Cour reviendra sur ce point, estimant que le

Tribunal a commis une erreur, mais que cette erreur n'entraîne pas l'annulation de l'arrêt. Surtout, la requérante a mis en cause la conclusion de la Commission selon laquelle les EPIC bénéficiaient en droit français d'une garantie d'Etat implicite et illimitée du fait de leur statut. Elle a également invoqué la violation de la notion d'avantage. Enfin, la République française a estimé que la Commission avait commis une erreur de droit quant à la charge et au niveau de preuve qui lui incombait dans le domaine des aides d'Etat (quant à l'existence d'une garantie illimitée et à celle d'un avantage). Le Tribunal va alors rejeter le recours dans son ensemble [5]. La France forme un pourvoi contre cet arrêt.

En l'espèce, la Cour confirme que le statut d'établissement public comporte bien en lui-même une garantie implicite et illimitée de l'Etat et que dès lors que l'établissement public est engagé dans des activités économiques, cette garantie équivaut à une aide d'Etat.

Bien que cet arrêt n'ait pas d'incidence pour La Poste, celle-ci ayant entre temps été transformée en société anonyme – sans que soit changé son objet, à la fois de service public et commercial, les conséquences risquent d'être très importantes pour certains établissements publics français développant des activités concurrentielles (SNCF, RATP, ...).

Mais cette appréciation de garantie implicite et illimitée, caractérisée d'« aide d'Etat », risque de ne pas être limitée aux seuls EPIC ; elle pourrait aisément être étendue à toute forme d'entreprise publique, soit d'entreprises dont les autorités publiques détiennent plus de 50% du capital. Finalement, à quoi servirait-il alors que le traité garantisse la possibilité pour les autorités publiques nationales, régionales ou locales d'avoir des entreprises publiques, si celles-ci doivent être quasi-identiques à des entreprises privées ?

De plus, l'abandon du statut d'EPIC ne règle rien quant au fond : en quoi un Etat laisserait-il tomber en faillite un grand opérateur de service public, fut-il privé ? Ne risquerait-on pas à aller jusqu'à une mise en cause de toute mission de service public ou de service universel confiée à tel ou tel opérateur au motif que la mission lui donnerait un avantage comparatif sur ses concurrents ? Finalement, l'Etat et les autorités publiques ne fausseraient-ils pas la concurrence par essence ?

En fait, la jurisprudence de la CJUE n'est pas aussi unilatérale.

... aux « raisons impérieuses d'intérêt général »

Dans un arrêt du 22 octobre 2013, la Cour a été amenée à répondre à une question préjudicielle concernant l'application de l'article 345 : la législation nationale des Pays-Bas, qui interdit la vente d'actions détenues au sein des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité et de gaz à des investisseurs privés (« interdiction de privatisation »), relève-t-elle du « régime de propriété dans les Etats membres » (article 345) et n'est-elle pas contraire à la « libre circulation des capitaux » (article 63 TFUE) ?

La Cour souligne que les traités ne s'opposent ni à la nationalisation d'entreprises, ni à leur privatisation, mais ne permettent pas de « soustraire les régimes de propriété existant dans les Etats membres aux règles fondamentales du TFUE, dont notamment, celles de non-discrimination, de liberté d'établissement et de liberté de mouvements de capitaux ». La Cour précise que « la libre circulation des capitaux ne peut être limitée par une réglementation nationale que si elle est justifiée par (...) des raisons impérieuses d'intérêt général ».

C'est donc au regard d'éventuelles « raisons impérieuses d'intérêt général » que les Etats membres peuvent restreindre la « libre circulation des capitaux ». On retrouve ici les deux principes fondamentaux de transparence (le clair énoncé des missions, objectifs et finalités, des « raisons impérieuses d'intérêt général » par les autorités publiques) et de proportionnalité (on ne peut déroger aux règles fondamentales de l'UE qu'en ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de la mission). Ce jugement conforte le « 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 ».