

# L'Europe finalise son arme de libéralisation massive

**VERRA-T-ON DEMAIN L'EXERCICE DE MISSIONS DE SERVICE PUBLIC AUSSI ESSENTIELLES QUE L'ENSEIGNEMENT ET LES SOINS DE SANTÉ CONFIE À DES ENTREPRISES PRIVÉES PAR LE BIAIS DE MARCHÉS PUBLICS, EN LIEU ET PLACE D'ORGANISMES PUBLICS ET D'ASSOCIATIONS SANS BUT LUCRATIF? DES ENTREPRISES D'INTERIM REMPLACERONT-ELLES BIENTÔT LE FOREM, ET DES ÉTABLISSEMENTS À BUT LUCRATIF NOS ACTUELLES UNIVERSITÉS? C'EST EN TOUT CAS L'AMBITION AFFICHÉE PAR LES PROPOSITIONS DE DIRECTIVES EUROPÉENNES SUR LES MARCHÉS PUBLICS QUE LA COMMISSION EUROPÉENNE TENTE DE FAIRE ADOPTER EN CE MOMENT MÊME, ET QUE LE PARLEMENT EUROPÉEN ESSAIE D'AMENDER. ÉTAT DES LIEUX D'UNE BATAILLE MENÉE À COUPS D'AMENDEMENTS LÉGISLATIFS, AVEC POUR ENJEU L'EXISTENCE MÊME DES SERVICES PUBLICS EN EUROPE.**

Les institutions européennes s'apprêtent à adopter une réforme de la législation européenne sur les marchés publics potentiellement fatale à tous les services publics

**/ Tom Verdier**  
CSCE

sociaux et éducatifs en Europe. À l'exception des mandataires et techniciens européens directement impliqués, personne n'en est informé.

Un léger dysfonctionnement que le présent texte tente de réparer. Propager l'information sur cette question n'est pas une mince affaire, ni pour le rédacteur, ni pour le lecteur. Car non seulement le raisonnement de base des institutions

sur les marchés publics le remet en cause.

## **LE BUDGET DE L'ÉTAT, EXPRESSION DE LA SOUVERAINETÉ ÉCONOMIQUE POPULAIRE**

On assimile en général le budget de l'État à une série de postes de dépenses des pouvoirs publics : sécurité sociale : 60 milliards ; enseignement, autant de milliards,

d'autorisation reflète l'idée que le peuple délègue des représentants chargés de fixer le montant des contributions à la collectivité, et de décider quoi en faire. Ce principe n'est pas différent de celui qui justifiait la convocation des États généraux par le pouvoir royal sous l'Ancien régime, dont la fonction était de donner ou non le consentement des sujets au versement de nouveaux impôts.

Dans l'exercice de la prérogative fondamentale d'adopter son budget, l'assemblée, légitimée par le suffrage universel, est souveraine. Elle décide en toute liberté de l'impôt, de son taux et son assiette, ainsi que de l'affectation de son produit au financement des services publics qu'elle juge utiles.

Ces principes de souveraineté et liberté budgétaire des pouvoirs publics "originaires", c'est-à-dire ceux dotés d'une assemblée démocratiquement élue, paraissent relever de l'évidence. Qu'on se détrompe, car ce sont eux qui sont précisément remis en cause par les projets législatifs de la Commission européenne en matière de marchés publics. Leur affirmation explicite est donc plus que jamais nécessaire.

