

*René Kollwelter\**

## *Le traité de Lisbonne et les services publics ...*

*Tout un chacun se rappelle qu'à l'occasion de la campagne électorale précédant le référendum pour le traité constitutionnel il y a pile trois ans, les adversaires du traité utilisaient, tel un épouvantail, la question du futur des services publics en Europe pour faire peur et dresser, absence d'approche nuancée oblige, le tableau irréaliste d'un démantèlement total de cette spécificité du système économique et social de l'Union européenne. A l'époque le soussigné avait déjà apporté dans ces colonnes une contribution sur le sujet et elle reflétait grosso modo le contenu d'un cours ad hoc qu'il avait l'occasion d'enseigner quelque temps auparavant à l'université d'Avignon dans le cadre du cursus Administration et Cultures européennes.*

*Aujourd'hui à l'aune de la ratification du traité de Lisbonne, appelé à remplacer le défunt traité constitutionnel, il semble intéressant de se pencher de nouveau sur le même dossier et regarder de plus près s'il y a eu modification entretemps et si oui, quelle est la nature exacte de cette modification.*

*Précisons, une fois n'est pas coutume, que le soussigné, qui approuve le traité de Lisbonne avec raison mais sans passion, se range parmi les défenseurs des services publics. Or comme dans d'autres dossiers, il ne sert à rien de considérer comme figées les dispositions actuelles. Même les services publics, au risque d'être balayés par la vague néo-libérale qui a le vent en poupe en Europe actuellement, sont appelés à bouger, à s'adapter et à se repositionner pour avoir plus de chances de survivre.*

*Aux forces de gauche en Europe, hélas actuellement certainement pas en position de force, de faire preuve au moins de force de proposition à défaut d'être force politique importante. En effet dans le domaine sous rubrique un pan important de leur pré carré idéologique est menacé et doit être défendu. Il s'agit d'être vigilant et de faire notamment de ce sujet un enjeu politique à l'occasion des élections pour le Parlement européen qui s'annoncent...*

\*\*\*\*\*

Afin d'être clair et pour bien se faire comprendre, ce qu'il est communément appelé traité de Lisbonne ou d'ailleurs, est en fait synonyme ou plutôt équivalent pour l'Union européenne d'une constitution dans le sens classique du terme pour un Etat. N'en déplaise aux adversaires du défunt traité constitutionnel, leur avis de décès politique sera certainement publié incessamment. Où sont-ils donc passés ? Qu'en est-il du plan B fantôme évoqué à l'époque mais sans jamais exister et disparu de la circulation avec ses présumés auteurs ?

Mais revenons un peu en arrière : au fil des traités successifs, la notion de « service d'intérêt économique général » qui est quasi, mais pas tout à fait, synonyme de « service public », figure dans le traité dit « de la Communauté européenne » depuis le début. En effet, l'article 86 du traité nous renseigne que quand il y a un service d'intérêt économique général, ce service est soumis aux obligations qu'impose le traité en terme notamment de respect de la concurrence, dite libre et non faussée, exception faite pour le cas d'une atteinte au bon accomplissement de sa mission. Il faut souligner, ici et maintenant, que l'article sous rubrique introduit en fait une dialectique entre un principe a priori défini, celui de la soumission à la concurrence et la limite de ce principe. Ainsi la faculté existe de ne pas respecter la concurrence si le bon accomplissement de la mission l'exige.

Le traité d'Amsterdam de 1998, dont le soussigné fut un des co-rapporteurs à la Chambre des députés avec Paul Helminger et feu Alphonse Theis, a introduit la notion de service public dans le traité par le biais de l'article 16. Il y est affirmé que cette notion fait partie des valeurs de l'Union européenne et qu'elle joue un rôle entre autres dans le cadre de ce qu'il est convenu maintenant d'appeler la cohésion sociale. Cet acte est capital et souvent ignoré, sciemment ou non, dans la discussion du sujet qui nous occupe ici. Ceci d'autant plus qu'il est ajouté à l'article incriminé qu'il est du ressort des Etats membres et de l'Union elle-même de veiller à ce que les services publics aient les moyens d'exister et de remplir leur mission, mais aussi de veiller au respect des principes qui doivent guider leur action.

