

## LES SERVICE PUBLICS ET L'EUROPE

La notion de service public est un référent clé, notion qui a structuré notre armature juridique. Le droit communautaire ne fait pas référence au service public, mais plutôt au **service d'intérêt économique général**.

L'Europe a une constitution économique. C'est un contexte d'unification ouest du continent.

Acte unique (1986) : instauration d'un marché intérieur, (application en 93)

Nos services publics ont pris la forme de monopoles.

Les services publics concurrentiels EDF/GDF, navigation aérienne, sont au cœur de nos **mutations**

L'Organisation Mondiale du Commerce tend à cette mutation. (conceptions plus libérales - rentabilité, coût deviennent des notions très importantes, on parle plus de clients que d'usagers).  
L'Europe impose l'harmonisation du marché intérieur.

Depuis les années 80, la Communauté procède à l'ouverture graduelle des marchés pour les grandes industries de réseau telles que les communications, les services postaux, le gaz et le transport, là où des services d'intérêts économiques général peuvent être fournis.

Conformément à la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêts économiques général pour promouvoir la cohésion sociale sur le territoire de l'Union.

Dès lors, pour l'Union le Service Public français constitue une entrave à la concurrence et au libre échange (règles de l'Europe)

### SERVICE PUBLIC - ORIGINE DE LA NOTION

Tout service public est la notion fédératrice du droit administratif français. Il justifie et unifie les règles spécifiques dans l'administration

L'origine de la notion est jurisprudentielle. L'expression est employée dans une décision du Tribunal des Conflits dans l'Affaire Blanco, le 08.02.1873. Création de SP qui s'ouvrent dans un souci d'égalité de traitement des usagers. Cette décision est passée inaperçue de doctrine à l'époque. A partir de 1910, la doctrine va faire de cette notion le centre du droit administratif. Pour ces auteurs, la notion est très importante. Elle n'est pas un aspect de l'action administrative, elle est aussi le critère de la compétence des juridictions administratives. Enfin et surtout, le SP caractérise le droit administratif : celui-ci est le droit des SP

Derrière le SP, il y a une éthique, c'est celle de **l'intérêt général** que l'Etat et l'Administration ont le mérite de défendre.

Le SP, c'est une vraie notion juridique :

#### 3 critères :

- 1 élément organique (tout SP doit être géré par une personne publique),
- 1 élément fonctionnel ou matériel (tout SP a pour objet la satisfaction de l'intérêt général)
- 1 élément formel (tout SP est soumis à un régime juridique différent du droit privé).

C'est une activité d'intérêt général (élément matériel et fonctionnel) gérée par une personne publique ou sous son contrôle par une personne privée (élément organique) et qui est soumise à un régime dominant de droit public (élément tiré du régime juridique).

Régime juridique propre au SP avec la réunion de ces trois critères.

Ce qui prime, c'est l'intérêt général. C'est l'intérêt commun à la Sté. Il va réunir tous les membres de la Sté. Il n'est pas lié à la loi du marché, il n'y a pas de recherche de profit, c'est un sce rendu à la population, c'est la résultante d'un besoin de la population.

L'intérêt général s'est concilié avec un critère organique selon lequel, l'Etat, l'Administration est en mesure de définir l'IG. A l'origine de sa gestion, c'est la personne publique qui gère le SP.

L'Etat (la puissance publique) qui définit la règle du jeu (législation, réglementation), contrôle le SP, le respect du principe de continuité, égalité, d'adaptation aux besoins de la population.

La puissance publique assure une fonction sociale qui ne sera jamais prise en compte par les personnes privées (fonctions régaliennes : poste, éducation, justice...).

