

Après l'arrêt de la CJUE du 3 avril 2014, l'entreprise de service public « à la française » est-elle encore compatible avec les traités européens ?

Damien Broussolle*

On sait que, depuis le traité de Rome, le droit européen est censé être neutre vis-à-vis de la propriété du capital, ce qui a pendant longtemps été interprété comme une acceptation de l'économie mixte et des entreprises publiques. Pourtant, progressivement et notamment sous la pression de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), la perspective a changé. Un récent arrêt (3 avril 2014), vient confirmer cette évolution. De telle sorte qu'il est permis de se demander si l'entreprise de service public « à la française » est encore acceptable dans le cadre de l'UE.

Afin de saisir les enjeux de la question, il conviendra dans un premier temps de rappeler à quoi correspond une entreprise de service public dans la tradition française, notamment telle que le rapport du Conseiller d'État Denoix de Saint Marc (1996) l'avait précisé. Dans un deuxième temps, il s'agira de rappeler le traitement actuel des entreprises publiques dans l'UE, tel qu'il résulte de l'évolution des conceptions depuis 1958. Enfin, la présentation de la récente décision de la CJUE, sera l'occasion de souligner ses conséquences potentielles, à la fois sur l'avenir du statut d'EPIC (Établissement Public à Caractère Industriel et Commercial) en France et sur la mesure de la dette publique.

L'entreprise de service public « à la française »

L'entreprise de service public « à la française » est une sorte d'extension de l'activité de l'État dans un domaine où la vente prédomine. Une telle entreprise (La Poste, SNCF, RATP...), est donc à capital public, dispose d'un statut juridique particulier et suit des objectifs essentiellement fixés par les pouvoirs publics. Son activité s'inspire d'une éthique de service public, plutôt que d'une démarche proprement commerciale. Elle incorpore et conserve certains traits propres aux administrations, notamment en ce qui concerne le statut des salariés, ce qui est du reste l'origine de certaines d'entre elles (La Poste, France Telecom). Les destinataires de leurs services sont des usagers, plutôt que des clients. C'est une manière d'exprimer qu'elles produisent d'abord pour des citoyens. Elles ont une vocation sociale affirmée, leurs objectifs recouvrent la réduction d'inégalités, l'accessibilité, la continuité territoriale. Ces missions ne sont pas définies

de façon précise et peuvent évoluer en fonction des conceptions et des besoins. Leur financement inclut des subventions publiques (transports collectifs), et fréquemment une péréquation tarifaire entre les différents segments de marché (La poste). Comme le notait le rapport précité, les Français sont très attachés aux services publics qui portent la trace de l'histoire collective du pays, notamment celle des périodes de 1936 et 1946 : « Si la France se distingue d'autres pays, c'est principalement par le fait que beaucoup de nos concitoyens souhaitent conserver ces modalités d'organisation, dont la plupart des pays se détachent aujourd'hui. »

Dans l'UE actuelle les entreprises de services publics doivent justifier leur place

Progressivement la construction européenne a mis à mal ce modèle à travers de nombreuses contraintes issues de la politique de la concurrence.

Dans cette perspective la gestion de ces entreprises doit à présent suivre le principe de « l'actionnaire avisé », dans des « conditions normales de marché ». Si ce principe vise à établir une concurrence égale entre entreprises de toute nature, on notera qu'il efface la spécificité des entreprises publiques, qui doivent se comporter comme des entreprises quelconques. De ce fait, se trouve balayée la démarche habituelle dans plusieurs pays et soutenue par le Parlement Européen (Rapport Simon 2011), qui reconnaît l'existence de sphères économiques distinctes : celle de l'ordre marchand et celle de l'ordre non-marchand (*non-profit*). Une perspective plus respectueuse de la diversité des réalités nationales aurait pu considérer que les entreprises

* Université de Strasbourg (LARGE), Institut d'Etudes Politiques

publiques doivent suivre le principe de l'intervention publique avisée, dans un cadre étatique normal. Qui plus est, dans la démarche française traditionnelle, telle que l'exprimait très explicitement le général De Gaulle alors Président de la République, l'ordre marchand était subordonné à l'ordre étatique : « Le marché, Peyrefitte, il a du bon. Il oblige les gens à se dégourdir. Il donne une prime aux meilleurs. Il encourage à dépasser les autres et à se dépasser soi-même. Mais en même temps, il fabrique des injustices. Il installe des monopoles. Il favorise les tricheurs. Le marché n'est pas au-dessus de la nation et de l'État. C'est la nation, c'est l'État qui doit surplomber le marché » (cité par Leroy 1996).