Le traité de Lisbonne qui sera à l'ordre du jour de la Chambre des députés dans quelques jours et dont il est question ici et maintenant, stipule dans son article 14 que les principes généraux qui s'appliquent aux services publics pourront être définis dans un règlement qui définirait ces principes généraux. Ce type de règlement peut être assimilé à ce qu'on entend communément par « loi-cadre ». Il confère une base à une législation qui fixe les principes généraux que les Etats membres mais aussi l'Union seraient tenus de respecter au sujet des services publics. Ces principes sont ceux qui répartissent les compétences entre l'Union d'un côté et les Etats membres de l'autre, ces derniers ayant la carte majeure à jouer. S'y ajoutent les principes qui régissent le fonctionnement des services sous rubrique et notamment l'accès égal de tous, certainement le principe le plus important.

### ***Le traité de Lisbonne et le protocole numéro 9***

A part le traité de Lisbonne proprement dit, on doit mettre en évidence, dans le contexte qui nous intéresse ici, le protocole numéro 9 qui concerne justement les services d'intérêt général. Profitons de l'occasion pour souligner que les protocoles sont des annexes aux traités qui ont la même valeur juridique que ces derniers. Citons le protocole en question :

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

*Article 1. Les valeurs de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union comprennent notamment :*

- le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;*
- la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs, en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;*
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ;*

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

Cette dernière notion est capitale, non seulement parce qu'elle apparaît pour la première fois dans un traité sous cette forme, mais parce que dorénavant le traité parle de services non économiques parallèlement aux services d'intérêt général qui sont des services économiques.

Il paraît intéressant de consulter dans ce contexte l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, précisons-le, est certes « seulement » annexée au traité de Lisbonne mais, fait très important, possède également la même valeur juridique. Cette charte fait donc partie intégrante du traité n'en déplaise à nos amis anglais... L'article relevé ci avant porte le titre « accès aux services d'intérêt économique général » et nous renseigne sur le fait qu'il est du ressort des Etats membres d'organiser leurs services de service public à leur guise. Citons: » (...) l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».

Dans la même Charte des droits fondamentaux sont abordés d'autres aspects semblables qui concernent le droit à l'accès à certains services publics, citons notamment l'éducation, la protection sociale et les soins, mais d'une manière quelque peu restrictive, car toujours dans les conditions fixés dans les législations nationales des Etats membres.

Ce qui semble à première vue simple et limpide ne l'est plus quand on y regarde de près. A l'avenir un certain nombre de questions vont se poser et les institutions européennes comme la Commission européenne, le Parlement européen et la Cour de Justice européenne qui a son siège au Kirchberg, seront appelés à répondre, mais ce seront surtout les Etats membres qui auront une voix au chapitre prépondérante.

La première question concerne la définition même de la notion de service public dorénavant en vigueur et puis la question de savoir quand un service mérite ce qualificatif. Depuis quelques années, dans le droit communautaire et dans la jurisprudence de la Commission européenne, on considère comme service d'intérêt

général les services tant économiques que non économiques, donc ceux que les pouvoirs publics considèrent comme d'intérêt général et soumettent à des obligations de service public. Ces dispositions soulignent une fois de plus le rôle important dévolu aux Etats membres dans le domaine sous rubrique. Le vocabulaire et les notions utilisés en politique ne sont jamais neutres et méritent qu'on s'y attarde quelque peu, tout en sachant que les traditions nationales et les difficultés de donner le même contenu aux mêmes notions dans les 27 pays européens ne rendent pas la tâche plus aisée. En France, dans le droit administratif, on définit généralement le service public comme « une action d'intérêt général qui est assurée ou assumée par une collectivité publique ». Cette définition est proche de celle utilisée dans notre pays.

Ainsi, en général, on peut parler d'une quasi-équivalence entre la notion traditionnelle de service public, utilisée notamment au Luxembourg, et la notion de service d'intérêt général, citée plus haut.

### ***Deux catégories de services d'intérêt général***

Les différents textes à considérer nous renseignent donc qu'il y a bel et bien deux catégories de services d'intérêt général, les premiers sont des services d'intérêt général et les seconds qui ne le sont pas. Il est important de différencier entre ces deux types de services pour plusieurs raisons. En effet, si l'on se réfère à l'article 86 du traité de la Communauté européenne, les services d'intérêt économique général sont soumis notamment aux règles de concurrence. Dans ce type de situation toute forme de monopole porte atteinte à ce sacro-saint principe car portant atteinte à cette concurrence. Ainsi il n'appartient pas aux Etats de participer au faussement de la concurrence entre les entreprises notamment par des aides accordées à ces dernières.

Les services d'intérêt général au contraire ne sont pas soumis aux règles du marché intérieur ce qui ne veut pas dire qu'elles échappent aux autres règles du droit communautaire. Ainsi un service, dans le cas de figure où il est d'intérêt général, est obligé de considérer ses usagers sur un pied d'égalité, quelle que soit la nationalité de ces derniers et l'autre principe sacro-saint en droit communautaire, à savoir le principe de non-discrimination leur est aussi applicable, mais également à ses usagers et à ses fournisseurs.