Le SP a connu trois crises successives : (la dernière étant la crise survenue avec la création du marché unique)

### **1ERE CRISE :**

Décision du Tribunal des conflits du 22.01.1921 - Sté Commerciale de l'Ouest Africain (bac d'Eloka) -

La colonie de la côte d'ivoire exploitait le bac d'Eloka ; une nuit, le bac coule au milieu de la lagune et emporte par de là, même des véhicules ; la responsabilité de la colonie va être engagée. Quel est le juge compétent ? On soutenait qu'il y avait là intervention d'une pers. Publique qui agissait dans l'intérêt général ; en conséquence, on a été tenté de dire qu'il s'agissait d'un SP. Pourtant, le Tribunal des Conflits estime que la compétence doit être judiciaire, car ce SP doit être régi par les règles de droit privé : c'est une activité commerciale. Cette conception s'écarte de la doctrine. Parfois certains SP peuvent être régis par des règles de droit privé, ils ne seront pas seulement régis par des règles de droit public. Par nature, il y a des activités qui sont gérés par un SPIC ou un SPA.

### **Arrêt Denoyez (10.05.1974)**

(Bac d'Oléron) : par nature, un transport maritime est du prolongement indispensable de la voirie. Dans ce cadre le régime juridique des bacs est considéré comme un SPA (Sce Public Administratif)

La distinction entre SPA et SPIC, ainsi consacrée par l'arrêt Ste Commerciale de L'Ouest Africain n'obéit pas, cependant, aujourd'hui à un critère simple qui la rendrait facile à manier concrètement. La jurisprudence du CE oblige à recourir à un faisceau d'indices pour distinguer concrètement un SPIC d'un SPA.

Ces indices peuvent être tirés de l'objet du sce, de l'origine de ses ressources et des modalités de son organisation et de son fonctionnement.

Si le service est essentiellement financé par les usagers et a un objet et des modalités de fonctionnement comparables à l'activité que pourrait exercer une entreprise privée, il sera qualifié de SPIC (tel est le cas de sces rendus par EDF, GDF, SNCF, France Télécom) , les relations des SPIC avec les usagers, le personnel et les fournisseurs sont régies par le droit privé.

Ex : le contrat abonnement EDF est un contrat de droit privé (contrat d'adhésion)

Le SPIC, situation contractuelle, ce n'est plus l'utilisateur mais le client (relation de nature marchande commerciale -contrat-)

On assiste à une segmentation de l'offre et du marché pour cibler la clientèle : ex - la Poste : affranchissement du courrier à 0.50 e (SP) ; pour le reste concurrence avec d'autres ets (chronopost, collissimo...)

La portée de la distinction est importante. Alors que les SPA sont soumis au droit public

Ex : Hôpital : SPA, cadre réglementaire et légale, c'est la loi qui est le contrat, le règlement intérieur peut être le contrat (usager bibliothèque municipale)...

Le SPAC, l'utilisateur : relation unilatérale (loi texte)

### **Définition des SPIC**

1<sup>er</sup> critère

- objet : activité susceptible d'être gérée par une pers. Privée

2<sup>ème</sup> critère

- mode de financement : toute entreprise qui est financée pour la plus grande partie par l'usager. Le SPIC exclut la gratuité. Il faut le paiement d'une redevance qui couvre le prix de revient du SP pour l'essentiel (ex : SP de l'eau)

### 3<sup>ème</sup> critère

- activité soumise au droit privé. C'est le droit du commerce qui s'applique pour les SPIC.

Ces trois conditions cumulatives constituent le SPIC.

## 2EME CRISE

Arrêt Caisse Primaire "Aide et Protection" - 13.05.1938 (limiter le cumul des rémunérations)

Il est ici question de régimes gérés par des établissements privés. Pourtant, dans cette affaire, le Conseil d'Etat se déclare compétent : il estime qu'il a face à lui un SP. Ces personnes privées géraient un SP. **Le 2<sup>ème</sup> critère "organique"** dans ce cadre disparaît. Un SP peut être géré par une personne privée. Les CPAM et les CRAM sont des personnes privées qui gèrent un SP de l'assurance maladie, les prestations sociales c'est un Ets Public Administratif.

## 3EME CRISE

### C'est l'intérêt général qui est touché (perte du critère matériel)

"Thèse du boulanger" : des activités privées peuvent participer au SP au même titre que les activités publiques. La production du pain est sans contexte une activité d'intérêt général. Le SP est rendu à un prix en deçà de son prix réel.

