

# **Analyse des implications du traité de Lisbonne sur les SIG et propositions de mise en œuvre**

**Conseil Economique et Social du Luxembourg**

## *Document de réflexion*

Janvier 2008

### **Résumé**

- a) Le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 comporte plusieurs innovations contribuant à repositionner la question des services d'intérêt général (SIG) dans le champ de l'action communautaire.
- b) Cette nouvelle donne pour les SIG et pour les SIEG est d'envergure puisqu'elle devra se matérialiser par l'adoption d'un nouveau droit dérivé applicable à ces services.
- c) Le présent rapport vise à dégager les éléments nouveaux contenus dans le traité, à en analyser les potentialités et conséquences et à proposer les mesures de mise en application requises pour donner un contenu au nouveau cadre légal.
- d) Il rappelle d'abord l'état du droit positif constituant le cadre juridique communautaire des SI(E)G du traité de Rome de 1957 au traité de Nice de 2000 et présente l'état du droit dérivé et de la jurisprudence de la CJCE, ainsi que la doctrine élaborée par la Commission européenne.
- e) Il analyse précisément le contenu du nouveau traité de Lisbonne et les opportunités qu'il présente pour les SI(E)G.
- f) Le traité de Lisbonne introduit une nouvelle base juridique pour les Services d'intérêt économique général (SIEG) avec l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE, en confiant au Conseil et au Parlement le soin d'établir, par voie de règlements, les principes et conditions, notamment économiques et financières, leur permettant d'accomplir leurs missions. Il insère dans le droit primaire une référence aux SIG de manière générale et aux Services non économiques d'intérêt général (SNEIG) dans le Protocole annexé. En outre, le traité de Lisbonne donne une valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000, laquelle énonce, en son article 36, un droit d'accès aux SIEG.
- g) Sur ces bases, le rapport ouvre des pistes de réflexion sur la mise en œuvre concrète de ces opportunités, en mettant en exergue les questions laissées en suspens par l'approche communautaire actuelle des SI(E)G.
- h) A cet effet, le rapport propose de privilégier une approche plurielle et progressive, combinant les dimensions sectorielle et thématique, qui conduirait à l'adoption de plusieurs règlements visant à résoudre, les uns après les autres, les principaux problèmes communs rencontrés (approche horizontale à vocation thématique) et/ou à adapter ces principes et conditions aux différents secteurs concernés (approche horizontale à vocation sectorielle).
- i) Il propose une démarche pratique et pragmatique, consistant à examiner si le droit dérivé existant est suffisant par rapport au nouveau droit primaire et si de nouvelles initiatives législatives induites par l'article 14 TFUE sont nécessaires pour lever les incertitudes juridiques actuelles et apporter une valeur ajoutée.

- j) En matière de démarches sectorielles, le rapport propose à la fois d'intégrer la prise en compte des nouvelles dispositions du droit primaire lors de la révision du droit dérivé existant et d'examiner si la démarche sectorielle menée jusqu'ici est suffisante par rapport à la prise en compte des spécificités de chaque activité, ce qui l'amène en particulier à proposer de consolider le cadre de l'UE applicable aux services d'intérêt général, y compris les services sociaux et de santé.
- k) En matière de démarches transverses ou thématiques, le rapport suggère d'investiguer trois domaines pour lesquels existent aujourd'hui de réelles incertitudes juridiques : les conditions de mise en œuvre de l'article 86, paragraphe 2, CE quant aux rapports entre règles des traités et missions d'intérêt général ; les conditions d'application du principe de subsidiarité, en particulier les droits et devoirs des autorités publiques en matière de définition, de mode d'organisation et de financement ; les conditions économiques et financières d'accomplissement des missions des SIEG et notamment leurs modes de financement. Une démarche similaire gagnerait à être conduite en matière d'agences de régulation, de protection de l'utilisateur/consommateur des SIEG, ainsi que d'évaluation des performances de ces services. Ces différents domaines pourraient faire l'objet soit de règlements spécifiques, soit être traités sous forme d'un « paquet » législatif.
- l) Ces différentes initiatives devraient permettre d'apporter une valeur ajoutée au droit positif communautaire en identifiant les problématiques concrètes qui nécessitent une approche cohérente et la déclinaison des potentialités des nouveaux traités.

## Introduction

1. Le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007<sup>1</sup> contribue à repositionner la question des services d'intérêt général (ci-après « SIG ») dans le droit primaire communautaire et, d'une manière plus générale, dans le champ de l'action communautaire.
2. Il introduit pour la première fois dans le droit primaire une référence aux SIG de manière générale et aux Services non économiques d'intérêt général (ci-après SNEIG) dans un protocole annexé aux nouveaux traités (ci-après « le Protocole SIG ») alors que jusqu'ici seule la notion de service d'intérêt économique général (ci-après « SIEG ») figurait dans le traité CE (v. articles 16 et 86, paragraphe 2, CE) .
3. Il introduit par ailleurs une nouvelle base juridique pour les SIEG avec la modification de l'actuel article 16 CE (futur article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE<sup>2</sup>), en confiant au Conseil et au Parlement le soin d'établir, par voie de règlements, les principes et conditions, notamment économiques et financières, permettant aux SIEG d'accomplir leurs missions.
4. En outre, le traité de Lisbonne donne une valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000, laquelle énonce, en son article 36, un droit d'accès aux SIEG « *afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union* ».
5. Cette nouvelle donne pour les SIG et pour les SIEG est d'envergure puisqu'elle devra se matérialiser par l'adoption d'un nouveau droit dérivé applicable à ces services, sur mandat du

---

<sup>1</sup> Publié au JOUE C 306 du 17.12.2007, pp. 1-271.

<sup>2</sup> L'actuel article 16 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) deviendra article 14 après la ratification du traité de Lisbonne ; nous utilisons d'ores et déjà la numérotation du futur traité ratifié.

droit primaire et conformément à la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire en co-décision entre le Conseil et le Parlement européen.

6. La Commission semble vouloir, si ce n'est ignorer, du moins minorer l'importance de ce nouveau contexte politique, juridique et institutionnel. Alors que la logique qui a inspiré le Conseil et les Etats membres lors de la négociation du traité de Lisbonne a été celle d'une plus grande ouverture du débat sur les SIG, liée à une plus grande démocratisation du processus décisionnel les concernant à l'échelon européen (introduction de la co-décision, à côté du pouvoir discrétionnaire de la Commission basé sur l'actuel article 86, paragraphe 3, du traité CE), l'analyse de la Commission telle qu'elle ressort notamment de sa communication du 20 novembre 2007 sur les SIG<sup>3</sup> et des déclarations de son Président, semble faire du Protocole SIG un aboutissement, alors qu'il n'est que l'amorce d'un nouveau départ pour une plus grande sécurité juridique et une réglementation plus cohérente en faveur des régimes nationaux et communautaire des SIG<sup>4</sup>.
7. C'est pourquoi le Conseil Economique et Social luxembourgeois a décidé d'instaurer un groupe de réflexion de haut niveau, chargé d'élaborer une analyse des répercussions du nouveau traité en ce qui concerne les SI(E)G et de proposer les mesures de mise en application requises pour donner un contenu au nouveau cadre législatif.
8. A cette fin, le présent document entend successivement :
  - d'une part, rappeler brièvement l'état du droit positif constituant le cadre juridique communautaire des SI(E)G, afin de souligner combien l'approche communautaire en la matière n'est peut-être pas aussi unitaire que l'on pourrait le penser (I) ;
  - d'autre part, souligner en quoi le nouveau traité de Lisbonne offre de réelles opportunités pour les SI(E)G dans la recherche d'un régime plus cohérent et adapté à un agenda politique renouvelé (II) ;
  - enfin, ouvrir quelques pistes de réflexion sur la mise en œuvre concrète de ces opportunités, en mettant en exergue les questions laissées en suspens par l'approche communautaire actuelle des SI(E)G (III).

## **I – SI(E)G et droit communautaire : bref rappel du cadre juridique existant ou de l'unité dans la diversité**

### **A. Etat du droit positif primaire : le SIEG, concept à vocation générale**

- 9.- Pour appréhender les activités de service public, le traité de Rome de 1957 utilise le concept de SIEG dans l'article 90, paragraphe 2, devenu article 86, paragraphe 2, CE, aux termes duquel : « *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* ».

---

<sup>3</sup> COM (2007) 725 final, qui accompagne la communication sur la nouvelle stratégie sur le marché intérieur du 21<sup>e</sup> siècle : COM (2007) 724 final, du même jour.

<sup>4</sup> La Commission devrait pourtant être logique avec elle-même. Lorsqu'elle reconnaît par ailleurs que l'UE a « *un rôle à jouer dans la définition des principes et conditions de fonctionnement d'un large éventail de services* », elle devrait être consciente qu'elle entre dans le champ d'application du futur article 14 TFUE : v. COM (2007) 725 précitée, chapitre 2, troisième paragraphe.

10.- La mise en œuvre de cette disposition repose donc sur une double dialectique : d'une part, la primauté des missions d'intérêt général définies par les Etats membres sur l'application des règles du traité ; d'autre part, le respect de l'intérêt communautaire à travers la clause de non-affectation des échanges. D'où la recherche d'un nécessaire équilibre et un arbitrage permanent entre légitimités politiques nationales et exigences communautaires.<sup>5</sup>

11.- Le Traité d'Amsterdam de 1997 a confirmé la référence au concept de SIEG à travers un nouvel article 7D, devenu article 16 CE, qui énonce ce qui suit :

*« Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».*

12.- En ce qu'il est inséré dans la deuxième partie du traité consacrée aux « principes » de l'action communautaire, l'article 16 CE participe à une approche positive, et non plus dérogoire, de la place du service d'intérêt général dans le droit communautaire. En effet, même s'il ne fournit aucun élément précis pour une définition des concepts visés, il permet désormais de distinguer clairement le sort réservé aux missions même de service public identifiées à travers le SIEG (et auxquelles s'adresse l'article 16 CE) de celui réservé aux prestataires de ces missions, les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG telles que mandatées par les Etats membres (et auxquelles s'adressent l'article 86-2 CE).

