

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

Philippe Herzog (*)

(*) Président de *Confrontations Europe*, député européen.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

La Commission européenne consulte sur l'avenir des services d'intérêt général (SIG)¹. Cette initiative est bienvenue. L'enjeu est d'importance : essayer d'ouvrir une perspective positive pour le développement des SIG en Europe.

Rapporteur pour le Parlement européen, à la veille d'une discussion qui s'annonce délicate et animée, je livre ici le cadre de mes réflexions et de mes propositions.

Les SIG sont des services essentiels auxquels chacun doit avoir accès et dont on partage l'usage. Ils sont bâtis au sein de chaque nation. La fabrication du grand marché européen les percuté. L'Union impose une libéralisation, utile et « contrôlée », mais elle n'assume pas la responsabilité de garantir ces services. Chaque Etat membre défend « ses » SIG mais attaque ceux des autres par la compétition : c'est une guerre de tranchées. Certains responsables politiques souhaitent des garanties et des politiques communes, mais le type de subsidiarité actuel y fait obstacle. Et les règles du marché et de la concurrence en vigueur sont loin d'être toujours cohérentes avec les régulations publiques indispensables aux SIG. Pourtant les défaillances du marché sont visibles : la cohésion sociale et territoriale est menacée, et la « stratégie de Lisbonne » pour la compétitivité et la croissance achoppe sur la carence du développement des services essentiels. C'est pourquoi je plaide pour une nouvelle stratégie : la Communauté et les Etats membres doivent assumer une co-responsabilité et bâtir une solidarité pour le développement des SIG.

Sur quelles forces et opinions nous appuyer? Tout d'abord une réponse positive doit être fournie à la demande de ceux qui se mobilisent pour une protection juridique. Dans la configuration actuelle des traités et des compétences, une autorité publique locale, régionale et nationale ne sait pas jusqu'où et jusqu'à quand elle peut garantir des SIG, en raison de l'extension rampante et subreptice de la compétence « fédérale » de l'Union sur le marché intérieur.

Par ailleurs, pour les grands réseaux de SIEG², où le choix d'un grand marché doit être confirmé, on bute manifestement sur des problèmes d'harmonisation, d'interconnexion, voire de développement des infrastructures. C'est pourquoi l'Union a dû commencer à établir des régulations sectorielles spécifiques : l'intégration

1. Nous disons « SIG » plutôt que « service public », pour éviter la confusion entre entreprise publique et service public, si incrustée dans la culture française, qui empêche de saisir la diversité réelle et souhaitable des choix de société.

2. La distinction entre SIG « économiques » et les autres, faite par les traités, est contestable, comme nous le verrons plus loin.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

ne se fera pas uniquement avec le marché. On ne pourra garder des réseaux de SIEG nationaux sans bâtir des biens publics européens. En faveur de cette perspective, on trouve des forces du côté des Etats membres comme la France, au sein de la Commission, et dans la société civile européenne.

Les oppositions d'intérêts nationaux sont au cœur des désaccords sur les SIG, et elles tirent parti des incompréhensions culturelles. C'est typique entre la France et l'Allemagne, alors qu'une entente devrait être possible puisque chacun est extrêmement attaché à ces services. En Allemagne, les *Daseinsvorsorgen*³ relèvent d'une philosophie sociale et d'une gestion locale et régionale. La liberté d'administration est constitutionnelle, à condition que les opérateurs « maison » ne portent pas une concurrence sur un autre territoire. En France, le *service public* est doctrine d'Etat, mais EDF, établissement public, agit hors de France en entreprise privée qui achète des réseaux et vend des services; tandis que l'Etat résiste tant qu'il peut avant de transposer et appliquer les directives d'ouverture de son marché. La base du désaccord dans le domaine de l'électricité réside dans le fait que les systèmes sont diamétralement opposés : pour l'Allemagne, 700 opérateurs et une base locale forte ; pour la France, c'est hypercentralisé. De plus l'électricité française est compétitive, l'allemande non. L'Allemagne protège massivement son marché pour se restructurer, la France qui exporte déjà 15% est à fond pour l'intégration électrique. Même constat pour l'eau et les services urbains : l'Allemagne ne connaît pas la concession, la France en est la championne, avec trois grands groupes privés qui demandent la « réciprocité ». En principe n'importe qui peut venir en France, mais nous ne pouvons pas aller en Allemagne.

Pour surmonter ces divergences, nous proposons d'aller vers une perspective commune. Il ne s'agit pas de pencher du côté de la protection nationale, ni de l'extension générale de la compétence communautaire. Nous proposons une co-responsabilité qui associe la protection et l'intégration, en avançant au cas par cas, toujours selon une méthode démocratique. Le but est de commencer à partager des définitions, des objectifs, et des ressources.

PREMIER ENJEU :

LA DÉFINITION DES SIG. S'ACCORDER SUR DES NOTIONS COMMUNES

◆ Les définitions nationales des SIG diffèrent. C'est un problème quand on veut développer les échanges transfrontières. Or le cadre juridique actuel de l'Union est un piège : l'UE garantit la concurrence mais elle ne garantit pas les SIG, elle n'en donne donc aucune définition substantielle⁴.

Les traités ne mentionnent pas les services publics (sauf à l'article 73 pour les transports), ni les SIG. Ils utilisent la notion de « SIEG » à l'article 86.2, à l'article 16, et dans la Charte des droits fondamentaux, article 36.

3. Mot à mot : prévoyance de l'existence; très proche de : « service essentiel à l'existence ».

4. Le Livre Vert reconnaît « l'impression de déséquilibre ».

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

L'UE considère qu'il y a SIEG quand un marché existe et qu'une autorité publique définit une obligation spécifique. Mais quel est le marché pertinent : local, national, européen, global ? Quel type de marché : avec ou sans biens publics, avec des responsabilités partagées par les opérateurs ? Et quelle autorité publique ? En fait pour la Commission et la Cour de Justice, un SIEG n'est concevable que lorsque « l'entreprise, considérant son propre intérêt commercial, n'assumerait pas les missions correspondantes ». C'est une approche subjective et arbitraire (car les mobiles des opérateurs privés sont multiples).

Nous contestons foncièrement la doctrine des SIEG élaborée par la Commission et la Cour de justice :

– Il manque une notion commune de SIG fondée sur des valeurs et des finalités partagées.

– La séparation du « social » et de l'« économique » par l'UE est fondamentale dans le droit communautaire. Pourtant elle est spéculaire et devrait être reconsidérée.

Pour l'UE les activités sociales sont fondées sur des principes de justice sociale, de solidarité, non lucratifs, dont l'Etat national est responsable et qu'il définit dans son ordre intérieur. Et les activités sont dites économiques quand elles sont susceptibles d'être exercées, du moins en principe, par une entreprise privée et dans un but lucratif. L'« économique » est confondu à priori avec « marchand » et « profitable »⁵. Et l'UE peut faire prévaloir les règles de libre prestation de service et de concurrence.

Ainsi dès qu'une autorité de SIG nationale a recours par exemple à des conventions avec un opérateur privé, l'UE exige le respect des règles de la concurrence... mais elle n'exige nullement de l'opérateur qu'il prenne sa part de la solidarité.

En réalité les activités « sociales » ont toujours un coût et une dimension économique. L'éducation ou la santé sont des facteurs de développement durable (requis par les objectifs de Lisbonne). Et les activités « économiques » comme les télécommunications et l'énergie ont des dimensions sociétales essentielles. Nous plaiderons pour des notions socio-économiques.

◆ Aussi, quand le Livre Vert suggère de travailler à une « notion commune » pour les SIG : comment ne pas l'approuver !

Les SIG sont des « services essentiels », au sens retenu au Sommet de Johannesburg : accéder à ces services est « la base indispensable d'une vie décente dans le respect de l'environnement ». Mieux, pour Armatya Sen, prix Nobel d'économie, ces services sont nécessaires pour que l'individu soit en capacité d'exercer sa liberté. Ils sont donc aussi à la base d'une société inclusive. Le champ de ces services essentiels n'est pas figé, mais dynamique, en fonction de la structure des sociétés et

5. Cf. par exemple le *Non Paper* de la DG Concurrence de la Commission, Novembre 2002.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

des mutations technologiques. Aujourd'hui ces services apparaissent toujours plus comme tridimensionnels : sociaux, économiques, écologiques. Il faut reconnaître et imbriquer ces dimensions plutôt que les séparer.

Considérer des services comme essentiels est toujours un choix de société. Ils sont alors conçus et organisés comme des biens publics. Les prestataires peuvent être de propriété publique ou privée, ou mixte mais la définition des missions et les principes d'organisation font toujours l'objet de choix et de contrôle publics. Ce qui ne signifie pas étroitement étatiques : la participation de la société civile est ou doit être requise.

Les tentatives de définition objective des biens publics sont précieuses : elles aident à comprendre la nature de ces biens. Il y a toujours une dimension de choix éthique (pour le bien commun). Cela étant, les économistes considèrent qu'un « bien public pur » a deux caractéristiques : la consommation des services n'exclut personne, et les usagers ne sont pas rivaux. En fait les biens publics peuvent être souvent bâtis avec des modalités qui excluent (on parle de *biens de club*), ou ils peuvent être sujets à des congestions, donc faire l'objet de rivalités (Aloy-Levêque).

Grâce aux mouvements de la société civile européenne, les traités d'Amsterdam et de Nice ont reconnu que les SIG relèvent de droits fondamentaux et sont une dimension de la citoyenneté. Mais les effets concrets de cette reconnaissance juridique sont très limités, et il y a le risque de l'incantation et de la rhétorique face à la puissance du marché : il faut être capable de concevoir un ordre économique adapté.

Pour les uns, il n'y a SIG qu'en cas de défaillance du marché et rentabilité insuffisante. Pour les autres, il s'agit de droits sociaux et d'un principe de justice sociale. Pourquoi ne pas combiner ces deux approches ?

◆ Toute clarification juridique, toute action politique, doivent tenir compte de la diversité des SIG. Il y a besoin de catégories communes, notamment pour répondre aux demandes justifiées de clarifier les distinctions marchand/non marchand.

Les catégories qui résultent de la lecture des traités sont : « économique », « non économique ». Bâties uniquement à partir de la compétence marché intérieur et concurrence, elles ne sont pas acceptables en l'état. Plus subtile est la tentative du Livre vert de distinguer entre Services non économiques et économiques sans impact sur le commerce intra-communautaire, grandes industries de réseaux, autres SIEG. Mais implicitement l'applicabilité ou non des règles du marché inspire encore les distinctions.

Je propose des catégories fondées sur des finalités explicites (elles se chevauchent, mais c'est inévitable) :

– Les SIG les plus fondamentaux pour la personne et pour l'inclusion sociale (éducation, santé, accès au marché du travail) sont historiquement organisés par l'Etat-nation et fondés sur des valeurs non marchandes⁶ de partage et d'universalité. Ils peuvent être ouverts à des prestations privées et à des relations mixtes.

6. Par contraste avec les valeurs marchandes qui sont donnant-donnant.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

– Des SIG rendent accessibles des biens communs naturels ou immatériels (environnement, information), qui sont partagés, non destructibles ou à régénérer. L'organisation est souvent à caractère mixte (la relation public-privé est forte).

« Toute clarification juridique, toute action politique, doivent tenir compte de la diversité des SIG. Il y a besoin de catégories communes, notamment pour répondre aux demandes justifiées de clarifier les distinctions marchand/non marchand. »

– Les services à la personne reposent sur une organisation de proximité, une relation durable adaptée aux besoins individuels. Ils peuvent être publics, privés, ou en partenariat.

– Des SIEG sont fournis sur la base de grandes infrastructures de réseaux comme l'énergie, les transports, les télécommunications, la poste. Souvent les infrastructures sont en situation de « monopole naturel », des systèmes non marchands de sécurité sont nécessaires, et les prestations de service peuvent être privées ou publiques mais accessibles à tous.