## **AMBITION ET MOYENS DU PARADIGME LIBÉRAL EUROPÉEN**

Le XX<sup>e</sup> siècle a vu croître le montant du budget de l'État de

**“ LES INSTITUTIONS EUROPÉENNES S'APPRÊTENT À ADOPTER UNE RÉFORME DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE SUR LES MARCHÉS PUBLICS POTENTIELLEMENT FATALE À TOUS LES SERVICES PUBLICS SOCIAUX ET ÉDUCATIFS EN EUROPE.”**

européennes en matière de marché public est déroutant, pour ne pas dire irrationnel, mais en outre, les mécanismes techniques utilisés et le libellé du texte permettent aux institutions européennes de dissimuler les conséquences réelles du projet. Commençons par rappeler le principe fondamental de liberté des pouvoirs publics dans l'adoption de leur budget, avant d'analyser comment l'extension de la législation

hôpitaux, coopération au développement, etc. Cette vision n'est pas fautive, mais elle occulte un aspect essentiel du budget de l'État, qui constitue avant tout une décision par laquelle l'assemblée législative autorise le gouvernement d'une part à prélever l'impôt, et d'autre part à en affecter le produit à l'accomplissement de missions de service public. Ce mécanisme

## LES SERVICES PUBLICS SOUMIS AUX RÈGLES DU MARCHÉ PUBLIC...



façon importante afin d'assurer la satisfaction des besoins et droits élémentaires de la population: santé, instruction publique, sécurité sociale, etc. Pour utiliser les termes de la novlangue européenne, les pouvoirs publics sont devenus "fournisseurs" ou "prestataires de services sociaux, sanitaires et éducatifs". Aux yeux de l'orthodoxie qui imprègne les institutions européennes, ce développement est, pour le dire poliment, indésirable. Ces "services" seraient par nature mieux assurés par l'entreprise privée, dont l'efficacité est garantie par la pression concurrentielle, que par les pouvoirs publics, où régneraient par définition le gaspillage et l'immobilisme.

Toutefois, face à l'usage intensif que les États européens font de leur liberté budgétaire, avec un budget avoisinant près de 50 % du PIB, la question restait posée aux pourfendeurs des services publics des moyens permettant la mise en œuvre de leur dessein.

Pendant longtemps, la Commission européenne s'est principalement appuyée sur l'interdiction des "aides d'État" (entendez du financement des services publics) proclamée par les traités fondateurs de l'Union européenne. Non sans un certain succès, puisque cet instrument a permis l'aboutissement complet de certains processus de

libéralisation, en particulier dans le secteur des télécommunications. Mais l'interdiction des aides d'État étant assortie de trop nombreuses et malheureuses exceptions, de nombreux services publics ont échappé à ses griffes. Élève appliquée de la lutte contre le service public, la Commission européenne dans son combat contre les services publics, a décidé, face à l'inefficacité des aides d'État, de changer d'arme, et de remplacer la "logique aide d'État" par la "logique marché public".

**“ÉLÈVE APPLIQUÉE DE LA LUTTE CONTRE LES SERVICES PUBLICS, LA COMMISSION EUROPÉENNE A DÉCIDÉ DE REMPLACER LA “LOGIQUE AIDE D'ÉTAT” PAR LA “LOGIQUE MARCHÉ PUBLIC”.”**

### **ASSIMILER LE FINANCEMENT DE SERVICES PUBLICS À UN CONTRAT: UNE ESCROQUERIE INTELLECTUELLE**

Fine observatrice, la Commission a observé que très souvent, les services publics ne sont pas exercés directement par le pouvoir public originaire qui y affectent une partie de son budget, mais par un organisme "tiers" qu'il crée lui-

même ou une association, à qui il en délègue l'exercice. En Belgique, les services de l'emploi, l'enseignement ou la collecte des déchets sont financés respectivement par les Régions, les Communautés et les communes, mais exercés par une "entité tierce": le Forem, un pouvoir organisateur, une intercommunale.

