

Jean-François Théry poursuit dans ce numéro ses réflexions institutionnelles en passant à l'échelle européenne à propos de la question centrale des services publics.

Redéfinir le concept de « services publics » à l'échelle européenne

Jean-François Théry

Jean-François Théry est ancien président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État.

LE SERVICE PUBLIC À LA FRANÇAISE

Les difficultés récurrentes que rencontre la France pour inscrire ses services publics dans le cadre du droit européen trouvent leur origine dans les profondes différences entre notre pays et ses partenaires de l'Union dans leur conception du rôle de l'État.

Pour les fondateurs du droit public au début du ^{xx}e siècle, et spécialement pour le doyen Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel* de 1928¹, le service public est l'essence même de l'État. La définition qu'il en donne peut encore aujourd'hui être retenue comme celle du *service public à la française* : il s'agit de « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de

l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante ». Vu son ampleur et son ambition, il n'est pas indifférent que cette définition nous soit livrée dans un traité de droit constitutionnel car la place qui lui est ainsi assignée montre bien qu'aux yeux de Duguit le service public est un élément structurel de l'État. On peut aller jusqu'à dire qu'il est la légitimité même de l'État : si l'on ne veut pas que l'État soit « une puissance qui commande », et si l'on veut combattre son possible arbitraire, il faut qu'il soit une « coopération de services publics » organisés et contrôlés par « les gouvernants ». On comprend dès lors que, pour un juriste français, la mise en cause du service public soit en réalité remise en question de l'État lui-même.»

¹ Professeur réputé de droit constitutionnel, Léon Duguit (1859-1928), fut doyen de la faculté de droit de l'université de Bordeaux de 1919 jusqu'à son décès.

LE SERVICE PUBLIC AU CŒUR DES « TRENTE GLORIEUSES »

Après la Seconde Guerre mondiale le service public, de juridique et administratif qu'il était, s'est étendu au domaine économique. La reconstruction a largement reposé sur l'action de l'État, le Plan et le Programme du Conseil national de la Résistance, qui optaient résolument pour un pilotage politique et social de l'économie. À juste titre le redémarrage de l'économie et le progrès social ont été ressentis par les Français comme étant l'œuvre des services publics. La SNCF, Air-France, la Régie Renault, Électricité de France, Gaz de France, la Télévision, les Offices d'HLM, la Poste, la Sécurité sociale étaient des services publics, et les grandes entreprises emblématiques des « Trente Glorieuses » qui ont produit la populaire 4 CV, le paquebot France, le TGV, le supersonique Concorde, les centrales nucléaires, la flotte océanique stratégique, étaient des entreprises publiques... De la Libération à la mort du Général de Gaulle, cette conception du rôle économique de l'État n'a pas varié.

L'intervention de l'État dans le domaine économique ne se résumait pas à un désir de conduire et de « diriger » la reconstruction de l'appareil productif. Elle avait aussi pour objet d'assurer un égal accès des citoyens aux bénéfices de la nouvelle prospérité, en faisant en sorte qu'elle réponde aux besoins de chacun. D'où le souci d'aménagement du territoire et de prise en compte par le service public de tout ce qui n'était pas fourni par l'initiative privée. Le service public était, en conséquence, indissociable de la mise en œuvre de la solidarité.



Affiche datant
de 1947

L'EUROPE MARCHANDE

Dans les pays du nord de l'Europe, l'organisation sociale ne repose pas sur la recherche d'un égal accès des citoyens au service public mais sur la liberté : liberté du commerce et de l'industrie en premier lieu, qui doit théoriquement permettre à l'initiative privée d'apporter une réponse à toutes les demandes mais aussi liberté d'expression, indissociable de la démocratie. L'État n'y est pas senti comme protecteur des libertés publiques mais plutôt comme une menace pour elles. On tient à ce que les « gouvernants » n'interviennent pas trop dans l'organisation de la vie sociale, et la notion de service public, si elle n'est pas inexistante, n'a pas, au sein de l'État, un caractère fondateur.