Quelques précisions et propositions

Tous les SIG sont et doivent être soumis aux traités, mais pas de la même manière.

• Les SIG fondamentaux non marchands doivent respecter la non-discrimination nationale et la libre circulation, mais l'Union ne peut légiférer. Elle peut seulement mener des actions complémentaires et d'appui à celles des Etats membres⁷.

Tant que la Communauté ne partagera pas explicitement des valeurs et des finalités non marchandes, ceci est correct. Mais si l'on veut faire société en Europe et bâtir une économie compétitive basée sur la connaissance, il faudra par exemple, une éducation européenne, une formation tout au long de la vie, une mobilité susceptible de développer les capacités humaines et l'ouverture d'esprit. Les systèmes éducatifs nationaux doivent s'ouvrir : il faut multiplier les échanges non marchands, et le recours à des services privés, dans cet esprit, sera également nécessaire⁸.

Dans le domaine de la santé publique, les systèmes nationaux sont déjà ouverts et mixtes, et ceci va s'accroître avec le développement des assurances privées. La tendance à séparer la couverture obligatoire de l'assurance privée nous paraît dangereuse.

Dans ces domaines essentiels comme l'éducation et la santé, nous proposons de :

– renforcer le primat de l'ordre social national : si l'Etat membre juge qu'une activité située au-delà des missions obligatoires ne doit pas être soumise aux règles générales de la concurrence, il le peut (par exemple : formation continue, protection complémentaire), à condition de ne pas perturber les échanges transfrontières ;

– quand il y a échanges transfrontières, les entreprises opérant dans ces domaines devront souscrire à des obligations communes répondant à des principes de solidarité et de justice sociale.

7. Cf. articles 149 et 150 (éducation), 152 (santé publique).

8. Or, dans le domaine de l'éducation à distance, l'UE demande déjà de distinguer les activités de prestation gratuite faisant l'objet d'obligations nationales de service public (seules susceptibles d'être subventionnées) de celles qui relèvent du secteur concurrentiel. Sans souci d'établir des obligations communautaires pour le secteur privé.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

• L'information n'est pas un bien destructible par celui qui la reçoit, elle diffuse et s'enrichit par l'interactivité. Mais les opérateurs qui la traitent et la rendent accessible sont souvent marchands.

On doit travailler à créer dans les traités une base d'action communautaire fondée sur la diversité culturelle et le pluralisme de l'information. A défaut, mais dans cet esprit, on peut envisager provisoirement un règlement concurrence sectoriel spécifique. Il devra traiter des fusions (pluralisme!), des marchés pertinents, des aides d'Etat (prouver les dommages et non agiter la « menace »), des prix prédateurs à proscrire (publicité et droits de transmission télévisuels)...

Dans les domaines de l'environnement, prenons le cas de l'eau. C'est une ressource naturelle, localisée et voulue accessible à tous (Cf. Courrier de La Planète). Bien commun, non marchand (l'eau potable est principalement hors marché), c'est bien sûr aussi un bien économique, avec un monopole naturel au niveau des infrastructures amont et aval. Dans l'UE, partout sauf en Grande-Bretagne, les municipalités sont propriétaires des infrastructures et responsables de la gestion. Celle-ci peut être déléguée à des opérateurs privés (France, Grande-Bretagne). L'UE a un mandat pour l'environnement (articles 174 à 176) et fixe des objectifs ambitieux pour l'état des eaux et la qualité de l'eau potable. Elle prône une tarification égale au coût et l'application du principe pollueur-payeur. Mais l'UE n'a pas de mandat de fabrication d'un marché unique. Il n'y a pas de réseau européen ni interopérabilité entre les bassins ni principe de solidarité.

La gestion actuelle des ressources en eau fait problème. Il y a de grandes inégalités, de gros besoins d'investissement et des manques de financement. Les partenariats public-privé (PPP) sont utiles mais insuffisants : faible participation, rentabilité basse, dérive vers une gestion privée de type *cross-border-leasing* (avec pénétration américaine).

Une forte pression apparaît pour appliquer la politique de la concurrence dans le secteur de l'eau et étendre les appels d'offres au secteur privé. Ceci n'est pas acceptable : il n'y a pas de base juridique pour un marché unique et le rôle fondamental des collectivités publiques doit être préservé. Par contre, pour résoudre les gros problèmes évoqués, on devrait travailler à une économie mixte nouvelle avec la volonté de mobiliser les investissements et d'organiser la rénovation des infrastructures. A cet effet, il faudrait mettre en place une fiscalité européenne pour alimenter un fonds de solidarité; mutualiser les garanties publiques; élaborer les « bonnes pratiques » en matière de PPP en vue d'un cadre européen positif.

• Concernant les services de proximité à la personne, il faut faire droit à la demande de l'Association des grandes métropoles européennes et plus généralement des associations de communes, pour une meilleure protection juridique. Ces activités sociales relèvent de l'ordre légal d'Etat et dépendent largement de fonds publics. Ils constituent à la fois des SIG et une composante des systèmes de protection sociale. Comme tels, ils relèvent de deux régimes juridiques différents dans les traités : si on les qualifie de SIEG, ils sont soumis aux règles de concurrence; par contre les

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

systèmes de sécurité sociale relèvent de l'ordre public national⁹. Nous proposons, comme pour le domaine des SIG fondamentaux non marchands ci-dessus, de renforcer le primat de l'ordre social national. Un problème essentiel est celui du choix de l'opérateur. Les collectivités territoriales peuvent gérer elles-mêmes le service (par régie, par opérateur local, SEM, Stadtwerke...). Elles peuvent choisir une gestion privée (l'opérateur n'a pas de lien contractuel avec un régulateur local) ; déléguer la gestion (concession ou affermage) normalement à durée déterminée dans une relation contractuelle.

La libre administration communale est un principe d'ordre constitutionnel : les collectivités peuvent choisir le mode d'organisation. Toutefois l'Union européenne peut intervenir en cas de changement de ce choix quand les collectivités font appel à la concurrence. Alors s'appliquent les règles des marchés publics : non-discrimination, appels d'offres pour un service défini dans un cahier des charges, choix du gagnant soumis à certains critères. Or il y a entre les communes et les régions d'énormes différences quant à la capacité et au pouvoir de face aux forces de marché. La ville d'Helsinki maîtrise bien ses choix et ses partenariats avec le privé. Les communes rurales françaises ne le peuvent pas (il est vrai que leur problème est d'abord d'ordre intérieur : elles sont handicapées par la conception centralisée de l'Etat français et la difficulté à construire une large décentralisation de l'initiative économique).

Nous proposons :

– que le droit européen reconnaisse le droit des autorités locales à l'auto-production (fourniture par des entreprises locales à condition qu'elles ne portent pas la concurrence ailleurs : c'est le principe allemand);

– de renforcer leur sécurité juridique en cas d'appel à la concurrence. Celle-ci doit être précisée. L'autorité locale doit pouvoir choisir une gestion déléguée où l'opérateur privé prend les risques. Sachant qu'il y a souvent asymétrie entre concédant et concessionnaire, l'autorité locale doit pouvoir être protégée : il y a besoin d'un droit européen à la concession et à des partenariats public-privé équitables. Toute exigence de généraliser les appels d'offres du type marchés publics au niveau de l'UE n'est pas acceptable.

• Pour les grands réseaux de SIEG, l'Union a décidé de fabriquer un marché intérieur. Cela se justifie pleinement dans une perspective communautaire d'efficacité économique, de cohésion sociale et de développement durable. Mais s'agissant de biens publics, une régulation spécifique est indispensable, les règles de la concurrence doivent être adaptées, et des solidarités organisées.

Le préjugé dominant est que le marché peut tout faire. Ca n'est pas vrai. L'expérience historique atteste le besoin d'une régulation publique, dans les situations de monopole naturel en tout cas (que l'opérateur soit public ou privé) (Cf. Stoffaës). Ainsi l'arrêt célèbre de la Cour de justice des Etats-Unis en 1877 (Munn

9. Le cas du logement social est particulièrement intéressant. « Le caractère d'intérêt général du logement réside moins dans sa dimension patrimoniale que dans les conditions de son usage » (Cf. L. Ghekière). L'imbrication du social et de l'économique est évidente. Le droit communautaire n'est pas encore à même de reconnaître cette spécificité.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

versus Illinois) jugeait que les compagnies propriétaires de silos à blé, disposant d'un monopole de fait, pratiquaient des tarifs excessifs. Leur négoce fut alors jugé « responsabilité publique » et « soumis à réglementation publique ». La première définition du service universel date de 1934 aux Etats Unis pour les télécommunications.

Dans l'entre-deux guerres et après la deuxième guerre mondiale la régulation et l'organisation publiques des réseaux en monopole naturel sont mises en place dans le cadre national.

Avec la révolution des technologies de l'information et la vague de réformes néo-libérales, de grandes mutations ont lieu depuis les années 1980 (1984 : dé-intégration d'ATT et privatisation de B.T.). La privatisation n'est qu'un aspect. L'essentiel, c'est la libéralisation : dé-intégration des monopoles, création de marchés, nouveaux entrants.

Mais la notion de « dé-réglementation » est impropre et trompeuse (cf. Henry, Matheu, Jennemaître). Les régulations publiques n'ont pas été supprimées, elles ont changé de nature. Certes les monopoles nationaux bâtis autour d'un opérateur de référence franchisé et intégré sont en train de sauter. Il demeure des segments de monopole naturel (comme la « boucle locale » du téléphone fixe). Mais même s'il y a pluralité de réseaux, une régulation est nécessaire (Cf. N. Hartley, D. Newberry, D. Helm). En effet : il faut assurer l'interconnexion et l'accès mutuel aux réseaux, et les opérateurs ne s'y prêtent nullement sans difficultés; il peut y avoir des effets pervers des marchés (volatilité des prix, insécurité par sous-capacité...); ils peuvent refuser l'accès aux plus faibles et établir entre eux une collusion; des obligations de service public impliquent une redistribution que n'assume pas la concurrence (Laffont-Tirole)...

Nous devons donc répondre ceci au Livre Vert :

– L'Union européenne doit reconnaître la nécessité de l'intervention publique pour bâtir des réseaux de SIEG. Leur finalité est de créer un surplus d'utilité collective en même temps que de répondre aux besoins sociaux : accroître le trafic et l'interactivité, intégrer les effets externes, combattre les congestions, assurer une sécurité systématique, inciter au développement des capacités¹⁰.

– L'Union doit donc créer les garanties nécessaires, et non pas faire de simples recommandations aux Etats : nous voulons un socle commun de garanties. Ce qui

« L'Union européenne doit reconnaître la nécessité de l'intervention publique pour bâtir des réseaux de SIEG. »

veut dire, entre autres, que la politique de la concurrence devra être adaptée, pour éviter un tronçonnement obligé des entreprises intégrées, un harcèlement contre les aides d'Etat, une défiance structurelle contre les opérateurs publics.

– L'Union devra, pour bâtir des réseaux européens (interconnexion, rail et ferroutage pour le fret, grande vitesse,...) et assumer des politiques communes (sécurité d'approvisionnement énergétique et économies d'énergie, industrie des télécommunications, modernisation des réseaux d'Europe centrale et orientale...) établir et développer des biens publics à l'échelle européenne.

10. Par exemple pour assurer la continuité de la fourniture d'électricité, une surcapacité est nécessaire.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

DEUXIÈME ENJEU :

UNE SUBSIDIARITÉ ACTIVE

AMÉLIORER LE CADRE JURIDIQUE ET ADOPTER UNE MÉTHODE DÉMOCRATIQUE

Sur un sujet aussi sensible que les SIG, on ne peut pas progresser sans une forte légitimité démocratique.