Alors la Commission s'est dit: "Il y a délégation de service public? Le pouvoir public originaire ne rend pas le service lui-même directement à la population? Il confie

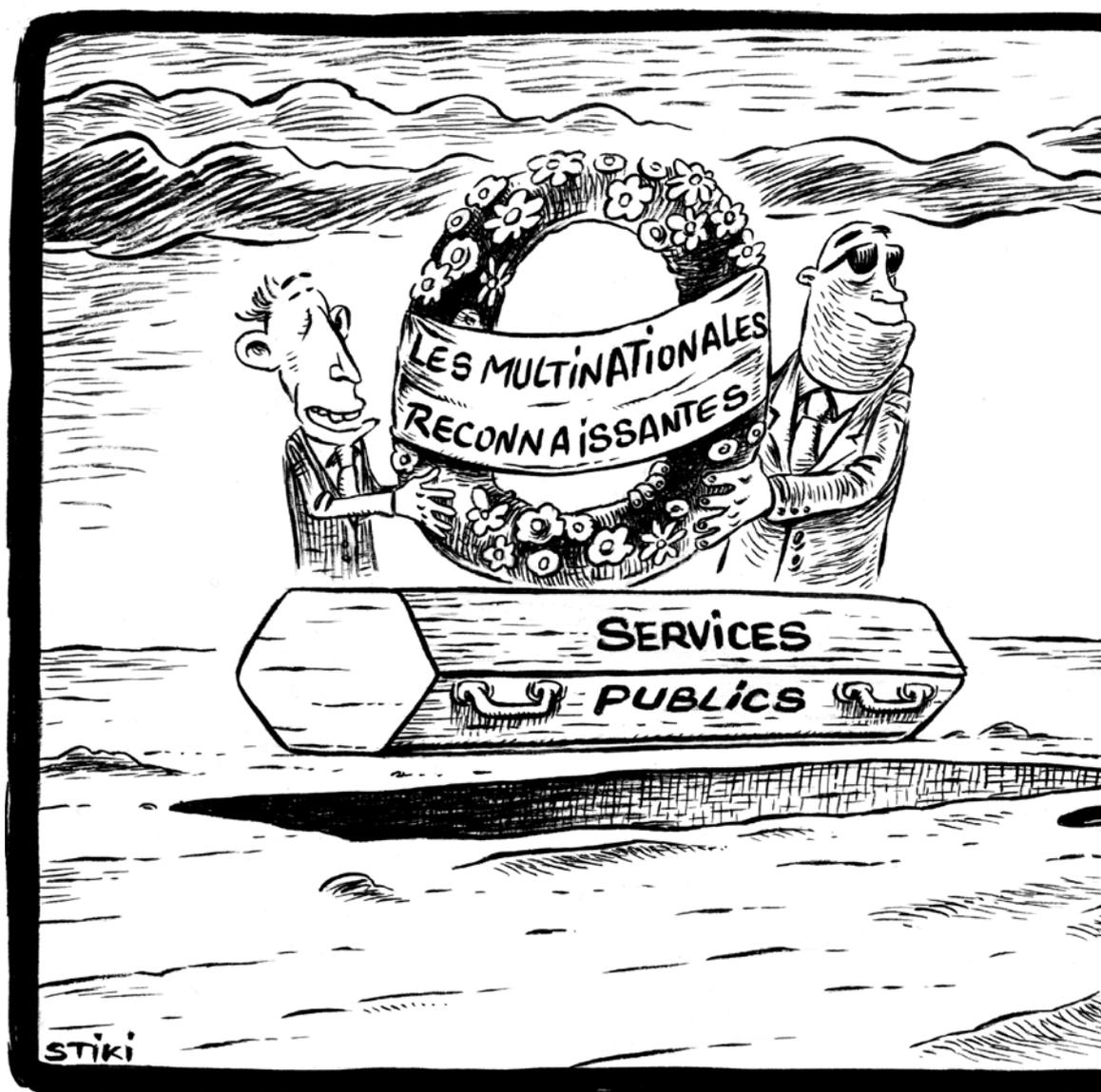
cette mission à un tiers? Alors il y a marché public!" Par un véritable tour de passe-passe intellectuel, la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne vont assimiler la gestion déléguée de services publics à une commande de "prestation de services" passée par le pouvoir public originaire à un "prestataire extérieur", sur le modèle d'une commande de travaux de construction ou la

livraison de fournitures à une entreprise privée. Selon ce modèle, le financement du tiers chargé de la mission de service public correspond au prix de la "prestation de services commandée".

