



CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL



**Analyse des implications du traité de Lisbonne sur les Services
d'Intérêt Général et propositions de mise en œuvre**

Document de réflexion élaboré par un groupe d'experts européens

**Analysis of the implications of the Lisbon treaty on Services
of General Interest and proposals for implementation**

Discussion paper drawn up by european experts

**Analyse der Auswirkungen des Lissabon Vertrags auf die Dienstleistun-
gen von allgemeinem Interesse und Umsetzungsvorschläge**

Diskussionspapier ausgearbeitet von europäischen Experten





CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL

**Analyse des implications du traité de Lisbonne
sur les Services d'Intérêt Général et propositions
de mise en œuvre**

*Document de réflexion élaboré
par un groupe d'experts européens*

Avant-Propos

Lors de leur réunion à Lisbonne le 24 novembre 2006, les Conseils Economiques et Sociaux nationaux et le Comité Economique et Social européen avaient convenu d'entamer une coopération pour réfléchir sur les grandes orientations et principes à retenir dans un cadre juridique européen sûr et transparent en matière de services d'intérêt général.

Dans ce contexte, le Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg a organisé le 15 novembre 2007 une conférence de haut niveau sur la promotion de services d'intérêt général sûrs, efficaces et durables.

Lors de cette conférence, réunissant des représentants de CES nationaux, du CESE et de la société civile organisée, en présence de M Nicolas Schmit, Ministre luxembourgeois délégué aux Affaires Etrangères et à l'Immigration, il a été décidé d'instaurer un groupe de réflexion de haut niveau, chargé d'élaborer une analyse des implications du traité de Lisbonne sur les services d'intérêt général, et de proposer les mesures de mise en application requises pour donner un contenu au nouveau cadre législatif issu du traité de Lisbonne.

Le Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg exprime ses remerciements aux experts qui ont contribué à l'élaboration du présent document de réflexion.

La reconnaissance particulière du Conseil Economique et Social luxembourgeois revient à Pierre Bauby et à Stéphane Rodrigues chargés de la rédaction du document.

Le groupe de réflexion tient à exprimer ses remerciements au secrétariat du Conseil Economique et Social luxembourgeois qui a assuré avec efficacité la direction administrative du groupe, ainsi qu'au Comité Economique et Social européen pour son appui logistique.

Groupe de réflexion

<i>Allegrezza Serge</i>	Vice-Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Bauby Pierre</i>	Docteur en Sciences politiques ; Enseignant et chercheur à l'Institut d'Etudes Politiques (IEP) de Paris et à Paris 8
<i>Csuport Antal</i>	Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Ghekière Laurent</i>	Président de la Commission des Services d'Intérêt Général auprès du Centre Européen des Entreprises à Participation Publique (CEEP)
<i>Hencks Raymond</i>	Vice-Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg ; Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Jarré Dirk</i>	Chargé de cours sur la politique sociale comparée à l'Université de Linz, Graz et Luzerne ; Vice-Président de la Plateforme Sociale à Bruxelles
<i>Nati-Stoffel Marianne</i>	Secrétaire général du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Pegado Liz Jorge</i>	Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Rodrigues Stéphane</i>	Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne – Centre de recherches sur l'Union européenne
<i>Schmit Romain</i>	Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Schulte Bernd</i>	Wissenschaftlicher Referent, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Analyse des implications du traité de Lisbonne sur les Services d'Intérêt Général et propositions de mise en œuvre

Document de réflexion

Résumé

- a)* Le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 comporte plusieurs innovations contribuant à repositionner la question des services d'intérêt général dans le champ de l'action communautaire.
- b)* Cette nouvelle donne pour les services d'intérêt général (SIG) et pour les services d'intérêt économiques général (SIEG) est d'envergure puisqu'elle devra se matérialiser par l'adoption d'un nouveau droit dérivé applicable à ces services.
- c)* Le présent document de réflexion vise à dégager les éléments nouveaux contenus dans le traité, à en analyser les potentialités et conséquences et à proposer les mesures de mise en application requises pour donner un contenu au nouveau cadre légal.
- d)* Il rappelle d'abord l'état du droit positif constituant le cadre juridique communautaire des SI(E)G du traité de Rome de 1957 au traité de Nice de 2000 et présente l'état du droit dérivé et de la jurisprudence de la CJCE, ainsi que la doctrine élaborée par la Commission européenne.
- e)* Le traité de Lisbonne introduit une nouvelle base juridique pour les Services d'intérêt économique général (SIEG) avec l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE, en confiant au Conseil et au Parlement le soin d'établir, par voie de règlements, les principes et conditions, notamment économiques et financières, leur permettant d'accomplir leurs missions. Il insère dans le droit primaire une référence aux SIG de manière générale et aux Services non économiques d'intérêt général (SNEIG) dans le Protocole annexé. En outre, le traité de Lisbonne donne une valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000, laquelle énonce, en son article 36, un droit d'accès aux SIEG.
- f)* Afin de mettre en œuvre ces opportunités et de lever les incertitudes actuelles de l'approche communautaire des SI(E)G, le document propose de privilégier une approche plurielle et progressive, combinant les dimensions thématique et sectorielle, qui conduirait à l'adoption de plusieurs règlements visant à résoudre, les uns après les autres, les principaux problèmes communs rencontrés (approche horizontale à vocation thématique) et/ou à adapter ces principes et conditions aux différents secteurs concernés (approche horizontale à vocation sectorielle).
- g)* Il propose une démarche pratique et pragmatique, consistant à examiner si le droit dérivé existant est suffisant par rapport au nouveau droit primaire et si de nouvelles initiatives législatives induites par l'article 14 TFUE ou d'autres dispositions des traités sont nécessaires pour lever les incertitudes juridiques actuelles et apporter une valeur ajoutée.

- h)* En matière de démarches sectorielles, le rapport propose à la fois d'intégrer la prise en compte des nouvelles dispositions du droit primaire lors de la révision du droit dérivé existant et d'examiner si la démarche sectorielle menée jusqu'ici est suffisante par rapport à la prise en compte des spécificités de chaque activité, ce qui l'amène en particulier à proposer de consolider le cadre de l'UE applicable aux services d'intérêt général, y compris les services sociaux et de santé.
- i)* En matière de démarches transverses ou thématiques, le rapport suggère d'investiguer trois domaines pour lesquels existent aujourd'hui de réelles incertitudes juridiques :
- les conditions de mise en œuvre de l'actuel article 86, paragraphe 2, CE quant aux rapports entre règles des traités et missions d'intérêt général ;
 - les conditions d'application du principe de subsidiarité, en particulier les droits et devoirs des autorités publiques en matière de définition, de mode d'organisation et de financement ;
 - les conditions économiques et financières d'accomplissement des missions des SIEG et notamment leurs modes de financement.
 - une démarche similaire gagnerait à être conduite en matière d'agences de régulation, de protection de l'utilisateur des SIEG et de participation démocratique, ainsi que d'évaluation des performances de ces services.
- Ces domaines pourraient faire l'objet soit de règlements spécifiques, soit être traités sous forme d'un «paquet» législatif.
- j)* Ces différentes initiatives devraient permettre d'apporter une valeur ajoutée au droit positif communautaire en identifiant les problématiques concrètes qui nécessitent une approche cohérente et la déclinaison des potentialités des nouveaux traités.

Introduction

1. Le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007¹ contribue à repositionner la question des services d'intérêt général (ci-après «SIG») dans le droit primaire communautaire et, d'une manière plus générale, dans le champ de l'action communautaire.
2. Il introduit pour la première fois dans le droit primaire une référence aux SIG de manière générale et aux Services non économiques d'intérêt général (ci-après SNEIG) dans un protocole annexé aux nouveaux traités (ci-après «le Protocole SIG») alors que jusqu'ici seule la notion de service d'intérêt économique général (ci-après «SIEG») figurait dans le traité CE (v. articles 16 et 86, paragraphe 2, CE).
3. Il introduit par ailleurs une nouvelle base juridique pour les SIEG avec la modification de l'actuel article 16 CE (futur article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE²), en confiant au Conseil et au Parlement le soin d'établir, par voie de règlements, les principes et conditions, notamment économiques et financières, permettant aux SIEG d'accomplir leurs missions.
4. En outre, le traité de Lisbonne donne une valeur juridique contraignante à la Charte des droits

¹ Publié au JOUE C 306 du 17.12.2007, pp. 1-271.

² L'actuel article 16 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) deviendra article 14 après la ratification du traité de Lisbonne ; nous utilisons d'ores et déjà la numérotation du futur traité ratifié.

fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000, laquelle énonce, en son article 36, un droit d'accès aux SIEG «afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union».

5. Cette nouvelle donne pour les SIG et pour les SIEG est d'envergure puisqu'elle devra se matérialiser par l'adoption d'un nouveau droit dérivé applicable à ces services, sur mandat du droit primaire et conformément à la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire en co-décision entre le Conseil et le Parlement européen.
6. La Commission semble vouloir, si ce n'est ignorer, du moins minorer l'importance de ce nouveau contexte politique, juridique et institutionnel. Alors que la logique qui a inspiré le Conseil et les Etats membres lors de la négociation du traité de Lisbonne a été celle d'une plus grande ouverture du débat sur les SIG, liée à une plus grande démocratisation du processus décisionnel les concernant à l'échelon européen (introduction de la co-décision, à côté du pouvoir discrétionnaire de la Commission basé sur l'actuel article 86, paragraphe 3, du traité CE), l'analyse de la Commission telle qu'elle ressort notamment de sa communication du 20 novembre 2007 sur les SIG³ et des déclarations de son Président, semble faire du Protocole SIG un aboutissement, alors qu'il n'est que l'amorce d'un nouveau départ pour une plus grande sécurité juridique et une réglementation plus cohérente en faveur des régimes nationaux et communautaire des SIG⁴.
7. C'est pourquoi le Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg a décidé d'instaurer un groupe de réflexion de haut niveau, chargé d'élaborer une analyse des répercussions du nouveau traité en ce qui concerne les SI(E)G et de proposer les mesures de mise en application requises pour donner un contenu au nouveau cadre législatif.
8. A cette fin, le présent document de réflexion entend successivement :
 - d'une part, rappeler brièvement l'état du droit positif constituant le cadre juridique communautaire des SI(E)G, afin de souligner combien l'approche communautaire en la matière n'est peut-être pas aussi unitaire que l'on pourrait le penser (I) ;
 - d'autre part, souligner en quoi le nouveau traité de Lisbonne offre de réelles opportunités pour les SI(E)G dans la recherche d'un régime plus cohérent et adapté à un agenda politique renouvelé (II) ;
 - enfin, ouvrir quelques pistes de réflexion sur la mise en œuvre concrète de ces opportunités, en mettant en exergue les questions laissées en suspens par l'approche communautaire actuelle des SI(E)G (III).

I – SI(E)G et droit communautaire : bref rappel du cadre juridique existant ou de l'unité dans la diversité

A. Etat du droit positif primaire : le SIEG, concept à vocation générale

9. Pour appréhender les activités de service public, le traité de Rome de 1957 utilise le concept de SIEG dans l'article 90, paragraphe 2, devenu article 86, paragraphe 2, CE, aux termes duquel : «Les

³ COM (2007) 725 final, qui accompagne la communication sur la nouvelle stratégie sur le marché intérieur du 21^e siècle : COM (2007) 724 final, du même jour.

⁴ La Commission devrait pourtant être logique avec elle-même. Lorsqu'elle reconnaît par ailleurs que l'UE a «un rôle à jouer dans la définition des principes et conditions de fonctionnement d'un large éventail de services», elle devrait être consciente qu'elle entre dans le champ d'application du futur article 14 TFUE : v. COM (2007) 725 précitée, chapitre 2, troisième paragraphe.

entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté».

10. La mise en œuvre de cette disposition repose donc sur une double dialectique : d'une part, la primauté des missions d'intérêt général définies par les Etats membres sur l'application des règles du traité ; d'autre part, le respect de l'intérêt communautaire à travers la clause de non-affectation des échanges. D'où la recherche d'un nécessaire équilibre et un arbitrage permanent entre légitimités politiques nationales et exigences communautaires⁵, ce qui revient à opérer «une mise en balance» des objectifs du régime de SIEG dans son ensemble et des intérêts impliqués⁶.
11. Le Traité d'Amsterdam de 1997 a confirmé la référence au concept de SIEG à travers un nouvel article 7D, devenu article 16 CE, qui énonce ce qui suit :
«Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions».
12. En ce qu'il est inséré dans la première partie du traité CE consacrée aux « principes » de l'action communautaire, l'article 16 CE participe à une approche positive, et non plus dérogatoire, de la place du service d'intérêt général dans le droit communautaire. En effet, même s'il ne fournit aucun élément précis pour une définition des concepts visés, il permet désormais de distinguer clairement le sort réservé aux missions même de service public identifiées à travers le SIEG (et auxquelles s'adresse l'article 16 CE) de celui réservé aux prestataires de ces missions, les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG telles que mandatées par les Etats membres (et auxquelles s'adressent l'article 86-2 CE).
13. C'est d'ailleurs dans cette ligne que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) entendait déjà privilégier une approche fonctionnelle et matérielle dans l'interprétation de l'article 86-2 CE, au détriment d'une approche organique, afin d'identifier les missions et les conditions pour lesquelles le SIEG est assumé et les contraintes qui s'imposent dans sa gestion. Dans son arrêt de principe *Paul Corbeau* de 1993, confirmé par toute la jurisprudence depuis lors, la Cour qualifie ainsi la Poste belge de SIEG après avoir constaté que le législateur avait chargé cette entreprise de la mission *«d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle»*⁷.
14. Les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la nature des services susceptibles d'être qualifiés d'intérêt économique général. Selon le juge communautaire, «cette

⁵ V. notamment CJCE, 19.3.1991, *France/Commission*, C-202/88, rec. I-1223, spéc. point 12.

⁶ Dès lors, de tels objectifs nationaux peuvent primer notamment «le besoin de faciliter l'accès au marché» : TPICE, 12 fév. 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a. c. Commission*, T-289/03, point 302.

⁷ V. point 15 de l'arrêt du 15 mai 1993, C-320/91, rec. I-2533

prérogative de l'État membre concernant la définition des SIEG est confirmée par l'absence tant de compétence spécialement attribuée à la Communauté que de définition précise et complète de la notion de SIEG en droit communautaire. En effet, la détermination de la nature et de la portée d'une mission SIEG dans des domaines d'action particuliers, qui soit ne relèvent pas de la compétence de la Communauté, au sens de l'article 5, premier alinéa, CE, soit sont fondés sur une compétence communautaire seulement limitée ou partagée, au sens du deuxième alinéa de cet article, reste, en principe, du ressort des États membres» Et d'ajouter que «{c}ette répartition des compétences est en outre reflétée, d'une manière générale, par l'article 16 CE»⁸.

15. Dès lors, le contrôle communautaire s'en trouve nécessairement réduit, «la définition de ces services par un État membre ne (pouvant) être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste»⁹. Ce qui implique notamment que la Commission «ne saurait se substituer à l'État membre dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui lui est propre», n'étant pas habilitée «à vérifier, sur la base des données disponibles, si, d'une part, le marché est susceptible d'évoluer effectivement d'une certaine façon et si, d'autre part, l'application des instruments de régulation prévus par le système (...) deviendra de ce fait, à un moment précis, indispensable pour garantir l'accomplissement de la mission SIEG en cause»¹⁰.
16. Pour autant, le juge communautaire cherche à écarter tout amalgame entre les concepts d'entreprise publique et de service public, ou encore entre les missions et les statuts des organismes qui les assument, ce dont le législateur communautaire a tenu compte en développant d'autres notions dans le droit dérivé pour rendre compte d'activités ou de missions d'intérêt économique général.

B. Apport du droit dérivé : la déclinaison conceptuelle (OSP, SU, SIGNE)

17. La plupart des directives de libéralisation et d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux (énergie, postes et télécommunications, transports) ont donné naissance à deux concepts dérivés ou proches de celui de SIEG : celui d'obligations de service public (ci-après «OSP») et celui de service universel (ci-après «SU»).
18. Importée du secteur des transports, avec l'article 73 CE et ses règlements d'application¹¹, la notion d'OSP a été depuis lors introduite dans les textes de libéralisation des marchés de l'électricité¹² puis du gaz¹³ ainsi que dans des textes horizontaux relatifs par exemple au financement des SIEG par aides d'Etat sous forme de compensations de service public¹⁴. C'est ainsi que les États membres peuvent imposer aux entreprises de ces secteurs, «dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat». Il est précisé par ailleurs que ces obligations doi-

⁸ V. arrêt T-289/03, précité, point 167.

⁹ V. TPICE, 27 fév. 1997, FFSA e.a./Commission, T-106/95, rec.II-229, point 99 et TPICE du 15 juin 2005, Fred Olsen S.A., T-17/02, rec.II-2031, point 216. V. aussi les points 220 et 221 de l'arrêt T-289/03 précité.

¹⁰ V. arrêt T-289/03 précité, points 267 et 268.

¹¹ V. règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 156) et règlement (CEE) n° 1107/70 du Conseil, du 4 juin 1970, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 130) ; abrogés et remplacés par le règlement (CE) no 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (JO L 315).

¹² V. directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176).

¹³ V. directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (JO L 176).

¹⁴ V. décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général, JOUE L312/67 du 29/11/2005

vent être *«clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises (concernées) de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux»* et qu'en matière de sécurité d'approvisionnement et d'efficacité énergétique ou de gestion de la demande, ainsi que pour atteindre les objectifs environnementaux précités, les États membres peuvent mettre en oeuvre *«une planification à long terme, en tenant compte du fait que des tiers pourraient vouloir accéder au réseau»*.