◆ Dans le cadre des travaux de la Convention, la Constitution et la réforme des Traités doivent fournir une base pour la reconnaissance des SIG. Je me suis adressé en ce sens à V. Giscard d'Estaing et aux conventionnels¹¹. Si les SIG sont une composante essentielle du modèle de développement choisi à Lisbonne, si cela implique une approche d'économie sociale du marché, alors il faut le dire dans la Constitution et en faire un objectif explicite. Ensuite, il faut se donner une capacité législative et d'action. L'UE n'a qu'une compétence d'action d'appui pour les domaines de SIG « non économiques ». Faute de travail en commun sur ces valeurs, le rendez-vous est raté. Pour les SIEG, l'article 16 (compromis du Traité d'Amsterdam) n'offre pas en l'état une base juridique, et l'article 95 (marché intérieur) est rédigé pour « libéraliser » et non dans l'esprit d'une économie sociale de marché. Il est donc souhaitable d'obtenir une modification de l'article 16 pour pouvoir légiférer correctement. Avec ces modifications *a minima* des traités, on peut établir la responsabilité du législateur européen (Conseil et Parlement) : c'est à lui d'établir maintenant les principes du droit et de l'action, et de créer les outils d'une évaluation et d'un contrôle. A défaut de modifications des traités, légiférer pour les SIEG reposerait sur la base de l'article 95. Mais il ne prévoit que le droit à un niveau de protection élevé et des clauses de sauvegarde.

◆ Une directive-cadre sera nécessaire pour mettre un terme au déficit démocratique en assumant la responsabilité politique.

Le rôle de la Commission ne doit pas être affaibli, mais il doit perdre son caractère discrétionnaire. Le rôle de la Cour de justice doit être confirmé, mais à l'évidence sa jurisprudence est contradictoire, et seul le législateur peut faire les choix politiques requis.

Une directive-cadre devra :

- interpréter et clarifier la distinction entre SIG et SIEG;
- maintenir et renforcer la liberté de choix et d'administration locale et régionale ;
- établir les principes d'une régulation européenne et les outils du développement pour les grands réseaux de SIEG; elle devra respecter mais solidariser les différents niveaux décisionnels; elle ne se substituera pas aux directives sectorielles déjà existantes, elle rehaussera au contraire leur possibilités de réalisation;
- bâtir une méthode démocratique d'évaluation pluraliste.

11. Cf. L'éditorial de *La Lettre de Confrontations* n° 61. De nombreuses contributions ont été déposées mais l'incertitude est totale quant à un débouché positif.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

A l'issue de la consultation sur le Livre vert, un engagement inter-institutionnel serait souhaitable pour que cette directive-cadre soit un acte prioritaire après les élections européennes de juin 2004. Il pourrait être précisé que tout nouvel acte de libéralisation sera suspendu à l'obtention d'un tel cadre. Ensuite, l'évaluation des réalités pourra conduire à des ajustements et des révisions des directives sectorielles concernant les grands réseaux. Cela est d'ailleurs prévu dans les années 2006-2009 pour l'électricité et la poste. Il serait sain d'établir que les directives sectorielles ont une durée de vie de 5 ans, et sont révisables en fonction des évolutions rapides des économies et des technologies.

◆ Une méthode ouverte de coordination sera utile. Les Etats membres, associant les communes et régions, rédigeront des plans nationaux d'action. La comparaison des résultats (qualité, accessibilité, efficacité) sera recherchée - ce qui suppose aussi un mandat et des moyens pour Eurostat, qui ne dispose pas actuellement des outils nécessaires. On retiendra des bonnes pratiques et on produira des lignes directrices. Ce processus, largement ouvert aux organisations de la société civile (opérateurs inclus) est indispensable pour renforcer la compréhension mutuelle.

◆ Une régulation européenne des grands réseaux de SIEG est indispensable, mais on doit bien préciser ses fonctions et sa forme.

Le système britannique mis en place depuis le milieu des années 1980 avec d'importants ajustements successifs, tend à faire référence en Europe. L'autorité publique décide des règles, un régulateur national mis en place dans chaque secteur de SIEG est consulté et applique les règles.

Nous pourrions discuter de la substance des règles et principes d'action, mais quant à la forme, cette référence est adaptée à la situation d'un marché avec pluralité d'opérateurs. Or telle est la perspective européenne, avec la décision prise de fabriquer un grand marché intégré dans les secteurs de réseaux de SIEG.

Dès lors, une régulation européenne est nécessaire tant pour s'assurer des garanties de respect des SIG que pour réaliser une concurrence effective. « *Si la concurrence ne marche pas aujourd'hui*, nous dit l'avocat espagnol José Manuel Villar, spécialiste du droit de la concurrence et des régulations sectorielles, *c'est peut-être par manque de règles claires* ». Par exemple, le manque de sécurité juridique pour les investissements est souligné. On peut aller plus loin et vouloir, comme la juriste française Marie-Anne Frison-Roche, fonder un droit à la régulation. Les domaines de réseaux de SIEG doivent être ouverts à la concurrence mais non abandonnés à elle ; un droit à la régulation construit la concurrence mais ne se limite pas à la garder en l'état. Un régulateur européen devra articuler des régulations hétérogènes (cf. Hansen).

Des précisions sont nécessaires :

- Un régulateur européen ne se substitue pas aux régulateurs nationaux, car des marchés nationaux vont perdurer comme le veulent les clients et usagers (y compris pour les télécommunications).

- Il doit résoudre les difficultés liées aux échanges transfrontières afin de les

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

développer, notamment en traitant la cohésion sociale et territoriale et le développement à l'échelle communautaire.

– Il doit être capable de mettre en émulation et en coopération « renforcée » les régulateurs nationaux pour harmoniser et non imposer d'emblée des solutions centralisées.

Rappelons qu'une « régulation » se bâtit *ex ante*, alors que la politique de la concurrence agit *ex post* (sauf pour les concentrations et les aides d'Etat). Leur mise en cohérence sera un grand enjeu pour l'avenir.

Quant à la forme institutionnelle, actuellement les autorités de la concurrence sont nationales, mais soumises à des règles et à une autorité fédérales (la Commission). Par contre, les régulateurs sectoriels sont nationaux (des ARN improprement qualifiées d'« indépendantes » ont été mises en place, mais pas encore partout dans les différents secteurs), alors que la coordination européenne est faible; et l'on ne peut souscrire à la notion d'autorégulation pour les échanges et réseaux transfrontières¹².

La Commission veut être désignée comme régulateur européen, mais le cadre législatif n'est pas assuré et elle n'en a pas encore la capacité (même si elle essaie de l'acquiescer) ni la légitimité. Nous proposons d'établir une coopération renforcée inspirée de la méthode Lamfalussy (existant pour les services financiers), à condition que les pouvoirs du législateur soient renforcés en amont et en aval (pouvoir de « call back ») et que les Parlements nationaux soient consultés. Un Comité européen des régulateurs serait créé dans chaque grand secteur, consulté par la Commission, et impliqué dans les mesures d'application des directives sous le contrôle de la Commission et du législateur.

◆ Un enjeu fondamental est l'organisation d'une évaluation publique pluraliste. Actuellement la Commission procède elle-même aux évaluations sectorielles, et tente de concevoir une évaluation horizontale pour les SIEG. Mais il est impensable que l'évaluation reste son monopole : elle doit impliquer les Etats, le législateur, les protagonistes. Nous proposons qu'elle soit placée sous la responsabilité du Parlement européen (Cf. le rapport Langen et la résolution de novembre 2001). Celui-ci organiserait le débat entre les différents lieux d'observation existant dans la société civile. Il prendrait appui sur des éléments fournis par chaque Etat membre. L'évaluation ne doit pas se réduire à l'observation d'indices de satisfaction des consommateurs (type eurobaromètre). Elle doit porter sur des indicateurs de qualité, de coût et d'efficacité, et passer au crible les politiques de l'Union. Elle doit donner l'exemple d'une démocratie participative, qui est selon nous une des caractéristiques historiques des SIG.

La question de l'expertise est essentielle, notamment pour le calcul des coûts. Tantôt la Commission n'a pas de capacité d'expertise, tantôt elle tranche avec des modèles non validés publiquement. La CJCE sensée dire le droit tranche aussi des questions scientifiques. Nous préconisons de créer un Office de calcul économique

12. Des réseaux existent, qui associent les différents protagonistes. Des clubs de régulateurs nationaux se réunissent. Utiles pour échanger des vues, ils ne se mettent pas d'accord.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

et de prospective pour les SIG et de le placer auprès du Parlement européen. Cette proposition essentielle sera combattue. Il faut spécifier ses fonctions :

« La question de l'expertise est essentielle, notamment pour le calcul des coûts. Nous préconisons de créer un Office de calcul économique et de prospective pour les SIG et de le placer auprès du Parlement européen. »

– pour le fonctionnement des SIG, examiner la pertinence et la cohérence des critères de la politique de concurrence et de la régulation;

– pour le financement et le développement des SIG, établir la base de prospective aujourd'hui absente.

A défaut d'un tel office, comment le Parlement européen pourrait-il assumer ses responsabilités politiques?

Enfin, la Commission devra organiser son propre suivi transversal pour la cohérence entre marché intérieur et SIG. Deux hypothèses peuvent être envisagées :

– On pourrait en confier la responsabilité à la direction du Marché intérieur, à condition de revoir en profondeur son mandat et ses capacités.

– On pourrait créer une direction pour la Régulation, la supervision et le financement des réseaux de services d'intérêt général.

TROISIÈME ENJEU :

DES PRINCIPES COMMUNS POUR LES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

◆ Pour les activités de réseaux de SIEG, l'autorité publique nationale définit des obligations de service public (OSP), dont une figure exemplaire est le service universel (SU). Faut-il que l'Union européenne énonce des principes communs, dans quelles conditions, et avec quelles conséquences ?

La situation actuelle est très ambiguë, et le Livre vert, qui souhaite des principes communs, ne la clarifie nullement.

Dans plusieurs directives sectorielles (télécommunications, postes, électricité), il est dit que les Etats membres « peuvent » imposer des OSP, « veillent » à assurer le SU, prennent des mesures appropriées pour les populations vulnérables. L'UE en fait n'oblige à rien : les Etats communiquent à la Commission les mesures prises et la Commission fait des recommandations...

Toutefois ceci n'est pas innocent : le choix de SU retenu dans ces directives sert à délimiter le financement permis en dérogation aux règles de la concurrence (redevances, secteur réservé...).

Ainsi les finalités des OSP ne font pas l'objet de garanties communautaires, mais les moyens sont encadrés. Nous ne pouvons entériner ces pratiques telles quelles.

• Tout d'abord il faut préciser le principe de subsidiarité :

– Une méthode ouverte de coordination est requise : les EM devraient présenter leurs choix, offrir une transparence, et une comparaison entre eux serait mise en place.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

– Dans les domaines des industries de réseaux où l'objectif est l'intégration européenne, l'UE doit faire des recommandations. Mais en ce cas, la conséquence pratique doit être une garantie pour le financement choisi par l'autorité publique, plutôt qu'un contrôle a priori visant à le réduire (ré-interpréter les règlements en vigueur).

– L'UE doit offrir elle-même des garanties complémentaires et spécifiques pour les échanges transfrontières et les réseaux européens intégrés.

« Ainsi les finalités des OSP ne font pas l'objet de garanties communautaires, mais les moyens sont encadrés. Nous ne pouvons énoncer ces pratiques telles quelles. »

• Les principes communs d'OSP doivent porter sur des finalités socio-économiques, qui feront l'objet d'indicateurs appropriés. Leur examen sera au cœur du processus d'évaluation publique.