La construction de l'Europe – en fait d'une *Europe marchande* – a dès le départ reposé sur la mise en commun des secteurs économiques



© EUROPEAN UNION 2017 - EUROPEAN PARLIAMENT

Le Parlement européen en session plénière le 17 janvier 2017, à Strasbourg

les plus lourds (charbon, acier, nucléaire) et sur la constitution progressive d'un Marché commun mais nullement sur le concept de service public. Dans le Traité de Rome (1957) cette expression ne trouve sa place que sous la forme de « services d'intérêt économique général ». L'article 90-2 précise qu'ils doivent respecter les règles du Traité, et notamment les 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 est impartie ». Encore ces dérogations sont-elles réservées aux services d'intérêt économique *général*, ce qui exclut de nombreux services économiques dont l'intérêt n'est pas reconnu comme *général* par la Commission européenne ou par la Cour de justice de l'Union. Et il faut ajouter que, malgré le principe de neutralité du régime de propriété (privée ou publique) des entreprises², les directives et la jurisprudence manifestent une incontestable méfiance vis-à-vis des entreprises publiques, toujours soupçonnées de fausser la concurrence en faisant appel aux « aides d'État ». Très récemment

encore, le Tribunal de l'Union européenne a condamné EDF à rembourser le montant d'une exonération fiscale considérée comme une aide d'État³.

JUSQU'OU POURRAIT ALLER LA LIBÉRALISATION DES ÉCHANGES ?

La finalité du Traité de Rome et des textes ultérieurs est manifestement de lever tous les obstacles possibles au développement des échanges et par conséquent d'introduire sur le marché les secteurs économiques qui s'en trouveraient encore écartés ; après toutes les mesures prises pour établir la libre prestation des services et une libre circulation généralisée, il ne reste plus guère que le secteur public à « libéraliser ». Tout ce qui peut être soumis au marché devrait l'être ! Seules l'éventuelle carence du marché ou les dérogations de l'article 90-2 pourraient dès lors définir l'espace réservé au service public.

Cette logique n'est heureusement pas poussée à l'extrême par les institutions européennes. S'est même esquissée, dans des textes institutionnels et dans la jurisprudence, une certaine évolution à laquelle le Parlement européen n'est pas étranger. Ainsi est apparue dans l'Acte unique de 1986⁴ et dans le Traité de Maastricht de 1992⁵ l'idée qu'il existe une place, à côté du marché, pour la recherche d'une cohésion entre l'économique et le social, et qu'il peut même y avoir, à côté de la concurrence, une place pour la *coopération* entre acteurs de l'économie. La notion de « service d'intérêt économique général » a, elle aussi, évolué. Les préoccupations d'environnement et d'aménagement du territoire sont

² Tel qu'énoncé par l'article 222 du Traité.

³ TUE – 16 janvier 2018-EDF/Commission – AJDA 2018 n°6 p. 338.

⁴ Article 23.

⁵ Article 130-A.

désormais mieux prises en compte. L'article 16 du Traité d'Amsterdam de 1997 et l'article 14 du Traité de Lisbonne de 2007 laissent les services publics dans le domaine de compétence des États membres. Mais deux dispositions, de la Cour de Justice d'une part et de la Commission de l'autre⁶, les ont néanmoins enfermés dans une conception très stricte des « aides d'État » susceptibles de leur être accordées. La logique dominante de marché ne peut ainsi déboucher que sur une conception *minimale* du service public.

INITIATION ET LIMITATIONS D'UN « SERVICE UNIVERSEL »

L'incorporation au Marché unique des grands services publics en réseau (poste, télécommunications, énergie, transports) a donné lieu à des études particulières, connues sous le nom de « Livres blancs » ou de « Livres verts », qui ont donné naissance à un nouveau concept : celui de *service universel*.

Ces grands services publics ont pour la population un caractère indispensable, et il n'est évidemment pas possible de s'en remettre au seul marché pour assurer l'universalité de leurs prestations : la rentabilité doit passer au second plan lorsqu'il s'agit d'assurer la couverture de l'ensemble des territoires et la prise en compte de besoins impératifs, même non solvables.