19. Quant à la notion de SU, elle trouve notamment sa source dans la réglementation communautaire des réseaux et services de communications électroniques¹⁵ et des activités postales¹⁶, de la fourniture d'*«un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable»*.
20. De même, la Commission européenne a introduit la notion de services sociaux d'intérêt général (ci-après «SSIG») dans son livre blanc sur les SIG et l'a déclinée dans deux communications¹⁷ ainsi que dans un «staff working document»¹⁸.
21. Si les dénominations se multiplient, nuisant quelque peu à la cohérence des idées communes qui les sous-tendent, tout en intégrant la diversité des réalités qu'elles sous-tendent, il n'en reste pas moins que leurs régimes juridiques renvoient à l'esprit de l'article 86-2, qui implique la conciliation des choix socio-politiques et des préférences collectives des Etats membres avec les exigences du droit communautaire (v. supra).
22. En outre, le législateur communautaire semble vouloir désormais opérer un rapprochement des concepts, à en juger par l'introduction de la notion de SU dans le secteur de l'électricité. La directive 2003/54/CE impose en effet aux Etats membres de veiller à ce que tous les clients résidentiels, pour le moins et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises aient le droit de bénéficier d'un SU défini comme étant le droit *«d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents»*.
23. Reste que cette tendance, a priori louable, n'a guère prospéré depuis lors dans le droit dérivé. On a même vu apparaître un nouveau concept de droit dérivé à l'occasion de l'adoption en décembre 2006 de la directive sur les services dans le marché intérieur : celui des services d'intérêt général non économiques (ci-après «SIGNE»), sans guère de précision supplémentaire sur le contenu du concept¹⁹. Toutefois, il est raisonnable de penser que cette nouvelle catégorie s'inspire des réflexions menées par ailleurs par la Commission et dont il découle une ouverture supplémentaire dans le champ conceptuel relatif aux activités d'intérêt général, avec l'apparition, dans son Livre blanc de 2004 sur les SIG²⁰, de la notion de services sociaux d'intérêt général (ci-après «SSIG»), qui allait ensuite être confirmée et précisée dans une communication de 2006 (v. supra).

¹⁵ V. directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au service universel et aux droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (JO L 108).

¹⁶ V. directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JO L 15).

¹⁷ Cf. COM(2006)177 du 26 avril 2006 «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne» et COM(2007) 725 du 20 novembre «Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général ; un nouvel engagement européen».

¹⁸ Cf. SEC (2007)1514 du 20 novembre 2007 : Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général.

¹⁹ V. article 2.2 sous a) de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, qui les exclue de son champ d'application (JO L 376).

²⁰ COM (2004) 374 final du 12 mai 2004

C. Doctrine de la Commission : les concepts de SIG et de SSIG, tentative de synthèse ou éléments de complication ?

24. Depuis une première communication de 1996²¹, la Commission tente d'élaborer progressivement une doctrine des SIG, nourrie depuis lors par de nombreux autres documents d'orientation²². La Commission semble vouloir faire du SIG un concept globalisant, dans lequel s'intégreraient finalement les SIEG, et les SNEIG mais également les SSIG qu'ils soient eux-mêmes de nature économique ou non-économique. La définition retenue a d'ailleurs évolué, ce qui démontre que l'exercice n'est pas stabilisé. Ainsi, dans son Livre blanc de 2004 la Commission visait-elle les *«activités de service, marchand ou non, considérées comme d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public»*. Dans sa dernière communication de 2007, la Commission ne fait plus référence à la distinction marchand/non marchand, mais à celle, plus classique en droit communautaire, entre économique/non économique : *«les services d'intérêt général peuvent être définis comme les services, tant économiques que non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public»*²³. Reste tout de même à s'entendre sur la distinction entre activités économiques et non économiques.
25. Or, la frontière n'est pas toujours facile à tracer, une «zone grise» ayant tendance à apparaître lorsque sont appréhendées certaines activités à l'instar des services sociaux d'intérêt général («SSIG»). Consciente de cette difficulté, la Commission s'est bien gardé de proposer une définition de ces SSIG. Elle préfère, tout d'abord, proposer de distinguer entre deux grands groupes de SSIG : d'une part, les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale ; et, d'autre part, *«les autres services essentiels prestés directement à la personne»* (s'en suit une liste indicative autour de quatre pôles : l'aide aux personnes dans le besoin, l'aide à l'insertion et à la formation, l'inclusion des personnes handicapées ou malades, et le logement social). Elle met en exergue ensuite une série de *“caractéristiques d'organisation”* qui doit permettre de mieux identifier un SSIG: fonctionnement sur la base du principe de solidarité; caractère polyvalent et personnalisé du service intégrant la garantie de droits humains fondamentaux; absence de but lucratif; participation de volontaires et de bénévoles ou, encore, grande proximité et relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation *“normale”* de type fournisseur/consommateur et nécessitant ainsi la participation d'un tiers payant²⁴.
26. La prudence de la Commission démontre combien il est difficile d'appréhender un sujet comme celui des SSIG tant il correspond à des missions spécifiques et très variées, profondément ancrées dans les préférences collectives nationales, voire locales, à la différence notamment des SIEG fournis par les industries en réseaux (énergie, postes et télécommunications, transports). Le traitement des services de santé, non visés par la communication précitée de 2006 sur les SSIG, bien que relevant d'un SSIG conformément au livre blanc sur les SSIG, fournit un autre exemple de cette difficulté, la Commission ayant manifestement grand-peine à trouver un consensus en son sein pour adopter un instrument communautaire qui leur soit spécifique²⁵.

²¹ JOCE n°C 281 du 26.9.1996.

²² Notamment une 2ème communication sur les SIG de 2000, un rapport au Conseil européen en 2001, un livre vert en mai 2003, un livre blanc en mai 2004 et, en dernier lieu, une communication «accompagnant» la Communication sur la Stratégie révisée du marché intérieur du 20 novembre 2007 : COM (2007) 725 final.

²³ CMO (2007) 725 précitée.

²⁴ Cf. COM (2006) 177 du 26 avril 2006, *«Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne»*. V. aussi chapitre 2.3 de la COM (2007) 725 précitée.

²⁵ V. le retrait, in extremis, de l'ordre du jour du collège de la Commission du 20 décembre 2007 des projets de communication et de directive pour la mise en œuvre des droits des patients en matière de soins de santé transfrontières.

27. Contrairement à ce que certains pourraient penser, le débat est donc loin d'être clos et l'exercice de clarification tant des concepts que des régimes communautaires applicables aux activités de service public mérite d'être poursuivi. Le Traité de Lisbonne impose en tout cas désormais un tel exercice, en ouvrant de nouvelles perspectives pour la place et le rôle des SI(E)G dans l'Union européenne.

II – Potentialités pour les SIG offertes par le Traité de Lisbonne : état des lieux

28. Le Traité de Lisbonne ouvre trois séries de nouvelles perspectives pour les SIG : une base juridique pour en établir les principes et en fixer les conditions de bon accomplissement de leur mission d'intérêt général au niveau communautaire (A) ; des orientations interprétatives, dans un protocole, pour guider le législateur et les institutions européens (B) et la force contraignante reconnue à la Charte des droits fondamentaux (C).

A.- Une base juridique désormais incontestable pour le législateur communautaire dans le domaine des SIEG

29. Le Traité de Lisbonne modifie l'actuel article 16 CE qui devient le nouvel article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE (ci-après «TFUE»). Les modifications apportées s'inspirent pour l'essentiel des amendements que le traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004 avaient introduits à travers l'article III-122, lequel était le fruit des travaux menés par la Convention pour l'avenir de l'Europe en 2002-2003 auxquels ont participé tous les Etats membres et candidats, les Parlements nationaux et toutes les institutions communautaires, dont le Comité économique et social européen, en tant qu'observateur attentif, au même titre que les partenaires du dialogue social européen.
30. Le premier apport de l'article 14 TFUE vise à préciser qu'il n'est pas porté préjudice au nouvel article 3bis du traité UE, dont la nouveauté réside dans son paragraphe 2²⁶ aux termes duquel :
- «L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre».*
31. On peut y voir là une clause de restriction dans l'exercice des compétences de l'UE, qui pourrait jouer notamment pour les SIG dits régaliens, tels que la police, la diplomatie, la justice ou l'armée.
32. Le second apport est de préciser que ce sont dans des conditions, «notamment économiques et financières», que les SIEG doivent pouvoir fonctionner pour leur permettre d'accomplir leurs missions. L'ajout peut paraître anodin, mais il met ainsi l'accent sur un des thèmes les plus pertinents : la nécessaire pérennité financière des SIEG, comme la Cour de justice le souligne elle-même lorsqu'elle autorise de déroger aux règles du traité dans la mesure où cela est nécessaire pour l'entre-

²⁶ Etant précisé que le premier paragraphe explicite le principe des compétences d'attribution de l'UE (voir actuel article 5, paragraphe 1, CE) et le troisième paragraphe réaffirme le principe de coopération loyale des Etats membres et de l'UE (voir actuel article 10 CE). Dans le même sens, voir le nouveau rôle des parlements nationaux dans le processus décisionnel (article 12TFUE et Protocole n°1).

prise chargée d'un SIEG «d'accomplir sa mission d'intérêt général et, en particulier, de bénéficier de conditions économiquement acceptables»²⁷.

33. Le dernier apport, enfin, est, certainement, le plus fondamental. Une nouvelle phrase est ajoutée à l'actuel texte de l'article 16 CE (futur article 14 TFUE) pour énoncer ce qui suit :
«Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services».
34. On retrouve ici la valeur ajoutée de l'article III-122 du traité constitutionnel qui fait du nouvel article 14 TFUE, non seulement une «disposition d'application générale» qui doit, dès lors, inspirer toutes les actions de l'UE, mais aussi et surtout, une base juridique désormais incontestée pour des règles communes et transversales en matière de bon accomplissement des missions et des tâches de SIEG, alors que jusqu'à présent, la Commission semblait écarter une telle option sur la base du seul article 16 CE²⁸. Quoiqu'il en soit, ces règles communes devront alors être établies dans le cadre de la procédure législative dite ordinaire, qui est en fait l'actuelle procédure de co-décision améliorée et au champ d'application étendu (article 251 TFUE).
35. S'agissant du contenu de ces futures règles communes, la nouvelle phrase ajoutée à l'article 16 CE nous renseigne sur le fait qu'elles doivent établir les principes et les conditions d'un bon fonctionnement des SIEG dans l'UE.
36. Pour ce qui concerne plus précisément les principes, il est utile de se référer notamment à la déclaration n°13 annexée au traité d'Amsterdam (toujours en vigueur et non remise en cause par le traité de Lisbonne) et aux termes de laquelle il est précisé que «les dispositions de l'article 7D du traité instituant la Communauté européenne (devenu article 16) relatives aux services publics (sic) sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services». On peut en déduire, à titre d'exemple, que les principes à établir pourraient être ceux reconnaissant et harmonisant les droits des usagers des SIEG, dont le nouveau Protocole sur les SIG met en exergue la prise en compte des besoins et des préférences (v. *infra*). De plus, l'établissement de tels principes pourraient aussi permettre de donner un effet utile à l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux quant à l'accès aux SIEG.
37. Quant aux conditions que les futurs règlements de l'article 14 TFUE sont appelés à établir, il est précisé qu'il doit s'agir notamment des conditions «économiques et financières». Devront ainsi être évoquées les questions liées au financement des SIEG, sous l'angle notamment de l'application des règles de contrôle des aides d'Etat (dans le cadre, par exemple, d'une révision du paquet dit «Altmark» de novembre 2005), à la péréquation territoriale, aux mécanismes éventuels de solidarité entre acteurs du marché dans le cadre duquel est défini un service universel ou des obligations de service public (fonds de compensation, redevances d'accès, etc.), ou encore aux obligations comparables spécifiques qui peuvent être requises d'une entreprise chargée de la gestion d'un SIEG.

²⁷ V. arrêt Corbeau, précité, point 14 et, dans le même sens : CJCE, 17 mai 2001, TNT Traco, C-340/99, rec. I-4109, point 54 et CJCE, 15 novembre 2007, *International Mail Spain SL*, C-162/06, point 34.

²⁸ Sans pour autant convaincre sur l'absence totale de base juridique pour une réglementation générale, car le visa de l'article 16 CE pourrait très bien être combiné à celui de l'article 95 CE, par exemple, au titre de la réalisation du marché intérieur. Rappelons que c'est sur cette base juridique qu'ont été adoptées les directives précitées dans les secteurs de l'énergie, des postes et des télécommunications. Dont l'initiative est revenue au Premier ministre néerlandais qui en avait fait

38. Enfin, la dernière phrase du nouvel article 14 TFUE s'accompagne d'une autre clause restrictive de l'action communautaire, laquelle ne peut pas porter préjudice à «*la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer*» les SIEG. Toutefois, la formule utilisée («*sans préjudice de*») doit être bien comprise : si le législateur communautaire ne peut se substituer au législateur national pour définir un SIEG et en fixer les régimes de gestion et de financement, les principes généraux du droit communautaire restent d'application et doivent dès lors être respectés dans la mise en œuvre de ces régimes. Il en est ainsi, par exemple, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence dans la sélection des prestataires externes d'un SIEG ; de même des règles de contrôle des aides d'Etat et des compensations de service public (article 87 CE et jurisprudence/réglementation 'Altmark').

B. Un nouveau protocole, mode d'emploi pour, les institutions communautaires, du principe de primauté du bon accomplissement des missions d'intérêt général

39. Alors que le nouvel article 14 TFUE pouvait raisonnablement être attendu au regard des avancées obtenues lors des négociations du traité constitutionnel, le nouveau protocole sur "*les services d'intérêt général*" (SIG), tel qu'annexé au traité UE modifié et au nouveau TFUE par le Traité de Lisbonne, est une réelle innovation²⁹.
40. Le fait qu'un protocole soit consacré aux SIG dans leur ensemble et non plus aux seuls SIEG en particulier, est déjà en soi inédit, puisque ce faisant, le concept même de SIG passe d'un statut de soft law (doctrine de la Commission, v. *supra*) à celui du droit primaire, dans la mesure où un protocole annexé au traité fait «*partie intégrante*» de ce dernier³⁰. Par ailleurs, faisant écho au texte de l'article 14 TFUE consacré aux SIEG, le Protocole souligne «*l'importance*» également des SIG, même si la référence à leur place parmi les valeurs communes de l'UE n'est pas reprise comme référence générale (mais uniquement pour les SIEG : v. article 1er du Protocole).
41. En tout état de cause, le Protocole ne se veut pas une simple déclaration de principe. Au contraire, il est décliné sur un mode opérationnel, ses dispositions étant définies explicitement comme «*interprétatives*» des traités et «*des valeurs communes de l'Union concernant les SIEG*». En d'autres termes, il s'agira d'un véritable mode d'emploi des articles 14 et 106, paragraphe 2,³¹ du TFUE à l'adresse tant de l'UE que des Etats membres.
42. Le Protocole comporte deux articles : le premier concerne les SIEG et le second les SNEIG, sans pour autant chercher à résoudre la difficulté consistant à distinguer entre ces deux catégories de SIG.
43. L'article 1^{er} du Protocole entend fournir des précisions sur ce que recouvre les «*valeurs communes de l'Union concernant les SIEG au sens de l'article 16 TFUE*³²». Même si l'on peut se demander si les précisions fournies ne relèvent pas davantage de «*principes*» que de la catégorie «*valeurs communes*», au sens de celles qui animent la construction européenne et qui sont exprimées notamment

²⁹ Dont l'initiative est revenue au Premier ministre néerlandais qui en avait fait une ligne rouge de la position de son gouvernement pour la phase finale de négociation du nouveau traité. Sur les origines de cette proposition, liée à un contentieux entre les Pays-Bas et la Commission européenne quant aux conditions d'application de l'appréciation de l'erreur manifeste de qualification d'un SIEG en matière de financement du logement social : v. annexe *infra*.

³⁰ Voir article 311 CE, dont le texte sera repris à l'article 49 B (nouveau) du TUE.

³¹ Actuel article 86, paragraphe 2, CE, non modifié dans sa substance par le traité de Lisbonne.

³² Rappel : l'article 16 TFUE dans le traité de Lisbonne deviendra article 14 TFUE après ratification du traité de Lisbonne en application de son article 5.

dans les Préambules et les articles 1^{er} et 2 des traités UE et CE)³³, ces orientations, à caractère impératif compte tenu de leur valeur de droit primaire, devront être respectées aussi bien par le législateur communautaire lorsqu'il envisagera d'adopter les règlements visés à l'article 14 TFUE, que par toutes les institutions communautaires dans leurs actions, afin de respecter certaines compétences des Etats membres en matière de SIEG. Ces orientations ou références d'interprétation, sont clairement inspirées par la demande plutôt que par l'offre, en ce sens que l'utilisateur, usager-consommateur du SIEG, est placé au cœur du dispositif.