Deux exigences générales doivent être formulées :

– Il ne faut pas séparer le SU d'un côté, et d'autres obligations plus ou moins vagues et facultatives de l'autre. Les OSP pour une activité de SIEG forment un tout qui doit être cohérent. Le SU est fourni sur une (des) infrastructure(s); sa qualité dépend de celle du réseau, de l'interactivité, et notamment des systèmes de sécurité d'offre et de fonctionnement.

– Il ne faut pas dissocier les aspects sociaux, économiques et écologiques, mais les imbriquer. A l'évidence la définition des OSP est nullement indépendante des pressions de la concurrence et des considérations de coût : mieux vaut le reconnaître, et des indicateurs coûts/résultats sont nécessaires. D'autre part, on prendra garde à ne pas restreindre la notion d'OSP aux seuls particuliers : les SIEG sont tout autant nécessaires aux entreprises, en particulier aux PME et aux artisans.

◆ Il faut particulièrement discuter ce que pourrait être une notion commune de service universel.

A priori le SU recouvre : l'accès de toutes les catégories de populations, y compris « défavorisées » et aussi l'accès des PME; la couverture territoriale correspondante.

Des critères spécifiques de qualité, continuité, tarif abordable, et protection des usagers existent.

Cette notion a été élaborée quand on a pris conscience des limites de l'optique libérale, selon laquelle la fonction de redistribution doit être traitée directement par voie fiscale/budgétaire (voir le vieux théorème d'Atkinson - Stiglitz). La notion répond à des raisons économiques (augmenter le trafic donc l'effet d'échelle), budgétaires (financer autrement) autant que sociales (Cf. Laffont-Tirole).

Toute notion de SU reste indissociable de considérations économiques.

Premier problème : le SU et la structure économique

En situation de monopole intégré et franchisé, le SU est fourni par tout un système. Quand les structures sont dé-intégrées, le SU est défini sur un segment. Mais que vaut un SU en aval, si en amont le système disjoncte (ex. de l'électricité en Californie) ?

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

Deuxième problème : le SU et son coût.

Aujourd'hui les entreprises concernées doivent être compétitives sur le marché et en même temps répondre aux OSP. Elles ont tout intérêt à voir les charges liées aux OSP réduites. Par exemple, le producteur historique d'électricité est fondé à demander pourquoi il doit subventionner les énergies renouvelables. L'aide publique est requise mais alors les litiges sont multiples. Un consensus n'est pas encore trouvé : quel peut être un « *level playing field* » entre inégaux? Dans ce contexte, l'érosion de l'OSP est une tendance de fond. Le risque est de réduire le SU à des subventions pour les vulnérables et à un ciblage des zones géographiques difficiles.

« Toute notion de SU reste indissociable de considérations économiques. »

Faut-il laisser le marché définir le coût du SIEG? C'est le principe de la procédure d'appel d'offres. La collectivité publique risque alors de voir s'échapper son pouvoir de définition et de contrôle. Elle est peut-être trop faible pour élaborer correctement le cahier des charges, dont l'élaboration aura un coût élevé lui incombant, et qui ne pourra être configuré réellement pour le long terme. Elle peut aussi ne pas anticiper les coûts réels et les conséquences des garanties publiques qu'elle est appelée à donner. On soulignera aussi la grande différence qui existe entre le coût d'entretien du réseau et le coût du développement. Ces risques doivent être traités, ce serait grave de ne pas reconnaître et traiter ces « asymétries d'information ».

Troisième problème : la tarification « abordable ».

L'autorité publique doit établir un mécanisme de contrôle des prix. Elle peut vouloir une tarification uniforme, permettant une péréquation des coûts entre les territoires. Elle peut souhaiter que le tarif permette à un ou à plusieurs opérateurs de référence d'offrir des services complémentaires. Mais là l'Union dit « stop », les règles de concurrence interviennent.

Une clarification est nécessaire pour les subventions croisées. Il ne doit pas y avoir d'interdiction générale, mais seulement en cas de dumping en faveur des activités concurrentielles¹³. Et la surveillance ne doit pas se faire au cas par cas, mais dans le cadre du mécanisme de contrôle des prix.

◆ Quelques remarques complémentaires sur les critères

Pour la **qualité**, seules les directives Poste et Télécommunications en font état. Il faut généraliser l'exigence pour tous les grands réseaux.

En matière de tarification **abordable**, il n'existe pas encore de mesure commune ni de critères communs. Le timbre-poste est au même tarif en Pologne et en France (0,46 €) mais le SMIC polonais est le tiers du français; si le tarif est abordable en France, l'est-il en Pologne quand il pèse relativement trois fois plus ? Et quand le prix de l'électricité s'accroît de 40% en six mois en Finlande, reste-t-il abordable ? On n'est pas loin dans certains cas d'une liberté totale des prix que la notion de tarif abordable prétend combattre.

13. Il faut permettre les financements croisés en sens inverse (d'activités rentables vers les non rentables - interpréter l'article 87).

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

Si l'on veut qu'une notion européenne de « tarif abordable » ait un sens quelconque, il est nécessaire que chaque pays le mesure (par exemple les régulateurs) et qu'on puisse les comparer non seulement en euros, mais relativement au pouvoir d'achat.

Un exercice de « *benchmarking* » sur l'abordabilité permettrait de voir que les coûts d'un service accessible à tous diffèrent beaucoup selon l'efficacité des opérateurs mais aussi selon la géographie des pays membres. Aller plus loin - assurer ensemble une garantie commune de tarif abordable - obligerait à une solidarité entre Etats membres. Quand à la méthode, trois formules sont possibles : le « *price cap* »¹⁴, la péréquation ou la subvention. Quand on supprime le monopole, le *price cap* n'est plus possible. Mais quand les structures sont dé-intégrées la volatilité des prix apparaît...

Pour la **continuité**, il faut veiller à la garantir face au droit de grève et bâtir sur le dialogue social. Il faut aussi veiller à assurer une surcapacité quand c'est nécessaire et prévoir des garanties face aux faillites.

La **sécurité de fourniture** n'existe que pour l'énergie, elle doit être généralisée.

L'**adaptabilité** est un critère d'OSP omis par le Livre vert. Il apparaît dans le 2^e paquet Télécommunications : un service non universel peut devenir SU si 60% des personnes sont connectées et si les externalités sont fortes.

Il faut prévoir des obligations **d'égalité d'accès** aux réseaux non universels (ferroviaire, gaz) ou d'aménagement du territoire en cas de développement (gaz).

Des obligations communautaires spécifiques sont nécessaires, alors que le Livre vert les laisse dans le flou. Elles concernent notamment toute la question des échanges transfrontières et du développement des réseaux en interconnexion. Le seul cas traité actuellement par un règlement est celui de la tarification transfrontalière de l'électricité. Pour les téléphones mobiles, une procédure anti-cartel est en cours.

Une observation importante nous semble au sujet de la protection des consommateurs.

« Les biens publics sont cruciaux, non pas simplement pour le « consommateur - usager » mais aussi pour la capacité collective d'emploi et de production, et ils impliquent une péréquation pour l'accès de tous. »

Nos sociétés sont victimes d'excès de la culture consumériste. Si l'obsession est de pouvoir acheter au moindre coût - à qualité donnée - alors on néglige des piliers essentiels de la vie en société. Il faut pouvoir travailler et produire pour ensuite consommer, et cela a un coût. Et si l'on souscrit à un impératif de solidarité, il faut pouvoir disposer de ressources à redistribuer, d'où un prélèvement (et donc un coût supplémentaire) sur le prix. Or précisément les biens publics sont cruciaux, non pas simplement pour le « consommateur - usager » mais aussi pour la capacité collective d'emploi et de

14. *Price-cap* : le régulateur fixe la trajectoire de prix du monopole (taux d'inflation -X). Si le monopole baisse ses coûts plus que X, il en garde le bénéfice. X peut être le taux de croissance de la productivité.

Cost-plus : le régulateur fixe un taux de profit juste et raisonnable. Il garantit au monopole des tarifs permettant de rémunérer ses investissements à ce taux de profit.

Le risque du *price-cap* est le sous-investissement. Le propre du *cost-plus*, le surinvestissement.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

production, et ils impliquent une péréquation pour l'accès de tous. Il est préoccupant de constater que des associations de consommateurs européens expriment des préoccupations vis-à-vis du Livre vert et d'une directive-cadre, et privilégient la concurrence. Certes, dans plusieurs pays, l'arrivée de la concurrence a entraîné des baisses de prix significatives. Mais dans certains cas (électricité), des hausses ont ensuite compensé, et en termes de cohésion et de développement, les impacts font problème. Les effets externes ne sont pas pris en compte. Il nous paraît important de souligner les devoirs des usagers des SIG et pas seulement les droits des consommateurs.

Pour toutes ces raisons le problème des OSP n'est ni mineur ni seulement technique, il est explosif.

QUATRIÈME ENJEU :

DES PRINCIPES COMMUNS POUR LA RÉGULATION, LE FINANCEMENT ET LA MIXITÉ DES STRUCTURES DES RÉSEAUX EUROPÉENS DE SIEG

◆ Les principes cardinaux de la politique de la concurrence en vigueur aujourd'hui ne sont pas appropriés aux exigences de garantie et de développement des SIEG : il faut travailler à une mise en cohérence.

Ces principes sont le libre choix d'organisation par l'autorité publique (mais il doit avoir le moins d'effet possible sur la concurrence, et même ne pas la menacer : là-dessus le Livre vert ne déroge en rien aux pratiques en vigueur) ; la neutralité de l'Union quant à la nature de l'opérateur ; la proportionnalité des aides par rapport aux missions en matière de financement.

Le Livre vert n'ouvre pas la discussion sur la masse de problèmes soulevés par des principes - sauf une ouverture critique remarquable, où il est dit que les critères de sélection actuels pour financer les SIG ne prennent en compte ni l'efficacité, ni la redistribution, ni les investissements!

« Les principes cardinaux de la politique de la concurrence en vigueur aujourd'hui ne sont pas appropriés aux exigences de garantie et de développement des SIEG : il faut travailler à une mise en cohérence. »

Dans une directive-cadre, il faut traiter ces problèmes, ajuster les principes ; à défaut, les « obligations » coupées des moyens ne seraient qu'un leurre.

Il sera important de procéder à une confrontation sereine, loyale et publique, des apports des théories économiques récentes. A partir d'une analyse approfondie des expériences de régulation des vingt dernières années, ces travaux montrent à quel point la doctrine de la « bonne » régulation n'est absolument pas stabilisée. Mettant en évidence les contradictions et les dilemmes, ils

devraient donner à réfléchir et mettre en garde la Commission et le législateur face aux risques de choix plus opportunistes ou idéologiques que fondés sur l'éthique et la rationalité.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

◆ Analysons les multiples problèmes de la libre administration et notamment du choix de l'opérateur :

- La liberté d'administration communale et régionale est niée par les règles des marchés publics et des appels d'offres. Dès qu'il y a SIEG potentiellement transfrontières, la DG Marché intérieur veut généraliser celles-ci. Dès qu'il y a qualification d'entreprise, les règles du marché intérieur et de la concurrence pointent. Nous avons vu précédemment comment endiguer ces excès : définir un droit à la concession, consolider les obligations dans les contrats, bâtir des capacités locales et régionales de conseil et de régulation pour épauler les autorités publiques.

- Pour les réseaux de SIEG la politique de la concurrence impose une séparation fonctionnelle. La séparation entre infrastructure et exploitation est justifiée dans la perspective du grand marché, sous réserve d'assurer la sécurité. Mais le tronçonnement des fonctions d'exploitation, et par exemple l'introduction de marchés volatils au niveau de la commercialisation est-elle bien fondée ? L'UE ne doit pas imposer d'aller au-delà de la séparation comptable, ... mais à condition qu'elle ne soit pas simplement cosmétique : la régulation devra assurer une réciprocité d'accès. David Newbery, un des économistes les plus qualifiés en matière de régulation, pose la question : est-ce qu'une structure dé-intégrée est un équilibre stable ou non ? Les crises en Californie et dans les transports britanniques attestent des risques de volatilité des prix et des faiblesses de la contractualisation. Demain, on pourrait être obligé de revenir à des systèmes intégrés.