13.- C'est d'ailleurs dans cette ligne que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) entendait déjà privilégier une approche fonctionnelle et matérielle dans l'interprétation de l'article 86-2 CE, au détriment d'une approche organique, afin d'identifier les missions et les conditions pour lesquelles le SIEG est assumé et les contraintes qui s'imposent dans sa gestion. Dans son arrêt de principe *Paul Corbeau* de 1993, confirmé par toute la jurisprudence depuis lors, la Cour qualifie ainsi la Poste belge de SIEG après avoir constaté que le législateur avait chargé cette entreprise de la mission « d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle »<sup>6</sup>

14.- Ce faisant, le juge communautaire cherche à écarter tout amalgame entre les concepts d'entreprise publique et de service public, ou encore entre les missions et les statuts des organismes qui les assument, ce dont le législateur communautaire a tenu compte en développant d'autres notions dans le droit dérivé pour rendre compte d'activités ou de missions d'intérêt économique général.

#### B. Apport du droit dérivé : la déclinaison conceptuelle (OSP, SU, SIGNE)

15.- La plupart des directives de libéralisation et d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux (énergie, postes et télécommunications, transports) ont donné naissance à deux concepts dérivés ou proches de celui de SIEG : celui d'obligations de service public (ci-après « OSP ») et celui de service universel (ci-après « SU »).

---

<sup>5</sup> V. notamment CJCE, 19.3.1991, *France/Commission*, C-202/88, rec. I-1223, spéc. point 12.

<sup>6</sup> V. point 15 de l'arrêt du 15 mai 1993, C-320/91, rec. I-2533

- 16.- Importée du secteur des transports, avec l'article 73 CE et ses règlements d'application<sup>7</sup>, la notion d'OSP a été depuis lors introduite dans les textes de libéralisation des marchés de l'électricité<sup>8</sup> puis du gaz<sup>9</sup> ainsi que dans des textes horizontaux relatifs par exemple au financement des SIEG par aides d'Etat sous forme de compensations de service public<sup>10</sup>. C'est ainsi que les Etats membres peuvent imposer aux entreprises de ces secteurs, « *dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat* ». Il est précisé par ailleurs que ces obligations doivent être « *clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises (concernées) de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux* » et qu'en matière de sécurité d'approvisionnement et d'efficacité énergétique ou de gestion de la demande, ainsi que pour atteindre les objectifs environnementaux précités, les États membres peuvent mettre en œuvre « *une planification à long terme, en tenant compte du fait que des tiers pourraient vouloir accéder au réseau* ».
- 17.- Quant à la notion de SU, elle trouve notamment sa source dans la réglementation communautaire des réseaux et services de communications électroniques<sup>11</sup> et des activités postales<sup>12</sup>, de la fourniture d' « *un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable* ».
- 18.- De même, la Commission européenne a-t-elle introduit la notion de services sociaux d'intérêt général (ci-après « SSIG ») dans son livre blanc sur les SIG et l'a décliné dans deux communications<sup>13</sup> ainsi que dans un « staff working document »<sup>14</sup>
19. Si les dénominations se multiplient, nuisant quelque peu à la cohérence des idées communes qui les sous-tendent, tout en intégrant la diversité des réalités qu'elles sous-tendent, il n'en reste pas moins que leurs régimes juridiques renvoient à l'esprit de l'article 86-2, qui implique la conciliation des choix socio-politiques et des préférences collectives des Etats membres avec les exigences du droit communautaire (v. *supra*).
- 20.- En outre, le législateur communautaire semble vouloir désormais opérer un rapprochement des concepts, à en juger par l'introduction de la notion de SU dans le secteur de l'électricité. La directive 2003/54/CE impose en effet aux Etats membres de veiller à ce que tous les clients résidentiels, pour le moins et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites

<sup>7</sup> V. règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 156) et règlement (CEE) n° 1107/70 du Conseil, du 4 juin 1970, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 130) ; abrogés et remplacés par le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (JO L 315).

<sup>8</sup> V. directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176).

<sup>9</sup> V. directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (JO L 176).

<sup>10</sup> V. décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général, JOUE L312/67 du 29/11/2005

<sup>11</sup> V. directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au service universel et aux droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (JO L 108).

<sup>12</sup> V. directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JO L 15).

<sup>13</sup> Cf. COM(2006)177 du 26 avril 2006 « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne » et COM(2007) 725 du 20 novembre « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général ; un nouvel engagement européen

<sup>14</sup> Cf. SEC (2007)1514 du 20 novembre 2007 : Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général

entreprises aient le droit de bénéficier d'un SU défini comme étant le droit « *d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents* ».

- 21.- Reste que cette tendance, *a priori* louable, n'a guère prospéré depuis lors dans le droit dérivé. On a même vu apparaître un nouveau concept de droit dérivé à l'occasion de l'adoption en décembre 2006 de la directive sur les services dans le marché intérieur : celui des services d'intérêt général non économiques (ci-après « SIGNE »), sans guère de précision supplémentaire sur le contenu du concept<sup>15</sup>. Toutefois, il est raisonnable de penser que cette nouvelle catégorie s'inspire des réflexions menées par ailleurs par la Commission et dont il découle une ouverture supplémentaire dans le champ conceptuel relatif aux activités d'intérêt général, avec l'apparition, dans son Livre blanc de 2004 sur les SIG<sup>16</sup>, de la notion de services sociaux d'intérêt général (ci-après « SSIG »), qui allait ensuite être confirmée et précisée dans une communication de 2006 (v. supra).

### C. Doctrine de la Commission : les concepts de SIG et de SSIG, tentative de synthèse ou éléments de complication ?

- 22.- Depuis une première communication de 1996<sup>17</sup>, la Commission tente d'élaborer progressivement une doctrine des SIG, nourrie depuis lors par de nombreux autres documents d'orientation<sup>18</sup>. La Commission semble vouloir faire du SIG un concept globalisant, dans lequel s'intégreraient finalement les SIEG et les SNEIG mais également les SSIG qu'ils soient eux-mêmes de nature économique ou non-économique. La définition retenue a d'ailleurs évolué, ce qui démontre que l'exercice n'est pas stabilisé. Ainsi, dans son Livre blanc de 2004 la Commission visait-elle les « *activités de service, marchand ou non, considérées comme d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public* ». Dans sa dernière communication de 2007, la Commission ne fait plus référence à la distinction marchand/non marchand, mais à celle, plus classique en droit communautaire, entre économique/non économique : « *les services d'intérêt général peuvent être définis comme les services, tant économiques que non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* »<sup>19</sup>. Reste tout de même à s'entendre sur la distinction entre activités économiques et non économiques.
- 23.- Or, la frontière n'est pas toujours facile à tracer, une « zone grise » ayant tendance à apparaître lorsque sont appréhendées certaines activités à l'instar des services sociaux d'intérêt général (« SSIG »). Consciente de cette difficulté, la Commission s'est bien gardé de proposer une définition de ces SSIG. Elle préfère, tout d'abord, proposer de distinguer entre deux grands groupes de SSIG : d'une part, les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale ; et, d'autre part, « *les autres services essentiels prestés directement à la personne* » (s'en suit une liste indicative autour de quatre pôles : l'aide aux personnes dans le besoin, l'aide à l'insertion et à la formation, l'inclusion des personnes handicapées ou malades, et le logement social). Elle met en exergue ensuite une série de « *caractéristiques d'organisation* » qui doit permettre de mieux identifier un SSIG: fonctionnement sur la base du principe de solidarité; caractère polyvalent et personnalisé du service intégrant la garantie de droits humains fondamentaux;

---

<sup>15</sup> V. article 2.2 sous a) de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, qui les exclue de son champ d'application (JO L 376).

<sup>16</sup> COM (2004) 374 final du 12 mai 2004

<sup>17</sup> JOCE n°C 281 du 26.9.1996.

<sup>18</sup> Notamment une 2<sup>ème</sup> communication sur les SIG de 2000, un rapport au Conseil européen en 2001, un livre vert en mai 2003, un livre blanc en mai 2004 et, en dernier lieu, une communication « accompagnant » la Communication sur la Stratégie révisée du marché intérieur du 20 novembre 2007 : COM (2007) 725 final.

<sup>19</sup> CMO (2007) 725 précitée.

absence de but lucratif; participation de volontaires et de bénévoles ou, encore, grande proximité et relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation “normale” de type fournisseur/consommateur et nécessitant ainsi la participation d’un tiers payant<sup>20</sup>.

- 24.- La prudence de la Commission démontre combien il est difficile d’appréhender un sujet comme celui des SSIG tant il correspond à un objet aux missions complexes et très variées, profondément ancrées dans les préférences collectives nationales, voire locales, à la différence notamment des SIEG fournis par les industries en réseaux (énergie, postes et télécommunications, transports). Le traitement des services de santé, non visés par la communication précitée de 2006 sur les SSIG, bien que relevant d’un SSIG conformément au livre blanc sur les SSIG, fournit un autre exemple de cette difficulté, la Commission ayant manifestement grand-peine à trouver un consensus en son sein pour adopter un instrument communautaire qui leur soit spécifique<sup>21</sup>.
- 25.- Contrairement à ce que certains pourraient penser, le débat est donc loin d’être clos et l’exercice de clarification tant des concepts que des régimes communautaires applicables aux activités de service public mérite d’être poursuivi. Le Traité de Lisbonne impose en tout cas désormais un tel exercice, en ouvrant de nouvelles perspectives pour la place et le rôle des SI(E)G dans l’Union européenne.

## II – Potentialités pour les SIG offertes par le Traité de Lisbonne : état des lieux

- 26.- Le Traité de Lisbonne ouvre trois séries de nouvelles perspectives pour les SIG : une base juridique pour en établir les principes et en fixer les conditions de bon accomplissement de leur mission d’intérêt général au niveau communautaire (A); des orientations interprétatives, dans un protocole, pour guider le législateur et les institutions européens (B) et la force contraignante reconnue à la Charte des droits fondamentaux (C).