44. C'est ainsi, tout d'abord, que le premier tiret de l'article 1er du Protocole vise *«le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire³⁴ des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs»*. A l'exception, notable, de la question du financement, on retrouve ici l'esprit, sinon la lettre, de la clause de réserve de compétence insérée à la fin de l'article 14 TFUE. Il ne faut pas en déduire pour autant que les Etats membres soient totalement libres. La référence aux besoins des utilisateurs doit être considérée comme un élément-clé qu'il devront respecter, car l'institution de SIEG n'est justifiée que pour autant qu'elle permet la satisfaction de missions d'intérêt général au service des principaux bénéficiaires de ces services³⁵.
45. Le second tiret s'adresse peut-être davantage à la Commission européenne et au législateur communautaire, invités à tenir compte de *«la diversité»* des SIEG et des *«disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes»*. En d'autres termes, les Etats membres ont clairement entendu faire comprendre qu'ils étaient les mieux placés pour apprécier les préférences collectives et les attentes spécifiques de leurs citoyens en termes de SIG. Une telle interprétation, si elle devait prévaloir, ne serait pas sans incidence sur le contrôle de l'erreur manifeste que la Commission se réserve, sous l'œil bienveillant du juge communautaire, sur le champ de définition des SIEG par les Etats membres (v. *infra*, sous III). Elle ne pourra plus ignorer la singularité des logiques publiques et des choix démocratiques de chaque Etat membre à travers la mise en œuvre de SIEG, comme lorsque, dans le cadre du contentieux des aides au logement social aux Pays-Bas³⁶, elle décida de raisonner par analogie avec un précédent contentieux relatif à des aides similaires en Irlande³⁷, alors que les conceptions politiques sous-tendant ces deux régimes n'étaient pas les mêmes³⁸.
46. Enfin, le 3^{ème} tiret de l'article 1^{er} du Protocole met l'accent sur ce que l'on pourrait appeler les grands principes devant inspirer le fonctionnement des SIEG³⁹ : niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité ; égalité de traitement et promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs. Certes, ces principes découlent déjà en grande partie des textes de droit dérivé précités, de la jurisprudence de la Cour⁴⁰. Mais ils devront désormais aussi inspirer toute démarche sectorielle

³³ Liberté, démocratie, respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit, solidarité entre les peuples, progrès économique et social, etc.

³⁴ On notera au passage que la première version française rendue publique du traité de Lisbonne le 5 octobre 2007, faisait référence à *«la grande marge de manœuvre»* des autorités publiques concernées.

³⁵ Tout comme le régime protecteur de l'article 86-2 ne saurait être revendiqué par l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG qui faillit à sa mission : cf. jurisprudence dite de la 'carence' du service public (CJCE, 23 avril 1991, C- 41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, rec. I-1979 ; 11 décembre 1997, *Job Centre coop. Arl*, C-55/96, rec. I-7119 et 8 juin 2000, *Giovanni Carra*, C-258/98, rec. I-4217, à propos des activités d'offices publics de l'emploi.

³⁶ Mesure d'aide n°E2/2005, ex-NN 93/02.

³⁷ Mesure d'aide n°N 89/2004.

³⁸ La définition du champ des bénéficiaires du logement social étant résiduelle en Irlande alors qu'elle est universelle aux Pays-Bas : v. annexe III à propos de l'origine du Protocole SIG.

³⁹ Ce que l'on pourrait appeler les 'grandes lois européennes du service d'intérêt général', à l'instar des 'lois de Rolland' de la doctrine française des services publics.

⁴⁰ La déclaration n°13 sur l'article 7D du traité instituant la Communauté européenne (devenu article 16 CE, annexée au traité CE par le Traité d'Amsterdam, énonce que cette disposition doit être mise en œuvre « dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services ».

comme transversale (v. *infra*, sous III).

47. L'article 2 du protocole SIG innove pour sa part en introduisant dans le vocabulaire communautaire un nouvel acronyme : les SNEIG. Pour autant, on n'est pas très loin de la notion de SIGNE, rencontrée précédemment avec la directive Services. Il n'en reste pas moins que, pour la première fois, à l'instar des SIG appréhendés dans leur ensemble, les SIG non économiques sont traités dans un texte de droit primaire, et plus seulement dans une communication de la Commission ou dans un texte de droit dérivé.
48. Il ne s'agit pas toutefois de réglementer les SNEIG, mais au contraire de rappeler que le droit communautaire ne peut porter «*en aucune manière atteinte à la compétence des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser*» de tels services. Tout comme la formule précédente «sans préjudice de» utilisée pour les SIEG, celle «ne porte pas atteinte à» ne ferme pas toutes les portes de l'intervention communautaire, dans la mesure où l'exercice d'une compétence nationale reste encadrée dans sa mise en oeuvre par les principes généraux du droit communautaire, même si l'on peut penser que les risques de tension sont moins réels dans la sphère non économique que dans le cadre d'activités économiques naturellement appréhendées par les règles communautaires⁴¹.
49. En tout état de cause, en consacrant la distinction SIEG/SNEIG et la nécessité de faire respecter des principes communs de fonctionnement, le Protocole démontre combien un exercice de clarification des concepts et des régimes en jeu est plus que jamais nécessaire pour offrir la sécurité juridique tant aux entreprises et organismes en charge de la gestion de ces services qu'à leurs principaux bénéficiaires. Or, la cohérence de cette nouvelle architecture du droit primaire nous suggère qu'un tel exercice passe par une ou plusieurs initiatives réglementaires à vocation thématique, ce que la Commission évoque elle-même dans sa Communication du 20 novembre 2007, dont la voie est désormais tracée, pour ne pas dire imposée, par le Traité de Lisbonne et qu'il conviendra de mettre en œuvre sur des bases concrètes, de manière complémentaire aux réglementations sectorielles dont la pertinence peut se vérifier par ailleurs au cas par cas (v. *infra* sous III).

C. Des nouveaux droits fondamentaux contraignants au bénéfice des SI(E)G

50. Le nouvel article 6, alinéa 1^{er}, du Traité UE, issu du traité de Lisbonne, énonce que «*l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg*», et proclamée solennellement et conjointement à cette date par le Parlement européen, le Conseil et la Commission⁴². Mais surtout, il est précisé que la Charte a désormais «*la même valeur juridique que les traités*»⁴³.
51. Or, parmi les droits inscrits dans cette Charte, plusieurs offrent une valeur ajoutée significative au statut communautaire des SIG et SIEG. Il en est ainsi tout d'abord, de la manière la plus explicite et directe, de l'article 36 aux termes duquel :

⁴¹ V. toutefois, par exemple, le point 92 de l'arrêt de la Cour de justice du 16 mai 2006, dans l'affaire Yvonne Watts, C-372/04, à propos du SIG de la santé et de la sécurité sociale : «*S'il est constant que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et que, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale, il demeure toutefois que, dans l'exercice de cette compétence, les États membres doivent respecter le droit communautaire, notamment les dispositions relatives à la libre prestation des services (...). Lesdites dispositions comportent l'interdiction pour les États membres d'introduire ou de maintenir des restrictions injustifiées à l'exercice de cette liberté dans le domaine des soins de santé*».

⁴² Publiée au JOUE C 303 du 14.12.2007, pp. 1-16.

⁴³ Sauf pour ceux des États membres qui ont négocié un «*opt-out*», à l'instar de la Pologne et du Royaume-Uni.

«L'Union reconnaît et respecte l'accès aux SIEG tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union».

52. Si, comme le soulignent les explications relatives à la Charte publiées au journal officiel de l'UE⁴⁴, cette disposition est «pleinement conforme» à l'article 14 du TFUE et «ne crée pas de droit nouveau», il n'en reste pas moins qu'elle renforce le principe d'accessibilité comme principe essentiel de fonctionnement des SIEG dans les Etats membres, principe au respect duquel le législateur communautaire doit veiller et ne pas hésiter à imposer là où il ne serait pas encore effectif.
53. Les autres apports de la Charte aux SI(E)G ne doivent pas pour être sous-estimés. L'article 34, paragraphe 1, mérite l'attention à ce titre en énonçant un «droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales»⁴⁵. Nous sommes bien là au cœur de la définition de plusieurs SSIG, tout comme celui du logement social à travers l'article 34, paragraphe 3, relatif au «droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes» ou celui des soins de santé à travers l'article 35 relatifs au droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux.
54. Ces différentes prescriptions pourront être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions de l'Union⁴⁶. Ces dernières ne peuvent qu'y être ardemment invitées car c'est le seul moyen d'avoir un impact réel sur les Etats membres, dans la mesure où les principes énoncés par la Charte ne s'adressent à eux qu'«uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union»⁴⁷. Preuve s'il en est qu'en matière de SI(E)G, le nouvel article 14 TFUE et le nouveau Protocole peuvent aussi offrir de nouvelles perspectives à l'expression et à la consolidation de droits fondamentaux que ces services sont essentiels à garantir ou à mettre en œuvre.

III – L'après Traité de Lisbonne : quelle mise en œuvre concrète pour les SI(E)G ?

55. Le Traité de Lisbonne marque une étape essentielle dans l'adoption d'une nouvelle architecture pour les SIG et d'une démarche réglementaire transversale en matière de SIEG visant la mise en œuvre effective du principe de primauté du bon accomplissement de leur mission, tel qu'il découle de l'actuel article 86, paragraphe 2, CE : non seulement en la rendant désormais juridiquement possible [article 14 TFUE] mais également en la rendant nécessaire compte tenu des orientations désormais gravées dans le droit primaire (protocole SIG) qui plaident dans le sens de l'unification, ou du moins du rapprochement, des concepts (notamment ceux qui appréhendent tantôt l'utilisateur final, le consommateur, l'usager, voire le client du SIEG) et des régimes et procédures applicables aux SIEG (notamment en matière de règlement des litiges et de rôle dévolu aux autorités nationales de régulation), afin de ne plus être tributaire d'une approche exclusive au cas par cas, législative (directives sectorielles) ou contentieuse (au gré des plaintes ou des procédures diligentées par la Commission ou qui naissent devant le juge national).

⁴⁴ JOUE C 303 du 14.12.2007, pp. 17-35. Ces explications doivent être prises «dûment en considération» pour l'interprétation des droits, libertés et principes énoncés par la Charte [article 6, troisième alinéa, du traité UE, issu du traité de Lisbonne].

⁴⁵ Cette dernière référence vise à écarter toute obligation pour les Etats membres de créer de tels services sociaux lorsqu'ils n'existent pas : cf. explication ad article 34 de la Charte des droits fondamentaux, *ibidem*, page 27.

⁴⁶ Article 52, paragraphe 5, de la Charte.

⁴⁷ Article 51, paragraphe 1, de la Charte.

56. Ajouté à celui, précité, de la sécurité juridique nécessaire à l'application effective de l'article 86, paragraphe 2, CE, cet objectif correspond ni plus ni moins à celui qui a inspiré la Commission lorsqu'elle proposa sa directive-cadre sur les services dans le marché intérieur⁴⁸. Et dans la mesure où ce texte écarte de son champ d'application les SIGNE et traite de manière minorée les SIEG, la voie est toute tracée pour un exercice similaire qui leur soit propre.
57. Deux séries de questions doivent en conséquence être posées : d'une part, quelle méthode privilégiée en termes d'instruments juridiques ? D'autre part, quel contenu ou quelle matière donner à ces instruments juridiques ?

A. Quelles options en termes d'instruments juridiques ?⁴⁹

58. L'article 14 TFUE ne laisse aucun choix au législateur communautaire en lui imposant à la fois la nature de l'acte (le règlement) et sa procédure d'adoption (la procédure législative ordinaire). Le recours au règlement peut paraître quelque peu rigide, en ce sens qu'il laisse peu (ou pas ?) de marge de manœuvre aux Etats membres dans sa mise en œuvre et qu'il peut donc rencontrer des difficultés à cristalliser le consensus pour son adoption. Cela étant, l'exercice n'est pas impossible en soi, comme l'a démontré l'adoption du nouveau règlement relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route⁵⁰, même s'il est vrai que la Commission a dû revoir sa copie par deux fois. Mais, précisément, tel est aussi le prix du renforcement démocratique des procédures et du recours à la co-décision Parlement européen/Conseil pour éclairer et orienter tant les initiatives de la Commission que les débats entre Etats membres et parlementaires européens. La tentation sera aussi peut-être moins grande pour la Commission de recourir à une doctrine parfois byzantine⁵¹ ou d'adopter des décisions ou des directives en application de l'article 86, paragraphe 3, CE (futur article 106, paragraphe 3, TFUE).
59. En tout état de cause, dès lors qu'il s'agit de définir des principes et des conditions d'application de l'exigence de bon accomplissement des missions d'intérêt économique général, le règlement peut s'avérer un instrument adapté de façon à garantir l'unité de sa mise en œuvre dans l'Union européenne et son application effective et immédiate dans les Etats-membres.
60. Par ailleurs, il ne doit pas être déduit de l'article 14 TFUE qu'il s'agira là de l'unique option d'intervention de la part des institutions communautaires. En d'autres termes, l'adoption de règlements sur la base de l'article 14 TFUE ne sera pas exclusive de l'adoption d'autres instruments, dans une optique de complémentarité des bases juridiques et des procédures mises en œuvre. C'est ainsi que, outre le pouvoir normatif et/ou curatif de la Commission sur base de l'article 86-3 CE précité⁵², le recours aux directives de l'article 95 CE (futur article 114 TFUE) dans le cadre de l'établissement du marché intérieur pourra toujours s'avérer utile et pertinent, notamment pour, d'une part, amender une directive de libéralisation existante à la lumière des orientations interprétatives du Protocole SIG et en adéquation avec le ou les règlements «article 14 TFUE» ; et, d'autre part, compléter ces derniers par une approche sectorielle et/ou par l'harmonisation de certains aspects liés à l'organisation et à la gestion des SIEG qui ne toucheraient pas directement aux principes et conditions de leur bon fonctionnement.

⁴⁸ V. exposé des motifs de COM (2004) 2 final du 13 janvier 2004.

⁴⁹ V. en annexe le tableau récapitulatif des options réglementaires.

⁵⁰ Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 abrogeant les règlements (CEE) n°1169/69 et (CEE) n°1107/70 du Conseil (JO L 315).

⁵¹ On pense notamment à la pratique des «manuels de transposition» (voir celui édicté pour la directive Services) ou des mémos sous forme de «Questions/réponses», comme celui publié le 20 novembre 2007 en accompagnement de la communication SIG - COM (2007) 725- précitée.

⁵² Pouvoir qu'elle peut mettre en œuvre de manière quasi-discrétionnaire ou du moins «autant que de besoin», selon le texte de cette disposition.

61. Une question demeure toutefois ouverte quant à l'utilisation même de l'article 14 TFUE : doit-on aspirer à l'adoption d'un seul règlement, sorte de règlement-cadre, qui fixerait les principes et les conditions de fonctionnement de toute activité répondant à la qualification de SIEG ou plutôt privilégier une approche plurielle et progressive, combinant les dimensions sectorielle et thématique, qui conduirait à l'adoption de plusieurs règlements visant à résoudre, les uns après les autres, les principaux problèmes communs rencontrés (approche horizontale à vocation thématique) et/ou à adapter ces principes et conditions aux différents secteurs concernés (approche horizontale à vocation sectorielle) ? Nous penchons pour notre part pour cette dernière approche séquentielle, sans préjuger du rythme d'adoption, lequel pourrait être ramassé, en ayant recours à la technique du 'paquet législatif' adopté en une seule fois⁵³, ou être plus espacé dans le temps ; et sans exclure qu'elle ne soit combinée, en tant que de besoin, par une approche sectorielle, mais plus ciblée sur telle ou telle spécificité d'une catégorie de SI(E)G.
62. Outre le fait que le pluriel utilisé par l'article 14 TFUE pour viser les règlements plaide en ce sens, une telle démarche semble aussi compatible avec la stratégie que la Commission entend mettre en œuvre lorsqu'elle parle d'«une combinaison d'actions sectorielles et d'actions portant sur des questions précises»⁵⁴ ; même si force est de constater qu'en matière de SSIG, par exemple, alors que le Parlement européen a exprimé une volonté politique claire pour l'inviter à proposer une directive sectorielle pour ces services, la Commission n'y a pas donné suite, à ce jour.
63. Quelle que soit l'option retenue, il ne pourra pas être fait l'économie d'un exercice préalable d'identification de la nécessité de réglementer, tel que l'article 5, alinéa 3, CE⁵⁵ en impose le principe et tel que le futur Protocole SIG en définit les contours en mettant en avant l'analyse «des besoins et des préférences» des utilisateurs. Un tel exercice préjugera dès lors en grande partie du contenu de la réglementation.

B. Quelles options en termes de contenu ?

64. Il s'agit ici de proposer une démarche pratique et pragmatique, consistant à examiner si le droit dérivé, tel qu'il existe aujourd'hui, est suffisant par rapport au nouveau droit primaire rappelé ci-dessus et si de nouvelles initiatives législatives sont nécessaires. Cette démarche implique d'examiner en quoi de nouvelles initiatives législatives, telles qu'induites par l'article 14 TFUE sont nécessaires pour lever les incertitudes juridiques actuelles et peuvent apporter une valeur ajoutée.
65. La problématique que nous proposons de développer est identique à celle que propose la Commission européenne dans sa Communication du 20 novembre 2007, lorsqu'elle propose de «consolider le cadre de l'UE applicable aux services d'intérêt général, y compris les services sociaux et de santé, en proposant des solutions concrètes aux problèmes concrets existants» et en combinant «actions sectorielles et actions portant sur des questions précises». Il ne s'agit donc pas d'opposer, mais de combiner démarches sectorielles et transversales.
66. Il était inhérent à la recherche des voies et moyens d'une européanisation progressive des SIEG à partir de la fin des années 1980, sans disposer d'un cadre de référence établi, que la démarche vise

⁵³ V. en ce sens les paquets « télécoms » de 2002, le paquet « ciel unique » de 2004, ou encore les 3 paquets ferroviaires.

⁵⁴ COM (2007) 725 précitée, chapitre 4, premier paragraphe.

⁵⁵ «L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité». V. dans le même sens l'article 3ter, paragraphe 4, du TFUE (principe de proportionnalité).