Or, à l'inverse du régime de liberté absolue dont jouissent les pouvoirs publics originaires dans l'adoption de leur budget, ils ne bénéficient d'aucune liberté dans l'hypothèse d'une commande de biens ou de services à une entreprise. Afin d'éviter la corruption des fonctionnaires chargés de la sélection de fournisseurs, les pouvoirs publics sont en effet soumis à des procédures qui restreignent, voire annulent leur liberté du choix du fournisseur. Pour un pouvoir public, conclure un contrat implique nécessairement la publication d'un avis de marché, la mise en concurrence des offres reçues, et la sélection de l'adjudicataire final sur base de critères d'attribution préalablement déterminés.

Cette limitation du pouvoir discrétionnaire est en parfaite contradiction avec la souveraineté des pouvoirs publics originaires dans la confection de leur budget. Mais on aura compris que ces deux mécanismes de l'action des pouvoirs publics – délégation d'une mission de service public et conclusion d'un contrat – sont parfaitement étrangers l'un à l'autre, et répondent à des impératifs qui →

justifient l'application de régimes juridiques contraires, ici fondés sur la liberté de décision, et là sur la contrainte de choisir un fournisseur. Mais au prix d'une confusion délibérément entretenue entre ces deux mécanismes, la Commission et la Cour ambitionnent d'étendre à l'affectation du produit de l'impôt le régime applicable aux marchés publics. Abusivement assimilée à un marché public, la décision de financer une mission de service public déléguée devrait donc, comme une commande de fournitures, faire l'objet de la publication d'un avis de marché et d'une mise en concurrence. À défaut, ce financement constituerait un "marché attribué de gré à gré [...] sans aucune forme de mise en concurrence" <sup>A</sup>. Selon ce modèle, les organismes et associations actuellement subventionnés pour l'exercice de missions de service public pourraient certes eux aussi introduire une "offre de services" suite à la publication de l'avis de marché, mais au même titre que d'autres candidats, le cas échéant issu du secteur privé. Et si l'offre introduite par une entreprise privée correspond mieux aux critères d'attribution, le marché devra lui être attribué.