Quand la sécurité est d'ordre systémique, on ne peut en tout cas confiner la régulation aux seuls segments en monopoles naturels. Il faut notamment des incitations suffisantes pour les investissements de réserve de capacité.

Ne devrait-on pas, par la méthode de coopération renforcée entre les ARN et la Commission, travailler ensemble à des lignes directrices pour les choix de structures ? D. Newbery souligne deux tâches très difficiles : décentraliser les dimensions de bien public (sécurité, capacité adéquate) ; et endiguer le pouvoir de marché (revoir l'antitrust face à la montée en puissance des oligopoles).

- La « neutralité » n'est pas un problème pour le Livre vert, c'est pourtant un problème des plus aigus pour tous les Etats membres. La libéralisation et la concurrence ne permettent plus un choix unilatéral des Etats quant à la propriété et au statut des entreprises.

En particulier la politique des aides publiques réduit les possibilités de l'Etat ou de la collectivité territoriale en tant qu'actionnaire (l'article 87 est contradictoire avec l'article 295).

Matthew Parish démonte le « principe de l'investissement privé » qui vise à réconcilier financement par l'actionnaire public et « *level playing field* » dans la concurrence. C'est selon lui un critère subjectif : quel investisseur privé ? (ils ne visent pas tous l'argent pour l'argent). C'est aussi un critère absurde : les motivations de l'Etat ne sont pas celles du privé.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

Pourtant, la Commission étend la notion d'aide à pratiquement toutes les spécificités des opérateurs (garanties, notoriété, sécurité face au risque de faillite, etc...), dès que leur propriété ou tutelle est publique. On est donc fondé à s'interroger sur les préjudices qu'ils encourent ainsi, et sur les menaces pour leur avenir.

Comment faire ? Parish suggère d'abandonner le principe de l'investisseur privé ; de considérer que les entreprises publiques ne font pas partie de l'Etat ; de n'attribuer à l'Etat que leurs activités liées aux obligations de SP.

Ces suggestions de Parish appellent des choix difficiles. Prenons le cas d'EDF. Il ne suffira pas d'ouvrir le marché intérieur pour écarter le soupçon. Il faut choisir : rester établissement public d'Etat, mais alors EDF ne pourra pas porter la concurrence ailleurs (elle perdra en tout cas le contrôle de ses filiales) ; ou bien, devenir clairement une société dont la propriété peut rester largement publique, et qui assumera la mixité, c'est-à-dire compétition et missions de SIG. C'est ce que souhaite à juste titre sa direction.

Mais en même temps l'UE devra exiger des responsabilités de SIG renforcées pour tous les opérateurs dans les domaines concernés. Sinon le secteur privé aura le beurre et l'argent du beurre. De plus, l'Union pourra avoir besoin d'opérateurs de référence pour la sécurité d'approvisionnement, l'aménagement du territoire et les industries stratégiques. La directive électricité l'envisage, elle n'en a pas les moyens.

Nous demandons donc une interprétation nouvelle de l'article 295. Il faut nous dire comment faire pour agir pour d'autres objectifs que le marché ! On ne peut laisser les Etats membres se débrouiller seuls : il faut un cadre accepté au niveau communautaire. Quand on doit agir à un taux de profit inférieur à la norme, la seule possibilité est-elle la subvention ? Un opérateur éthique qui paie moins ses actionnaires fausse-t-il la concurrence ? Il faut accepter les choix de mixité, de mutualisation, et de partenariat public-privé (PPP).

On sait en particulier que les besoins de financement poussent de plus en plus les Etats à tourner les opérateurs publics vers le marché financier. Seules les entreprises dont le capital est ouvert le peuvent. La privatisation est-elle alors souhaitable et inévitable ? A chaque Etat membre de choisir. On ne peut rester indifférent, par exemple, à l'échec des privatisations des chemins de fer. Le marché n'assume pas le financement de missions d'intérêt général. Plutôt que de le faire essentiellement par des aides limitées, il y a besoin d'opérateurs mixtes, où la mixité préserve le mobile sociétal et exige en même temps l'effort d'efficacité. Il y a aussi besoin d'institutions financières mixtes qui assument des fonctions d'intérêt général, par exemple les financements spécifiques pour les HLM, les PME, le développement territorial. Les PPP aussi sont mixtes : opérateurs privés et autorités publiques partagent projets, risques et coûts. Et l'on sait aussi (cf. le cas UMTS) combien il est nécessaire de partager des ressources et des infrastructures entre opérateurs, pour diminuer les coûts fixes

« Le marché n'assume pas le financement de missions d'intérêt général. Plutôt que de le faire essentiellement par des aides limitées, il y a besoin d'opérateurs mixtes. Il y a aussi besoin d'institutions financières mixtes qui assument des fonctions d'intérêt général. »

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

unitaires notamment de la recherche et du développement. Cette mixité n'est pas acceptée par l'UE, elle est même largement dissuadée.

Le principe de séparation entre activités d'intérêt public et activités concurrentielles, dès qu'il va au-delà de la transparence (séparation comptable), mine la mixité. L'abus des appels d'offre rompt la relation partenariale. Le partage des infrastructures est dissuadé parce que c'est une entente... Les scandales d'Etat (Elf, Crédit Lyonnais) – qui ne doivent pas occulter les scandales privés : Ahold... – ne justifient pas la dissuasion de l'économie mixte. Il reste à l'UE à lever ses œillères et produire des concepts et des incitations adéquats.

◆ Le problème non résolu du financement des SIG¹⁵ appelle de nouveaux principes communs

- De façon générale le principe de proportionnalité est fruste et biaisé. L'idée est que les OSP créent des coûts supplémentaires par rapport au marché. Il faut donc les compenser par une aide. Mais juste « compenser », sinon cela fausse la concurrence. Or, l'OSP ne crée pas que des coûts supplémentaires, elle engendre des économies considérables de coûts pour les autres activités! Demander une réserve de capacité pour l'électricité, a un coût. Mais s'il y a sous-capacité en période de pointe, les coûts induits peuvent être dix fois supérieurs. Certes une aide nationale peut être « exagérée » pour servir un champion national dans la concurrence. D'où le besoin d'un socle commun fort pour que le financement soit à la fois suffisant et équitable.

- Les opérateurs peuvent contribuer aux OSP par autofinancement mais cela dépend de la politique de tarification de l'autorité publique. Quand il y a des monopoles publics, l'autorité les incite à baisser leurs coûts tout en assumant leurs fonctions. Elle a utilisé des systèmes de « *cost plus* » puis de « *price-caps* ». Ils ne vont pas sans inconvénients : le régulateur est en "asymétrie d'information" (Cf. Laffont et Tirole). Tantôt la firme bénéficie de rentes, tantôt elle subit des pertes. Le régulateur dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire sur la profitabilité. Des incitations trop fortes à réduire les coûts posent un problème pour la qualité (au Royaume-Uni, il a fallu introduire des exigences de qualité face à sa dégradation à British Telecom; même cas pour U.S. West).

Avec la libéralisation et la dé-intégration, le recours au price-cap a diminué, mais il a fallu établir des charges d'accès aux réseaux. Les enjeux sont élevés en raison de leur poids dans le coût total, et les négociations sont âpres : comment encourager l'accès des concurrents sans enfoncer l'opérateur historique?

Le paradigme dominant est le tarif d'accès au coût marginal (coût incrémental moyen). Cela soulève deux problèmes majeurs : jamais on n'aurait bâti des réseaux à coûts fixes élevés si leurs propriétaires n'avaient pu tarifier l'accès qu'au coût marginal ! Et le calcul des coûts marginaux donne un pouvoir discrétionnaire aux régulateurs. Pour les réseaux avec monopole (électricité, gaz, ferroviaire), l'UE utilise pourtant la référence au coût incrémental moyen (coût du transport). Pour

15. A noter qu'actuellement l'UE ne précise le financement que du SU et seulement dans trois secteurs (télécommunications, poste, transport aérien).

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

les réseaux sans monopole, elle utilise le « *stand alone cost* » afin d'encourager la construction de nouveaux réseaux (incluant le coût de construction d'un nouveau réseau identique à technologie constante).

On voit donc l'importance de l'enjeu du modèle de calcul des coûts non seulement pour la « concurrence équitable », mais aussi pour le développement de l'industrie.

- D'autres types de financement des SIG font appel aux subventions croisées ou à la mutualisation de ressources entre opérateurs. Les subventions croisées au sein d'un opérateur doivent être permises quand elles jouent des activités concurrentielles vers les activités de SIG. Quand il y a pluralité d'opérateurs, un fonds de SIG alimenté par eux sera utile. S'il s'agit de faire payer un opérateur par ses concurrents, les litiges conduisent à l'érosion du fonds (cf. la remise en cause par l'Union des coûts du financement du SU assuré par France Telecom). David Newbery demande qu'on choisisse pour l'électricité entre : 1) un opérateur garant des capacités (sa surcapacité est payée par les concurrents); 2) tous les opérateurs doivent être en surcapacité, sinon on retire la licence.

Un problème comparable est posé pour les mobiles, s'agissant de la couverture géographique totale.

- Comment encadrer l'attribution des droits spéciaux et des aides d'Etat pour les SIG? La Commission doit-elle juger du bien-fondé et comment? Solution de l'avocat Tizzano (arrêt Ferring) : l'Etat n'a pas à notifier l'aide dès lors qu'elle correspond au surcoût (net) du SIG par rapport au prix de marché. Problème : il y a des litiges, et il faudra analyser (avec quel modèle?) la validité du calcul.

L'avocat Léger (affaire Altmark) dit non aux arguments de l'arrêt Ferring, soulignant justement que l'Etat n'« achète » pas un SIG, parce qu'il agit avec des mobiles propres à la puissance publique. Il faut selon lui notifier – à moins que la Commission ne passe un règlement d'exemption (base article 87). Le problème est que, dans le cadre actuel des traités, le législateur n'est que consulté.

Nous proposons d'inclure dans une directive-cadre le principe de l'exemption (sauf aides « déloyales », comme les faveurs fiscales spéciales), et d'établir par coopération renforcée les principes des modèles à utiliser pour les litiges concernant le rapport aides/coûts.

Ce n'est pas chose simple. Les opérateurs sont tenus de produire une comptabilité analytique, et les Etats peuvent choisir librement leur modèle de calcul des coûts. Mais quand il y a interférence avec la concurrence transfrontalières, comment arbitrer ? L'incertitude quant au « juste » modèle est évidente dans l'affaire Deutsche Post, condamnée le 20 mars 2001 pour abus de position dominante et le 19 juin 2002 pour aide d'Etat illégale : les jugements se sont fondés sur deux modèles différents pour les coûts. Le problème ne devrait pas être en soi l'excès de l'aide par rapport au « coût » (sans considérer les effets externes), mais si cela sert à financer un prix prédateur (anormalement bas) ou « prix d'éviction ». En effet un opérateur puissant

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

combinant une position dominante et des activités concurrentielles peut pratiquer des prix bas pour éliminer ses concurrents.

Après avoir montré que l'appel d'offres pour un SIG n'est pas la formule miracle (plus besoin de calculer les coûts : le marché fait référence), Laffont et Tirole soulignent que les "proxy models" visant à estimer le coût du SU doivent considérer une masse d'éléments (entre autres : quelle est l'aire géographique pertinente?); et ils produisent des estimations qui "divergent fortement". Mais alors, si l'UE prétend examiner le bien-fondé des aides, quelle est la légitimité de son raisonnement?