Dans le cadre de l'UE, les subventions aux services publics relèvent du domaine des aides publiques, qui est sous le contrôle de la Commission Européenne. Elles ne sont autorisées que si elles n'introduisent pas de distorsion de concurrence vis-à-vis des concurrents privés, ce qui est relativement rare. Elles peuvent malgré tout être justifiées par des motifs d'intérêt général, clairement identifiés en tant que missions de service public. Cependant, ces missions, ainsi que le financement qui leur est attaché, sont déconnectés de l'entreprise qui les assume : il s'agit en principe d'un paquet transmissible d'une entreprise à une autre. Dans ces conditions, l'entreprise publique n'a plus de caractère particulier. Son financement est, en outre, chichement mesuré au motif qu'il pourrait accorder un avantage concurrentiel. C'est ainsi, par exemple, que la Commission a récemment admis des aides publiques préservant la densité postale et la distribution de la presse : « (...) notamment parce qu'elles ne compensent que *partiellement* le coût net des missions de service public confiées à La Poste » (IP/2014/602) [italiques ajoutées].

Le statut d'EPIC mis en cause

Un dernier aspect concerne le statut juridique de ces sociétés publiques. On sait que le processus d'ouverture à la concurrence a conduit à la privatisation totale ou partielle d'un bon nombre de ces entreprises, ce qui a nécessité de changer leur statut juridique. Ce fut le cas de France Telecom (1996) et plus récemment de La Poste (2010) [CF. aussi Encadré]. C'est à ce propos que la Commission avait attaqué l'ancien statut de La Poste. Ce statut d'EPIC, représente une sorte de service administratif dont l'activité aurait une dominante commerciale. Actuellement il concerne une trentaine d'entreprises aussi différentes que la SNCF, la

RATP, l'Opéra de Paris, le BRGM, l'ONF ou encore l'Établissement Français du Sang (CF. Encadré). En tant que partie de l'activité de l'État, ce statut ne prévoit pas la faillite ¹, ce que la Commission interprète comme une garantie publique *implicite* illimitée : « Cette garantie est illimitée, non rémunérée et n'est pas limitée aux activités de service postal universel (...), conférant ainsi un avantage économique sur ses concurrents (...). La garantie fautive dès lors la concurrence sur les marchés postaux, ce qui la rend incompatible avec le marché unique » (IP/2010/51). Bien qu'ayant changé le statut de La Poste pour cette raison, la France a ensuite porté ce différend devant la CJUE ². C'est donc un conflit apparemment dépassé que la CJUE vient de trancher, mais dont les conséquences concernent aussi d'autres entreprises de service public qui utilisent encore ce statut. La CJUE a confirmé le caractère d'aide publique illicite au regard du droit européen. La garantie *implicite* de ne pas faire faillite représente cependant un avantage dont le montant mériterait d'être évalué avant que d'être condamné. Il apparaît en outre acceptable pour deux raisons d'ordres très différents. D'une part, ces entreprises appartiennent à la sphère étatique. A ce titre elles ne devraient pas être jugées à l'aune des critères propres à la sphère privée. Le gain incriminé apparaît d'autre part justifié par leur objet. Il fait partie des contreparties liées à leurs obligations, ou à leur vocation particulière ³. Il faut par ailleurs noter que l'on serait bien en peine de faire apparaître le préjudice réel qu'il aurait occasionné, en particulier dans le cas de La Poste. Le formalisme juridique abstrait apparaît ici sclérosant et déplacé.

Cet arrêt, qui n'a aucun effet pour La Poste, a néanmoins une conséquence plus gênante. Il

¹ Il s'agit de la contrepartie du fait que leurs actifs sont insaisissables.

² L'observateur extérieur se demande pour quelle raison la France a procédé ainsi, puisque la Commission écrivait en 2010 : « la transformation de La Poste en société anonyme supprimera de facto la garantie illimitée dont elle bénéficie » (IP/10/51). Fallait-il que la France souhaite être condamnée sur le fond ?

³ Il aurait fallu prouver que l'avantage créé allait au-delà des coûts des missions de service public. Mais pour cela il aurait fallu l'évaluer. Quoi qu'il en soit, du point de vue économique et toutes choses égales par ailleurs, que la compensation financière des missions de service public soit effectuée, au moyen d'une subvention publique, d'une redevance sur les ventes, ou d'un avantage en termes d'emprunt, dans tous les cas, ce sont les consommateurs/ contribuables qui, en dernier ressort, en supportent le coût. Dans des circonstances de disette de fonds publics, le mécanisme de compensation condamné est bien plus efficace que des subventions publiques.

pousse à reconnaître l'existence formelle d'une garantie *implicite* offerte par l'État aux EPIC. Cette garantie pourrait être considérée comme un engagement souterrain, méritant d'être évalué sur le plan comptable. Un tel engagement viendrait alors s'ajouter à la dette publique déjà connue et aggraver la contrainte du pacte de stabilité. De sorte que, pour éviter à la fois cette consolidation pénalisante et le caractère d'aide publique, l'usage de ce statut devrait disparaître. A moins de ne conserver la garantie illimitée qu'aux seules entreprises publiques qui interviennent dans un domaine strictement non concurrentiel. Pour l'heure, ce sont la SNCF et la RATP qui risquent de se trouver sur la sellette. Voilà donc une décision qui vient opportunément poser la question du statut juridique, au moment où le processus d'ouverture à la concurrence doit franchir une nouvelle étape dans le secteur ferroviaire.