## LA DIRECTIVE 2004/18 : LES SERVICES PUBLICS À L'ABRI DE LA MISE EN CONCURRENCE

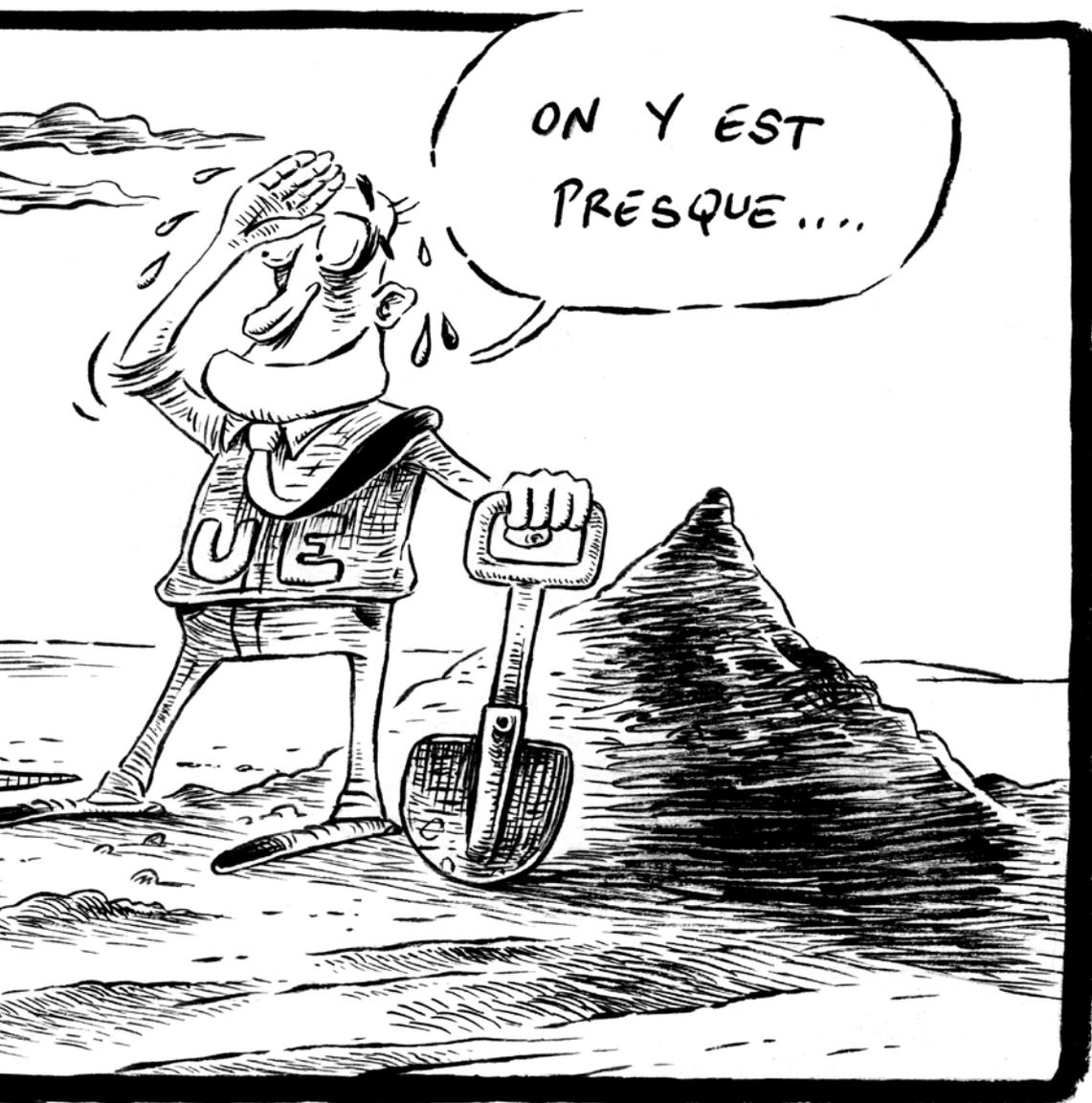
À ce jour, cette perspective n'avait pas reçu droit de cité en droit européen. L'annexe II B de l'actuelle directive européenne 2004/18 <sup>B</sup> énumère en effet une série de "services" dispensés du respect de certaines obligations applicables aux autres marchés par l'article 21 de la directive. Parmi ces obligations figurent la publication d'un avis de marché préalable à la passation du marché (article 35, § 1er à 3) et le respect des procédures d'appel d'offres. Par ces exonérations, la directive 2004/18 autorise implicitement l'attribution directe de missions de service public et leur financement sans mise en concurrence. Il aurait certes mieux valu éviter

toute assimilation de la délégation de services publics à un marché public, mais avec le recul, on comprend à quel point la directive 2004/18 constitue un véritable bouclier contre la mise en concurrence et l'ouverture des services publics au secteur privé. La Commission européenne ne tarda d'ailleurs pas à dire tout le mal qu'elle en pensait. Sous couvert de lutter contre les discriminations faites aux fournisseurs étrangers, sa Communication du 1<sup>er</sup> août 2006 rappelle en effet que "la Cour de justice a défini un ensemble de normes fondamentales pour la passation des marchés publics (parmi lesquels) les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination (et) de transparence [...]"

en faveur de tout soumissionnaire potentiel (et donc) un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence. Ces normes sont applicables [...] aux marchés de services visés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE". En dépit de cette insistance à soumettre à la concurrence les "marchés" censés en être dispensés, ceux-ci ont continué à être octroyer "de gré à gré". Face à l'efficacité de la protection offerte aux délégations de services publics par la directive 2004/18, leur soumission à la mise en concurrence exigeait la modification de la directive en ce sens. C'est précisément l'objectif poursuivi par la révision de la directive actuellement en cours d'adoption.