- L'Union n'a pas de politique de financement du développement des réseaux. Pour une part, c'est la conséquence d'une prédominance de théories de la régulation qui visent le moindre prix à capacité constante; pour une autre, c'est la carence d'outils politiques et financiers spécifiques au niveau de l'Union.

Nick Hartley a analysé l'expérience anglaise des dernières années, et le problème du manque d'investisseurs. Vu l'ampleur des coûts fixes et les incertitudes de la rentabilité, la responsabilité d'investir ne peut pas peser seulement sur les opérateurs. Or les régulateurs ont cherché à diminuer des rentes de situation et les coûts, quitte à diminuer l'incitation à investir. La prise de pouvoir par les actionnaires financiers au détriment des ingénieurs dans les firmes privatisées a joué dans le même sens. L'introduction des marchés a entraîné une volatilité des prix aux effets pervers. Un opérateur peut accroître son profit en congestionnant le réseau. Il peut ne pas répondre à un signal prix, grâce à l'interconnexion.

Le principe de précaution est devenu une exigence prioritaire à la suite des accidents du rail. La régulation par les résultats (*output*) a cédé la place à une régulation par les *input*. Les régulateurs interfèrent alors avec la gestion de la firme, pour pousser à investir. Paradoxe : cette immixtion est plus forte que par le passé. Le gouvernement Blair a même créé une Strategic Regulatory Authority (SRA) qui a mis sous tutelle Rail Network et l'ORR (régulateur du rail).

L'UE reconnaît aujourd'hui qu'une programmation pluriannuelle des investissements est nécessaire, par exemple pour l'énergie. Mais elle n'en a pas le pouvoir. Et quel serait l'objectif politique? Autosuffisance? Capacité d'exportation? Quels seraient les espaces pertinents? Il y a clairement besoin de politiques communes. Les solutions nationales seront beaucoup plus difficiles (on n'imagine pas un second programme d'Etat pour le nucléaire français!).

Il devient urgent de « sortir » des règles du pacte de stabilité les investissements publics nécessaires à la réussite des objectifs de la stratégie de Lisbonne.

- N'oublions pas la question du rôle des institutions financières. De multiples raisons montrent qu'elles sont directement concernées par les SIG. Elles doivent ou devraient assumer une fonction de SU (contre l'exclusion sociale, pour la cohésion territoriale et les PME). Elles doivent fournir des financements spécialisés pour le développement régional et le logement social (laissés-pour-compte du marché financier). Elles ont une fonction spécifique dans les PPP : dès qu'il y a besoin d'un financement

« L'Union n'a pas de politique de financement du développement des réseaux. »

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

« Il devient urgent de « sortir » des règles du Pacte de stabilité les investissements publics nécessaires à la réussite des objectifs de la stratégie de Lisbonne. »

long pour infrastructure, il faut du crédit, et il faudrait même un prêteur en dernier ressort. Le marché financier lui-même a besoin d'OSP (par exemple pour la livraison-règlement des titres et l'information). La dernière communication de l'UE sur toutes ces questions date de 1998, suite aux préoccupations exprimées par les banques allemandes et autrichiennes. Depuis, plus rien! Et la BEI et la BERD ne peuvent offrir les garanties nécessaires aux missions communes même si on doit leur demander plus.

CINQUIÈME ENJEU :

AGIR POUR LES BIENS PUBLICS HORS DE L'UNION DE FAÇON COHÉRENTE AVEC NOS VALEURS

Toutes les questions que nous nous posons dans l'Union au sujet des biens publics commencent à se poser en même temps au niveau mondial. Ce n'est pas le lieu ici d'un examen approfondi (lire l'article de N. Lhayani), mais quelques repères s'imposent.

Au stade actuel, la crainte de l'OMC nous paraît non fondée, même si la vigilance s'impose. Ce qui menace les SP en Europe est essentiellement d'ordre intérieur : la libéralisation avance rapidement, les SIG sont nationaux; ils ne pourront se renouveler et croître si l'UE n'assume pas elle-même un socle commun d'engagements positifs.

Pour les négociations à l'OMC (AGCS), la transparence est un vrai problème, mais :

- Il se situe d'abord au niveau des parlements nationaux et du Parlement européen, dont les pouvoirs sont purement consultatifs et donc particulièrement faibles. Adressons-nous à nos Etats et engageons-nous dans la réforme des traités pour une politique commerciale et économique extérieure unie, publique, et sous contrôle démocratique (cf. Pascal Lamy).

- L'OMC est plus transparente que les relations bilatérales, mais à l'évidence il manque à ses côtés un forum permanent et un espace de recherche et de débat scientifique pluriel (cf. Sylvia Ostry).

L'OMC n'est pas un lieu de régulation mais d'offres/demandes d'ouverture, où chaque Etat membre spécifie ses engagements (listes positives) et peut établir des clauses restrictives (si un Etat veut protéger son organisation, il précise comment il limite ou refuse le « traitement national » accordé aux concurrents étrangers).

Le mandat des négociateurs de l'UE est de développer le commerce des services, en respectant des obligations de SP et en visant le développement durable. La Commission se tient à son « mandat » : elle n'a pas fait d'offre de libéralisation pour les secteurs exclus (éducation, santé, culture), et elle a consigné des clauses restrictives précises pour défendre « ses SIEG ».

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

La négociation n'exige pas une réciprocité des engagements (l'un peut refuser ou restreindre l'ouverture, l'autre non), mais in fine un principe de non-discrimination (ce qu'on a ouvert bénéficie à tous les membres de l'OMC). Enfin, et c'est très important, les firmes ne peuvent pas porter des plaintes à l'Organe de Règlement des Différends (seulement les Etats).

Certes, la pression marchande peut progresser, y compris dans des secteurs « exclus », par des segments libéralisés (comme la diffusion des films et des programmes télévisuels, demain des parties de l'enseignement supérieur et de la formation continue) : ceci n'est pas tant à cause de l'OMC, que de nos choix intérieurs et de notre défaillance de régulation des domaines nouveaux de l'information avec des principes non marchands.

Cela étant, on ne se cachera pas deux problèmes :

– L'OMC définit les SP de façon trop étroite (domaine régalién), ce qui oblige les Etats membres à des clauses défensives.

– Les tentatives actuelles de relance du projet de « transatlantic market place », fondé sur une intense « coopération législative » euro-atlantique et visant une harmonisation des règles, constituent une réelle menace pour les obligations de service public en Europe.

« Certes, la pression marchande peut progresser, ceci n'est pas tant à cause de l'OMC, que de nos choix intérieurs et de notre défaillance de régulation des domaines nouveaux de l'information avec des principes non marchands. »

On doit s'interroger également sur la politique de demandes de libéralisation exercée par l'Union envers les pays du Sud. Certes ceux-ci ont besoin d'investisseurs privés dans les domaines de services essentiels où il n'ont pas des capacités locales. Et les PPP ont un large avenir. Mais en ce domaine, il y a autant de bons résultats que d'horreurs. Chacun constate la difficulté d'une relation stable entre les entreprises et ces pays. Or il y a besoin d'engagements à long terme de la part des firmes multinationales pour garantir la fourniture d'un SIG. Ce qui peut nécessiter des garanties. Par exemple, EDF doit rester en Amérique Latine, sinon il y a régression pour un service essentiel : mais qui paiera pour les déficits ? Si c'est elle, elle risque gros pour sa compétitivité en Europe. Il faudra inventer des garan-

ties publiques régionales ou multilatérales; et pour cela mobiliser l'aide publique et la re-concevoir (par exemple mutualiser des ressources dans des fonds de péréquation). Responsabilité sociale des firmes, partage des garanties, aide pour mettre les autorités locales en capacité institutionnelle et régulatrice : voilà l'avenir. Mieux vaudrait lancer ces processus avant qu'un Etat faible ne libéralise, c'est-à-dire ouvre son espace, afin d'éviter de prendre des risques excessifs.

Force est de constater que l'Union n'a à ce jour ni concept ni mandat pour aider les pays du Sud à se doter de biens publics, ni pour les bâtir dans un cadre régional (exemples emblématiques : au Sud de la Méditerranée, au Moyen-Orient, en Afrique), ni pour construire des biens publics mondiaux : Kyoto, Johannesburg ne sont que des prémices.

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

Etudes et documents consultés

Aloy, Elise et Levêque, François	« <i>La définition, les outils d'évaluation et de financement du service public en situation de concurrence ouverte</i> » CERNA, ENS Mines de Paris, juillet 1997
Boiteux, Marcel	« <i>Concurrence, régulation, service public, Variations autour du cas de l'électricité</i> » Futuribles, janvier 1996
Caisse des Dépôts et Consignations	« <i>Partenariat, public privé et collectivités locales</i> » Paris 2002
CELSIG	<i>Troisième Forum européen sur les SIG, 2001.</i>
Centre Européen des Entreprises à Participation Publique et des Entreprises d'intérêt économique général	Contribution à la Convention. Document approfondi. Bruxelles, 2.2.03
Cohen, Elie, Henry, Claude	« <i>Service public, secteur public</i> » Conseil d'Analyse Economique, Paris 1997
Comité des Régions	« <i>L'importance des établissements de crédit de droit public pour le développement équilibré des régions, des villes et des communes d'Europe</i> » Avis, 14 février 2001
Commissariat Général au Plan	« <i>Services publics, question d'avenir</i> » Odile Jacob, Paris 1995
Commission Européenne	« <i>State aid and the European Union</i> » DG Recherche, décembre 2002
Commission Européenne	« <i>Livre vert sur les services d'intérêt général</i> » Mai, 2003
Commission Européenne	« <i>Services d'intérêt économique général et aides d'Etat</i> » DG Concurrence, Non Paper, Novembre 2002

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

Commission Européenne	« <i>Services of general interest in the banking sector</i> » Rapport au Conseil, 23.11.1998
Courrier de la Planète	« <i>Eau : inventer la coopération internationale</i> » n° 70, 2002
Ghekière, Laurent	« <i>SIG et cohésion sociale de l'UE : quels enjeux pour l'habitat social?</i> » Bulletin européen du Moniteur, 2003
Godard, Olivier, Henry, Claude Lagadec, Patrick, Michel-Kerjan, Erwann	« <i>Traité des nouveaux risques</i> » Gallimard, 2002
Green, Richard	« <i>Markets for electricity in Europe</i> » Oxford Review of Economic Policy, N° 3, 2001
Hansen, Jean-Pierre	<i>La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes</i> , 5 ^e Forum de la Régulation, Sciences Po Paris, 21 octobre 2002
Hansen, Jean-Pierre, Boucher, Jacqueline	<i>Competition, forms of regulation and economic equilibria in the network industries, concepts and examples in the electricity sector</i> Août 1996
Hartley, Nick	« <i>Regulation, risk and new investment or "Slack plans", busy regulators</i> » Oxera, 2001
Helm, Dieter	« <i>The assessment : European Networks : competition, inter-connection and regulation</i> » Oxford Review of Economic Policy, 2001
Henry, Claude, Matheu, Michel et Jennemaître, Alain (editors)	« <i>Regulation of Network Utilities, The European Experience</i> » Oxford University Press, 2001
Hugon, Philippe	« <i>Les biens publics mondiaux : un renouveau théorique pour penser l'action publique à l'échelle mondiale?</i> » Université Paris-X Nanterre, Forum
Laffont, Jean-Jacques et Tirole, Jean	« <i>Competition in telecommunications</i> » CES, MIT Press, 2000
Laffont, Jean-Jacques	« <i>Incentives and political economy</i> » Oxford U. Press, 2000
La lettre de Confrontations	« <i>Négociations sur les services à l'OMC</i> » Lhayani, Nathalie , n° 60, 2003 Numéro spécial Energie, supplément au N° 60 Dossier Services d'Intérêt Général, N° 61, 2003
Lamy, Pascal	« <i>Politique commerciale commune : un exemple pour l'action extérieure de l'Union</i> » Convention, groupe Action Extérieure, 15.10.02
L'Option de Confrontations	« <i>Pour une communauté de l'énergie</i> » (Coordonné par Ferron, André) n° 16, 2002