à prendre en compte les spécificités de chacun des secteurs concernés : les télécommunications ont des caractéristiques technico-économiques différentes du transport aérien ou de l'électricité. Mais à partir du moment où le droit primaire a reconnu que les SIEG faisaient globalement partie des «valeurs communes» de l'UE et contribuaient à sa «*cohésion sociale et territoriale*», il est apparu indispensable de conjuguer démarches sectorielles (prenant en compte les spécificités de chaque secteur) et problématique transverse. C'est cette double approche que nous allons nous efforcer de développer et d'expliciter.

a) En matière de démarches sectorielles

67. Il s'agit tout à la fois d'intégrer la prise en compte des nouvelles dispositions du droit primaire lors de la révision du droit dérivé sectoriel et d'examiner si la démarche sectorielle menée jusqu'ici est suffisante par rapport à la prise en compte des spécificités de chaque activité

1. Intégrer la prise en compte des nouvelles dispositions du droit primaire lors de la révision de chaque cadre sectoriel

68. La communication de la Commission précitée du 20 novembre 2007 dresse l'état des initiatives en cours en matière de révision et d'actualisation des cadres sectoriels. Les nouvelles dispositions du droit primaire, y compris les « valeurs communes » visées par le Protocole SIG et les dispositions de la Charte des droits fondamentaux, doivent être intégrées de manière précise comme éléments essentiels de référence ces révisions, sans attendre la fin du processus de ratification du traité modificatif. A titre d'exemple cette démarche aurait pu être conduite dès la seconde lecture de la nouvelle directive postale⁵⁶, afin d'examiner si ses dispositions étaient compatibles avec le nouveau traité TFUE.

2. Examiner si la démarche sectorielle actuelle est suffisante par rapport aux spécificités de chaque activité d'intérêt général

69. Si les secteurs considérés comme SIEG au cours des années 1990 (télécommunication, postes, électricité, gaz, transports) ont fait l'objet de l'élaboration de règles précises et de la définition d'OSP ou d'OSU venant structurer les processus de libéralisation, l'extension progressive du champ des activités considérées comme économiques, soit dans chaque Etat membre, soit au plan communautaire, en particulier avec le développement de la jurisprudence de la CJCE, conduit à ce que les spécificités de toute une série de SIEG ne soient pas prises en compte dans le droit dérivé positif.
70. Il en est ainsi en particulier en matière de SSIG. Lors de la consultation sur le Livre vert de 2003, les acteurs de ce secteur notamment les autorités publiques locales, les opérateurs, les représentants des utilisateurs, ONG, qu'elles soient prestataires de services ou représentants des usagers, ont très largement souligné qu'ils ressentaient une insécurité juridique croissante quant au corps de normes juridiques communautaires dont ils relèvent, compte tenu de leurs spécificités, en particulier en matière de mandatement (*v. supra*). Ils ont souligné qu'ils faisaient partie d'une «zone grise» préjudiciable à l'accomplissement de leurs missions. Cela a amené à la fois :

⁵⁶ Le vote en seconde lecture est intervenu le 31.1.2008 au Parlement européen.

- la Commission à engager un processus de réflexion spécifique (Livre vert et Livre blanc SIG, Communication, études, etc.),
- le législateur à les exclure en grande partie du champ d'application de la directive sur les services⁵⁷,
- le Parlement européen à réclamer à deux reprises l'élaboration d'un droit dérivé sectoriel⁵⁸.

Pour autant, la Commission ne retient pas cette piste, en contradiction évidente avec la démarche sectorielle qu'elle privilégie, et compte limiter aujourd'hui ses propositions à une série de réponses aux «*questions fréquemment posées*». A l'évidence, la démarche sectorielle devrait amener à «*consolider le cadre de l'UE applicable aux services d'intérêt général, y compris les services sociaux et de santé*»⁵⁹.

71. D'autant que par le mécanisme de «service d'information interactif»⁶⁰, on peut se demander si la Commission ne va pas au-delà des prérogatives que lui donnent les traités en tant que «gardienne des traités», non pas sur le principe même de cette initiative, mais sur les conditions qui président à son établissement. En effet, la Commission a pris soin de précéder le lancement de cette initiative par une série de questions/réponses, notamment dans deux annexes à la communication du 20 novembre 2007, qui ne se contente pas de rappeler les normes existantes ou la jurisprudence de la Cour de justice mais qui ajoute, souvent subrepticement, ses propres interprétations (v. *infra*). Pour répondre aux demandes de sécurité juridique, il reste indispensable d'ouvrir une procédure législative, comme l'article 14 TFUE en donnera désormais mandat.

b) En matière de démarches transverses

72. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, il ne s'agit pas d'opposer démarches sectorielles et démarches transverses, mais de prendre en compte leurs complémentarités. Plusieurs initiatives de la Commission européenne des dernières années ou en préparation s'inscrivent dans cette dynamique, comme le «paquet Altmark» de 2005 en matière de compensations d'obligations de service public, ou les réflexions en cours sur les partenariats public-privé (ci-après «PPP») [étude d'impact d'une directive sur les concessions, nouvelle communication sur les PPP institutionnalisés].
73. Là aussi, il convient d'examiner de manière pragmatique d'une part si les dispositions existantes répondent aux objectifs des nouveaux traités et d'autre part si ceux-ci impliquent de nouvelles initiatives législatives. Trois domaines doivent en particulier être investigués :
- les conditions de mise en œuvre de l'article 86, paragraphe 2, CE,
 - le principe de subsidiarité, et,
 - les conditions économiques et financières d'accomplissement des missions des SIEG.

Ils peuvent faire l'objet soit de règlements spécifiques, soit être traités sous forme d'un «paquet».

1. Clarifier les conditions de mise en œuvre de l'article 86, paragraphe 2, CE (article 106 TFUE)

74. Cet article, qui n'a subi aucun changement depuis le traité de Rome de 1957, fait l'objet d'analyses et d'interprétations contrastées, y compris dans les documents récents de la Commission européenne.

⁵⁷ Directive 123/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L. 376 du 27.12.2006.

⁵⁸ Rapport Rapkay du 14 septembre 2006, rapports Hasse-Ferreira et Toubon de 2007, cf. aussi les conclusions du Forum SSIG de Lisbonne du 17 septembre 2007.

⁵⁹ COM (2007) 725 précitée, chapitre 4, premier paragraphe.

⁶⁰ http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_fr.html

75. D'un côté, il est souvent présenté comme pouvant faire des SIEG des «dérogations» ou des «exceptions» aux règles générales des traités, en matière de concurrence et de marché intérieur. C'est ce qui ressort de la communication précitée du 20 novembre 2007, qui écrit : *«Toutefois, lorsque l'application de ces règles fait échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des missions d'intérêt général particulières qui leur ont été imparties, ces services peuvent bénéficier d'une dérogation aux dispositions du traité, pour autant que certaines conditions soient satisfaites, notamment en ce qui concerne la proportionnalité de la compensation octroyée aux entreprises chargées de la gestion de ces services»*.
76. D'un autre côté, la Commission européenne avait pu écrire dans son Livre blanc de 2004 que «en vertu du traité CE et sous réserve des conditions fixées à l'article 86-2, l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévaut, en cas de tension, sur l'application des règles du traité».
77. Ces deux interprétations sont-elles compatibles ou du moins quelles sont leurs conditions de compatibilité ? Des clarifications sont ici nécessaires pour donner à tous les acteurs concernés de véritables sécurités juridiques.
78. Ceci nécessite de revenir sur l'interprétation à notre avis abusive à laquelle se livre la Commission européenne dans sa Communication de 20 novembre 2007. Elle écrit page 4 : *«Services d'intérêt économique général : la fourniture et l'organisation de ces services sont soumises aux règles du marché intérieur et de la concurrence du traité CE, puisque les activités correspondantes sont de nature économique»*, sans mentionner que peuvent exister des «dérogations». De même, elle précise page 6 : *«Si un service d'intérêt général est considéré comme étant de nature économique, il est soumis aux règles du marché intérieur et de la concurrence»*. Elle n'ajoute que 5 lignes plus bas la mention citée ci-dessus (pt. 75) *«Toutefois...»*.
79. En fait, il faut revenir à la lettre même de l'article 86, paragraphe 2, CE, qui mentionne dans la même phrase que *«Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général... sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté»*.
80. Deux éléments sont ici essentiels à prendre en considération : «la mission particulière qui leur a été impartie» et «le développement des échanges...» afin de rendre compatibles les notions de «dérogation» et de «prévalence» d'une mission d'intérêt général. Comme le précise le Tribunal, la dérogation (article 86, paragraphe 2) «ne pourrait jamais produire ses effets si son application devait en même temps assurer le plein respect des règles auxquelles elle est censée déroger»⁶¹.
81. Dès lors, la «mission particulière» doit être clairement définie dans un «acte officiel ayant une valeur juridique contraignante en droit national»⁶² par l'autorité publique compétente : loi, règlement, contrat, convention, etc. Et les modalités de mise en œuvre de cette mission doivent être proportionnées à cette mission, y compris en termes d'affectation des échanges. Clarifier ces conditions et leurs modalités de mise en œuvre, afin de donner une réelle sécurité juridique, est aujourd'hui nécessaire dans le droit dérivé positif⁶³.

⁶¹ V. arrêt T-289/03, précité, point 318.

⁶² Réponse à la question 5.2 du Document de travail SEC(2007) 1516.

⁶³ Dans sa réponse à la question 2.11 du Document de travail SEC(2007) 1516, la Commission écrit : «Quand une activité est économique et affecte les échanges entre les Etats membres, les règles de concurrence s'appliquent». Elle ajoute : «Néanmoins cela ne signifie pas que les autorités publiques doivent veiller à ce qu'une multiplicité de prestataires de services soit présente sur le marché. En outre, cela ne signifie pas que les autorités publiques ont l'obligation de privatiser les entités fournissant des SIEG/SSIG ou de supprimer les droits spéciaux ou exclusifs, déjà accordés aux prestataires de services, qui sont nécessaire et proportionnés pour la performance de SIEG/SSIG concernés.»

82. D'autant que, s'agissant de la définition des SIEG par les Etats membres, le contrôle de la Commission européenne se limite à l'appréciation de l'«*erreur manifeste*», dont le champ, le contenu et les modalités d'exercice devraient être clairement établis, pour éviter des interprétations extensives, comme cela a été le cas dans le domaine du logement social (v. supra). Comme le rappelle le Tribunal, «*Si l'Etat membre dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la détermination de ce qu'il considère comme un SIEG, cela ne le dispense pas, lorsqu'il invoque l'existence et la nécessité de la protection d'une mission SIEG, de veiller à ce que cette dernière satisfasse certains critères minimaux communs à toute mission SIEG au sens du traité CE, tels que précisés par la jurisprudence, et de démontrer que ces critères sont bien satisfaits dans le cas d'espèce. Il s'agit, notamment, de la présence d'un acte de puissance publique investissant les opérateurs en cause d'une mission SIEG ainsi que du caractère universel et obligatoire de cette mission. L'Etat membre doit indiquer les raisons pour lesquelles il estime que le service en cause mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG et distingué d'autres activités économiques. Inversement, l'absence de preuve par l'Etat membre de ce que ces critères sont satisfaits ou leur non-respect par celui-ci est susceptible de constituer une erreur manifeste d'appréciation que la Commission est tenue de sanctionner, sous peine de commettre elle-même une erreur manifeste*»⁶⁴.
83. Ceci nécessite également de clarifier les modalités du «*mandatement*» des opérateurs de SIEG⁶⁵, pour préciser le lien entre l'acte officiel définissant la mission particulière et la notion de mandatement qui implique obligation de prester ou de mettre à disposition le service, sa distinction par rapport aux «*régimes d'autorisation*», les possibilités d'adaptation et d'actualisation du mandatement en fonction de l'évolution des besoins, les modalités d'adaptation aux cas, particulièrement présents dans les SSIG, où un prestataire exerce son activité sur une base volontaire, pouvant être sans but lucratif, reconnue par l'autorité publique. On ne peut s'en remettre, là encore, à une clarification au cas par cas, au gré des contentieux, comme l'affaire du système irlandais d'assurance-maladie, l'a encore montré récemment avec les précisions apportées par le Tribunal selon lesquelles, d'une part un Etat membre peut choisir de faire accomplir une mission de SIEG à tous les opérateurs d'un secteur sans avoir, vis-à-vis de ces derniers, à «*confier séparément ladite mission par un acte ou un mandat individuel*», et, d'autre part, «*les opérateurs chargés de la mission SIEG par un acte de puissance publique sont, en principe, tenus d'offrir le service en cause sur le marché en respectant les obligations SIEG qui régissent la prestation dudit service*». Le Tribunal précise que «*Le caractère contraignant de la mission SIEG ne suppose pas que les autorités publiques imposent à l'opérateur concerné l'obligation de fournir un service d'un contenu clairement prédéterminé*»⁶⁶.
84. Il apparaît ainsi que dès lors que la «*mission particulière*» est clairement définie et implique des dérogations proportionnées aux règles du traité, en particulier en matière de concurrence et de marché intérieur, elle doit prévaloir.

2. Clarifier les conditions de mise en oeuvre du principe de subsidiarité

85. L'article 16 CE actuel, tout comme le futur article 14 TFUE, définissent une compétence partagée de l'UE et des Etats membres en matière de SIEG. Les modalités de mise en œuvre relèvent donc

⁶⁴ V. arrêt T-289/03, précité, point 172.

⁶⁵ La réponse à la question 5.1 du Document de travail SEC(2007) 1516 précise que le mandat «est l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG, indique la mission d'intérêt général de l'entreprise concernée, ainsi que l'étendue et les conditions générales de fonctionnement du SIEG/SSIG». La réponse à la question 5.2 souligne qu'«un agrément accordé par une autorité publique à un prestataire de services, l'autorisant à fournir certains services, ne correspond pas à la notion de mandat. Il en est ainsi parce qu'il ne crée pas une obligation pour l'opérateur de fournir les services concernés.». La réponse à la question 5.3 ajoute que «lorsqu'il n'est pas possible de définir plus spécifiquement les services concernés, des définitions larges de la mission peuvent être acceptées, aussi longtemps que l'étendue de la mission est clairement définie.»

⁶⁶ V. arrêt T-289/03, précité, successivement points 183, 188 et 189.

du principe de subsidiarité, dont le Protocole n°2 du traité de Lisbonne précise les conditions de mise en œuvre. Mais là encore il existe des incertitudes et insécurités juridiques que les nouvelles dispositions du droit primaire (article 14 TFUE + Protocole SIG) devraient permettre de lever dans le droit positif dérivé.

86. Il faut donc partir des nouvelles dispositions qui renvoient au partage des compétences - référence à l'article 4 du TUE, à la compétence des Etats membres de «fournir, de faire exécuter et de financer» les SIEG, au «rôle essentiel et au large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et pour fournir, faire exécuter et organiser» les SIEG – pour clairement établir les droits et devoirs des autorités publiques en matière de SIEG, y compris des autorités européennes pour ce qui concerne les services européens, ainsi que pour les «services non économiques d'intérêt général».
87. Ces droits et devoirs devraient préciser les conditions de définition des SIEG, des SNEIG, des SSIG et donc des normes juridiques dont ils peuvent relever. Comme évoqué ci-dessus, ces droits et devoirs devraient préciser les conditions de définition des «missions particulières» et de contrôle d'éventuels «erreurs manifestes».
88. Les droits et devoirs des autorités publiques en se limitent pas à la «définition» des SIG, mais aussi à la définition de leurs formes d'organisation : à quelles conditions peuvent être décidés d'éventuels droits exclusifs ou spéciaux et plus généralement toute forme de dérogation aux règles des traités ?
89. Les modalités de mise en œuvre du principe de subsidiarité impliquent de préciser dans le droit dérivé positif les conditions de choix des modes de gestion. Là encore domine aujourd'hui incertitudes et insécurités en matière de conditions de la gestion «in house» ; celle-ci n'est aujourd'hui définie et clarifiée que dans le domaine des transports (nouveau règlement OSP/ transports urbains, précité, du 23.10.2007). On devrait s'en inspirer pour en faire un cadre de référence applicable à l'ensemble des SIEG. Cela éviterait que la Commission parle d'«exception» à propos du «in house»⁶⁷, alors qu'il s'agit d'un mode de gestion qui doit être explicitement reconnu au même titre que les autres.
90. En relation avec les conditions de gestion «in house» se développent aujourd'hui incertitudes, insécurités et contentieux en matière de coopérations et de mutualisations d'activités et/ou de services entre autorités publiques locales⁶⁸. Il apparaît donc nécessaire de clarifier dans le droit positif les conditions que doivent remplir en la matière les autorités publiques.

3. Affermir les conditions « économiques et financières » permettant aux SIEG d'accomplir leurs missions

91. L'article 14 TFUE met clairement l'accent dans le contenu des règlements qui devront fixer les conditions qui permettent aux SIEG d'accomplir leurs missions, sur les conditions «économiques et financières». Le «paquet Altmark» de 2005 a permis de lever une série d'incertitudes en matière de financement des compensations d'obligations de service public, en particulier pour celles d'un faible montant ou qui concernent le logement social et les hôpitaux.

⁶⁷ Document SEC (2007) 1514

⁶⁸ Nous visons ici les coopérations entre autorités publiques et non la participation d'entreprises privées, comme dans l'arrêt Stadt Halle de la CJCE du 11 janvier 2005 (affaire C-26/03, rec.I-1) : «Dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50, telle que modifiée par la directive 97/52, avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées.»