Le SP est assuré par des monopoles en France qui parfois en oublient l'intérêt général. Il faut reconnecter SP et rentabilité, base de refondation du SP ; réintroduction du **principe de rentabilité** dans la notion du SP = privatisation de TF1, d'Air France, de France Télécom, d'EDG/GDF en partie, de la Poste.

C'est le recours de plus en plus fréquent d'un mode de gestion du SP qui est la concession (contrats multipliés). Dès 1950, François Bloch-Laine, reprochait la séparation trop stricte entre la sphère privée et la sphère administrative. Cette volonté de concertation entre les deux secteurs va conduire à la multiplication des contrats de concession.

A de grands monopoles publics, on a pris de grands monopoles privés (ex : Lyonnaise des Eaux, Vivendi, Bouygues), Ets privés qui gèrent des SP et qui se rémunèrent par le biais des redevances.

Que Reste-t-il du SP : seule l'élément fonctionnel subsiste "la recherche de l'intérêt général".

2 types de SP :

- SPA, soumis au règles de droit public en général mais pas toujours (ex : éducation nationale)
- SPIC, soumis au règles de droit privé (quant au personnel, c'est un personnel de droit privé, c'est aussi généralement le cas quand le SPIC est géré par une personne publique)

La notion de SP se désagrège...

## L'APPORT DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Le droit européen parle de postulat tout à fait contraire par rapport à la définition du SP (notion fédératrice.)

Le SP en droit européen n'est pas un référent clé. Il est même écarté, car il constitue un frein au libre échange. Dans la version initiale du Traité de Rome, l'expression même du SP n'apparaît qu'à l'article 77, à propos de la politique commune des transports, ce article prévoyant que "sont compatibles avec le présent traité les aides [...] qui correspondent au remboursement de certaines aides inhérentes à la notion de SP".

L'acte unique (1986) crée le marché intérieur européen sans barrière, libre circulation des biens et des capitaux; Le marché unique a été effectif qu'en 1993. Objectif : libéralisation des échanges. Or en France on a trop de monopoles avec des droits exclusifs et spéciaux.

Au 1<sup>er</sup>/07/04 : ouverture totale à la concurrence du marché de l'électricité non domestique (domestique en 2007).

Les traités européens ne retiennent que les exigences du SP en dérogation aux règles de concurrence et de libre circulation (base de la contribution économique)

Au cœur du traité...

Certes un article récent du traité (art. 16) reconnaît « la place qu'occupent les services d'intérêt économique général – services publics en réseau (télécommunications, énergie, rail, poste...) – parmi les valeurs communes de l'Union ». Mais que vaut cette affirmation de portée générale face à l'impératif de la concurrence sanctifié par l'acte unique ? La question des services publics touche donc le cœur du projet européen.

C'est l'article 86 de la CE (ex-90 du traité de Rome) qui a été l'instrument pour libéraliser les SP. Il comprend trois alinéas :

Le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 86 indique donc que les entreprises publiques doivent respecter les règles de la concurrence qui sont au cœur du traité. Les SIEG sont des activités de service marchands qui remplissent des missions d'intérêt général et qui sont soumises de ce fait par les Etats-Membres à des obligations spécifiques.

Le 2<sup>ème</sup> alinéa semble néanmoins laisser des marges de manœuvre aux SP. « Les entreprises chargées de la gestion des SIEG 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 est impartie. » Mais ses marges de manœuvres sont aussitôt bornées car l'alinéa précise aussitôt : « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

Le 3<sup>ème</sup> alinéa indique que « 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 ».

L'article 86 a une portée considérable. Il est mortifère pour les SP. Ceux-ci sont soumis aux règles de la concurrence. Ils ne peuvent en déroger (interprétation restrictive) que si cela n'entrave pas le développement des échanges « dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté, puisque le principe c'est la libre concurrence. Les dérogations aux règles de concurrence ne sont légales que :

- que si elles ont un lien avec les missions particulières de l'entreprise
- que si elles sont proportionnelles aux obligations de SP qui sont imposées à ces dites entreprises ; dérogations générales et absolues attentatoires à la libre concurrence

C'est la Commission qui est juge des dérogations.