Une perspective commune pour les services d'intérêt général en Europe

L'Option de Confrontations	« <i>Service public</i> » Renouveau en France, Création en Europe n° 4, 1996
Newbery, David	« <i>Regulating unbundled network utilities</i> » The Economic and Social Review, N° 1, 2002
OECD	« <i>Perspectives on competition policy and regulatory reform in the electricity sector</i> »
Ostry, Sylvia	« <i>The world trading system in dire need of reform</i> » Canadians in Europe Conference, avril 2002
Parish, Matthew	« <i>On the private investor principle</i> » European Law Review, 2003
Parlement Européen	« <i>Rapport sur la communication de la Commission sur "Les services d'intérêt général en Europe"</i> » (rapport Langen), 17.10.2001 et 13.11.2001
Pelkmans, Jacques	« <i>Making EU network markets competitive</i> » Oxford Review of Economic Policy, 2001
Public Services International (PSI)	e-mail : psi@world-psi.org
Rodrigues, Stéphane	« <i>Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone</i> » Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, mai 2002
Séquence Huit	Le trimestriel des industries de réseau Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne, n° 20, avril 2003
Stoffaës, Christian sous la direction de l' ISUPE	« <i>L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général</i> » ASPE Europe, Paris 1996
Volle, Michel	« <i>E-economie</i> » Economica 2000

CE QUE DIT LE LIVRE VERT SUR LES SIG

Le Livre vert situe d'abord le contexte et les raisons du débat qu'il vise à ouvrir.

L'Union européenne est à un tournant de son histoire avec les défis de l'élargissement, ceux de sa propre réforme et avec son ambition de développement définie à Lisbonne. Dans ce contexte les SIG jouent un rôle croissant, non seulement pour la qualité de vie des Européens mais aussi pour la compétitivité et la cohésion territoriale. Ils sont une condition du bon fonctionnement du marché intérieur en même temps qu'un pilier de la citoyenneté offrant une opportunité de dialogue unique entre citoyens et autorités publiques ; enfin sans eux, il n'y a pas d'élargissement réussi possible. Le Livre vert souligne aussi que les SIG sont au cœur du débat politique car ils posent la question du rôle central des autorités publiques dans une économie de marché.

Il commence par tirer un bilan non négatif des premières années de libéralisation : « Il n'y a aucune évidence à l'appui de la thèse selon laquelle la libéralisation aurait eu

un impact négatif sur la performance d'ensemble des SIG »(5)¹ et prétend que les baisses des prix ont contribué à rendre leur accès plus abordable ; quand à l'emploi, le bilan est jugé très bon : « *on estime que la libéralisation des industries de réseau a conduit à la création de près d'un million d'emplois en Europe »*(6)

Pourquoi alors ce débat ?

– « *Certaines incompréhensions »*(7) ont continué de s'exprimer malgré les efforts répétés de la Commission depuis 1996 pour tenter d'expliquer sa politique.

– La question de la mise en œuvre de l'article 16 introduit à Amsterdam et de la Charte des Droits Fondamentaux de Nice est posée.

– Il faut aussi répondre à la demande de directive - cadre exprimée par le Conseil et le Parlement.

« *A l'évidence des incertitudes et des préoccupations demeurent chez les citoyens »*(9) « *ces questions méritent un débat plus large et plus structuré »* (8).

Les questions d'orientation générale

Le Livre vert pose d'abord trois questions d'orientation :

– Il y a une demande d'intervention communautaire, mais jusqu'où peut elle aller compte tenu de la subsidiarité ?

– Quel serait l'intérêt d'une directive-cadre par rapport aux directives sectorielles ?

– Le problème des SIG « économiques » (SIEG) et « non économiques ».

◆ Quelle subsidiarité ?

Il est nécessaire de clarifier les rôles et les pouvoirs respectifs de la Communauté et des Etats. La répartition actuelle « *est complexe et conduit quelquefois à une incompréhension et une frustration de la part des consommateurs, des usagers et des opérateurs »*(28).

1. N.B. : les numéros entre parenthèses renvoient à la numérotation des points du Livre vert dans sa version communiquée le 19 mai 2003.

Ce que dit le Livre vert sur les SIG

L'article 16 confère une responsabilité à la Communauté et aux Etats : « *veiller à ce que ces services fonctionnent »* mais « *dans les limites de leurs compétences respectives »*. Quelles sont ces limites ? En outre, l'article 16 ne fournit aucune base juridique d'action communautaire et ne concerne que les SIEG.

Les Etats ont la compétence de définir, de financer et de piloter les SIG ; la Communauté n'a pas de compétence directe sur les SIG mais a des compétences qui les concernent indirectement : marché intérieur, concurrence et aides d'Etat mais aussi d'autres politiques communes comme les transports, l'environnement, etc...

Trois catégories de SIG sont définies en « *croisant »* ces compétences :

– Les « *SIEG fournis par des grandes industries de réseau »* (télécoms, postes,...) (32-1) ;

– Les « *Autres SIEG »* rassemblent des SIEG comme le traitement des déchets, la distribution d'eau et l'audiovisuel « *qui ne sont pas passibles d'un régime de régulation communautaire »* (32-2) ;

– Les « *Services non-économiques et les services sans effet sur les échanges »* qui rassemble les SIG non marchands comme l'éducation et les services locaux et régionaux » (32-3).

• Deux problèmes :

– La répartition actuelle des pouvoirs entre Etats, compétents pour les SIG, et la Communauté, compétente pour le marché intérieur et la concurrence, « *pourrait donner l'impression de déséquilibre dans l'action de la Communauté qui pourrait finir par affecter sa crédibilité »*.(33)

– La marge de manœuvre des Etats est trop large pour la définition du statut des régulateurs, leur indépendance n'est pas assurée partout

au même niveau ; la coopération et l'échange de bonnes pratiques entre ARN (autorités de régulation nationale) et entre ARN et Commission s'est développée mais la création de régulateurs européens ou l'approfondissement de la coopération entre ARN a besoin d'être largement débattue.

◆ Législation sectorielle - législation-cadre :

Plusieurs arguments militent pour une législation-cadre :

– mettre en œuvre de façon cohérente les principes contenus dans l'article 16 ;

– clarifier, consolider les objectifs et principes communs de tous ou de plusieurs types de SIG, un tel cadre fournirait une base commune pour élaborer des directives sectorielles, simplifierait et consoliderait le marché intérieur dans des SIG ;

– la consolidation de « *l'acquis communautaire »* pourrait être basée sur une analyse comparative des législations sectorielles et aiderait à assurer une cohérence horizontale ; « *cela pourrait avoir aussi une valeur symbolique importante dans la mesure où cela mettrait en lumière clairement l'approche de la Communauté aussi bien que l'existence d'un concept communautaire de SIG »*(39).

D'autres arguments militent contre :
– le risque d'être trop général et d'être basé sur un plus petit commun dénominateur tant les services sont différents les uns des autres ;

– l'article 16 ne constitue pas une base juridique pour une directive-cadre, il faudrait recourir à l'article 95 qui ne peut être utilisé que pour les SIG à effets transfrontières ; de nombreux secteurs importants seraient ainsi exclus du fait de leur caractère non-marchand ou de leur absence d'effets transfrontières ;
– pour couvrir tous les SIG un amendement au traité serait nécessaire.

◆ Services économiques et non-économiques :

Les SIEG (économiques) et les SIG non-économiques sont tous les deux soumis au traité, mais pas de la même manière :

– le principe de non-discrimination et de libre circulation s'appliquent à tous ;

– la liberté de prestation de services, d'établissement, la concurrence et les aides d'Etat ne s'appliquent qu'aux SIEG.

Mais le croisement des champs est inextricable :

– les règles des marchés publics s'appliquent aux biens, services et travaux acquis par des entités publiques en vue de fournir des SIEG ou des SIG ;

– même si le service aval est Sig, les règles SIEG peuvent s'appliquer en amont lorsque le service aval nécessite la fourniture de biens ou services marchands en amont ;
– les frontières évoluent avec les technologies, le développement économique et social.

Une liste a priori n'est ni faisable ni souhaitable.

Malgré cette complexité et ce caractère évolutif, la Commission n'a jamais eu de problème pratique pour distinguer les deux, mais les fournisseurs de SIG non-économiques demandent cependant une meilleure sécurité juridique.

Comment faire ? Quels autres critères pour faire la distinction ? La Communauté doit-elle s'intéresser aux SIG ? Faut-il étendre l'article 16 qui ne concerne actuellement que les SIEG, aux SIG ?

Un concept communautaire et une gouvernance

Dans cette deuxième partie, le Livre vert explore la voie d'un « *concept communautaire de SIG »* – quelles obligations de service public (OSP) ? – et traite des conditions

Ce que dit le Livre vert sur les SIG

d'une « bonne » gouvernance (définition, organisation, financement, évaluation).

◆ Quelles obligations de service public ?

Les OSP identifient des valeurs et objectifs de la Communauté : égalité, accès de tous, qualité... Une liste de cinq OSP générales est présentée, à laquelle s'ajoutent quatre OSP spécifiques (elles sont reprises et détaillées en annexe du LV) :

– Service Universel : « *les institutions communautaires ne peuvent pas seules assurer que ces droits sont pleinement garantis en pratique. Il y a un risque (...) qu'ils restent théoriques, même s'ils sont formellement transposés dans les législations nationales* » (54) ;

– Continuité : cette OSP « *n'est pas traitée de façon conséquente dans les directives sectorielles* » (56) (elle est mentionnée pour les postes et l'électricité) ;

– Qualité de service : réglementée au niveau communautaire seulement dans les postes et les télécoms ;

– « Abordabilité » : pas de critères pour la définir dans les directives sectorielles ;

– Protection du consommateur et usager ;

– Sûreté et Sécurité : cette OSP apparaît dans les transports et l'énergie (nucléaire), les effets sont souvent transfrontières et justifieraient une meilleure prise en compte au niveau communautaire ;

– Sécurité d'approvisionnement (énergie) ; cette OSP pourrait être étendue à d'autres secteurs mais il faudrait « *s'assurer que les coûts qui en découleraient ne seraient pas supérieurs aux bénéfices attendus* » (69) ;

– Accès au réseau et Interconnexion (SIEG de grand réseau) : une approche sectorielle est préférable « *cependant on pourrait examiner si*

des leçons pourraient être tirées d'une comparaison horizontale... » (72).

– Pluralisme des médias (audiovisuel) : c'est actuellement d'abord une tâche nationale ; la seule intervention communautaire consiste à assurer un certain équilibre sur le marché ; échec de la tentative de texte sectoriel en 1992 ; Déclaration d'Amsterdam en faveur d'un renforcement de la compétence nationale en 1997. Faut-il relancer la question aujourd'hui ?

Cette liste peut être complétée, consolidée à travers toutes les directives. Des OSP peuvent être renforcées au niveau communautaire, au niveau des EM ou au contraire laissées indicatives.

◆ Bonne gouvernance : organisation, financement et évaluation :
• Définition des OSP et choix de l'organisation :

La règle reconnaît la liberté de définir – c'est seulement pour les SIEG à grands réseaux qu'on pourrait envisager une harmonisation – et la liberté d'organiser, mais là les limites sont plus fortes et nombreuses. En particulier en cas de SIEG, l'organisation retenue doit avoir « *un effet négatif minimum sur la concurrence* » (80), l'autorité publique doit choisir l'entreprise chargée du service selon les règles précises des marchés publics, les seuils permettent d'échapper à certaines règles mais jamais à celles du traité ; pour le traitement des déchets, les organisations collectives de recyclage et d'élimination sont permises mais soumises aux règles de concurrence.