La question redondante est de savoir à partir de quel moment un service est d'intérêt économique général et quand il ne l'est pas. Il a fallu presque un quart de siècle pour trouver une réponse quelque peu satisfaisante à cette question et surtout une jurisprudence claire de la part de la Cour européenne de justice.

Résultat des courses : est considéré comme service d'intérêt économique général un service assumé par une entreprise.

*Question* qui vient immédiatement à l'esprit : qu'est-ce qu'on entend par entreprise ? Allons chercher la réponse à cette question auprès de la même Cour précitée qui nous

renseigne qu'une entreprise est une entité qui exerce une activité économique, quelle que soit son statut et son mode de fonctionnement.

*Question* qui vient immédiatement à l'esprit (en fait on est confronté à la technique appelée « mise en abyme », une question en provoquant une autre et ainsi de suite) : qu'est-ce qu'une activité économique ? Réponse institutionnelle : une activité économique est une activité qui se propose d'offrir des biens ou des services sur un marché.

*Question* suivante : qu'est-ce qu'un marché ? Réponse : quand on offre des biens ou services contre rémunération.

*Synthèse...* Selon qu'une activité d'intérêt général se produit sur un marché, c'est-à-dire qu'elle offre des biens ou des services contre rémunération ou non, dans le premier cas de figure elle sera un service d'intérêt général économique et, dans le second cas de figure un simple service d'intérêt général pur et dur. C'est vrai qu'on ne sait pas si cette distinction est assez claire et nette, tellement elle semble simple et compliquée à la fois...

### ***Quel service public dans quelle catégorie ?***

On ne peut nier le fait qu'un certain nombre de services publics peuvent être classés dans la catégorie des **services d'intérêt économique général**, citons notamment les entreprises ou services de transports publics, tant communaux que CFL, l'entreprise des P&T, les entreprises productrices ou fournisseuses d'électricité ou de gaz. Comme dans la plupart des pays ces types de services étaient régis par un régime opposé au régime de la concurrence et du marché, la Commission européenne les a regardés à la loupe d'abord et d'un mauvais œil par la suite, d'autant plus que souvent ils disposaient d'une situation de monopole, contraire au principe de la libre concurrence si chère aux commissaires européens.

La puissance des intérêts en jeu et le résultat des influences plus ou moins discrètes, souvent sous la forme du célèbre lobbying, ont fait que peu à peu l'Union européenne, avec l'accord de tous les pays il faut le souligner à chaque fois, a pris un certain nombre de directives dans le but de réaliser ce qu'il est convenu d'appeler l'ouverture des marchés. Ainsi une entreprise qui avait le monopole de l'infrastructure a dû mettre en place deux entreprises séparées, celle qui a en charge la construction et l'entretien des infrastructures proprement dites et celle qui a en charge le service aux usagers. L'histoire récente des CFL en fournit un exemple caractéristique : depuis quelques années l'entreprise ayant en charge l'infrastructure ferroviaire a une personnalité juridique propre et l'entreprise qui a en charge le transport des personnes également. Dans d'autres secteurs une séparation identique a été opérée. Précisons à ce stade que tout monopole national a également volé en éclats, l'ouverture du capital à des investisseurs ou prestataires de service est dorénavant ouvert à des étrangers. Pas besoin de souligner que cette ouverture et cette démarche furent objets de maintes polémiques ou de craintes exprimées d'une façon ou d'une autre. Certains virent dans cette libéralisation la fin

définitive donc la mort des services publics en Europe. En fait l'objectif principal et déclaré consistait à vouloir imposer à ces services publics une gestion financière plus rigoureuse et une pression permanente ayant comme objectif d'y introduire un management ou une gouvernance d'entreprise modernes. Le corollaire attendu aurait dû constituer, du moins en théorie, un rapport qualité/prix plus intéressant pour le *citoyen-usager-client*. Il n'est pas sûr que ce dernier objectif ait été atteint dans la pratique.

La deuxième catégorie est constituée des services qui sont d'intérêt général dans le sens classique du terme car ils remplissent une fonction dite « régaliennne », ce sont les services publics qui concernent notamment le domaine de la sécurité, de la police, de la justice et de la défense. Personne, à l'heure actuelle, en Europe tout au moins, ne propose d'appliquer les lois du marché à ce type de service public. Outre Atlantique cela est une autre paire de manches...