En conclusion, si le droit européen ne se prononce pas formellement sur la propriété du capital, on a pu constater que c'est de fait à la condition que le statut des entreprises de service public soit le même que celui d'une entreprise privée, qu'elles soient financées de la même manière et qu'elles soient gérées dans le même esprit. Les missions de service public subsistent, mais sont déconnectées de l'opérateur qui les met en œuvre. La pression concurrentielle incite du reste à les remettre en cause (cabines téléphoniques chez France Telecom - Orange, distribution du courrier le samedi à La Poste). Tout naturellement, dans ces entreprises qui doivent se comporter comme leurs consœurs privées, un esprit mercantile et commercial se répand, malgré les chartes éthiques qui cherchent à y résister.

Dans ces conditions, il est bien permis de s'interroger : l'entreprise de service public « à la française » a-t-elle encore une place dans le cadre de l'UE actuelle ?

Bibliographie

CJUE Arrêt de la cour (première chambre) 3 avril 2014, « Pourvoi – Aide d'État – Aide sous forme d'une garantie implicite illimitée en faveur de La Poste résultant de son statut d'établissement public – Existence de la garantie – Présence de ressources étatiques – Avantage – Charge et niveau de la preuve ».

Renaud Denoix de Saint Marc, *Le Service public : rapport au Premier ministre*, La documentation Française 1996.

Christophe LEROY, Les rapports contemporains entre l'État et le Marché : Essai d'interprétation, *La Revue administrative* 49e Année, No. 293 (septembre-octobre 1996), p. 515-531.

Peter Simon, RAPPORT sur la réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'État applicables aux services d'intérêt économique général (2011/2146(INI)), Commission des affaires économiques et monétaires, 24.10.2011.

IP/14/602, « Aides d'État : la Commission approuve deux compensations de service public en faveur de La Poste française », 26 mai 2014.

Liste des EPIC

L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME)

L'Agence française de développement (AFD)

L'Agence foncière et technique de la région parisienne (AFTRP)

L'Agence Française pour les Investissements Internationaux (AFII)

L'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA)

L'économat des armées (EdA)

L'Institution de gestion sociale des armées (IGeSA)¹

L'Institut national de l'audiovisuel (INA)

L'Institut national de la consommation (INC)

L'Institut national de l'environnement industriel et des risques (INERIS)

Réseaux de transports en commun :

La régie Tisséo qui exploite le réseau de transport en commun de l'agglomération Toulousaine

RATP

RTM

Réseau ferré de France (RFF)

La SNCF

Les Ports autonomes qui sont des établissements mixtes, exploitant conjointement des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux, mais sont gérés comme des EPIC.

Le Centre national d'études spatiales (CNES)

Le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA)

L'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN)

L'Institut français (l'agence française de coopération culturelle internationale)

L'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (IFREMER)

Le Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM)

L'Office national des forêts (ONF)

L'Office national d'études et de recherches aérospatiales (ONERA)

Les Offices publics de l'habitat (OPH) qui regroupent les anciens OPAC et les OPHLM

Office public de l'habitat montreuillois

Le Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement (CIRAD)

L'Opéra de Paris

La Comédie-Française
Le Théâtre National de la Colline
Le Centre scientifique et technique du bâtiment (CSTB)
IFP Energies nouvelles (nouvelle dénomination de l'Institut Français du Pétrole depuis 2010)
L'Aéroport de Bâle-Mulhouse
L'Union des groupements d'achats publics (UGAP)
La Monnaie de Paris (01/01/2007)
Le Laboratoire national de métrologie et d'essais (LNE)
La Cité de la musique
Ubifrance (Agence Française pour le développement International des Entreprises)
Universcience (l'établissement public du palais de la découverte et de la Cité des sciences et de l'industrie)
L'établissement public du parc et de la grande halle de la Villette (EPPGHV)
La Cité de l'architecture et du patrimoine
La Fémis
La Réunion des musées nationaux (RMN) devenue la Réunion des Musées Nationaux -

Grand Palais (RMN-GP)
Oséo
Le Comité Martiniquais du Tourisme (CMT)
L'École nationale supérieure de création industrielle (ENSCI-Les Ateliers)
L'Établissement français du sang (EFS)
Campus France
Les EPIC devenus entreprises privées ou sociétés anonymes à capital totalement ou partiellement public :
Aéroports de Paris (depuis 2006) ;
L'Agence pour la diffusion de l'information technologique (ADIT) ;
EDF ;
Gaz de France (aujourd'hui GDF SUEZ) ;
La Poste (depuis mars 2010) ;
Seita (aujourd'hui Altadis, totalement privé) ;
Eau de Paris (aujourd'hui régie) ;
France Télécom : De la loi du 2 juillet 1990 à sa transformation en société anonyme en 1996, France Télécom a eu un statut qualifié par la loi d'« exploitant public », mais la Cour de cassation a jugé, le 22 février 1995, qu'il s'agissait d'un EPIC.
Source : Wikipédia.