### A.- Une base juridique désormais incontestable pour le législateur communautaire dans le domaine des SIEG

- 27.- Le Traité de Lisbonne modifie l’actuel article 16 CE qui devient le nouvel article 14 du traité sur le fonctionnement de l’UE (ci-après « TFUE »). Les modifications apportées s’inspirent pour l’essentiel des amendements que le traité établissant une Constitution pour l’Europe de 2004 avaient introduits à travers l’article III-122, lequel était le fruit des travaux menés par la Convention pour l’avenir de l’Europe en 2002-2003 auxquels ont participé tous les Etats membres et candidats, les Parlements nationaux et toutes les institutions communautaires, dont le Comité économique et social européen, en tant qu’observateur attentif, au même titre que les trois partenaires du dialogue social européen (CES, CEEP et UNICE).
- 28.- Le premier apport vise à préciser qu’il n’est pas porté préjudice au nouvel article 3bis du traité UE, dont la nouveauté réside dans son paragraphe 2<sup>22</sup> aux termes duquel :

*« L’Union respecte l’égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y*

---

<sup>20</sup> Cf. COM (2006) 177 du 26 avril 2006, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - Les services sociaux d’intérêt général dans l’Union européenne ». V. aussi chapitre 2.3 de la COM (2007) 725 précitée.

<sup>21</sup> V. le retrait, *in extremis*, de l’ordre du jour du collège de la Commission du 20 décembre 2007 des projets de communication et de directive pour la mise en œuvre des droits des patients en matière de soins de santé transfrontières.

<sup>22</sup> Etant précisé que le premier paragraphe explicite le principe des compétences d’attribution de l’UE (voir actuel article 5, paragraphe 1, CE) et le troisième paragraphe réaffirme le principe de coopération loyale des Etats membres et de l’UE (voir actuel article 10 CE).

*compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».*

- 29.- On peut y voir là une clause de restriction dans l'exercice des compétences de l'UE, qui pourrait jouer notamment pour les SIG dits régaliens, tels que la police, la diplomatie, la justice ou l'armée.
- 30.- Le second apport de l'article 14 TFUE est de préciser que ce sont dans des conditions, « *notamment économiques et financières* », que les SIEG doivent pouvoir fonctionner pour leur permettre d'accomplir leurs missions. L'ajout peut paraître anodin, mais il met ainsi l'accent sur un des thèmes les plus pertinents : la nécessaire pérennité financière des SIEG, comme la Cour de justice le souligne elle-même lorsqu'elle autorise de déroger aux règles du traité dans la mesure où cela est nécessaire pour l'entreprise chargée d'un SIEG « *d'accomplir sa mission d'intérêt général et, en particulier, de bénéficier de conditions économiquement acceptables* »<sup>23</sup>.
- 31.- Le dernier apport, enfin, est, certainement, le plus fondamental. Une nouvelle phrase est ajoutée à l'actuel texte de l'article 16 CE pour énoncer ce qui suit :
- "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."*
- 32.- On retrouve ici la valeur ajoutée de l'article III-122 précité qui fait du nouvel article 14 TFUE, non seulement une « *disposition d'application générale* » qui doit, dès lors, inspirer toutes les actions de l'UE, mais aussi et surtout, une base juridique désormais incontestée pour des règles communes et transversales en matière de bon accomplissement des missions et des tâches de SIEG, alors que jusqu'à présent, la Commission semblait écarter une telle option sur la base du seul article 16 CE<sup>24</sup>. Quoiqu'il en soit, ces règles communes devront alors être établies dans le cadre de la procédure législative dite ordinaire, qui est en fait l'actuelle procédure de co-décision améliorée et au champ d'application étendu (article 251 TFUE).
- 33.- S'agissant du contenu de ces futures règles communes, la nouvelle phrase ajoutée à l'article 16 CE nous renseigne sur le fait qu'elles doivent établir les principes et les conditions d'un bon fonctionnement des SIEG dans l'UE.
- 34.- Pour ce qui concerne plus précisément les principes, il est utile de se référer notamment à la déclaration n°13 annexée au traité d'Amsterdam (toujours en vigueur et non remise en cause par le traité de Lisbonne) et aux termes de laquelle il est précisé que « *les dispositions de l'article 16 (...) relatives aux services publics (sic) sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services* ». On peut en déduire, à titre d'exemple, que les principes à établir pourraient être ceux reconnaissant et harmonisant les droits des usagers des SIEG, dont le nouveau Protocole sur les SIG met en exergue la prise en compte des besoins et des préférences (v.

<sup>23</sup> V. arrêt Corbeau, précité, point 14 et, dans le même sens : CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco*, C-340/99, rec. I-4109, point 54 et CJCE, 15 novembre 2007, *International Mail Spain SL*, C-162/06, point 34.

<sup>24</sup> Sans pour autant convaincre sur l'absence totale de base juridique pour une réglementation générale, car le visa de l'article 16 CE pourrait très bien être combiné à celui de l'article 95 CE, par exemple, au titre de la réalisation du marché intérieur. Rappelons que c'est sur cette base juridique qu'ont été adoptées les directives précitées dans les secteurs de l'énergie, des postes et des télécommunications.

*infra*). De plus, l'établissement de tels principes pourraient aussi permettre de donner un effet utile à l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux quant à l'accès aux SIEG.

- 35.- Quant aux conditions que les futurs règlements de l'article 14 TFUE sont appelés à établir, il est précisé qu'il doit s'agir notamment des conditions « économiques et financières ». Devront ainsi être évoquées les questions liées au financement des SIEG, sous l'angle notamment de l'application des règles de contrôle des aides d'Etat (dans le cadre, par exemple, d'une révision du paquet dit « Altmark » de novembre 2005), à la péréquation territoriale, aux mécanismes éventuels de solidarité entre acteurs du marché dans le cadre duquel est défini un service universel ou des obligations de service public (fonds de compensation, redevances d'accès, etc.), ou encore aux obligations comptables spécifiques qui peuvent être requises d'une entreprise chargée de la gestion d'un SIEG.
- 36.- Enfin, la dernière phrase du nouvel article 14 TFUE s'accompagne d'une autre clause restrictive de l'action communautaire, laquelle ne peut pas porter préjudice à « la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer » les SIEG. Toutefois, la formule utilisée (« sans préjudice de ») doit être bien comprise: si le législateur communautaire ne peut se substituer au législateur national pour définir un SIEG et en fixer les régimes de gestion et de financement, les principes généraux du droit communautaire restent d'application et doivent dès lors être respectés dans la mise en œuvre de ces régimes. Il en est ainsi, par exemple, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence dans la sélection des prestataires externes d'un SIEG ; de même des règles de contrôle des aides d'Etat et des compensations de service public (article 87 CE et jurisprudence/réglementation 'Altmark').

B. Un nouveau protocole, mode d'emploi pour les institutions communautaires, du principe de primauté du bon accomplissement des missions d'intérêt général

- 37.- Alors que le nouvel article 14 TFUE pouvait raisonnablement être attendu au regard des avancées obtenues lors des négociations du traité constitutionnel, le nouveau protocole sur « les services d'intérêt général » (SIG), tel qu'annexé au traité UE modifié et au nouveau TFUE par le Traité de Lisbonne, est une réelle innovation<sup>25</sup>.
- 38.- Le fait qu'un protocole soit consacré aux SIG dans leur ensemble et non plus aux seuls SIEG en particulier, est déjà en soi inédit, puisque ce faisant, le concept même de SIG passe d'un statut de *soft law* (doctrine de la Commission, v. *supra*) à celui du droit primaire, dans la mesure où un protocole annexé au traité fait « partie intégrante » de ce dernier<sup>26</sup>. Par ailleurs, faisant écho au texte de l'article 14 TFUE consacré aux SIEG, le Protocole souligne « l'importance » également des SIG, même si la référence à leur place parmi les valeurs communes de l'UE n'est pas reprise comme référence générale (mais uniquement pour les SIEG : v. article 1<sup>er</sup> du Protocole).
- 39.- En tout état de cause, le Protocole ne se veut pas une simple déclaration de principe. Au contraire, il est décliné sur un mode opérationnel, ses dispositions étant définies explicitement comme « interprétatives » des traités et « des valeurs communes de l'Union concernant les SIEG ». En d'autres termes, il s'agira d'un véritable mode d'emploi des articles 14 et 106, paragraphe 2,<sup>27</sup> du TFUE à l'adresse tant de l'UE que des Etats membres.

---

<sup>25</sup> Dont l'initiative est revenue au Premier ministre néerlandais qui en avait fait une ligne rouge de la position de son gouvernement pour la phase finale de négociation du nouveau traité. Sur les origines de cette proposition, liée à un contentieux entre les Pays-Bas et la Commission européenne quant aux conditions d'application de l'appréciation de l'erreur manifeste de qualification d'un SIEG en matière de financement du logement social : v. annexe *infra*.

<sup>26</sup> Voir article 311 CE, dont le texte sera repris à l'article 49 B (nouveau) du TUE.

<sup>27</sup> Actuel article 86, paragraphe 2, CE, non modifié dans sa substance par le traité de Lisbonne.