La réforme en cours de la SNCF montre bien les difficultés du problème : le rapport Spinetta, dominé par la logique de marché, envisage la fermeture de lignes ou de services non rentables, alors que le réseau a été historiquement constitué sur

une tout autre logique : desservir l'ensemble du territoire, amener le train dans chaque préfecture et sous-préfecture ainsi que le prévoient les premiers cahiers des charges des concessionnaires, ce qui exigeait par conséquent la constitution d'un réseau centralisé et une exploitation harmonisée. Ce qui a amené la création de la SNCF, société gestionnaire unique des différents réseaux, ultérieurement transformée en établissement public. Chemin qu'il faudrait aujourd'hui refaire à l'envers : dissocier le réseau de l'exploitation, donner accès au réseau à des exploitants concurrents, et pour cela refaire de la SNCF une société anonyme, pour éviter que le statut d'établissement public ne fausse la concurrence...

Quelle pourrait dès lors être, dans les projets actuels, la place d'un éventuel service « universel » ? Un service de cette nature, tel que le définit par exemple le Livre vert sur les Télécommunications, serait « un service de base offert à tous à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard ». Le Livre blanc sur la croissance parle, lui, d'un « niveau de prix et de qualités jugés raisonnables » et la Charte des services publics, établie par la Commission à la demande du Parlement, ajoute que le service universel « est une contribution à la prévention multidimensionnelle de l'exclusion sociale et territoriale ». Le service universel est donc bien un service minimum, qui, comme l'écrit le Conseil d'État, « réduit les stratégies de service public à des stratégies de type assistantiel », clairement destinées aux exclus du marché.

⁶ L'arrêt Altmark (Cour de Justice de l'Union Européenne, 24 juillet 2003) et le « paquet » Monti-Kroes (adopté par la Commission le 13 juillet 2005).

D'INDISPENSABLES SERVICES PUBLICS EUROPÉENS

Le service public « à la française » et la préférence pour le marché sont-ils définitivement inconciliables ? Ce serait pour la construction européenne un tragique appauvrissement. L'expérience que nous avons de la société de libre-échange nous enseigne en effet les limites de ce mode de régulation de l'économie : si le marché sait optimiser les échanges à un moment donné, il est à courte vue, il prépare mal l'avenir, il gère mal la durée. Les entreprises attendent de l'État qu'il leur assure un « environnement économique » favorable tout en baissant leurs charges sociales et fiscales, c'est-à-dire qu'il leur fournisse un certain nombre de services sans leur en faire payer le véritable prix. Un entrepreneur ne cherche pas tant à vivifier la concurrence qu'à éliminer ses concurrents

afin de se donner le temps de sécuriser ses investissements, de valoriser ses recherches, et ainsi d'acquérir la possibilité d'exploiter aussi vite que possible son créneau. Ainsi, comme le dit Jacques Attali, « Sans État, le marché n'est qu'un marché noir ». Aussi voit-on les États et la Commission tenter de traquer les distorsions de concurrence.

Le service public n'est donc pas le contraire du marché mais son indispensable complément. Afin de répondre à ce besoin, il faudra, de façon inéluctable, en venir à la constitution de services publics européens. Pour y parvenir, deux voies sont ouvertes :

- *La subsidiarité.* Les Traités européens laissant à chaque État-membre le soin d'organiser ses services publics, chacun d'eux dispose d'une armature de tels services. Pourvu qu'ils ne fassent pas obstacle à la concurrence, ces services peuvent dans chaque pays apporter

Au Proche-Orient, Nabil et Moshe dialoguent



au Marché unique les compléments nécessaires. Mais ils ne peuvent plus agir indépendamment les uns des autres, leur coordination s'avère indispensable au travers de « politiques communes » ;

● *La création de grands services publics européens conçus, réalisés et gérés en commun.* Jacques Delors, quand il présidait la Commission européenne, était partisan de cette voie, et il avait proposé, sans succès il est vrai, le lancement d'un programme de grands travaux d'infrastructures communautaires.

Ces propositions demeurent légitimes, leur nécessité ne manquera pas de s'imposer et elle rendra nécessaire non plus seulement des « politiques communes » mais tout simplement l'amorce d'une authentique Europe politique. ☉