Cet article cherche à concilier d'une part l'intérêt des Etats-Membres à utiliser les entreprises du secteur public comme instrument économique, et d'autre part à l'intérêt de la Communauté par rapport à la concurrence et à la préservation du marché commun. C'est le fruit d'un compromis politique, c'est une règle d'équilibre des états nationaux et communautaires.

Cet article était présent dès la création de la Communauté. Il n'avait quasiment jamais été utilisé. Il a fallu attendre la vague libérale des années 80 pour qu'il acquiert son poids politique actuel.

Les principales décisions de libéralisation, en particulier dans les télécommunications ont été prises par le Conseil des Ministres. Les télécommunications ont servi de banc d'essai aux processus de libéralisation et ont permis de construire les outils conceptuels pour généraliser la déréglementation aux autres SP en réseau dénommés au niveau européen « services d'intérêt économique général ».

Dispositions de l'article 90 :

- La CJCE – 23.10.97 « CJCE contre République Française »

La CJCE a reconnu qu'EDF/GDF : entreprises chargées de SIEG ont une obligation de fournir au pays gaz et électricité de façon continue sans distinction géographique pour les usages domestiques. La CJCE a considéré que cette mission particulière lui a été imposée en vertu de la Loi. Pour que cette dérogation soit légale, il faut que cette mission particulière trouve son origine dans un acte de puissance publique (loi, règlement, concession de droit public).

Il faut que cette mission particulière ait un lien avec l'objet du SIEG et qu'elle ait la dérogation qui va l'accompagner et qui doit contribuer directement à la satisfaction de l'intérêt général. (contrôle de la CJCE sur ce point)

Autre élément : le caractère dérogatoire de l'article 90.2 – les dérogations comportent deux séries de conséquences précises.

1 – dérogation d'interprétation stricte, l'Etat va devoir démontrer à la Commission que les conditions d'applications de la dérogation sont réunies , l'état va devoir démontrer l'utilité de la dérogation. Aujourd'hui, pour qu'il y ait dérogation, il faut que la mission d'intérêt général s'en trouve compliquée (avant il fallait que l'entreprise soit dans l'incapacité de réaliser sa mission).

Les règles de concurrence mettent en danger l'équilibre de cette entreprise, donc dérogation.

2 – L'offre de sce ne doit pas menacer l'équilibre financier de l'entreprise. Il faut distinguer offre de sce spécifique d'une clientèle de celle d'intérêt général. C'est la péréquation financière. Pour permettre l'accès de tous au réseau (EDF, poste...), sces relevant d'une économie particulière, un système de péréquation généralisée a été mis en place permettant une redistribution tarifaire entre les différentes catégories d'utilisateurs. Le tarif d'une prestation est déconnectée de son prix de revient. A chaque fois, les décisions tarifaires son de nature politiques. Les gros usagers doivent-ils financer les petits, les villes les campagnes, les usagers actuels, les usagers futurs... ? Cette redistribution tarifaire s'applique aussi entre les différentes prestations fournies. Ce sont les activités les plus rentables qui financent celles qui le sont moins ou pas du tout. (cf document ex. Télécommunications...)

**Arrêt Corbeau du 19.05.93** qui concerne la régie des postes belges, la CJCE a admis que l'obligation qui était faite à la régie des Postes Belges d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier au profit de l'utilisateur sur le territoire de l'état membre au même tarif à des conditions de qualité identiques constituait une mission d'intérêt économique général et que celle-ci pré suppose une compensation entre les secteurs d'activités rentables et les secteurs moins rentables en sorte que la péréquation tarifaire peut devenir un mode de financement de **service universel**.

Le secteur rentable peut financer en partie le secteur non rentable en limitant le secteur rentable à la concurrence (règle dérogatoire). La poste ne peut pas être concurrencé sur le secteur rentable afin de maintenir son secteur non rentable (application du principe de proportionnalité et de la compensation financière). C'est une dérogation ponctuelle limitée et non générale.