- 40.- Le Protocole comporte deux articles : le premier concerne les SIEG et le second les SNEIG, sans pour autant chercher à résoudre la difficulté consistant à distinguer entre ces deux catégories de SIG.
- 41.- L'article 1<sup>er</sup> du Protocole entend fournir des précisions sur ce que recouvre les « *valeurs communes de l'Union concernant les SIEG au sens de l'article 16 TFUE*<sup>28</sup> ». A dire vrai, on peut se demander si les précisions fournies relèvent vraiment de la catégorie « valeurs communes », au sens de celles qui animent la construction européenne et qui sont exprimées notamment dans les Préambules et les articles 1<sup>er</sup> et 2 des traités UE et CE)<sup>29</sup>. Il nous semble qu'il s'agit davantage d'orientations, à caractère impératif compte tenu de leur valeur de droit primaire, que le législateur communautaire devra avoir à l'esprit et respecter lorsqu'il envisagera d'adopter les règlements visés à l'article 14 TFUE, et que toutes les institutions communautaires devront respecter dans leurs actions, afin de respecter certaines compétences des Etats membres en matière de SIEG. Ces orientations ou références d'interprétation, sont clairement inspirées par la demande plutôt que par l'offre, en ce sens que l'utilisateur, usager-consommateur du SIEG, est placé au cœur du dispositif.
- 42.- C'est ainsi, tout d'abord, que le premier tiret de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole vise « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire*<sup>30</sup> *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* ». A l'exception, notable, de la question du financement, on retrouve ici l'esprit, sinon la lettre, de la clause de réserve de compétence insérée à la fin de l'article 14 TFUE. Il ne faut pas en déduire pour autant que les Etats membres soient totalement libres. La référence aux besoins des utilisateurs peut être interprétée comme un avertissement, car si l'institution de SIEG est *a priori* leur pré carré, ils doivent garder à l'esprit qu'elle n'est justifiée que pour autant qu'elle permet la satisfaction de missions d'intérêt général au service des principaux bénéficiaires de ces services<sup>31</sup>.
- 43.- Le second tiret s'adresse peut-être davantage à la Commission européenne et au législateur communautaire, invités à tenir compte de « *la diversité* » des SIEG et des « *disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes* ». En d'autres termes, les Etats membres ont clairement entendu faire comprendre qu'ils étaient les mieux placés pour apprécier les préférences collectives et les attentes spécifiques de leurs citoyens en termes de SIG. Une telle interprétation, si elle devait prévaloir, ne serait pas sans incidence sur le contrôle de l'erreur manifeste que la Commission se réserve, sous l'œil bienveillant du juge communautaire, sur le champ de définition des SIEG par les Etats membres (v. *infra*, sous III). Elle ne pourra plus ignorer la singularité des logiques publiques et des choix démocratiques de chaque Etat membre à travers la mise en œuvre de SIEG, comme lorsque, dans le cadre du contentieux des aides au logement social aux Pays-Bas<sup>32</sup>, elle décida de raisonner par analogie avec un précédent contentieux relatif à des aides

---

<sup>28</sup> Rappel : l'article 16 TFUE deviendra article 14 TFUE après ratification du traité de Lisbonne.

<sup>29</sup> Liberté, démocratie, respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit, solidarité entre les peuples, progrès économique et social, etc.

<sup>30</sup> On notera au passage que la première version française rendue publique du traité de Lisbonne le 5 octobre 2007, faisait référence à « *la grande marge de manœuvre* » des autorités publiques concernées.

<sup>31</sup> Tout comme le régime protecteur de l'article 86-2 ne saurait être revendiqué par l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG qui faillit à sa mission : cf. jurisprudence dite de la 'carence' du service public (CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, rec. I-1979 ; 11 décembre 1997, *Job Centre coop. Arl*, C-55/96, rec. I-7119 et 8 juin 2000, *Giovanni Carra*, C-258/98, rec. I-4217, à propos des activités d'offices publics de l'emploi.

<sup>32</sup> Mesure d'aide n°E2/2005, ex-NN 93/02.

similaires en Irlande<sup>33</sup>, alors que les conceptions politiques sous-tendant ces deux régimes n'étaient pas les mêmes<sup>34</sup>.

- 44.- Enfin, le 3<sup>ème</sup> tiret de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole met l'accent sur ce que l'on pourrait appeler les grands principes devant inspirer le fonctionnement des SIEG<sup>35</sup> : niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité ; égalité de traitement et promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs. Certes, ces principes découlent déjà en grande partie des textes de droit dérivé précités, de la jurisprudence de la Cour<sup>36</sup>. Mais ils devront désormais aussi inspirer toute démarche sectorielle comme transversale (v. *infra*, sous III).
- 45.- L'article 2 du protocole SIG innove pour sa part en introduisant dans le vocabulaire communautaire un nouvel acronyme : les SNEIG. Pour autant, on n'est pas très loin de la notion de SIGNE, rencontrée précédemment avec la directive Services. Il n'en reste pas moins que, pour la première fois, à l'instar des SIG appréhendés dans leur ensemble, les SIG non économiques sont traités dans un texte de droit primaire, et plus seulement dans une communication de la Commission ou dans un texte de droit dérivé.
- 46.- Il ne s'agit pas toutefois de réglementer les SNEIG, mais au contraire de rappeler que le droit communautaire ne peut porter « *en aucune manière atteinte à la compétence des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser* » de tels services. Tout comme la formule précédente « sans préjudice de » utilisée pour les SIEG, celle « ne porte pas atteinte à » ne ferme pas toutes les portes de l'intervention communautaire, dans la mesure où l'exercice d'une compétence nationale reste encadrée dans sa mise en oeuvre par les principes généraux du droit communautaire, même si l'on peut penser que les risques de tension sont moins réels dans la sphère non économique que dans le cadre d'activités économiques naturellement appréhendées par les règles communautaires<sup>37</sup>.
- 47.- En tout état de cause, en consacrant la distinction SIEG/SNEIG et la nécessité de faire respecter des principes communs de fonctionnement, le Protocole démontre combien un exercice de clarification des concepts et des régimes en jeu est plus que jamais nécessaire pour offrir la sécurité juridique tant aux entreprises et organismes en charge de la gestion de ces services qu'à leurs principaux bénéficiaires. Or, la cohérence de cette nouvelle architecture du droit primaire nous suggère qu'un tel exercice passe par une ou plusieurs initiatives réglementaires à vocation thématique, ce que la Commission évoque elle-même dans sa Communication du 20 novembre 2007, dont la voie est désormais tracée, pour ne pas dire imposée, par le Traité de Lisbonne et qu'il conviendra de mettre en oeuvre sur des bases concrètes, de manière complémentaire aux réglementations sectorielles dont la pertinence peut se vérifier par ailleurs au cas par cas (v. *infra* sous III).

### C. Des nouveaux droits fondamentaux contraignants au bénéfice des SI(E)G

---

<sup>33</sup> Mesure d'aide n°N 89/2004.

<sup>34</sup> La définition du champ des bénéficiaires du logement social étant résiduelle en Irlande alors qu'elle est universelle aux Pays-Bas : v. encadré en annexe, *infra*, à propos de l'origine du Protocole SIG.

<sup>35</sup> Ce que l'on pourrait appeler les '*grandes lois européennes du service d'intérêt général*', à l'instar des '*lois de Rolland*' de la doctrine française des services publics.

<sup>36</sup> La déclaration n°13 sur l'article 16 CE, annexée au traité CE par le Traité d'Amsterdam, énonce que cette disposition doit être mise en oeuvre « *dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services* ».

<sup>37</sup> V. toutefois, par exemple, le point 92 de l'arrêt de la Cour de justice du 16 mai 2006, dans l'affaire Yvonne Watts, C-372/04, à propos du SIG de la santé et de la sécurité sociale : « *S'il est constant que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et que, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale, il demeure toutefois que, dans l'exercice de cette compétence, les États membres doivent respecter le droit communautaire, notamment les dispositions relatives à la libre prestation des services (...). Lesdites dispositions comportent l'interdiction pour les États membres d'introduire ou de maintenir des restrictions injustifiées à l'exercice de cette liberté dans le domaine des soins de santé* ».

- 48.- Le nouvel article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, du Traité UE, issu du traité de Lisbonne, énonce que « *l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg* », et proclamée solennellement et conjointement à cette date par le Parlement européen, le Conseil et la Commission<sup>38</sup>. Mais surtout, il est précisé que la Charte a désormais « *la même valeur juridique que les traités* »<sup>39</sup>.
- 49.- Or, parmi les droits inscrits dans cette Charte, plusieurs offrent une valeur ajoutée significative au statut communautaire des SIG et SIEG. Il en est ainsi tout d'abord, de la manière la plus explicite et directe, de l'article 36 aux termes duquel :
- « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux SIEG tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».*
- 50.- Si, comme le soulignent les explications relatives à la Charte publiées au journal officiel de l'UE<sup>40</sup>, cette disposition est « *pleinement conforme* » à l'article 14 du TFUE et « *ne crée pas de droit nouveau* », il n'en reste pas moins qu'il renforce le principe d'accessibilité comme principe essentiel de fonctionnement des SIEG dans les Etats membres, principe au respect duquel le législateur communautaire doit veiller et ne pas hésiter à imposer là où il ne serait pas encore effectif.
- 51.- Les autres apports de la Charte aux SI(E)G sont moins directement identifiables, mais ne doivent pas pour autant être sous-estimés. L'article 34, paragraphe 1, mérite l'attention à ce titre en énonçant un « *droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales* »<sup>41</sup>. Nous sommes bien là au cœur de la définition de plusieurs SSIG, tout comme celui du logement social à travers l'article 34, paragraphe 3, relatif au « *droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes* » ou celui des soins de santé à travers l'article 35 relatifs au droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux.
- 52.- Ces différentes prescriptions pourront être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions de l'Union<sup>42</sup>. Ces dernières ne peuvent qu'y être ardemment invitées car c'est le seul moyen d'avoir un impact réel sur les Etats membres, dans la mesure où les principes énoncés par la Charte ne s'adressent à eux qu'« *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* »<sup>43</sup>. Preuve s'il en est qu'en matière de SI(E)G, le nouvel article 14 TFUE et le nouveau Protocole peuvent aussi offrir de nouvelles perspectives à l'expression et à la consolidation de droits fondamentaux que ces services contribuent souvent à garantir ou à mettre en œuvre.

### III – L'après Traité de Lisbonne : quelle mise en œuvre concrète pour les SI(E)G ?

<sup>38</sup> Publiée au JOUE C 303 du 14.12.2007, pp. 1-16.

<sup>39</sup> Sauf pour ceux des Etats membres qui ont négocié un « *opt-out* », à l'instar de la Pologne et du Royaume-Uni.

<sup>40</sup> JOUE C 303 du 14.12.2007, pp. 17-35. Ces explications doivent être prises « *dûment en considération* » pour l'interprétation des droits, libertés et principes énoncés par la Charte (article 6, troisième alinéa, du traité UE, issu du traité de Lisbonne).