## LA NOUVELLE DIRECTIVE EN GESTATION : LES SUBVENTIONS OCTROYÉES AU "MOINS-DISANT" ?

La proposition de la Commission attaque frontalement l'exemption des services visés à l'actuelle annexe II B de l'actuelle directive. Elle prévoit certes une liste de services analogues (énumérés à l'annexe XVI) pour lesquels les marchés peuvent être passés par une procédure "adaptée" (article 76). Mais alors que la directive actuelle exonère ce type de services de toute publicité, elle prévoit que "les pouvoirs adjudicateurs qui entendent passer un marché public pour les services visés à (l'annexe XVI) font connaître leur intention au moyen d'un avis de marché" (ar-



le partage avec le Conseil des ministres européens compétents, avec lequel il doit s'accorder sur un texte commun. Pour y aboutir, il a en outre accepté le principe d'un "trilogue", c'est-à-dire une négociation avec le Conseil des ministres à laquelle est associée la Commission européenne. La version amendée par le Parlement constitue donc une espèce de "maximum", alors qu'il maintient l'article 76 en l'état, et le compromis final sera donc inférieur à ce maximum. Le rétablissement de l'exigence de publicité prévu par l'article 75 pour les services actuellement exonérés n'est même pas exclu. L'adoption en l'état de la directive aurait donc un impact dévastateur sur les services publics, dont le "marché" sera donc ouvert aux entreprises privées. Le processus est certes déjà largement entamé, mais il n'est pas finalisé. L'adoption est prévue en juin 2013 par le Conseil des ministres européens et en septembre 2013 par le Parlement européen. Le décompte de l'offensive sur les services publics est donc lancé. La mobilisation n'en est que plus urgente. ■

④ Communication de la Commission "relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics", 1<sup>er</sup> août 2006, disponible sur Internet. Une "Communication" de la Commission européenne est un texte dépourvu de force contraignante, où la Commission européenne s'autorise à exprimer ses "vues" sur le sujet qu'elle juge utile.

⑤ Directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

ticle 75), dès un seuil de 500.000 €, qui ne représente rien à l'échelle d'un hôpital ou d'une université. La procédure d'attribution de ces marchés, bien qu'"adaptée", devra assurer "le respect total des principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques" (article 76), qui implique la publicité préalable, la comparaison des offres sur base de critères préalablement établis, et l'interdiction de réserver certains "marchés" à des asbl ou des pouvoirs publics. Bref: la mise en concurrence.

La délégation de missions de service public entre pouvoirs publics est elle aussi interprétée comme un marché. Elle est autorisée sans mise en concurrence uniquement si

certaines conditions sont réunies, parmi lesquelles l'exercice, par le pouvoir déléguant, d'un contrôle hiérarchique sur l'organisme prestataire analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services – impossible dans le cas d'une délégation à un organisme tiers, par définition détenteur d'une certaine indépendance – ou l'existence d'une "véritable coopération entre participants qui vise à mener de concert leurs missions de service public", à laquelle il faut espérer pouvoir assimiler les actuels contrats de gestion.

A la faveur de son statut de co-législateur, le Parlement européen a adopté une position contraire, mais équivoque. Ses amendements suppriment certes l'obligation de

publication d'un avis de marché prévue par l'article 75 de la proposition de la Commission, mais l'article 76 (procédure transparente et égalitaire) est maintenu en l'état, avec toute l'ambiguïté que cela recèle dès lors que cette égalité implique une exigence de publicité. Le Parlement a également amendé d'autres perles du texte initial de la Commission, comme la mise en concurrence des institutions de sécurité sociale elles-mêmes (INAMI, ONEm,...) ou l'exonération pure et simple de l'application du droit du travail au profit des adjudicataires étrangers.

Mais il ne faut pas oublier que le Parlement européen n'est pas investi, comme au niveau national, d'un pouvoir de décision final: il