**Arrêt « Commune d'Almelo » 27.04.1997** qui concerne une entreprise néerlandaise de distribution d'électricité, la CJCE a confirmé que « des restrictions à la concurrence de la part d'autres opérateurs économiques doivent être admises, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci. A cet égard, il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise ».

La CJCE a reconnu au sce d'électricité aux Pays-Bas, le caractère d'un SIEG. Au cœur du SIEG : l'obligation de fourniture ininterrompue tous les jours sur l'ensemble du réseau du territoire national aux quantités demandées à des tarifs uniformes et identiques de l'électricité et sans tenir compte du degré de rentabilité de la mission, et dès lors une clause d'achat exclusive pouvait être admise pour financer les coûts entre une ... et cette entreprise d'électricité (restriction proportionnelle de la concurrence).

Définition : service universel

L'accès de tous à des prestations de qualités essentielles de base à des conditions acceptables pour tous : péréquation tarifaire. La dérogation doit être liée à la mission d'intérêt général, et doit être strictement proportionnée. Ce sont les timides avancées du droit communautaire. Il n'y aura plus d'engagement de l'Etat, plus d'aides publiques sauf pour les transports... Elles cesseront pour EDF/GDF, comme elles ont cessé pour France Télécom.

## CONCLUSION

Les évolutions du droit national son indiscutables et obligatoires. Nouvelle sémantique : on parle plus de clients que d'usagers. On parle plus de prestataires –relation marchande, objectif : profit ultime- que de gestionnaires.

Ex : SNCF : opérateur qui se charge de la circulation des trains sur réseau ferré qui ne lui appartient pas (le réseau appartient à RFF : Réseau Ferré de France). Contrat de délégation de SP entre RFF et SNCF. La SNCF verse un droit de péage. Frêt ferroviaire ouvert à la concurrence à envisager. La SNCF sera concurrencée par IKEA.

La conception traditionnelle du SP était civique et unitaire. Elle l'est de moins en moins : Egalité des traitements qui est la base du SP est différent de l'individualisation de l'offre dans un cadre marchand. L'Administration doit se tourner vers de nouveaux modèles sociaux (faire + avec -) : évaluation, rentabilité de l'action publique. La relation SP et usager « client » se transforme : la personnalisation succède à l'uniformisation.

On ne parle plus de gestionnaire de SP, on a fait une différenciation entre l'opérateur et le régulateur qui conduit à l'ouverture du réseau à tous les agents économiques

Opérateur : SNCF

L'opérateur délivre une prestation

- France Télécom

Opérateur qui délivre une prestation au public

Elle utilise le réseau de téléphonie.

- Demain la Poste

Régulateur : RFF

- le régulateur définit le SP

Régulateur : ART qui définit les conditions du SP.

Séparation Régulateur/Opérateur – sous l'influence du droit européen car ouverture du réseau à la concurrence avec plusieurs opérateurs et un régulateur, typiquement anglais et américain –

Principe de l'unbundling : principe de séparation des fonctions pour que la concurrence s'exerce librement

Principe du common carrier : principe de l'égal accès à tous les opérateurs.

## **CONCLUSION**

Le SP est un des moteurs de la cohésion sociale, de l'unité nationale. La CE doit établir un droit des SP. La Charte des droits fondamentaux mentionne la nécessité sociale des SP.

En Mars 2002, le Conseil Européen de Barcelone, les 15 ont décidé de libéraliser le marché d'électricité pour tous les consommateurs autres que les ménages à partir de 2004, ce qui représente 60 % du marché avec comme conséquence prévisible un "rééquilibrage tarifaire" au détriment des particuliers. Une décision similaire a été prise pour le gas. Le Conseil Européen de Barcelone a cependant demandé à la Commission "de poursuivre son examen en vue de consolider et de préciser, dans une proposition de directive-cadre, les principes relatifs aux SIEG, qui sous-tendent à l'article 16 du traité. Cette recommandation peut sembler une avancée.

Autre principe réaffirmé : l'accès de tous les citoyens et entreprises à des services d'intérêt général de qualité et abordables" : sce universel