<sup>41</sup> Cette dernière référence vise à écarter toute obligation pour les Etats membres de créer de tels services sociaux lorsqu'ils n'existent pas : cf. explication ad article 34, *ibidem*, page 27.

<sup>42</sup> Article 52, paragraphe 5, de la Charte.

<sup>43</sup> Article 51, paragraphe 1, de la Charte.

- 53.- Le Traité de Lisbonne marque une étape essentielle dans l'adoption d'une nouvelle architecture pour les SIG et d'une démarche réglementaire transversale en matière de SIEG visant la mise en œuvre effective du principe de primauté du bon accomplissement de leur mission, tel qu'il découle de l'actuel article 86, paragraphe 2, CE : non seulement en la rendant désormais juridiquement possible (article 14 TFUE) mais également en la rendant nécessaire compte tenu des orientations désormais gravées dans le droit primaire (protocole SIG) qui plaident dans le sens de l'unification, ou du moins du rapprochement, des concepts (notamment ceux qui appréhendent tantôt l'utilisateur final, le consommateur, l'usager, voire le client du SIEG) et des régimes et procédures applicables aux SIEG (notamment en matière de règlement des litiges et de rôle dévolu aux autorités nationales de régulation), afin de ne plus être tributaire d'une approche exclusive au cas par cas, législative (directives sectorielles) ou contentieuse (au gré des plaintes ou des procédures diligentées par la Commission ou qui naissent devant le juge national).
- 54.- Ajouté à celui, précité, de la sécurité juridique nécessaire à l'application effective de l'article 86, paragraphe 2, CE, cet objectif correspond ni plus ni moins à celui qui a inspiré la Commission lorsqu'elle proposa sa directive-cadre sur les services dans le marché intérieur<sup>44</sup>. Et dans la mesure où ce texte écarte de son champ d'application les SIGNE et traite de manière minorée les SIEG, la voie est toute tracée pour un exercice similaire qui leur soit propre.
- 55.- Deux séries de questions doivent en conséquence être posées : d'une part, quelle méthode privilégier en termes d'instruments juridiques ? D'autre part, quel contenu ou quelle matière donner à ces instruments juridiques ?

#### A.-Quelles options en termes d'instruments juridiques ?<sup>45</sup>

- 56.- L'article 14 TFUE ne laisse aucun choix au législateur communautaire en lui imposant à la fois la nature de l'acte (le règlement) et sa procédure d'adoption (la procédure législative ordinaire). Le recours au règlement peut paraître quelque peu rigide, en ce sens qu'il laisse peu (ou pas ?) de marge de manœuvre aux Etats membres dans sa mise en œuvre et qu'il peut donc rencontrer des difficultés à cristalliser le consensus pour son adoption. Cela étant, l'exercice n'est pas impossible en soi, comme l'a démontré l'adoption du nouveau règlement relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route<sup>46</sup>, même s'il est vrai que la Commission a dû revoir sa copie par deux fois. Mais, précisément, tel est aussi le prix du renforcement démocratique des procédures et du recours à la co-décision Parlement européen/Conseil pour éclairer et orienter tant les initiatives de la Commission que les débats entre Etats membres et parlementaires européens. La tentation sera aussi peut-être moins grande pour la Commission de recourir à une doctrine parfois byzantine de la Commission<sup>47</sup> ou d'adopter des décisions ou des directives en application de l'article 86, paragraphe 3, CE (futur article 106, paragraphe 3, TFUE).
- 57.- En tout état de cause, dès lors qu'il s'agit de définir des principes et des conditions d'application de l'exigence de bon accomplissement des missions d'intérêt économique général, le règlement peut s'avérer un instrument adapté de façon à garantir l'unité de sa

<sup>44</sup> V. exposé des motifs de COM (2004) 2 final du 13 janvier 2004.

<sup>45</sup> V. en annexe le tableau récapitulatif des options réglementaires.

<sup>46</sup> Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 abrogeant les règlements (CEE) n°1169/69 et (CEE) n°1107/70 du Conseil (JO L 315).

<sup>47</sup> On pense notamment à la pratique des « manuels de transposition » (voir celui édicté pour la directive Services) ou des mémos sous forme de « Questions/réponses », comme celui publié le 20 novembre 2007 en accompagnement de la communication SIG - COM (2007) 725- précitée.

mise en œuvre dans l'Union européenne et son application effective et immédiate dans les Etats-membres.

- 58.- Par ailleurs, il ne doit pas être déduit de l'article 14 TFUE qu'il s'agira là de l'unique option d'intervention de la part des institutions communautaires. En d'autres termes, l'adoption de règlements sur la base de l'article 14 TFUE ne sera pas exclusive de l'adoption d'autres instruments, dans une optique de complémentarité des bases juridiques et des procédures mises en œuvre. C'est ainsi que, outre le pouvoir normatif et/ou curatif de la Commission sur base de l'article 86-3 CE précité<sup>48</sup>, le recours aux directives de l'article 95 CE (futur article 114 TFUE) dans le cadre de l'établissement du marché intérieur pourra toujours s'avérer utile et pertinent, notamment pour, d'une part, amender une directive de libéralisation existante à la lumière des orientations interprétatives du Protocole SIG et en adéquation avec le ou les règlements « article 14 TFUE » ; et, d'autre part, compléter ces derniers par une approche sectorielle et/ou par l'harmonisation de certains aspects liés à l'organisation et à la gestion des SIEG qui ne toucheraient pas directement aux principes et conditions de leur bon fonctionnement.
- 59.- Une question demeure toutefois ouverte quant à l'utilisation même de l'article 14 TFUE : doit-on aspirer à l'adoption d'un seul règlement, sorte de règlement-cadre, qui fixerait les principes et les conditions de fonctionnement de toute activité répondant à la qualification de SIEG ou plutôt privilégier une approche plurielle et progressive, combinant les dimensions sectorielle et thématique, qui conduirait à l'adoption de plusieurs règlements visant à résoudre, les uns après les autres, les principaux problèmes communs rencontrés (approche horizontale à vocation thématique) et/ou à adapter ces principes et conditions aux différents secteurs concernés (approche horizontale à vocation sectorielle) ? Nous penchons pour notre part pour cette dernière approche séquentielle, sans préjuger du rythme d'adoption, lequel pourrait être ramassé, en ayant recours à la technique du 'paquet législatif' adopté en une seule fois<sup>49</sup>, ou être plus espacé dans le temps ; et sans exclure qu'elle ne soit combinée, en tant que de besoin, par une approche sectorielle, mais plus ciblée sur telle ou telle spécificité d'une catégorie de SI(E)G.
- 60.- Outre le fait que le pluriel utilisé par l'article 14 TFUE pour viser les règlements plaide en ce sens, une telle démarche semble aussi compatible avec la stratégie que la Commission entend mettre en œuvre lorsqu'elle parle d'« *une combinaison d'actions sectorielles et d'actions portant sur des questions précises* »<sup>50</sup> ; même si force est de constater qu'en matière de SSIG, par exemple, alors que le Parlement européen a exprimé une volonté politique claire pour l'inviter à proposer une directive sectorielle pour ces services, la Commission n'y a pas donné suite, à ce jour.
- 61.- Quelle que soit l'option retenue, il ne pourra pas être fait l'économie d'un exercice préalable d'identification de la nécessité de réglementer, tel que l'article 5, alinéa 3, CE<sup>51</sup> en impose le principe et tel que le futur Protocole SIG en définit les contours en mettant en avant l'analyse « *des besoins et des préférences* » des utilisateurs. Un tel exercice préjugera dès lors en grande partie du contenu de la réglementation.

#### B. Quelles options en termes de contenu ?

---

<sup>48</sup> Pouvoir qu'elle peut mettre en œuvre de manière quasi-discrétionnaire ou du moins « *autant que de besoin* », selon le texte de cette disposition.

<sup>49</sup> V. en ce sens les paquets « télécoms » de 2002, le paquet « ciel unique » de 2004, ou encore les 3 paquets ferroviaires.

<sup>50</sup> COM (2007) 725 précitée, chapitre 4, premier paragraphe.

<sup>51</sup> « *L'action de la Communauté n'exède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité* ». V. dans le même sens l'article 3ter, paragraphe 4, du TFUE (principe de proportionnalité).

- 62.- Il s'agit ici de proposer une démarche pratique et pragmatique, consistant à examiner si le droit dérivé, tel qu'il existe aujourd'hui, est suffisant par rapport au nouveau droit primaire rappelé ci-dessus et si de nouvelles initiatives législatives sont nécessaires. Cette démarche implique d'examiner en quoi de nouvelles initiatives législatives, telles qu'induites par l'article 14 TFUE sont nécessaires pour lever les incertitudes juridiques actuelles et peuvent apporter une valeur ajoutée.
- 63.- La problématique que nous proposons de développer est identique à celle que propose la Commission européenne dans sa Communication du 20 novembre 2007, lorsqu'elle propose de « *consolider le cadre de l'UE applicable aux services d'intérêt général, y compris les services sociaux et de santé, en proposant des solutions concrètes aux problèmes concrets existants* » et en combinant « *actions sectorielles et actions portant sur des questions précises* ». Il ne s'agit donc pas d'opposer, mais de combiner démarches sectorielles et transversales.
- 64.- Il était inhérent à la recherche des voies et moyens d'une européanisation progressive des SIEG à partir de la fin des années 1980 – sans disposer d'un cadre de référence établi –, que la démarche vise à prendre en compte les spécificités de chacun des secteurs concernés : les télécommunications ont des caractéristiques technico-économiques différentes du transport aérien ou de l'électricité. Mais à partir du moment où le droit primaire a reconnu que les SIEG faisaient globalement partie des « *valeurs communes* » de l'UE et contribuaient à sa « *cohésion sociale et territoriale* », il est apparu indispensable de conjuguer démarches sectorielles (prenant en compte les spécificités de chaque secteur) et problématique transverse. C'est cette double approche que nous allons nous efforcer de développer et d'explicitier.

a) En matière de démarches sectorielles

- 65.- Il s'agit tout à la fois d'intégrer la prise en compte des nouvelles dispositions du droit primaire lors de la révision du droit dérivé sectoriel et d'examiner si la démarche sectorielle menée jusqu'ici est suffisante par rapport à la prise en compte des spécificités de chaque activité

*1. Intégrer la prise en compte des nouvelles dispositions du droit primaire lors de la révision de chaque cadre sectoriel*

- 66.- La communication de la Commission précitée du 20 novembre 2007 dresse l'état des initiatives en cours en matière de révision et d'actualisation des cadres sectoriels. Les nouvelles dispositions du droit primaire, y compris les « *valeurs communes* » visées par le Protocole SIG et les dispositions de la Charte des droits fondamentaux, doivent être intégrées de manière précise comme éléments essentiels de référence ces révisions, sans attendre la fin du processus de ratification du traité modificatif. A titre d'exemple cette démarche aurait pu être conduite dès la seconde lecture de la nouvelle directive postale<sup>52</sup>, afin d'examiner si ses dispositions étaient compatibles avec le nouveau traité TFUE.