92. D'un côté, ces dispositions doivent faire l'objet d'une évaluation en 2009 afin d'être éventuellement adaptées ou révisées. L'article 14 TFUE devrait impliquer que cette procédure soit conduite en co-décision Conseil-Parlement et non pas sur la base d'une décision de la Commission (article 86, paragraphe 3, CE), même si les autres institutions communautaires avaient été consultées.
93. En même temps, le «paquet Altmark» s'inscrit dans la logique qui consiste à faire relever les compensations d'obligations de service public de l'article 87 du traité et donc des «aides d'Etat», avec toutes les contraintes que cela implique en matière de finances publiques. Or la Cour, dans ses arrêts *Ferring* (2001)⁶⁹ et *Altmark* (2003), avait esquissé des pistes consistant à considérer que, sous certaines conditions⁷⁰, ces compensations pouvaient ne pas relever des dispositions du traité en matière d'aides d'Etat. Il semblerait opportun de réexaminer et de mieux concrétiser ces pistes, y compris en précisant voire en redéfinissant les conditions posées par la Cour, afin d'adopter un règlement sur le financement des SIEG.
94. Ce règlement devrait établir les conditions de mise en œuvre par les autorités publiques de la palette des modes possibles de financement, dans le respect du principe de proportionnalité : subventions publiques, avantages fiscaux, fonds de compensation entre opérateurs, péréquations entre utilisateurs et/ou entre usagers, associés ou non à l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, mécanismes de type «*play or pay*», etc.
95. En matière de conditions économiques et financières, il y a lieu également d'examiner les moyens de lever les incertitudes qui peuvent conduire à des sous-investissements en matière d'infrastructures nécessaires pour assurer la sécurité de fonctionnement des SIEG et la continuité des services. Il conviendrait d'établir les mécanismes permettant de garantir aux acteurs économiques la visibilité dont ils ont besoin pour financer les investissements à long terme.

4. D'autres domaines nécessitent une approche communautaire cohérente et sécurisée

96. Jusqu'à récemment, les règles communautaires sectorielles élaborées en matière de SIEG (télécommunications, postes, électricité, gaz, transports) renvoyaient pour l'essentiel la régulation de ces secteurs aux responsabilités de Etats membres et à la mise en place d'Autorités de régulation nationales (ARN), même si des formes de coopération ont été développées entre elles. Mais les développements des marchés et l'intégration des opérateurs conduisent à des difficultés croissantes d'exercice des modes régulateurs et à des disparités préjudiciables à l'achèvement du marché intérieur. Dans deux secteurs (communications électroniques et électricité) est aujourd'hui posée la question de la création d'agences communautaires de régulation, dont ni les objectifs, ni les pouvoirs n'apparaissent clairement et dont il faudrait préciser ce qu'elles peuvent apporter comme valeur ajoutée.
97. Il apparaît nécessaire de clarifier les enjeux concernant le statut et les pouvoirs des ARN et d'éventuelles Autorités communautaires de régulation (ACR), y inclus leurs relations avec les autorités de concurrence ; il devrait s'agir de définir un socle commun de compétences minimales à confier aux

⁶⁹ CJCE, 22 novembre 2001, C-53/00, rec.I. 9067.

⁷⁰ L'arrêt *Altmark* de la CJCE du 24 juillet 2003 (affaire C-280/00, rec.I-7747) précise quatre conditions : premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies; deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente; troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations; quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

autorités de régulation, de préciser les conditions de coopération avec les autorités de concurrence et d'impulser la participation de tous les acteurs concernés, en particulier les utilisateurs, à la régulation, condition de son efficacité et de sa légitimité.

98. En matière de protection de l'utilisateur/consommateur de SIEG, partie intégrante des «valeurs communes» inscrites dans le droit primaire par le Protocole annexé aux traités, des initiatives disparates ont été prises par les institutions communautaires ces dernières années : Charte du passager aérien, Charte du voyageur ferroviaire, projet de Charte (sans caractère contraignant) dans l'énergie. Mais le rapport des utilisateurs aux SIG n'est pas sécable, tant c'est la satisfaction globale de ses besoins, en tant que citoyen, qui est la raison d'être et la finalité de ces services.
99. Dans la logique de la Charte des droits fondamentaux et des principes du Protocole SIG, il existe un réel besoin d'un socle commun donnant aux utilisateurs des garanties en matière d'accessibilité sociale et territoriale, d'égalité de traitement, de caractère abordable, de qualité, de transparence des informations et conditions du service, de traitement des plaintes et réclamations, de règlement des litiges, etc.
100. La définition de ces garanties, comme l'effectivité de leur mise en œuvre suppose une participation démocratique des utilisateurs et usagers, et plus généralement des citoyens, à tous les stades de définition et d'organisation des SIG : expression des besoins, conception des services adaptés, mise en œuvre, contrôle, évaluation.
101. En matière d'évaluation des performances des SIEG, le besoin est exprimé dans les différentes communications de la Commission depuis 1996, et fait l'objet de rapports réguliers publiés depuis 2001 par la Commission pour les industries de réseau⁷¹ et d'une étude récente sur la méthodologie⁷², mais n'est pas repris parmi les «valeurs communes» dans le Protocole SIG qui sera annexé aux TUE et TFUE.
102. L'évaluation des performances des SIEG est nécessaire au regard des «besoins et attentes» des utilisateurs (au sens du Protocole SIG), et donc pas uniquement centrés sur le coût/prix du service, mais aussi sur sa qualité, son accessibilité/universalité, sa contribution au progrès social, à la cohésion économique, sociale et territoriale, à la garantie des droits fondamentaux, les emplois, etc. L'évaluation doit être conduite au niveau où les services et leurs missions sont définis, tout en s'inscrivant dans une méthodologie partagée reposant sur des critères transparents, objectifs et représentatifs. Toute évaluation doit reposer sur des procédures indépendantes des acteurs et institutions, impliquant l'ensemble des parties intéressées.
103. Ces différentes initiatives devraient permettre d'apporter une valeur ajoutée au droit positif communautaire en identifiant les problématiques concrètes qui nécessitent une approche cohérente et la déclinaison des potentialités des nouveaux traités.

⁷¹ http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/index_en.htm#services

⁷² http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/docs/2007/final_report_311007_en.pdf

Annexes

1. Glossaire des sigles utilisés
2. Tableau comparatif des textes cités
3. Historique du Protocole SIG
4. Tableau des options possibles

Glossaire des sigles utilisés

ACR :	Autorité communautaire de régulation
ARN :	Autorité réglementaire nationale / Autorité de régulation nationale
CE :	Communauté européenne
Paquet Altmark :	En référence à deux documents de la Commission européenne de novembre 2005 sur les aides d'État sous forme de compensations de service public (décision + encadrement) ; dit également « Paquet Monti-Kroes ».
PPP :	Partenariat Public-Privé
Protocole SIG :	Protocole sur les services d'intérêt général (qui sera annexé aux TUE et TFUE à compter de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2007).
SIEG :	Service d'intérêt économique général (v. articles 16 et 86 CE + Protocole SIG du Traité de Lisbonne)
SIG :	Service d'intérêt général (v. communications de la Commission de 1996, 2000 et 2007, Livre vert de 2003, Livre blanc de 2004 + Protocole SIG du traité de Lisbonne)
SIGNE :	Service d'intérêt général non économique (v. Directive Services de 2006 + Manuel de transposition de cette directive de 2007)
SNEIG :	Service non économique d'intérêt général (v. Protocole SIG du traité de Lisbonne)
SSIG :	Service social d'intérêt général (v. Communications de la Commission de 2006 et 2007)
SSSIG :	Services sociaux et de santé d'intérêt général (v. Livre blanc SIG de la Commission de 2004)
TCE :	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE :	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (nouvelle appellation du TCE à compter de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2007)
TUE :	Traité sur l'Union européenne
UE :	Union européenne

Tableau comparatif des textes cités

Traité CE

Article 16

Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

Traité réformateur

Article 14TFUE

Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'UE et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les SIEG parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.

Traité CE

Article 86

1. Les EM, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus.
2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites ou l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.
3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres.

Traité réformateur

Article 106TFUE

1. Les EM, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités notamment à celles prévues à l'article 18 et aux articles 101 à 109 inclus.
2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites ou l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.
3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres.

Traité réformateur

Article 36 de la Charte des droits fondamentaux

«l'Union reconnaît et respecte l'accès aux SIEG tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union»

Traité réformateur

Protocole annexés aux traités UE et TFUE

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES, SOUHAITANT souligner l'importance des services d'intérêt général, SONT CONVENUES des dispositions interprétatives ci après, qui sont annexées au TUE et au TFUE:

ARTICLE PREMIER

Les valeurs communes de l'Union concernant les SIEG au sens de l'article 16 TFUE comprennent notamment:

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

ARTICLE 2

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

Historique du Protocole SIG

Le Protocole annexé au TUE et au TFUE a pour origine une exigence du Premier Ministre néerlandais lors du Conseil européen de juin 2007 qui a arrêté le contenu du traité réformateur, en réponse à une mise en demeure de la Commission européenne mettant en cause l'organisation du logement social aux Pays-Bas.

Par lettre au Gouvernement néerlandais du 14 juillet 2005⁷³, la Commission européenne (DG Concurrence – Aide d'Etat II), examinant le financement de coopératives du logement aux Pays-Bas⁷⁴, avait estimé, en forme de «premier jugement», que la qualification de Service d'intérêt économique général (SIEG) du système de logement existant aux Pays-Bas relevait de l'«abus manifeste» : «La possibilité de louer des logements à des groupes aux revenus plus élevés ou à des entreprises doit être considérée comme une erreur manifeste du service public».

La Commission européenne justifiait cette caractérisation par une série d'arguments : «Le service public a un caractère social ; la définition des activités des coopératives du logement doit donc conserver un lien direct avec les ménages socialement défavorisés et non pas uniquement avec la valeur maximum des logements». Si «les corporations de logement social sont tenues lors de la location de logements sociaux d'accorder la priorité aux personnes trouvant difficilement un logement adapté du fait de l'insuffisance de leurs revenus ou d'autres circonstances», «leurs activités de logement ne restent pas limitées aux ménages socialement défavorisés. En cas de surcapacité de logements sociaux, les corporations de logement louent les logements sociaux à des personnes bénéficiant de revenus relativement élevés, les concurrents commerciaux, non bénéficiaires de l'aide publique étant ainsi défavorisés». Pour la Commission, «la surcapacité structurelle n'est pas nécessaire pour l'exécution du service public et représente un obstacle à la concurrence sur le marché immobilier».

La Commission en concluait que «la location de logements aux ménages autres que socialement défavorisés ne peut être considérée comme un service public» ; «pour garantir la compatibilité du mécanisme de financement du secteur du logement avec le marché communautaire», les Pays-Bas doivent prendre les mesures nécessaires pour que la définition établisse «un lien direct avec les ménages socialement défavorisés», l'exploitation commerciale éventuelle des activités de service public se fasse «aux conditions du marché» et que soit évitée la «surcapacité excessive et structurelle des logements sociaux (...) par la vente de ces logements».

Cette demande de la Commission européenne a suscité de fortes critiques aux Pays-Bas, et accru les suspicions à l'égard de certaines dérives que comporte le processus d'intégration européenne, déjà clairement manifestées par les 61,5% de rejets du traité instituant une Constitution pour l'Europe lors du référendum du 1^{er} juin 2005, tant le système de logement est ancré dans son histoire, ses traditions, sa culture politique.

En fait, aucune disposition du droit communautaire n'interdit à une entreprise de logement social de gérer à la fois des logements sociaux sous obligations de service public et des logements libres de toute obligation spécifique. Dès lors que les dispositions de la directive transparence sont respectées, à savoir la tenue d'une

⁷³ COMP H1FSP / lc (2005) A / 30854 D / 1001

⁷⁴ Mesure d'aide n° E 2 / 2005.

comptabilité séparée entre les deux activités et l'affectation exclusive des aides d'Etat sous forme de compensation aux activités d'intérêt général, l'obligation de mise en vente est injustifiée et disproportionnée. Par ailleurs, dans un contexte de suppression des aides d'Etat au logement social aux Pays-Bas, la péréquation apparaît nécessaire pour assurer la continuité du service d'intérêt général du logement social et la production de nouveaux logements sociaux.

Ce contentieux entre la Commission européenne et les Pays-Bas est révélateur d'une quadruple dérive de la part de la Commission :

- elle développe une conception restrictive des missions d'intérêt général et des obligations de service public, prétendant en cantonner l'application aux seuls ménages en difficulté sociale, ce que ne permettent ni les articles 16 et 86 du traité CE, ni l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, textes qui reposent sur l'accès universel, et dont la Commission est «gardienne» ;
- elle met en œuvre une conception extrêmement extensive de la clause d'«abus manifeste», qui lui permet de mettre en cause la libre définition des services d'intérêt général par les Etats-membres et les autorités publiques compétentes ;
- elle interprète ainsi le principe de subsidiarité en se donnant des pouvoirs qu'elle n'a pas ;
- elle met le primat sur l'application des règles de concurrence par rapport aux missions d'intérêt général, alors que l'article 86-2 du Traité CE en développe une conception équilibrée.

C'est pour éviter de telles dérives, pouvant concerner demain un grand nombre de secteurs ou d'activités, que le gouvernement des Pays-Bas a introduit le Protocole et en a fait une condition.

Tableau des options possibles

Instruments (exemples) et bases juridiques (références au futur TFUE)



Type d'approche ►	Horizontale () et/ou thématique ()	Verticale et/ou sectorielle
Règlement Parlement/Conseil (article 14 TFUE)	Règlement sur les principes et conditions de fonctionnement des SIEG () ; règlement sur les droits des usagers des SIEG ()	Règlements sur les principes et conditions de fonctionnement des SIEG dans l'énergie, dans les postes ; dans les télécommunications, etc.
Directive ou Règlement Parlement/Conseil (articles 91 (*) ou 114 (**)) TFUE)	Projets de directive-cadre SIEG du groupe PSE au Parlement européen, de la CES, du CEEP, du CELSIG	(*) Règlement OSP Transport (2007) (**) Directives Energie (2003), Postes (1997) et Télécommunications (2002).
Décision ou directive de la Commission (article 106-3 TFUE)	Directive «Transparence financière» (1980) + Décision du Paquet Altmark (2005)	Directive Terminaux de télécommunications (1988)
Communications, Communications interprétatives, Questions/Réponses de la Commission	Encadrement du Paquet Altmark (2005) ; Questions-réponses sur la décision du Paquet Altmark (2007)	Questions-réponses sur l'application des règles des marchés publics aux SSIG (2007)





CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL

**Analysis of the implications of the Lisbon
treaty on Services of General Interest
and proposals for implementation**

*Discussion paper
drawed up by european experts*

Preface

At their meeting in Lisbon on 24 November 2006, the national Economic and Social Councils and the European Economic and Social Committee agreed to embark on cooperation to consider the major guidelines and principles to be adopted in a sound, transparent European legal framework for services of general interest.

In this context, the Economic and Social Council of the Grand Duchy of Luxembourg held a high-level conference on 15 November 2007 on the promotion of sound, effective and sustainable services of general interest.

At this conference, attended by representatives of the national ESCs, the EESC and civil society in the presence of Mr Nicolas Schmit, Luxembourg's Minister of State for Foreign Affairs and Immigration, it was decided to set up a high-level think-tank responsible for drawing up an analysis of the implications of the Treaty of Lisbon on services of general interest, and proposing the necessary measures for application in order to give content to the new legislative framework.

Luxembourg's Economic and Social Council would like to thank the experts who contributed to drawing up the present discussion paper.

Luxembourg's Economic and Social Council is particularly grateful to Pierre Bauby and Stéphane Rodrigues who were responsible for drafting the document.

The think-tank would like to thank the secretariat of Luxembourg's Economic and Social Council, which carried out the administrative management of the group efficiently, and the European Economic and Social Committee for its logistics support.

Members of the think-tank

<i>Allegrezza Serge</i>	Vice-Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Bauby Pierre</i>	Docteur en Sciences politiques ; Enseignant et chercheur à l'Institut d'Etudes Politiques (IEP) de Paris et à Paris 8
<i>Csuport Antal</i>	Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Ghekière Laurent</i>	Président de la Commission des Services d'Intérêt Général auprès du Centre Européen des Entreprises à Participation Publique (CEEP)
<i>Hencks Raymond</i>	Vice-Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg ; Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Jarré Dirk</i>	Chargé de cours sur la politique sociale comparée à l'Université de Linz, Graz et Luzerne ; Vice-Président de la Plateforme Sociale à Bruxelles
<i>Nati-Stoffel Marianne</i>	Secrétaire général du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Pegado Liz Jorge</i>	Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Rodrigues Stéphane</i>	Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne – Centre de recherches sur l'Union européenne
<i>Schmit Romain</i>	Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Schulte Bernd</i>	Wissenschaftlicher Referent, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Analysis of the implications of the Lisbon treaty on Services of General Interest and proposals for implementation

Discussion paper

Summary

- a)* a) The Treaty of Lisbon signed on 13 December 2007 includes a number of innovations that contribute to repositioning the issue of services of general interest in the Community's field of action.
- b)* b) This new reality in respect of services of general interest (SGIs) and services of general economic interest (SGEIs) is a major fact since it should take the form of the adoption of a new derived law applicable to these services.
- c)* c) This discussion paper is intended to bring out the new elements contained in the Treaty, to analyse the potential and consequences thereof, and to propose the measures for application required to give content to the new legal framework.
- d)* d) It recalls firstly the state of positive law that constitutes the Community's legal framework for SG(E)Is from the Treaty of Rome in 1957 to the Treaty of Nice in 2000 and presents the state of derived law and jurisprudence of the CJEC, and the doctrine drawn up by the European Commission.
- e)* e) The Treaty of Lisbon introduces a new legal foundation for Services of General Economic Interest (SGEI) with Article 14 of the Treaty on the functioning of the EU, by giving the Council and the Parliament the task of laying down, by means of regulations, the principles and conditions – particularly economic and financial – enabling them to carry out their duties. It introduces into primary law a reference to SGIs in general and to Non-Economic Services of General Interest (NESGIs) in the appended Protocol. The Treaty of Lisbon also gives compulsory legal value to the European Union's Charter of Fundamental Rights, proclaimed in 2000, Article 36 of which refers to a right of access to SGEIs.
- f)* f) In order to implement these opportunities and to lift the current uncertainties in the Community's approach to SG(E)Is, the present document proposes favouring a plural, gradual approach combining the dimensions of theme and sector which would lead to the adoption of a number of regulations aimed at resolving, one after the other, the main common problems encountered (horizontal approach on a theme basis) and/or at adapting these principles and conditions to the various sectors concerned (horizontal approach on a sector basis).
- g)* g) It proposes a practical and pragmatic attitude that consists of examining whether existing derived law is sufficient in relation to the new primary law and whether new legislative initiatives induced by Article 14 TFEU or by other Treaty provisions are necessary to raise the present legal uncertainties and provide added value.