La législation secondaire permet une certaine sécurité juridique, en son absence elle n'est pas assurée malgré ces principes de liberté. Au niveau communautaire la coopération des ARN peut permettre une certaine cohérence et sécuriser mais elle n'existe pas partout.

• Financement des SIG :

L'équilibre financier de la prestation de SIG peut ne pas être assurée par le marché, l'aide est nécessaire et admise. C'est aux Etats d'assurer cette aide mais la Communauté peut co-financer dans certains cas (cohésion, grands réseaux européens).

Cinq mécanismes de financement existent : subvention, droits exclusifs (postes), fonds mutuels (télécoms), péréquation tarifaire, financement de solidarité (type sécurité sociale). La tendance est à l'abandon des modes les plus contraires à la concurrence (droits exclusifs) et à la progression des plus conformes (subvention).

Ce financement ne doit que compenser la surcharge liée aux OSP. La question est posée de savoir si les aides inférieures à cette surcharge doivent être considérées comme des aides d'Etat (et donc être notifiées pour accord préalable de la Commission) ou non. La Commission a l'intention d'établir un règlement spécifique pour les aides aux SIG.

Les législations sectorielles ne précisent les règles de calcul de coûts et de financement que pour trois secteurs : télécoms, postes et transport aérien. Un quatrième secteur (transports publics) fait l'objet d'un règlement en cours d'adoption.

Les critères de sélection des mécanismes de financement sont trop étroits : fausser le moins possible la concurrence et faciliter l'entrée sur le marché ; « *d'autres... tels que l'efficacité [des mécanismes de financements] ou leurs effets redistributifs sont couramment non pris en compte dans la législation communautaire. Les effets du mécanisme sélectionné sur l'investissement à long terme des fournisseurs et sur la sécurité d'approvisionnement n'ont pas non plus été considérés.* » (91).

Ce que dit le Livre vert sur les SIG

La Commission considère qu'il est nécessaire d'ouvrir un débat pour savoir si ces critères pourraient conduire à un choix de mécanismes spécifiques de financement et si la Communauté pourrait prendre des mesures de soutien à ces mécanismes spécifiques.

• Evaluation des SIG

L'évaluation des SIG est importante pour l'économie en général comme pour la qualité de vie de chacun. Il est nécessaire de vérifier que les OSP affichées sont remplies. L'évaluation accroît la transparence et fournit la base pour de meilleurs choix publics et un débat démocratique informé. Au niveau communautaire, il est essentiel de s'assurer que les objectifs de cohésion sociale et territoriale et de protection de l'environnement sont atteints.

Cette évaluation se distingue de « l'évaluation de la performance » qui consiste en « l'échange de bonnes pratiques » entre Etats et entre secteurs et qui peut seulement aider la première et non la remplacer.

Le dispositif actuel s'appuie sur des rapports sectoriels, un processus horizontal (démarré en 2001), la mesure (Eurobaromètre) de la satisfaction des usagers et consommateurs. Il ne concerne que les SIEG à

grand réseau. C'est une base de départ mais beaucoup reste à faire : favoriser une approche multidimensionnelle et multidisciplinaire ; prendre en compte les différentes parties prenantes ; réduire la disparité, accroître la disponibilité des données.

Il est nécessaire d'ouvrir le débat sur les critères d'évaluation, sur la façon de développer l'évaluation au niveau communautaire étant donné les faibles ressources à ce niveau et la nécessité de partager cette responsabilité avec les Etats. Faut-il l'étendre à d'autres secteurs que les SIEG à grand réseau ?

Le défi de la globalisation

La dernière partie du Livre vert traite de la politique extérieure de la Communauté.

◆ Politique commerciale :

Il n'y a d'accord au titre de l'AGCS (GATS) que pour les services déjà libéralisés dans la Communauté. Les entreprises des pays tiers ont alors les mêmes droits que les entreprises européennes. Selon le Livre vert, l'AGCS ou les accords bilatéraux n'ont d'impact ni sur la façon dont l'UE régule les services, ni sur celle dont elle les finance.

Cependant toute nouvelle législation européenne de SIG devra tenir compte des obligations internationales de la Communauté.

Dans les négociations en cours la même cohérence est recherchée entre libéralisation interne et externe et avec la régulation européenne. La Commission ne détecte pas de problème particulier et demande de les lui signaler s'il en existe.

◆ Politique de développement et de coopération :

L'objectif principal de la Communauté est la réduction de la pauvreté dans les pays en développement. Un niveau minimum de SIG est un préalable essentiel pour atteindre cet objectif. L'investissement privé dans les SIEG peut aider à cet objectif mais en tenant compte des préoccupations légitimes quant à l'impact d'une libéralisation et privatisation sur la gouvernance de ces pays. Un cadre de régulation international est nécessaire.

La Commission fait appel aux suggestions pour savoir quelle serait la meilleure politique pour soutenir et promouvoir l'investissement dans les services essentiels dans ces pays.

Résumé et traduction :
André Ferron

Les catégories de SIG vues par...

...le Livre vert

Catégories	Définitions	Compétences
Sieg fournis par de grandes industries de réseau	Les SIEG fournis sur la base de grandes infrastructures de réseaux comme l'énergie, les transports, les télécommunications, la poste.	Marché Intérieur : libéralisation/harmonisation ; Réseaux transeuropéens, " le bon cas pour développer un concept d'intérêt général européen" (31.1)
Autres SIEG	Traitement des déchets, distribution de l'eau potable, service public audiovisuel	Ne sont pas soumis à un régime de régulation au niveau européen, mais soumis aux règles du marché intérieur avec des règles spécifiques telles que celles de l'environnement
Services non-économiques et services sans effet sur les échanges	Services non-marchands comme éducation, santé; services purement locaux ou régionaux	Pas de régulation au niveau européen; hors marché intérieur mais les principes de non-discrimination s'appliquent

Le Livre vert propose clairement d'aller vers une extension du champ communautaire pour la catégorie Sieg à grand réseau qui fait déjà l'objet de directives sectorielles : consolider l'OSP (obligation de service public) de continuité (déclinée partout par exemple) ; mettre en cohérence les différentes directives (pourquoi la qualité de service seulement dans les télécoms et les postes ?). Il évoque aussi la possibilité de garanties de l'Union sur un socle d'OSP (pour les droits attachés au SU). « *Il y a un risque ..qu'ils restent théoriques, même s'ils sont formellement transposés dans les législations nationales* » (53). Enfin, la nécessité de progresser vers une régulation européenne est soulignée (« *La marge de manœuvre des Etats est trop large pour la définition du statut des régulateurs... la coopération et l'échange de bonnes pratiques entre ARN (autorités de régulation nationales) et entre ARN et Commission s'est développée mais la création de régulateurs européens ou l'approfondissement de la coopération entre ARN a besoin d'être largement débattue* »).

Philippe Herzog partage cette orientation générale mais il ajoute des OSP spécifiques aux frontières et surtout c'est le contenu de la régulation européenne qui change. L'Union européenne doit reconnaître la nécessité de l'intervention publique pour bâtir des réseaux

de SIEG. Leur finalité est de créer un surplus d'utilité collective en même temps que de répondre aux besoins sociaux : accroître le trafic et l'interactivité, intégrer les effets externes, combattre les congestions, assurer une sécurité systématique, inciter au développement des capacités.

L'Union doit créer un socle commun et non pas faire de simples recommandations aux Etats. Cela signifie, entre autre, que la politique de la concurrence devra être adaptée, pour éviter un tronçonnement obligé des entreprises intégrées, un harcèlement contre les aides d'Etat, une défiance structurelle contre les opérateurs publics. L'Union devra établir et développer des biens publics à l'échelle européenne pour bâtir des réseaux européens (interconnexion, rail et feroutage pour le fret, grande vitesse,...) et assumer des politiques communes (sécurité d'approvisionnement énergétique et économies d'énergie, industrie des télécommunications, modernisation des réseaux d'Europe centrale et orientale...)

Le Livre Vert n'affiche pas clairement d'options pour les autres catégories. Pour les SIG il dit que « *la Commission n'a jamais eu de problème pratique pour les distinguer des Sieg, mais que les fournisseurs de Sig non-économiques demandent cependant une meilleure sécurité juridique.* » Il ne traite pas

...Philippe Herzog, rapporteur pour le Parlement européen

Catégories	Définitions	Compétences
SIG fondamentaux non-marchands	Les SIG les plus fondamentaux pour la personne et pour l'inclusion sociale (éducation, santé, accès au marché du travail), historiquement organisés par l'État-nation sur des valeurs non marchandes de partage et d'universalité. Ils peuvent être ouverts à des prestations privées et à des relations mixtes.	Toute harmonisation est exclue, l'Union ne peut mener que des actions complémentaires d'appui à celles des États membres [déjà des bases juridiques pour l'éducation (article 149) et la santé (152)].
SIG pour l'accès aux biens communs naturels ou immatériels	Les SIG qui rendent accessibles des biens communs naturels ou immatériels (environnement, information), partagés, non destructibles ou à régénérer. Ils sont souvent largement mixtes (la relation public-privé est forte).	Des bases juridiques existent pour l'environnement, mais pas pour l'information. Des éléments de politique de concurrence spécifique existent (concentrations limitées pour le pluralisme des médias) mais très partiels et les quelques outils socio-économiques communs sont très insuffisants. C'est tout un champ nouveau à développer.
SIG de proximité	Les services à la personne reposant sur une organisation de proximité, une relation durable adaptée aux besoins individuels. Ils peuvent être publics, privés, ou en partenariat.	Il faut écarter la menace d'uniformisation européenne des modes de gestion. Pas d'obligation de délégation de service public mais droit à l'autoproduction : fourniture par des entreprises locales à condition de ne pas porter la concurrence ailleurs.
SIEG de grands réseaux	Les SIEG fournis sur la base de grandes infrastructures de réseaux comme l'énergie, les transports, les télécommunications, la poste. Souvent les infrastructures sont en situation de " monopole naturel ", des systèmes non marchands de sécurité sont nécessaires, et les prestations de service peuvent être privées ou publiques.	Ils relèvent du marché intérieur mais s'agissant de biens publics, une régulation spécifique est indispensable, les règles de la concurrence doivent être adaptées et des solidarités organisées.

spécifiquement des problèmes rencontrés pas les collectivités locales et régionales qui font pourtant l'objet de demandes précises. Il évoque cependant à propos des libertés de définir et d'organiser que : « *la législation secondaire permet une certaine sécurité juridique, en son absence elle n'est pas assurée malgré ces principes de liberté* » ; de même pour la catégorie « Autres Sieg ».

Philippe Herzog avance au contraire des propositions précises en distinguant clairement les « SIG fondamentaux non-marchands », les « SIG de proximité » et les « SIG pour l'accès aux biens communs naturels ou immatériels ». Ces propositions visent à les sécuriser contre la progression rampante et surnoise de la compé-

tence communautaire marché intérieur et concurrence. Cela ne veut pas dire que rien de communautaire n'est possible pour ces catégories : compétence complémentaire d'appui pour les SIG non-marchands ; cadre communautaire pour sécuriser les communes lorsqu'elles choisissent librement la délégation de service public ; nouveaux outils socio-économiques communs pour les services d'accès aux biens naturels et immatériels ; la méthode ouverte de coordination (MOC) proposée vise aussi à faire partager une co-responsabilité Communauté-Etats sur les SIG et la concurrence là où aujourd'hui l'asymétrie est complète entre les compétences des Etats sur les SIG et celles de la Communauté sur le marché et la concurrence.