*2. Examiner si la démarche sectorielle actuelle est suffisante par rapport aux spécificités de chaque activité d'intérêt général*

- 67.- Si les secteurs considérés comme SIEG au cours des années 1990 (télécommunication, postes, électricité, gaz, transports) ont fait l'objet de l'élaboration de règles précises et de la définition d'OSP ou d'OSU venant structurer les processus de libéralisation, l'extension progressive du champ des activités considérées comme économiques, soit dans chaque Etat membre, soit au plan communautaire – en particulier avec le développement de la

---

<sup>52</sup> Le vote en seconde lecture est intervenu le 31.1.2008 au Parlement européen.

jurisprudence de la CJCE -, conduit à ce que les spécificités de toute une série de SIEG ne soient pas prises en compte dans le droit dérivé positif.

- 68.- Il en est ainsi en particulier en matière de SSIG. Lors de la consultation sur le Livre vert de 2003, les acteurs de ce secteur (les autorités publiques locales, les opérateurs, les représentants des utilisateurs) ont très largement souligné qu'ils ressentaient une insécurité juridique croissante quant au corps de normes juridiques communautaires dont ils relèvent, compte tenu de leurs spécificités, en particulier en matière de mandatement (v. supra). Ils ont souligné qu'ils faisaient partie d'une « zone grise » préjudiciable à l'accomplissement de leurs missions. Cela a amené à la fois la Commission à engager un processus de réflexion spécifique (Communication, études, etc.), la directive sur les services<sup>53</sup> à les exclure en grande partie de son champ, le Parlement européen à réclamer à deux reprises l'élaboration d'un droit dérivé sectoriel<sup>54</sup>. Pour autant, la Commission ne retient pas cette piste, en contradiction évidente avec la démarche sectorielle qu'elle privilégie, et compte limiter aujourd'hui ses propositions à une série de réponses aux « questions fréquemment posées ». A l'évidence, la démarche sectorielle devrait amener à « consolider le cadre de l'UE applicable aux services d'intérêt général, y compris les services sociaux et de santé »<sup>55</sup>.
- 69.- D'autant que par le mécanisme de « service d'information interactif »<sup>56</sup>, on peut se demander si la Commission ne va pas au-delà des prérogatives que lui donnent les traités en tant que « gardienne des traités », non pas sur le principe même de cette initiative, mais sur les conditions qui président à son établissement. En effet, la Commission a pris soin de précéder le lancement de cette initiative par une série de questions/réponses, notamment dans deux annexes à la communication du 20 novembre 2007, qui ne se contente pas de rappeler les normes existantes ou la jurisprudence de la Cour de justice mais qui ajoute, souvent subrepticement, ses propres interprétations (v. infra). Les premiers états de service de ce système d'information semblent d'ailleurs confirmer cette tendance. Alors qu'il nous semble que la Commission serait davantage dans son rôle si, pour répondre aux demandes de sécurité juridique, elle venait proposer d'ouvrir une procédure législative, comme l'article 14 TFUE lui en donnera désormais mandat.

#### b) En matière de démarches transverses

- 70.- Comme nous l'avons souligné ci-dessus, il ne s'agit pas d'opposer démarches sectorielles et démarches transverses, mais de prendre en compte leurs complémentarités. Plusieurs initiatives de la Commission européenne des dernières années ou en préparation s'inscrivent dans cette dynamique, comme le « paquet Altmark » de 2005 en matière de compensations d'obligations de service public, ou les réflexions en cours sur les partenariats public-privé (ci-après « PPP ») (étude d'impact d'une directive sur les concessions, nouvelle communication sur les PPP institutionnalisés).
- 71.- Là aussi, il convient d'examiner de manière pragmatique d'une part si les dispositions existantes répondent aux objectifs des nouveaux traités et d'autre part si ceux-ci impliquent de nouvelles initiatives législatives. Trois domaines doivent en particulier être investigués : les conditions de mise en œuvre de l'article 86, paragraphe 2, CE, du principe de subsidiarité, et les conditions économiques et financières d'accomplissement des missions

---

<sup>53</sup> Directive 123/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L. 376 du 27.12.2006.

<sup>54</sup> Rapport Rapkay du 14 septembre 2006, rapports Hasse-Ferreira et Toubon de 2007, cf. aussi les conclusions du Forum SSIG de Lisbonne du 17 septembre 2007.

<sup>55</sup> COM (2007) 725 précitée, chapitre 4, premier paragraphe.

<sup>56</sup> [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/registration/form\\_fr.html](http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_fr.html)

des SIEG. Ils peuvent faire l'objet soit de règlements spécifiques, soit être traités sous forme d'un « paquet ».

1. Clarifier les conditions de mise en oeuvre de l'article 86, paragraphe 2, CE (article 116 TFUE)

- 72.- Cet article, qui n'a subi aucun changement depuis le traité de Rome de 1957, fait l'objet d'analyses et d'interprétations contrastées, y compris dans les documents récents de la Commission européenne.
- 73.- D'un côté, il est souvent présenté comme pouvant faire des SIEG des « dérogations » ou des « exceptions » aux règles générales des traités, en matière de concurrence et de marché intérieur. C'est ce qui ressort de la communication précitée du 20 novembre 2007, qui écrit : « *Toutefois, lorsque l'application de ces règles fait échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des missions d'intérêt général particulières qui leur ont été imparties, ces services peuvent bénéficier d'une dérogation aux dispositions du traité, pour autant que certaines conditions soient satisfaites, notamment en ce qui concerne la proportionnalité de la compensation octroyée aux entreprises chargées de la gestion de ces services* ».
- 74.- D'un autre côté, la Commission européenne avait pu écrire dans son Livre blanc de 2004 que « *en vertu du traité CE et sous réserve des conditions fixées à l'article 86-2, l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévaut, en cas de tension, sur l'application des règles du traité* ».
- 75.- Ces deux interprétations sont-elles incompatibles ? Ou du moins quelles sont leurs conditions de compatibilité ? Des clarifications sont ici nécessaires pour donner à tous les acteurs concernés de véritables sécurités juridiques.
- 76.- Ceci implique de revenir sur l'interprétation à notre avis abusive à laquelle se livre la Commission européenne dans sa Communication de 20 novembre 2007. Elle écrit page 4 : « *Services d'intérêt économique général : la fourniture et l'organisation de ces services sont soumises aux règles du marché intérieur et de la concurrence du traité CE, puisque les activités correspondantes sont de nature économique* », sans mentionner que peuvent exister des « dérogations ». De même, elle précise page 6 : « *Si un service d'intérêt général est considéré comme étant de nature économique, il est soumis aux règles du marché intérieur et de la concurrence* ». Elle n'ajoute que 5 lignes plus bas la mention citée ci-dessus (pt. 72) « *Toutefois...* ».
- 77.- En fait, il faut revenir à la lettre même de l'article 86, paragraphe 2, CE, qui mentionne dans la même phrase que « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ... sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* ».
- 78.- Deux éléments sont ici essentiels à prendre en considération : « *la mission particulière qui leur a été impartie* » et « *le développement des échanges...* » afin de rendre compatibles les notions de « dérogation » et de « prévalence » d'une mission d'intérêt général.
- 79.- Dès lors, la « *mission particulière* » doit être clairement définie dans un « *acte officiel ayant une valeur juridique contraignante en droit national* »<sup>57</sup> par l'autorité publique compétente : loi, règlement, contrat, convention, etc. Et les modalités de mise en oeuvre de

---

<sup>57</sup> Réponse à la question 5.2 du Document de travail SEC(2007) 1516.

cette mission doivent être proportionnées à cette mission, y compris en termes d'affectation des échanges. Clarifier ces conditions et leurs modalités de mise en œuvre, afin de donner une réelle sécurité juridique, est aujourd'hui nécessaire dans le droit dérivé positif<sup>58</sup>.

- 80.- D'autant que, s'agissant de la définition des SIEG par les Etats membres, le contrôle de la Commission européenne se limite à l'appréciation de l'« *erreur manifeste* », dont le champ, le contenu et les modalités d'exercice devraient être clairement établis, pour éviter des interprétations extensives, comme cela a été le cas dans le domaine du logement social (v. supra).
- 81.- Ceci implique également de clarifier les modalités du « mandatement » des opérateurs de SIEG<sup>59</sup>, pour préciser le lien entre l'acte officiel définissant la mission particulière et la notion de mandatement qui implique obligation de prester le service, sa distinction par rapport aux « régimes d'autorisation », les possibilités d'adaptation et d'actualisation du mandatement en fonction de l'évolution des besoins, les modalités d'adaptation aux cas, particulièrement présents dans les SSIG, où un prestataire exerce son activité sur une base volontaire reconnue par l'autorité publique.
- 82.- Il apparaît ainsi que dès lors que la « mission particulière » est clairement définie et implique des dérogations proportionnées aux règles du traité, en particulier en matière de concurrence et de marché intérieur, elle doit prévaloir.