- h)* Regarding sector-based approaches, the report proposes both integrating taking account of the new provisions of primary law when revising existing derived law and investigating whether the sector-based approach applied to date is sufficient in relation to taking into account the specific features of each activity, resulting more particularly in the proposal to consolidate the EU framework applicable to services of general interest, including social and health services.
- i)* Regarding multidisciplinary or theme-based approaches, the report suggests investigating three areas for which there is real legal uncertainty at the moment:
- the conditions for implementing the present Article 86, paragraph 2, EC with regard to the relations between rules contained in the Treaties and duties of general interest;
 - the conditions for applying the principle of subsidiarity, and more particularly the rights and duties of the public authorities regarding the definition, the method of organisation and the financing;
 - the economic and financial conditions for carrying out SG(E)I tasks and more particularly their methods of financing.
 - it would be a good idea to adopt a similar approach regarding agencies for regulation and for the protection of the user/consumer of SG(E)Is and democratic participation, as well as an evaluation of the performances of these services.
- These various areas could either be the subject of specific regulations or be dealt with in the form of a legislative “package”.
- j)* These various initiatives should make it possible to provide an added value to positive Community law by identifying specific issues that need a coherent approach and the range of potential of the new Treaties.

Introduction

1. The Treaty of Lisbon signed on 13 December 2007¹ lends itself to the repositioning of the issue of services of general interest (referred to hereinafter as “SGIs”) in primary Community law and, more generally, in the field of Community action.
2. It introduces for the first time a reference in primary law to SGIs in general and to non-economic SGIs (referred to hereinafter as “SNEGIs”) in a protocol appended to the new treaties (referred to hereinafter as “the SIG Protocol”), whereas until now only the notion of services of general economic interest (referred to hereinafter as “SGEI”) was mentioned in the Treaty establishing the European Community (EC) (see Articles 16 and 86, paragraph 2, EC).
3. It also introduces a new legal foundation for the SGEI with the amendment of the present Article 16 EC (future Article 14 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU))², by leaving the Council and the Parliament to establish, by means of regulations, the principles and conditions - particularly economic and financial - enabling the SGEI to accomplish the tasks entrusted to them.

¹ Published in OJEU C 306 of 17 December 2007, pp. 1-271.

² The current Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) will become Article 14 after the ratification of the Treaty of Lisbon; in this document we shall use the numbering of the future ratified Treaty.

4. Moreover, the Treaty of Lisbon gives compulsory legal value to the European Union's Charter of Fundamental Rights proclaimed in 2000, which lays down, in its Article 36, a right of access to SGEIs *"in order to promote the social and territorial cohesion of the Union"*.
5. This new reality in respect of SGIs and SGEIs is a major fact, since it should take the form of the adoption of new derived law applicable to these services, based on the primary law and in accordance with the ordinary legislative procedure, i.e. a co-decision by the Council and the European Parliament.
6. The Commission appears to want if not to ignore at least to play down the importance of this new political, legal and institutional context. Whereas the logic that inspired the Council and the Member States at the time of negotiating the Treaty of Lisbon was one of greater openness of the debate on SGIs, linked to a greater democratisation of the decision-making process at the European scale (introduction of co-decision, alongside the discretionary powers of the Commission based on the present Article 86, paragraph 3, of the EC Treaty), the Commission's analysis as transpires more particularly from its communication of 20 November 2007 on SGIs³ and the declarations of its President, appears to make the SGI Protocol a culmination, whereas it is merely the beginning of a new starting point for greater legal security and more coherent regulations in favour of national and Community SGI schemes.⁴
7. This is why the Economic and Social Council of the Grand Duchy of Luxembourg decided to set up a high-level think-tank to draw up an analysis of the repercussions of the new treaty as regarding SG(E)Is and to propose the necessary measures for application in order to give content to the new legislative framework.
8. To this end, the purpose of the present working document is, successively, to:
 - briefly recall the state of positive law constituting the Community's legal framework for SG(E)Is, in order to emphasise how much the Community approach to the matter is perhaps not as unified as might be thought (I);
 - emphasis how the new Treaty of Lisbon offers real opportunities for SG(E)Is in seeking a scheme that is more coherent and suited to a renewed political agenda (II);
 - open up a number of areas for discussion on the actual implementation of these opportunities, by highlighting the questions left pending by the current Community approach to SG(E)Is (III).

I – SG(E)Is and Community law – a brief reminder of the existing legal framework, or 'unity in diversity'

A. The state of primary positive law – the SGEI, a concept with a general vocation

9. To comprehend public service activities, the 1957 Treaty of Rome uses the concept of the SGEI in Article 90, paragraph 2, which became Article 86, paragraph 2 EC; this reads as follows: *"Underta-*

³ COM (2007) 725 final, which accompanies the communication on the new strategy on the internal market in the 21st century: COM (2007) 724 final, of the same date.

⁴ The Commission should be logical with itself, however. When it acknowledges elsewhere that the EU has a role to play in defining the principles and conditions of the functioning of a wide range of services, it should be aware that it is entering the field of application of the future Article 14 TFEU; see the third paragraph of Chapter 2 of the aforementioned COM (2007) 725.

kings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.”

10. Thus the implementation of this provision is based on a two-fold dialectic – firstly, the primacy of tasks of general interest defined by the Member States over application of the rules of the Treaty, and secondly observance of Community interest through the clause of not affecting exchanges. Hence the search for a necessary balance and constant arbitration between national political legitimacies and Community demands⁵, which involves balancing the objectives of the scheme for SGEIs as a whole and the interests involved.⁶
11. The 1997 Treaty of Amsterdam upheld the reference to the concept of the SGEI with a new Article 7d, which became Article 16 EC reading as follows:
“Without prejudice to Articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions to enable them to fulfil their missions.”
12. As for the inclusion in the first part of the EC Treaty devoted to the “principles” of Community action, Article 16 EC is part of an approach that is positive rather than derogatory with regard to the place of public service in Community law. Indeed although it does not supply any specific element for a definition of the concepts referred to, it does allow a clear distinction to be drawn between the fate reserved for missions even of public service identified through the SGEIs (and to which Article 16 EC refers) and that reserved for the providers of these missions, the companies responsible for managing a SGEI as instructed by the Member States (and to which Article 86-2 EC refers).
13. It was indeed in this line of thought that the Court of Justice of the European Communities (CJEC) had the intention of favouring a functional and material approach rather than an organic approach to interpretation of Article 86-2 EC, in order to identify the missions and the conditions under which an SGEI operates and the constraints regarding its management. Thus in its fundamental judgment on the Paul Corbeau case in 1993, upheld by all subsequent jurisprudence, the Court qualified the Belgian postal service as an SGEI after noting that the legislator had given the undertaking the mission of *“ensuring the collection, transport and distribution of post, to the advantage of all users, throughout the territory of the Member State concerned, at uniform rates and subject to similar conditions of quality, regardless of specific situations and the level of economic profitability of each individual operation”*⁷.
14. The Member States have extensive powers of appreciation concerning the nature of the services likely to be qualified as being of general economic interest. According to the Community’s judge, *“that prerogative of the Member State concerning the definition of SGEIs is confirmed by the absence of any competence specially attributed to the Commission and by the absence of a precise and complete*

⁵ See more particularly CJEC, 19.3.1991, *France/Commission*, C-202/88, rec. I-1223, spec. point 12.

⁶ Such national objectives could therefore override the need to facilitate access to the market; CFIEC, 12 February 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) et al. v. Commission*, T-289/03, paragraph 302.

⁷ See paragraph 15 of the Judgment of 19 May 1993, C-320/91, rec. I-2533.

definition of the concept of SGEI in Community law. The determination of the nature and scope of an SGEI mission in specific spheres of action which either do not fall within the powers of the Community, within the meaning of the first paragraph of Article 5 EC, or are based on only limited or shared Community competence, within the meaning of the second paragraph of that article, remains, in principle, within the competence of the Member States", to which is added "(this) division of powers is also reflected, generally, in Article 16 EC".⁸

15. As a result, the supervision exercised by the Community is necessarily reduced, as the definition of these services by a Member State can only be challenged by the Commission in the case of manifest error.⁹ Which means more particularly that the Commission "cannot take the place of the Member State in the exercise of the wide discretion which the latter enjoys", as it "has no power to ascertain, on the basis of the available data, whether the market might actually develop in a certain way and whether the application of the regulatory instruments envisaged by the (...) system will thereby become indispensable, at a given moment, to ensure the achievement of the SGEI mission in question".¹⁰
16. For all that, the Community judge attempted to set aside any confusion between the concepts of public undertaking and public service, and between the missions and status of the bodies that assume them, which the Community legislator had taken into account by developing other notions in derived law in order to account for activities and missions of general economic interest.

B. Contribution of derived law – conceptual diversification (PSO, US, NESGIs)

17. Most of the Directives for liberalising network industries (energy, post and telecommunications, transport) and opening them to competition have given rise to two concepts that are derived from or close to that of the SGEI – that of public service obligations (referred to hereinafter as "PSO") and that of universal service (referred to hereinafter as "US").
18. Imported from the transport sector, with Article 73 EC and its application regulations¹¹, the notion of the PSO has since been included in the texts liberalising the markets for first electricity¹² and subsequently gas¹³, and in horizontal texts concerning, for example, the financing of SGEIs by State aid in the form of public service compensation¹⁴. Thus the Member States may impose on undertakings operating in these sectors, *"in the general economic interest, public service obligations which may relate to security, including security of supply, regularity, quality and price of supplies and environmental protection, including energy efficiency and climate protection"*. It is also stated that these obligations *"shall be clearly defined, transparent, non-discriminatory, verifiable and shall guarantee equality of access for EU electricity companies to national consumers"*, and that, in relation to security of supply, energy efficiency/demand-side management and for the fulfilment of the environmental goals mentioned, Member States may implement *"long-term planning, taking into account the possibility of third parties seeking access to the system"*.

⁸ See aforementioned judgment T-289/03, paragraph 167.

⁹ See CFIEC, 27 February 1997, *FFSA et al. v. Commission*, T-106/95, rec.II-229, paragraph 99, and CFIEC, 15 June 2005, *Fred Olsen S.A.*, T-17/02, rec.II-2031, paragraph 216. See also paragraphs 220 and 221 in the aforementioned judgment T-289/03.

¹⁰ See aforementioned judgment T-289/03, paragraphs 267 et 268.

¹¹ See Council Regulation (EEC) No. 1191/69 on action by Member States concerning the obligations inherent in the concept of a public service in transport by rail, road and inland waterway (OJ L 156) and Regulation (EEC) No. 1107/70 of the Council of 4 June 1970 on the granting of aids for transport by rail, road and inland waterway (OJ L 130); repealed and replaced by Regulation (EC) No. 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and road (OJ L 315).

¹² See Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC (OJ L 176).

¹³ See Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC (OJ L 176).

¹⁴ See Commission decision of 28 November 2005 on the application of the provisions of Article 86, paragraph 2, of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings responsible for managing services of general interest, OJEU L312/67 of 29/11/2005.

19. As for the notion of US, this is mainly founded on Community regulations on electronic communications networks and services¹⁵ and postal activities¹⁶, which refer to providing “*a defined minimum set of services to all end-users at an affordable price*”.
20. The Commission also introduced the notion of social services of general interest (referred to hereinafter as «SSGIs») in its white paper on SGIs and referred to them in two communications¹⁷ and in a «staff working document».¹⁸
21. Although there is a host of different names, detracting somewhat from the coherence of the underlying shared ideas, although they incorporate the diversity of the realities they underlie, the fact nevertheless remains that their legal schemes refer to the spirit of Article 86-2 which implies the conciliation of the socio-political choices and the collective preferences of the Member States with the demands of Community law (see above).
22. The Community legislator also seems to want to work henceforth towards an approximation of these concepts, judging by the introduction of the notion of US in the electricity sector. Directive 2003/54/EC indeed requires Member States to ensure that all household customers and, where this is deemed appropriate, small enterprises enjoy the right to a US, defined as being “*the right to be supplied with electricity of a specified quality within their territory at reasonable, easily and clearly comparable and transparent prices*”.
23. The fact remains that this trend, which a priori is praiseworthy, has scarcely thrived since in derived law. A new concept in derived law even appeared in December 2006 with the adoption of the Directive on services in the internal market – that of non-economic services of general interest (referred to hereinafter as “NESGIs”), although there was little further explanation of the content of the concept¹⁹. Nevertheless, it is reasonable to think that this new category is inspired by the Commission’s thinking, which provides a further opening in the conceptual field of activities of general interest, with the appearance in its White Paper in 2004 on SGIs²⁰ of the notion of social services of general interest (referred to hereinafter as «SSGIs»), which went on to be confirmed and stated in more detail in a communication in 2006 (see above).

C. Commission doctrine – are the concepts of SGIs and SSGIs an attempt to bring things together or do they complicate the issue further?

24. Since a first Communication in 1996²¹, the Commission has attempted a gradual elaboration of a doctrine on SGIs, which has been fuelled by a number of other guidance documents²². The Commission seems to want to make SGI a globalising concept, into which not only SGEIs and NESGIs but also SSGIs, whether economic or non-economic, would eventually be integrated. The definition adopted has also

¹⁵ See Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users’ rights relating to electronic communications networks and services (OJ L 108).

¹⁶ See Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service (OJ L 15).

¹⁷ See COM(2006)177 of 26 April 2006 on implementing the Community’s Lisbon programme – social services of general interest in the European Union, and COM(2007) 725 of 20 November 2007 on services of general interest, including social services of general interest – a new European commitment

¹⁸ See SEC (2007)1514 of 20 November 2007 on frequently asked questions on the application of the rules for public contracts to social services of general interest

¹⁹ See article 2.2 under a) of directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council of 12 December 2006, excluding them from its scope (OJ L 376)

²⁰ COM (2004) 374 final of 12 May 2004

²¹ OJEC No. C 281 of 26 September 1996

²² More particularly a second communication on SGIs in 2000, a report to the European Council in 2001, a Green Paper in May 2003, a White Paper in May 2004, and, most recently, a communication “accompanying” the revised Communication on strategy in the internal market of 20 November 2007 – COM (2007) 725 final.

evolved, which shows that the process is not yet stable. Thus in its 2004 White Paper the Commission referred to *“both market and nonmarket services that the public authorities classify as being of general interest and may therefore be subject to specific public service obligations”*. In its last Communication in 2007, the Commission no longer referred to the distinction between market and nonmarket services, but to the distinction that is more usual in Community law between the economic and the non-economic: *“they [services of general interest] can be defined as the services, both economic and non-economic, which the public authorities classify as being of general interest and subject to specific public service obligations”*²³. This still leaves the distinction to be drawn between economic and non-economic activities.

25. This is not always an easy line to draw, as this is a “grey area” that tends to appear when considering certain activities such as social services of general interest (referred to hereinafter as “SSGIs”). Aware of this difficulty, the Commission has avoided proposing a definition of these SSGIs. It prefers firstly proposing drawing a distinction between two main groups of SSGIs – on the one hand the statutory and complementary schemes for social protection, and on the other the other essential services provided directly to the individual (followed by an indicative list based on four areas – assistance to persons in need, assistance with insertion and training, the inclusion of the handicapped and the sick, and subsidised housing). It then highlights a series of organisational characteristics intended to make it easier to identify an SSGI – operation on the basis of the principle of solidarity, the multidisciplinary and personalised nature of the service, including the guarantee of fundamental human rights, absence of a profit-making intent, participation of volunteers and unpaid workers, and great proximity and an asymmetrical relationship between the providers and the beneficiaries of the service that cannot be assimilated to a «normal» supplier/consumer relationship and thereby requires the participation of a third party to provide funding.²⁴
26. The Commission’s prudence shows how difficult it is to apprehend a subject such as that of SSGI because it corresponds to an object with complex and very varied missions that are deeply anchored in national and even local collective preferences, unlike SGEIs supplied by network industries (energy, postal and telecom services, transport). The treatment of health services, not referred to in the aforementioned communication of 2006 on SSGI, although they are SSGIs according to the White Paper on SSGIs, provides another example of this difficulty, as the Commission obviously found it extremely difficult to reach a consensus among its members in order to adopt a specific Community instrument²⁵.
27. Contrary to what some people might think, the debate is far from over and the clarification of both the concepts involved and the Community schemes applicable to public service activities deserves continuation. At any event, the Treaty of Lisbon now imposes this exercise by opening up new prospects for the place and the role of SG(E)Is in the European Union.

II – Possibilities made available to SGIs under the Treaty of Lisbon – an inventory

28. The Treaty of Lisbon opens up three new types of prospects for SGIs – a legal foundation to establish the principles and lay down the conditions for carrying out their mission of general interest at the

²³ The aforementioned COM (2007) 725.

²⁴ Cf. COM (2006) 177 of 26 April 2006, *“Implementing the Community Lisbon programme: social services of general interest in the European Union”*. See also Chapter 2.3 of the aforementioned COM (2007) 725.

²⁵ See the withdrawal, in extremis, from the agenda of the meeting of the college of the Commission to be held on 20 December 2007 of the draft communication and directive for the implementation of patients’ rights in respect of transfrontier health care.