Il y a ensuite la troisième catégorie de services qui n'ont fait leur apparition en droit communautaire que depuis quelques années, à savoir les services sociaux d'intérêt général, la plupart du temps sous forme d'association sans but lucratif. On ne saura jamais souligner assez le rôle éminent joué, pour y arriver, par le Parlement européen et le Conseil économique et social européen. En effet dans la plupart des pays européens ces services publics couvrent par leur activité à la fois économique et sociale un pan entier des besoins des citoyens en particulier et de la société en général.

### ***Les services sans but lucratif***

Ces services publics particuliers se caractérisent par leur activité le plus souvent dénuée de but lucratif. Mais à partir du moment où ils se font rémunérer pour une activité, cette dernière est considérée comme une activité économique même si leur objectif n'est toujours pas de faire des bénéfices car ces services sont destinées à des personnes qui sont dans une demande sociale de services de santé, de faiblesse, de détresse, de maladie ou autres. Depuis peu ce type de service fait l'objet d'une prise en charge particulière de la part de la Commission européenne et pas plus tard qu'en novembre 2007 une communication ad hoc a été publiée par la Commission. Ce texte annonce la volonté de l'exécutif bruxellois de ne pas légiférer sur les services publics car il considère que le protocole sur les services d'intérêt général est « un pas décisif » vers l'établissement d'un « cadre européen transparent et sûr ». Ce protocole, il faut le répéter, possède la même valeur juridique que le traité lui-même.

La publication de cette communication a relancé le débat car la Confédération européenne des syndicats avait remis à cette occasion une pétition signée par plus de 500 000 personnes demandant une directive visant à protéger les services publics contre « les forces du marché ».

Mais revenons au cas particulier des services sociaux d'intérêt général. On peut s'interroger sur leur régime précis par exemple. Ils ne possèdent pas de régime particulier mais il s'agit de savoir s'ils sont à considérer comme des services d'intérêt général non économiques ou des services d'intérêt général économiques. Dans le dernier cas de figure

ils sont à considérer comme étant soumis à la concurrence bien qu'en étant des services sociaux. A ce jour un certain nombre de cas ont été tranchés car la Commission dispose de données plus précises à ce sujet permettant notamment de distinguer entre les services de protection sociale d'une part et les services de dispense de soins d'autre part.

En ce qui concerne les premiers, la Cour de justice européenne a fait jurisprudence en disant qu'à partir du moment où les services de protection sociale sont fondés sur une idée de solidarité, notamment entre ceux qui ont les moyens et ceux qui ne les ont pas, entre les bien portants et les autres, entre les générations, et que les cotisations qu'ils prélèvent ne sont pas nécessairement proportionnelles au risque assuré ou à la fortune personnelle de l'intéressé, ils sont considérés comme des services d'intérêt général qui ne revêtent pas un caractère économique.

Les services de protection complémentaires par contre reposent sur un système de quasi-assurance : il y a comme un retour sur investissement dans la mesure où on reçoit en fonction de ce qu'on a donné, il y a absence de solidarité et il s'agit de contrats personnalisés. Voilà pourquoi ils sont considérés comme des services économiques et non comme des services d'intérêt général.

Les choses se compliquent (encore) si on aborde le terrain des services de soins ou du système de soins car dorénavant ceux-ci sont considérés par la Commission, implicitement certes, comme services d'intérêt économique général. Les hôpitaux publics sont les deux à la fois, services d'intérêt général et services économiques.

Au sujet des services sociaux d'intérêt général la Commission européenne les classe en général dans l'une ou l'autre des deux catégories citées ci avant mais cette approche ne donne apparemment pas satisfaction. En effet de sa communication déjà citée de novembre 2007 il ressort par exemple que les mutuelles ont des difficultés pour se retrouver dans cet imbroglio juridique que constitue le droit communautaire. Voilà pourquoi la Commission demande aux Etats membres de faire un effort pour mieux informer les acteurs sociaux et s'engage à faire de même.

Pour être complet il faudrait aborder encore le sujet de l'hôpital public proprement dit mais la complexité du problème ne nous permet pas de l'aborder ici et maintenant. Peut-être qu'il y aura une occasion ultérieure de revenir à ce sujet épineux.

Affaire à suivre...

\*L'auteur est conseiller d'Etat et président de GENERATION 21 asbl, une association d'inspiration réformiste, affiliée à aucun parti politique ou institution et qui aspire à servir de plate-forme de débat et de proposition pour, notamment, les domaines suivants : développement durable, éducation/culture, Europe.

(contact : generations21@hotmail.com)