## 2. Clarifier les conditions de mise en oeuvre du principe de subsidiarité

- 83.- L'article 16 CE actuel, tout comme le futur article 14 TFUE, définissent une compétence partagée de l'UE et des Etats membres en matière de SIEG. Les modalités de mise en œuvre relèvent donc du principe de subsidiarité. Mais là encore il existe des incertitudes et insécurités juridiques que les nouvelles dispositions du droit primaire (article 14 TFUE + Protocole SIG) devraient permettre de lever dans le droit positif dérivé.
- 84.- Il faut donc partir des nouvelles dispositions qui renvoient au partage des compétences - référence à l'article 4 du TUE, à la compétence des Etats membres de « *fournir, de faire exécuter et de financer* » les SIEG, au « *rôle essentiel et au large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et pour fournir, faire exécuter et organiser* » les SIEG – pour clairement établir les droits et devoirs des autorités publiques en matière de SIEG, y compris des autorités européennes pour ce qui concerne les services européens, ainsi que pour les « *services non économiques d'intérêt général* ».
- 85.- Ces droits et devoirs devraient préciser les conditions de définition des SIEG, des SNEIG, des SSIG et donc des normes juridiques dont ils peuvent relever. Comme évoqué ci-dessus,

---

<sup>58</sup> Dans sa réponse à la question 2.11 du Document de travail SEC(2007) 1516, la Commission écrit : « Quand une activité est économique et affecte les échanges entre les Etats membres, les règles de concurrence s'appliquent ». Elle ajoute : « Néanmoins cela ne signifie pas que les autorités publiques doivent veiller à ce qu'une multiplicité de prestataires de services soit présente sur le marché. En outre, cela ne signifie pas que les autorités publiques ont l'obligation de privatiser les entités fournissant des SIEG/SSIG ou de supprimer les droits spéciaux ou exclusifs, déjà accordés aux prestataires de services, qui sont nécessaire et proportionnés pour la performance de SIEG/SSIG concernés. »

<sup>59</sup> La réponse à la question 5.1 du Document de travail SEC(2007) 1516 précise que le mandat « est l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG, indique la mission d'intérêt général de l'entreprise concernée, ainsi que l'étendue et les conditions générales de fonctionnement du SIEG/SSIG. ». La réponse à la question 5.2 souligne qu'« un agrément accordé par une autorité publique à un prestataire de services, l'autorisant à fournir certains services, ne correspond pas à la notion de mandat. Il en est ainsi parce qu'il ne crée pas une obligation pour l'opérateur de fournir les services concernés. ». La réponse à la question 5.3 ajoute que « lorsqu'il n'est pas possible de définir plus spécifiquement les services concernés, des définitions larges de la mission peuvent être acceptées, aussi longtemps que l'étendue de la mission est clairement définie. »

ces droits et devoirs devraient préciser les conditions de définition des « missions particulières » et de contrôle d'éventuels « erreurs manifestes ».

- 86.- Les droits et devoirs des autorités publiques en se limitent pas à la « définition » des SIG, mais aussi à la définition de leurs formes d'organisation : à quelles conditions peuvent être décidés d'éventuels droits exclusifs ou spéciaux et plus généralement toute forme de dérogation aux règles des traités ?
- 87.- Les modalités de mise en œuvre du principe de subsidiarité impliquent de préciser dans le droit dérivé positif les conditions de choix des modes de gestion. Là encore domine aujourd'hui incertitudes et insécurités en matière de conditions de la gestion « in house » ; celle-ci n'est aujourd'hui définie et clarifiée que dans le domaine des transports (nouveau règlement OSP/ transports urbains, précité, du 23.10.2007) On devrait s'en inspirer pour en faire un cadre de référence applicable à l'ensemble des SIEG. Cela éviterait que la Commission parle d'« exception » à propos du « in house »<sup>60</sup>, alors qu'il s'agit d'un mode de gestion qui doit être explicitement reconnu au même titre que les autres.
- 88.- En relation avec les conditions de gestion « in house » se développent aujourd'hui incertitudes, insécurités et contentieux en matière de coopérations et de mutualisations d'activités et/ou de services entre autorités publiques locales<sup>61</sup>. Il apparaît donc nécessaire de clarifier dans le droit positif les conditions que doivent remplir en la matière les autorités publiques.

### 3. *Affermir les conditions « économiques et financières » permettant aux SIEG d'accomplir leurs missions*

- 89.- L'article 14 TFUE met clairement l'accent dans le contenu des règlements qui devront fixer les conditions qui permettent aux SIEG d'accomplir leurs missions, sur les conditions « économiques et financières ». Le « paquet Altmark » de 2005 a permis de lever une série d'incertitudes en matière de financement des compensations d'obligations de service public, en particulier pour celles d'un faible montant ou qui concernent le logement social et les hôpitaux.
- 90.- D'un côté, ces dispositions doivent faire l'objet d'une évaluation en 2009 afin d'être éventuellement adaptées ou révisées. L'article 14 TFUE devrait impliquer que cette procédure soit conduite en co-décision Conseil-Parlement et non pas sur la base d'une décision de la Commission (article 86, paragraphe 3, CE), même si les autres institutions communautaires avaient été consultées.
- 91.- En même temps, le « paquet Altmark » s'inscrit dans la logique qui consiste à faire relever les compensations d'obligations de service public de l'article 87 du traité et donc des « aides d'Etat », avec toutes les contraintes que cela implique en matière de finances publiques. Or la Cour, dans ses arrêts Ferring (2001)<sup>62</sup> et Altmark (2003), avait esquissé des pistes consistant à considérer que, sous certaines conditions<sup>63</sup>, ces compensations

---

<sup>60</sup> Document SEC (2007) 1514

<sup>61</sup> Nous visons ici les coopérations entre autorités publiques et non la participation d'entreprises privées, comme dans l'arrêt Stadt Halle de la CJCE du 11 janvier 2005 (affaire C-26/03, rec.I-1) : « Dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50, telle que modifiée par la directive 97/52, avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées. »

<sup>62</sup> CJCE, 22 novembre 2001, C-53/00, rec.I. 9067.

<sup>63</sup> L'arrêt Altmark de la CJCE du 24 juillet 2003 (affaire C-280/00, rec.I-7747) précise quatre conditions : premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies; deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente; troisièmement, la compensation ne

pouvaient ne pas relever des dispositions du traité en matière d'aides d'Etat. Il semblerait opportun de réexaminer et de mieux concrétiser ces pistes, y compris en précisant voire en redéfinissant les conditions posées par la Cour, afin d'adopter un règlement sur le financement des SIEG.

- 92.- Ce règlement devrait établir les conditions de mise en œuvre par les autorités publiques de la palette des modes possibles de financement, dans le respect du principe de proportionnalité : subventions publiques, avantages fiscaux, fonds de compensation entre opérateurs, péréquations entre utilisateurs et/ou entre usagers, associés ou non à l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, mécanismes de type « *play or pay* », etc.
- 93.- En matière de conditions économiques et financières, il y a lieu également d'examiner les moyens de lever les incertitudes qui peuvent conduire à des sous-investissements en matière d'infrastructures nécessaires pour assurer la sécurité de fonctionnement des SIEG et la continuité des services. Il conviendrait d'établir les mécanismes permettant de garantir aux acteurs économiques la visibilité dont ils ont besoin pour financer les investissements à long terme.

#### 4. *D'autres domaines nécessitent une approche communautaire cohérente et sécurisée*

- 94.- Jusqu'à récemment, les règles communautaires sectorielles élaborées en matière de SIEG (télécommunications, postes, électricité, gaz, transports) renvoyaient pour l'essentiel la régulation de ces secteurs aux responsabilités de Etats membres et à la mise en place d'Autorités de régulation nationales (ARN), même si ont été développées des formes de coopération entre elles. Mais les développements des marchés et l'intégration des opérateurs conduisent à des difficultés croissantes d'exercice des modes régulateurs et à des disparités préjudiciables à l'achèvement du marché unique. Dans deux secteurs (communications électroniques et électricité) est aujourd'hui posée la question de la création d'agences communautaires de régulation, dont ni les objectifs, ni les pouvoirs n'apparaissent clairement et dont il faudrait préciser ce qu'elles peuvent apporter comme valeur ajoutée.
- 95.- Il apparaît nécessaire de clarifier les enjeux concernant le statut et les pouvoirs des ARN et d'éventuelles Autorités communautaires de régulation (ACR), y inclus leurs relations avec les autorités de concurrence ; il devrait s'agir de définir un socle commun de compétences minimales à confier aux autorités de régulation, de préciser les conditions de coopération avec les autorités de concurrence et d'impulser la participation de tous les acteurs concernés à la régulation, condition de son efficacité et de sa légitimité.
- 96.- En matière de protection de l'utilisateur/consommateur de SIEG, partie intégrante des « *valeurs communes* » inscrites dans le droit primaire par le Protocole annexé aux traités, des initiatives disparates ont été prises par les institutions communautaires ces dernières années : Charte du passager aérien, Charte du voyageur ferroviaire, projet de Charte (sans caractère contraignant) dans l'énergie. Mais le rapport des utilisateurs aux SIG n'est pas sécable, tant c'est la satisfaction globale de ses besoins, en tant que citoyen, qui est la raison d'être et la finalité de ces services.

---

dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations; quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

- 97.- Dans la logique de la Charte des droits fondamentaux et des principes du Protocole SIG, il existe un réel besoin d'un socle commun donnant aux utilisateurs des garanties en matière d'accessibilité sociale et territoriale, d'égalité de traitement, de caractère abordable, de qualité, de transparence des informations et conditions du service, de traitement des plaintes et réclamations, de règlement des litiges, etc.
- 98.- En matière d'évaluation des performances des SIEG, le besoin est exprimé dans les différentes communications de la Commission depuis 1996, et fait l'objet de rapports réguliers publiés depuis 2001 par le Commission pour les industries de réseau<sup>64</sup> et d'une étude récente sur la méthodologie<sup>65</sup>, mais n'est pas repris parmi les « *valeurs communes* » dans le Protocole SIG qui sera annexé aux TUE et TFUE..
- 99.- L'évaluation des performances des SIEG est nécessaire au regard des « *besoins et attentes* » des utilisateurs (au sens du Protocole SIG), et donc pas uniquement centrés sur le coût/prix du service, mais aussi sur sa qualité, son accessibilité/universalité, sa contribution au progrès social, les emplois, etc. L'évaluation doit être conduite au niveau où les services et leurs missions sont définis, tout en s'inscrivant dans une méthodologie partagée reposant sur des critères transparents, objectifs et représentatifs. Toute évaluation doit reposer sur des procédures indépendantes des acteurs et institutions, impliquant l'ensemble des parties intéressées.
- 100.- Ces différentes initiatives devraient permettre d'apporter une valeur ajoutée au droit positif communautaire en identifiant les problématiques concrètes qui nécessitent une approche cohérente et la déclinaison des potentialités des nouveaux traités.