Community level (A); interpretative guidance, in a protocol, to guide the European legislator and institutions (B), and the acknowledged binding force of the Charter of Fundamental Rights (C).

A. A legal foundation henceforth uncontested for the Community legislator in the field of SGEIs

29. The Treaty of Lisbon amends the present Article 16 EC which becomes the new Article 14 of the Treaty on the Functioning of the EU (referred to hereinafter as “the TFEU”). The changes made are mainly inspired by the amendments introduced by Article III-122 of the 2004 Treaty establishing a Constitution for Europe. This was the fruit of the work carried out by the Convention for the future of Europe in 2002-2003 in which all Member and Candidate States, national Parliaments and all the Community institutions, including the European Economic and Social Committee as an attentive observer, participated, as well as the partners in the European social dialogue.
30. The first contribution of Article 14 of the TFEU aims to state that there is no prejudice to the new Article 3a of the EU Treaty, the novelty of which lies in its second paragraph²⁶, which reads as follows:

“The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.”
31. We may see in this a clause that restricts exercise of the EU’s competences, which could have an effect more particularly on “regalian” SGIs, such as the police, the diplomatic service, justice and the armed forces.
32. The second contribution is to lay down that it is under these conditions, particularly economic and financial, that SGEIs must be able to function to enable them to fulfil their missions. This may seem to be an insignificant addition, but it emphasises a very pertinent theme – the necessity of financial continuity for SGEIs, as the Court of Justice itself has stressed in authorising derogation from the rules of the Treaty where this is necessary for the undertaking responsible for an SGEI to fulfil its mission of general interest and, in particular, to have the benefit of economically acceptable conditions²⁷.
33. The final contribution is without a doubt the most fundamental. The following sentence has been added to the current wording of Article 16 EC (future Article 14 of the TFEU):

«The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish these principles and set these conditions without prejudice to the competence of the Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services.»
34. We find here the added value of Article III-122 of the constitutional treaty, which makes the new Article 14 of the TFEU not only a “provision of general application” which must, as a result, inspire all the EU’s actions, but also and above all a legal foundation that is henceforth uncontested for the common and transversal

²⁶ Since the first paragraph details the principle of the EU’s competences of attribution (see present Article 5, paragraph 1, EC) and the third paragraph reaffirms the principle of fair cooperation of the Member States and EU (see present Article 10 EC). See in this regard also the new role of national Parliaments in the decision-making process (Article 12 TFEU and Protocol N° 1)

²⁷ See paragraph 14 of the aforementioned Corbeau judgment and, on the same lines: CJEC, 17 May 2001, *TNT Traco*, C-340/99, rec. I-4109, paragraph 54, and CJEC, 15 November 2007, *International Mail Spain SL*, C-162/06, paragraph 34.

rules for the accomplishment of the tasks of SGEIs, whereas until now the Commission seemed to set aside such an option on the basis of Article 16 EC alone²⁸. Whatever the case, these common rules will have to be established in the framework of the “ordinary” legislative procedure, which is in fact the current procedure of improved codecision, and the extended field of application (Article 251 of the TFEU).

35. With regard to the content of these future common rules, the new phrase added to Article 16 EC informs us that they are to lay down the principles and conditions for the smooth functioning of SGEI in the EU.
36. Concerning the principles more specifically, it is worth referring to Declaration 13 appended to the Treaty of Amsterdam (which is still in force and not called into question by the Treaty of Lisbon), which states that *“the provisions of Article 7d of the Treaty establishing the European Community (new Article 16) on public services (sic) shall be implemented with full respect for the jurisprudence of the Court of Justice, inter alia as regards the principles of equality of treatment, quality and continuity of such services”*. It may be deduced, for example, that the principles to be established could be those that recognise and harmonise the rights of users of SGEIs; the new Protocol on SGIs highlights the importance of taking their needs and preferences into account (see below). Moreover, the establishment of such principles could also give a useful effect to Article 36 of the Charter of Fundamental Rights regarding access to SGEIs.
37. As for the conditions that the future regulations of Article 14 TFEU will be required to lay down, it is stated that these are more particularly of an “economic and financial” nature. It will therefore be necessary to raise issues connected with the financing of SGEIs, particularly from the viewpoint of the application of the rules for the supervision of State aid (for example in the context of a revision of the “Altmark” package of November 2005) to territorial equalisation and to any mechanisms of solidarity between players on the market in which a universal service or public service obligations (compensation fund, access fees, etc) are defended or to specific accounting obligations that may be required of an undertaking responsible for managing an SGEI.
38. Lastly, the final phrase of the new Article 14 of the TFEU is accompanied by another clause that restricts Community action, which may not prejudice *“the competence of the Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services”*. However, the wording used (*“without prejudice to”*) must be properly understood – while the Community legislator cannot take the place of the national legislator to define an SGEI and determine the schemes for its management and financing, the general principles of Community law remain applicable and must therefore be respected in implementing such schemes. These include, for example, the principles of equality of treatment, non-discrimination and transparency in the selection of outside service-providers for an SGEI, as well as the rules governing supervision of State aid and compensation for public service (Article 87 EC and ‘Altmark’ jurisprudence and regulations).

B. A new protocol – instructions for the Community institutions on the principle of the primacy of the proper accomplishment of general interest tasks

39. Whereas the new Article 14 of the TFEU could reasonably be expected in the light of progress achieved during the negotiations on the constitutional treaty, the new protocol on *“services of general*

²⁸ But without being convincing on the total lack of legal foundation for a general set of regulations, since the content of Article 16 EC could quite readily be combined with that of Article 95 EC, for example, with regard to the internal market. It should be remembered that it is on this legal foundation that the aforementioned Directives were adopted in the sectors of energy and postal and telecommunication services.

interest” (SGIs) appended to the amended EU Treaty and to the new TFEU by the Treaty of Lisbon is a real innovation²⁹.

40. The fact that a protocol is devoted to SGIs as a whole and no longer to just SGEIs in particular is already in itself a novelty, since in doing so the actual concept of SGIs passes from the status of “soft law” (Commission doctrine, see above) to that of primary law, in that a protocol appended to a treaty forms an “*integral part*” of that treaty³⁰. Moreover, echoing the wording of Article 14 of the TFEU devoted to SGEIs, the Protocol also emphasises “*the importance*” of SGIs, even if the reference to their place among the shared values of the EU is not taken up as a general reference (but only for SGEIs – see Article 1 of the Protocol).
41. At any rate, the Protocol is not intended to be merely a declaration of principle. On the contrary – it takes an operational stance, and its provisions are defined explicitly as being “*interpretative*” of the Treaties and of “*the shared values of the Union in respect of services of general economic interest*”. In other words, it will constitute a real set of instructions for Articles 14 and 106, paragraph 2,³¹ TFEU for both the EU and the Member States.
42. The Protocol has two articles; the first concerns SGEIs, and the second NESGIs, but it does not attempt to resolve the problem of distinguishing between the two categories of SGI.
43. Article 1 of the Protocol is intended to provide details of what is covered by “*the shared values of the Union in respect of services of general interest within the meaning of Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union*”³². Although we may query whether the details given are not “principles” rather than “shared values” within the meaning of those that are behind European construction, as expressed more particularly in the Preambles and in Articles 1 and 2 of the EU and EC Treaties³³, these guidelines, of an imperative nature in view of their status as primary law, should be observed by both the Community legislator when considering the adoption of the regulations referred to in Article 14 TFEU, and by all the Community institutions in their actions, in order to respect some of the competences of the Member States with regard to SGEIs. These guidelines or interpretative references are clearly inspired by demand rather than by supply, in that it is the user or consumer of SGEIs that is at the centre of the scheme.
44. Thus, firstly, the first dash of Article 1 of the Protocol refers to “*the essential role and the wide discretion*”³⁴ of national, regional and local authorities in providing, commissioning and organising services of general economic interest as closely as possible to the needs of the users”. Apart from the notable exception of the matter of financing, we find here the spirit if not the wording of the clause reserving competence which is included at the end of Article 14 TFEU. It should not however be deduced automatically from this that the Member States are completely free. The reference to the needs of users should be considered as a key element they will have to observe since the creation of SGEIs is only justified if it allows the satisfaction of missions of general interest to the advantage of the main beneficiaries of these services³⁵.

²⁹ The initiative for which lay with the Dutch Prime Minister who made this the guiding thread of his Government’s position for the final stage of negotiating the new Treaty. See appendix below for the origins of this proposal, connected with a dispute between the Netherlands and the European Commission on the conditions for applying appreciation of manifest error to the qualification of an SGEI in the financing of subsidised housing. (see appendix below)

³⁰ See Article 311 EC, which will be included in Article 49 B (new) of the EU Treaty.

³¹ Current Article 86, paragraph 2, EC, not substantially amended by the Treaty of Lisbon

³² It should be remembered that Article 16 TFEU of the Lisbon treaty will become Article 14 TFEU once the Treaty of Lisbon is ratified.

³³ Liberty, democracy, respect of human rights and fundamental freedoms and the rule of law, solidarity among peoples, economic and social progress, etc.

³⁴ It should be noted in passing that the first version of the Lisbon Treaty made public on 5 October 2007 referred to the considerable leeway to be enjoyed by the public authorities concerned.

³⁵ In the same way as the scheme of protection provided for in Article 86-2 cannot be invoked by an undertaking responsible for managing an SGEI which fails in its task - cf. jurisprudence on public service failings (CJEC, 23 April 1991, C- 41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, rec. I-1979; 11 December 1997, *Job Centre coop. Arl*, C-55/96, rec. I-7119 and 8 June 2000, *Giovanni Carra*, C-258/98, rec. I-4217, on activities of public employment agencies.

45. The second dash is levelled perhaps more at the European Commission and the Community legislator, which are invited to take into account the “diversity” of the SGEIs and the “differences in the needs and preferences of users that may result from different geographical, social or cultural situations”. In other words the Member States clearly wanted it understood that they were best placed to appreciate the collective preferences and specific expectations of their citizens in terms of SGIs. Such an interpretation, if it were to take precedence, would not be without incidence over the checking for manifest errors that the Commission reserves, under the benevolent eye of the Community judge, on the scope of the definition of SGEIs by the Member States (see below, under III). It cannot continue to ignore the singular nature of the public logic and democratic choices of each Member State through the implementation of SGEIs, as in the case of the dispute over aid for subsidised housing in the Netherlands³⁶ when it decided to reason by analogy with an earlier dispute on similar aid in Ireland³⁷, despite the fact that the political concepts underlying the two schemes were not the same.³⁸
46. Lastly, the third dash of Article 1 of the Protocol emphasises what may be called the major principles that are to inspire the functioning of SGEIs³⁹ – a high level of quality, security and accessibility; equality of treatment and promotion of universal access and users’ rights. It is true that these principles already largely result from the aforementioned texts of derived law and jurisprudence at the Court⁴⁰. Henceforth, however, they will also have to inspire any approach, whether transversal or sector-based (see below, under III).
47. Article 2 of the Protocol on services of general interest is innovative, for its part, in introducing a new acronym into the Community’s vocabulary – the NESGI, although this is not very different from the concept of the non-economic service of general interest already encountered, with the Services Directive. The fact remains nevertheless that, for the first time ever, like SGIs taken as a whole, non-economic SGIs are referred to in a text of primary law, and not only in a communication from the Commission or in a text of derived law.
48. It is not, however, a matter of regulating NESGIs, but on the contrary of recalling that Community law cannot in any way infringe the competence of the Member States to supply, commission or organise such services. Like the earlier “without prejudice” phrase used for SGEIs, the idea of “without infringing” does not close every door to Community intervention, inasmuch as the exercise of a national competence remains bound for its implementation by the general principles of Community law, even though it may be thought that the risks of tension are less real in the non-economic sphere than in the framework of economic activities that are naturally covered by Community rules⁴¹.
49. At any rate, by drawing a distinction between SGEIs and NESGIs and the need to have common operational principles respected, the Protocol shows just how important an exercise in clarifying the concepts and schemes at issue is in offering legal security both to the undertakings and bodies

³⁶ Aid measure no. E2/2005, former NN 93/02

³⁷ Aid measure no. N 89/2004

³⁸ The definition of the scope of beneficiaries for subsidised housing is residual in Ireland whereas it is universal in the Netherlands; see Appendix III on the origin of the SGI Protocol.

³⁹ Which could be called ‘major European laws on services of general interest’ in line with the ‘Rolland laws’ in French doctrine on public services.

⁴⁰ Declaration No. 13 on Article 7d of the Treaty establishing the European Community (new Article 16 EC, appended to the EC Treaty by the Treaty of Amsterdam) states that this provision should be implemented “with full respect for the jurisprudence of the Court of Justice, *inter alia* as regards the principles of equality of treatment, quality and continuity of such services”.

⁴¹ See, however, for example, paragraph 92 of the judgment of the Court of Justice of 16 May 2006, in the case of Yvonne Watts, C-372/04, regarding the healthcare and social security SIG: “Whilst it is not in dispute that Community law does not detract from the power of the Member States to organise their social security systems, and that, in the absence of harmonisation at Community level, it is for the legislation of each Member State to determine the conditions in which social security benefits are granted, when exercising that power Member States must comply with Community law, in particular the provisions on the freedom to provide services [...]. Those provisions prohibit the Member States from introducing or maintaining unjustified restrictions on the exercise of that freedom in the healthcare sector.”

responsible for these services as well as to their beneficiaries. The coherence of this new architecture of primary law suggests to us that such an exercise requires one or more regulation initiatives on a themed basis, which the Commission itself refers to in its Communication of 20 November 2007, and this is now set out, not to say imposed, by the Treaty of Lisbon, and that they should be implemented on specific foundations, complementing sector-based regulations, the pertinence of which may be checked on an individual basis (see below, under III).

C. New binding fundamental rights in favour of SG(E)Is

50. The new Article 6, paragraph 1, of the EU Treaty, resulting from the Treaty of Lisbon, states that *“the Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adopted at Strasbourg on 12 December 2007”* and proclaimed solemnly and jointly on that date by the European Parliament, the Council and the Commission⁴². But above all it is stated that the Charter henceforth has *“the same legal value as the Treaties”*⁴³.
51. Among the rights listed in the Charter, a number offer significant added value to the Community status of SGLs and SGEIs. This is the case firstly in the most explicit and direct manner in its Article 36, which reads as follows:
“The Union recognises and respects access to services of general economic interest as provided for in national laws and practices, in accordance with the Treaties, in order to promote the social and territorial cohesion of the Union.”
52. Although, as emphasised in the explanations concerning the Charter published in the Official Journal of the EU⁴⁴, this provision is *“fully in line”* with Article 14 of the TFEU and does not *“create any new right”*, the fact remains nevertheless that it reinforces the principle of accessibility as an essential principle of the functioning of SGEIs in the Member States, a principle that the Community legislator must ensure observance of and must not hesitate in imposing wherever it is not yet effective.
53. The other contributions of the Charter to SG(E)Is should not be under-estimated. Article 34, paragraph 1, deserves attention in this respect as it refers to an *“entitlement to social security benefits and social services providing protection in cases such as maternity, illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment, in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices”*⁴⁵. This places us right at the heart of the definition of many SSGIs, such as that of subsidised housing, with Article 34, paragraph 3, referring to the *“right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources”* and that of health care covered by Article 35 on the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment.
54. These various provisions may be implemented by legislative and executive acts taken by the Union’s institutions⁴⁶. The institutions can only be ardently invited to do so, since this is the only way to have a real impact on the Member States, inasmuch as the principles set out in the Charter are addressed to them *“only when they are implementing Union law”*⁴⁷ What further proof is needed that,

⁴² Published in OJEU C 303 of 14 December 2007, pp. 1-16

⁴³ Except for those Member States which have negotiated an opt-out, such as Poland and the United Kingdom.

⁴⁴ OJEU C 303 of 14 December 2007, pp. 17-35. These explanations should be taken duly into consideration for the interpretation of the rights, freedoms and principles set out in the Charter (Article 6, third paragraph, of the EU Treaty resulting from the Treaty of Lisbon).

⁴⁵ This last reference is intended to set aside any obligation on the part of the Member States to create such social services where they do not exist – explanation in Article 34 of the Charter of Fundamental Rights, p. 27.

⁴⁶ Article 52, paragraph 5, of the Charter.

⁴⁷ Article 51, paragraph 1, of the Charter.

as far as SG(E)Is are concerned, the new Article 14 TFEU and the new Protocol may also offer new prospects for expressing and consolidating the fundamental rights that these services are essential to guaranteeing or implementing?

III – The period after the Treaty of Lisbon – what will actually happen for SG(E)Is?

55. The Treaty of Lisbon marks an important stage in the adoption of a new architecture for SGIs and a transversal regulatory approach with regard to SGEIs, not only by making it legally possible henceforth (Article 14 TFEU), but also by making it necessary in the light of the guidelines now set out firmly in primary law (SGI Protocol) which argue in favour of unification, or at least rapprochement, of the concepts (particularly those concerning end users, consumers, users, or clients of SGEIs) and schemes and procedures applicable to SGEIs (particularly as regards the settlement of disputes and the role devolved to the national regulatory authorities), so that an exclusive ad-hoc approach ceases to apply in terms of legislation (sector-based directives) and disputes (depending on complaints or cases brought by the Commission or those which arise in national courts).
56. Added to the aforementioned objective of legal security necessary for the effective application of Article 86, paragraph 2, EC, this objective corresponds no more or less than to the one that inspired the Commission when it proposed its framework directive on services in the internal market⁴⁸. And inasmuch as this text excludes NESGIs from its scope of application and plays down SGEIs, the way is open for a similar exercise specifically for them.
57. As a result, two sets of questions need to be asked. Firstly, what method should be given precedence in terms of legal instruments? And secondly, what content or what subject matter should these legal instruments be given?