\*\*\*

---

<sup>64</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/economic-reports/index\\_en.htm#services](http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/index_en.htm#services)

<sup>65</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/economic-reports/docs/2007/final\\_report\\_311007\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/docs/2007/final_report_311007_en.pdf)

## ANNEXES

1. Glossaire des sigles utilisés
2. Tableau comparatif des textes cités
3. Historique du Protocole SIG
4. Tableau des options possibles

## ANNEXE I

### Glossaire des sigles utilisés

- **ACR** : Autorité communautaire de régulation
- **ARN** : Autorité réglementaire nationale / Autorité de régulation nationale
- **CE** : Communauté européenne
- **Paquet Altmark** : En référence à deux documents de la Commission européenne de novembre 2005 sur les aides d'État sous forme de compensations de service public (décision + encadrement) ; dit également « Paquet Monti-Kroes »..
- **PPP** : Partenariat Public-Privé
- **Protocole SIG** : Protocole sur les services d'intérêt général (qui sera annexé aux TUE et TFUE à compter de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2007).
- **SIEG** : Service d'intérêt économique général (v. articles 16 et 86 CE + Protocole SIG du Traité de Lisbonne)
- **SIG** : Service d'intérêt général (v. communications de la Commission de 1996, 2000 et 2007, Livre vert de 2003, Livre blanc de 2004 + Protocole SIG du traité de Lisbonne)
- **SIGNE** : Service d'intérêt général non économique (v. Directive Services de 2006 + Manuel de transposition de cette directive de 2007)
- **SNEIG** : Service non économique d'intérêt général (v. Protocole SIG du traité de Lisbonne)
- **SSIG** : Service social d'intérêt général (v. Communications de la Commission de 2006 et 2007)
- **SSSIG** : Services sociaux et de santé d'intérêt général (v. Livre blanc SIG de la Commission de 2004)
- **TCE** : Traité instituant la Communauté européenne
- **TFUE** : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (nouvelle appellation du TCE à compter de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2007)
- **TUE** : Traité sur l'Union européenne
- **UE** : Union européenne

## ANNEXE II

### Tableau comparatif des textes cités

<b>Traité CE</b>	<b>Traité réformateur</b>
<p><b>Article 16</b>            Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.</p>	<p><b>Article 14 TFUE</b>            Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'UE et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les SIEG parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, 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.</p>
<p><b>Article 86</b>            1. Les EM, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 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 ou 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 Etats membres.</p>	<p><b>Article 106 TFUE</b>            1. Les EM, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traité notamment à celles prévues à l'article 18 et aux articles 101 à 109 inclus.            2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites ou l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.            3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres</p>
	<p><b>Article 36 de la Charte des droits fondamentaux</b>            « l'Union reconnaît et respecte l'accès aux SIEG tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union »</p>
	<p><b>Protocole annexés aux traités UE et TFUE</b>            LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES,            SOUHAITANT souligner l'importance des services d'intérêt général, SONT CONVENUES des dispositions interprétatives ci après, qui sont annexées au TUE et au TFUE:  <b>ARTICLE PREMIER</b>            Les valeurs communes de l'Union concernant les SIEG au sens de l'article 16 TFUE comprennent notamment:            - le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les SIEG d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs;            - la diversité des SIEG 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</p>

	<p>abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs;</p> <p>ARTICLE 2</p> <p>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.</p>
--	---

## ANNEXE III

### Historique du Protocole SIG

Le Protocole annexé au TUE et au TFUE a pour origine une exigence du Premier Ministre néerlandais lors du Conseil européen de juin 2007 qui a arrêté le contenu du traité réformateur, en réponse à une mise en demeure de la Commission européenne mettant en cause l'organisation du logement social aux Pays-Bas.

Par lettre au Gouvernement néerlandais du 14 juillet 2005<sup>66</sup>, la Commission européenne (DG Concurrence – Aide d'Etat II), examinant le financement de coopératives du logement aux Pays-Bas<sup>67</sup>, avait estimé, en forme de « premier jugement », que la qualification de Service d'intérêt économique général (SIEG) du système de logement existant aux Pays-Bas relevait de l'« abus manifeste » : « La possibilité de louer des logements à des groupes aux revenus plus élevés ou à des entreprises doit être considérée comme une erreur manifeste du service public ».

La Commission européenne justifiait cette caractérisation par une série d'arguments : « Le service public a un caractère social ; la définition des activités des coopératives du logement doit donc conserver un lien direct avec les ménages socialement défavorisés et non pas uniquement avec la valeur maximum des logements ». Si « les corporations de logement social sont tenues lors de la location de logements sociaux d'accorder la priorité aux personnes trouvant difficilement un logement adapté du fait de l'insuffisance de leurs revenus ou d'autres circonstances », « leurs activités de logement ne restent pas limitées aux ménages socialement défavorisés. En cas de surcapacité de logements sociaux, les corporations de logement louent les logements sociaux à des personnes bénéficiant de revenus relativement élevés, les concurrents commerciaux, non bénéficiaires de l'aide publique étant ainsi défavorisés ». Pour la Commission, « la surcapacité structurelle n'est pas nécessaire pour l'exécution du service public et représente un obstacle à la concurrence sur le marché immobilier ».

La Commission en concluait que « la location de logements aux ménages autres que socialement défavorisés ne peut être considérée comme un service public » ; « pour garantir la compatibilité du mécanisme de financement du secteur du logement avec le marché communautaire », les Pays-Bas doivent prendre les mesures nécessaires pour que la définition établisse « un lien direct avec les ménages socialement défavorisés », l'exploitation commerciale éventuelle des activités de service public se fasse « aux conditions du marché » et que soit évitée la « surcapacité excessive et structurelle des logements sociaux (...) par la vente de ces logements ».

Cette demande de la Commission européenne a suscité de fortes critiques aux Pays-Bas, et accru les suspicions à l'égard de certaines dérives que comporte le processus d'intégration européenne, déjà clairement manifestées par les 61,5% de rejets du traité instituant une Constitution pour l'Europe lors du référendum du 1<sup>er</sup> juin 2005, tant le système de logement est ancré dans son histoire, ses traditions, sa culture politique.

En fait, aucune disposition du droit communautaire n'interdit à une entreprise de logement social de gérer à la fois des logements sociaux sous obligations de service public et des logements libres de toute obligation spécifique. Dès lors que les dispositions de la directive transparence sont respectées, à savoir la tenue d'une comptabilité séparée entre les deux activités et l'affectation exclusive des aides d'Etat sous forme de compensation aux activités d'intérêt général, l'obligation de mise en vente est injustifiée et disproportionnée. Par ailleurs, dans un contexte de suppression des aides d'Etat au logement social aux Pays-Bas, la péréquation apparaît nécessaire pour assurer la continuité du service d'intérêt général du logement social et la production de nouveaux logements sociaux.

Ce contentieux entre la Commission européenne et les Pays-Bas est révélateur d'une quadruple dérive de la part de la Commission :

- elle développe une conception restrictive des missions d'intérêt général et des obligations de service public, prétendant en cantonner l'application aux seuls ménages en difficulté sociale, ce que ne permettent ni les articles 16 et 86 du traité CE, ni l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, textes qui reposent sur l'accès universel, et dont la Commission est « gardienne » ;

<sup>66</sup> COMP H1FSP / lc (2005) A / 30854 D / 1001

<sup>67</sup> Mesure d'aide n° E 2 / 2005.

- elle met en œuvre une conception extrêmement extensive de la clause d'« abus manifeste », qui lui permet de mettre en cause la libre définition des services d'intérêt général par les Etats-membres et les autorités publiques compétentes ;
- elle interprète ainsi le principe de subsidiarité en se donnant des pouvoirs qu'elle n'a pas ;
- elle met le primat sur l'application des règles de concurrence par rapport aux missions d'intérêt général, alors que l'article 86-2 du Traité CE en développe une conception équilibrée.

C'est pour éviter de telles dérives, pouvant concerner demain un grand nombre de secteurs ou d'activités, que le gouvernement des Pays-Bas a introduit le Protocole et en a fait une condition

ANNEXE IV

Tableau des options possibles

<i><u>Instruments (exemples) et bases juridiques (références au futur TFUE)</u></i>				
▼				
<i>Type d'approche</i> ▼	<b>Règlement Parlement/Conseil (article 14 TFUE)</b>	<b>Directive ou Règlement Parlement/Conseil (articles 91 (*) ou 114 (**)) TFUE)</b>	<b>Décision ou directive de la Commission (article 106-3 TFUE)</b>	<b>Communications, Communications interprétatives, Questions/Réponses de la Commission</b>
<b>Horizontale (▪) et/ou thématique (▪▪)</b>	Règlement sur les principes et conditions de fonctionnement des SIEG (▪) ; règlement sur les droits des usagers des SIEG (▪▪)	Projets de directive-cadre SIEG du groupe PSE au Parlement européen, de la CES, du CEEP, du CELSIG	Directive « Transparence financière » (1980) + Décision du Paquet Altmark (2005)	Encadrement du Paquet Altmark (2005) ; Questions-réponses sur la décision du Paquet Altmark (2007)
<b>Verticale et/ou sectorielle</b>	Règlements sur les principes et conditions de fonctionnement des SIEG dans l'énergie, dans les postes ; dans les télécommunications, etc.	(*) Règlement OSP Transport (2007) (**) Directives Energie (2003), Postes (1997) et Télécommunications (2002).	Directive Terminaux de télécommunications (1988)	Questions-réponses sur l'application des règles des marchés publics aux SSIG (2007)