A. What are the options in terms of legal instruments?⁴⁹

58. Article 14 TFEU leaves the Community legislator with no choice as it imposes both the nature of the act (Regulation) and the procedure for its adoption (the ordinary legislative procedure). Using regulations may seem to be rather rigid, in that it leaves Member States little (or no?) leeway in implementation and it may therefore be difficult to achieve a consensus for adoption. Even so, the exercise is not in itself impossible, as has been demonstrated by the adoption of the new Regulation on public passenger transport services by rail and by road⁵⁰, although it is true that the Commission has had to revise this document twice. But that is exactly the price of the democratic reinforcement of procedures and the use of codecision on the part of the European Parliament and the Council to enlighten and guide both the Commission's initiatives and the discussions among the Member States and MEPs. The Commission would also perhaps be less tempted to make use of its sometimes hair-splitting doctrine⁵¹ or to adopt decisions or directives in application of Article 86, paragraph 3, EC (future Article 106, paragraph 3, TFEU).

⁴⁸ See explanatory memorandum to COM (2004) 2 final of 13 January 2004.

⁴⁹ See appended summary table of options offered by the regulations.

⁵⁰ Regulation (EC) No. 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 repealing Regulations (EEC) No. 1169/69 and (EEC) No. 1107/70 of the Council (OJ L 315).

⁵¹ This particularly calls to mind the practice of handbooks on implementation [see the handbook produced for the Services Directive] or memos in the form of questions and answers, as was the case for the FAQ published on 20 November 2007 to accompany the aforementioned communication SIG - COM (2007) 725.

59. At any event, where it is a matter of defining the principles and conditions for application of the requirement to fulfil missions of general economic interest, the Regulation may prove to be a suitable instrument, guaranteeing the unity of implementation across the European Union and effective and immediate application in the Member States.
60. Nor should it be deduced from Article 14 TFEU that this is the only option for intervention by the Community's institutions. In other terms, the adoption of Regulations on the basis of Article 14 TFEU will not preclude the adoption of other instruments, in the context of the complementarity of the legal foundations and procedures implemented. Thus, apart from the normative and/or curative power of the Commission on the basis of the aforementioned Article 86-3 EC⁵², the use of the Directives referred to in Article 95 EC (future Article 114 TFEU) in the context of the establishment of the internal market could still prove to be worthwhile and relevant, particularly for both amending an existing liberalising directive in the light of the interpretive guidelines of the SGI Protocol in keeping with regulation(s) under Article 14 TFEU and complementing such regulations by adopting a sector-based approach and/or by harmonising certain aspects of the organisation and management of SGEIs without directly affecting the principles and conditions of their proper functioning.
61. One option nevertheless remains open on the actual use of Article 14 TFEU – should we be aspiring to the adoption of a single regulation, some kind of framework regulation which would lay down the principles and the conditions for the functioning of any activity qualifying as an SGEI, or should we be giving preference to a multiple, gradual approach which would lead to the adoption of several regulations designed to resolve, one after the other, the main common problems encountered (theme-based horizontal approach) and/or adapt these principles and conditions to the various sectors concerned (sector-based horizontal approach)? For our part, we would lean towards this latter sequential approach, without prejudice to pace of adoption, which could be condensed, using the 'legislative package' technique with adoption in one go⁵³, or be more spread out over time. This does not exclude the possibility of a combination of the two, as necessary, using a sector-specific approach but more focused on a specific feature of a category of SG(E)Is.
62. Apart from the fact that the plural used in Article 14 TFEU in referring to the Regulations pleads in favour of this, such an approach also appears to be compatible with the strategy that the Commission intends to implement when it refers to "a combination of sector-based actions and actions involving specific issues"⁵⁴, although it has to be said that on SSGIs, for instance, whereas the European Parliament has expressed a clear political desire to invite it to propose a sector-based directive for these services, the Commission has not so far done so.
63. Whichever option is retained, it will be impossible to not carry out a prior exercise to identify the need to regulate, as required in principle by Article 5, paragraph 3, EC⁵⁵ and as generally defined by the future SGI Protocol, which highlights the analysis of users' "needs and preferences". Such an exercise would therefore prejudge a large part of the concept of the regulation.

B. What options in terms of content?

64. This involves proposing a practical, pragmatic approach consisting of examining whether derived law, as it currently exists, is sufficient in relation to the new primary law referred to above and

⁵² Power that it may implement in a quasi-discretionary manner or at the least "as required", according to the wording of the provision.

⁵³ See in this connection the 2002 "telecoms" package, the 2004 "single sky" package, and the three railway packages

⁵⁴ The aforementioned COM (2007) 725, chapter 4, first paragraph

⁵⁵ "Community action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaty." See in this connection Article 3 b, paragraph 4, of the TFEU (principle of proportionality).

whether new legislative initiatives are necessary. This approach involves examining to what extent new legislative initiatives, as brought about by Article 14 TFEU, are necessary to lift the current legal uncertainties and may provide added value.

65. The issue that we propose to develop is the same as that put forward by the European Commission in its Communication of 20 November 2007, in which it proposes “*consolidating the EU framework applicable to services of general interest, including for social and health services, providing concrete solutions for concrete problems where they exist*” and “*a mix of sector-specific and issue-specific actions*”. The sector-specific and transversal actions should therefore be combined, rather than opposed.
66. It was inherent in the research into ways and means of gradually Europeanising SGEIs starting at the end of the 1980s – without having an established frame of reference – that the action is intended to take account of the specific features of each of the sectors concerned: telecommunications do not have the same technical and economic characteristics as air transport or electricity. But once it became apparent that primary law recognised that SGEIs were globally part of the EU’s “*shared values*” and contributed to its “*social and territorial cohesion*”, it became essential to combine sector-specific actions (taking into account the specific features of each sector) and cross-cutting issues. It is this dual approach that we shall attempt to develop and explain.

a) In terms of sector-specific actions

67. This involves both taking account of the new provisions of primary law when revising sector-based derived law and examining whether the sector-based approach used until now is sufficient to take the specific characteristics of each activity into account.

1. Ensuring that the new provisions of primary law are taken into account when revising each sector-based framework

68. The aforementioned Communication from the European Commission of 20 November 2007 draws up an inventory of current initiatives in terms of the revision and updating of sector-specific frameworks. The new provisions of primary law, including the “*shared values*” referred to in the SGI Protocol and the provisions of the Charter of Fundamental Rights, should be included as specific reference in these revisions, without waiting for the end of the process of ratifying the amending treaty. For example, this action could have been taken as soon as the new Postal Services Directive⁵⁶ had its second reading, to examine whether its provisions were compatible with the new TFEU.

2. Examining whether present sector-based action is sufficient in relation to the specific features of each general interest activity

69. Although precise rules were drawn up for the sectors considered as SGEIs during the 1990s (telecommunication, postal services, electricity, gas, transport) and the definition of PSO or US structured the liberalisation process, the gradual extension of the range of activities deemed “economic” – either in each Member State or at the Community level, and more particularly with the development of the CJEC’s jurisprudence – has had the result that the specific features of a whole range of SGEIs are not taken into account in the positive derived law.

⁵⁶ Vote on second reading in the European Parliament on 31 January 2008.

70. This is particularly the case of social services of general interest (SSGIs). At the time of the consultation on the 2003 Green Paper, the majority of the players in the sector (local public authorities, operators, representatives of users, and NGOs, whether they are service providers or representatives of users) emphasised that they felt there was an increasing level of legal insecurity with relation to the body of Community legal norms to which they were subject in view of their specific features, particularly as regards being entrusted with public sector tasks (see above). They stressed that they were part of a “grey area”, and that this was prejudicial to the accomplishment of the missions entrusted to them. As a result:

- the Commission embarked on a process of specific consideration (Green Paper and White Paper on SGIs, Communication, studies, etc),
- the services were largely excluded from the scope of the Services Directive⁵⁷, and
- on two occasions the European Parliament called for a sector-based derived law to be drawn up⁵⁸.

Even so, the Commission has not adopted this approach, in obvious contradiction with the sector-based approach it prefers, and now intends to limit its proposals to a series of replies to a number of “*frequently asked questions*”. This approach should obviously lead to a “*consolidation of the EU framework applicable to services of general interest, including social and health services*”.⁵⁹

71. Particularly with the mechanism of the “interactive information service”⁶⁰, we may wonder if the Commission is not going beyond the prerogatives given to it by the Treaties in its capacity as “guardian of the Treaties”, not in terms of the actual principle of the initiative, but in terms of the conditions governing its establishment. The Commission was careful to precede the launch of the initiative with a series of questions and answers, more particularly in two appendixes to the Communication of 20 November 2007, which does not merely refer to existing norms or to the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities, but which also adds its own interpretations, often surreptitiously (cf. below). To meet the demands of legal security, it remains essential to embark on a legislative procedure, as Article 14 TFEU now instructs to do.

b. In terms of cross-cutting action

72. As we have stressed above, it is not a matter of opposing sector-based action and cross-cutting action, but of taking their complementary features into account. A number of initiatives on the part of the European Commission in recent years or currently in preparation fall within this dynamic, such as the “Altmark” package in 2005 on compensation for public service obligations, or the current consideration of public-private partnerships (referred to hereinafter as “PPPs”) (impact study on a Directive on concessions, new Communication on institutionalised PPPs).

73. Here again it is necessary to examine pragmatically firstly whether the existing provisions meet the objectives of the new Treaties, and secondly if these involve new legislative initiatives. Three areas in particular should be investigated:

- the conditions for implementing Article 86, paragraph 2, EC,
- the principle of subsidiarity, and
- the economic and financial conditions for accomplishing the missions of SGEIs.

⁵⁷ European Parliament and Council Directive No. 123/2006/EC of 12 December 2006 on services in the internal market, OJEU L. 376 of 27 December 2006

⁵⁸ Rapkay Report of 14 September 2006, and Hasse-Ferreira and Toubon Reports of 2007; cf. also the conclusions of the SGI Forum in Lisbon on 17 September 2007.

⁵⁹ Aforementioned COM (2007) 725, chapter 4, first paragraph

⁶⁰ http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_en.html

These could be covered either by specific regulations or be dealt with in the form of a “package”.

**1. Clarifying the conditions for implementing Article 86, paragraph 2, EC
(Article 106 TFEU)**

74. This article, which has remained unchanged since the Treaty of Rome was adopted in 1957, is analysed and interpreted in contrasting ways, including in recent documents produced by the European Commission.
75. On the one hand, it is often presented as being able to make SGEIs “derogations” or “exceptions” to the general rules of the Treaties with regard to competition and the internal market. This is what transpires from the aforementioned Communication of 20 November 2007, which states as follows: *“However, where the application of these rules obstructs the performance, in law or in fact, of the particular tasks of general interest assigned to them, these services may benefit from a derogation from the provisions of the Treaty, provided certain conditions are satisfied, notably as regards the proportionality of the compensation provided to undertakings entrusted with the operation of those services.”*
76. On the other hand, the European Commission wrote in its White Paper in 2004 that by virtue of the EC Treaty and subject to the conditions laid down in Article 86-2, *“the effective performance of a general interest task prevails, in case of tension, over the application of Treaty rules”*.
77. Are these two interpretations compatible? Or at least what are the conditions for their compatibility? Clarification is needed here to give all the players involved real legal security.
78. This requires overturning the interpretation, which we feel is abusive, adopted by the European Commission in its Communication of 20 November 2007. On page 4 it writes as follows: *“Services of general economic interest: the provision and organisation of these services are subject to internal market and competition rules of the EC Treaty since their activities are economic in nature”*, without mentioning that “derogations” are possible. It also states on page 6: *“If a service of general interest is regarded as economic, it is subject to internal market and competition rules.”* Just a few lines after the quote given above it states: *“However,...”*.
79. In fact we have to return to the wording of Article 86, paragraph 2, CE, which states in the same sentence that *“undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest ... shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community”*.
80. It is essential that two elements be taken into consideration here – *“the particular tasks assigned to them”* and *“the development of trade ...”* – so that the notions of “derogation” and “precedence” of a task of general interest may be made compatible. As the Court pointed out, the derogation (Article 86, paragraph 2) *“could never be effective if its application were at the same time required to ensure full compliance with the rules from which it is supposed to derogate”*.⁶¹

⁶¹ See aforementioned judgment T-289/03, paragraph 318.

81. "Particular tasks" therefore need to be clearly defined in an *"official act carrying legal force in national law"*⁶² drawn up by the competent public authority – law, regulation, contract, agreement, etc. Furthermore, the methods for implementing these tasks must be in proportion to the task, including in terms of effect on trade. Clarifying these conditions and their methods of implementation is now necessary in positive derived law⁶³.
82. Particularly as, in respect of the Member States' definition of SGEIs, the European Commission's supervision is limited to an appreciation of *"manifest error"*, and the scope, content and method of its doing so should be clearly established in order to avoid extensive interpretations, as has been the case in the field of subsidised housing (see above). As the Court notes, *"even though the Member State has a wide discretion when determining what it regards as an SGEI, that does not mean that it is not required, when it relies on the existence of and the need to protect an SGEI mission, to ensure that that mission satisfies certain minimum criteria common to every SGEI mission within the meaning of the EC Treaty, as explained in the case-law, and to demonstrate that those criteria are indeed satisfied in the particular case. These are, notably, the presence of an act of the public authority entrusting the operators in question with an SGEI mission and the universal and compulsory nature of that mission. Conversely, the lack of proof by the Member State that those criteria are satisfied, or failure on its part to observe them, may constitute a manifest error of assessment, in which case the Commission is required to make a finding to that effect, failing which the Commission itself makes a manifest error."*⁶⁴
83. This also requires a clarification of the methods for appointing the operators of SGEIs⁶⁵, to state the link between the official document defining the specific mission and the notion of appointment which involves an obligation to provide a service or make it available, its distinction in relation to authorisation schemes, possibilities for adapting and updating the appointment in keeping with the evolution in needs, methods for adapting to those cases particularly present in SSGIs where a service provider carries out its activity on a voluntary basis, perhaps on a not-for-profit basis, recognised by the public authority. Here again it is not possible to rely on a clarification for each individual case, depending on disputes, as the case of the Irish health insurance scheme showed recently, when the Court added further details, according to which firstly a Member State may choose to have a SGEI mission carried out by all the operators in a given sector and that *"there can be no requirement that each of the operators (...) be separately entrusted with that mission by an individual act or mandate"*, and secondly *"the operators entrusted with the SGEI mission by an act of a public authority are, in principle, required to offer the service in question on the market in compliance with the SGEI obligations which govern the supply of that service"*. The Court states that *"the binding nature of the SGEI mission does not presuppose that the public authorities impose on the operator concerned an obligation to provide a service having a clearly predetermined content"*.⁶⁶
84. Thus it becomes apparent that once the "specific task" has been clearly defined and involves proportionate derogations from the rules of the Treaty, particularly in terms of competition and the internal market, it must be possible for it to take precedence.

⁶² Reply to Question 5.2 in working document SEC(2007) 1516.

⁶³ In its reply to Question 2.11 in working document SEC(2007) 1516, the Commission wrote as follows: *"If an activity is economic and affects trade between Member States, competition rules apply to it."* It added: *"This however does not mean that public authorities have to ensure that a multiplicity of service providers is present in the market. Moreover, this does not mean that public authorities have an obligation to privatise entities providing SGEI/SSGI or abolish special or exclusive rights already granted to service providers, which are necessary and proportionate for the performance of the SGEI/SSGI concerned."*

⁶⁴ See aforementioned judgment T-289/03, paragraph 172

⁶⁵ The reply to Question 5.1 in working document SEC(2007) 1516 states that the act of entrustment *"is the official act which entrusts the company to carry out the SGEI, spells out the mission of general interest of the undertaking concerned, as well as the scope and the general conditions of the functioning of the SGEI/SSGI."* The reply to Question 5.2 stresses that *"an approval given by a public authority to a service provider authorizing him to provide some services does not correspond to the notion of act of entrustment. This is because it does not create an obligation for the operator to provide the services concerned"*. The reply to Question 5.3 adds that *"where it is not possible to define more specifically the services concerned, broad definitions of the public service mission can be accepted, as long as the scope of the mission is clearly set out"*.

⁶⁶ See aforementioned judgment T-289/03, successively paragraphs 183, 188 and 189.

2. Clarifying the conditions for implementing the principle of subsidiarity

85. The present Article 16 EC, just like the future Article 14 TFEU, defines a competence shared by the EU and the Member States with regard to SGEIs. Thus the methods for implementation fall under the principle of subsidiarity, and Protocol No. 2 to the Treaty of Lisbon lays down the conditions for implementation. But here again there is considerable legal uncertainty and insecurity, which the new provisions of primary law (Article 14 TFEU + SGI Protocol) should allow to set aside in the derived positive law.
86. It is therefore necessary to start out from new provisions which refer to the sharing of competences by referring to Article 4 TEU, to the competence of the Member States to provide, commission and fund SGEIs, to the essential role and broad discretionary powers of the national and regional authorities to provide, commission and fund SGEIs – to clearly establish the rights and duties of the public authorities with regard to SGEIs, including those of the European authorities with regard to both European services and “*non-economic services of general interest*”.
87. These rights and duties should lay down the conditions for defining SGEIs, NESGIs and SSGIs and hence the legal norms which may cover them. As mentioned above, these rights and duties should lay down the conditions for defining “specific tasks” and the possible checking for “manifest errors”.
88. The rights and duties of the public authorities are not restricted to merely “defining” SGIs; they also cover the definition of their forms of organisation – under what conditions may any exclusive or special rights be decided, and more generally what type of derogations may be applied to the rules set out in the Treaties?
89. The methods for implementing the principle of subsidiarity imply a statement in positive derived law of the conditions for choosing management methods. Here again there is at present considerable uncertainty and insecurity regarding the conditions for “in-house” management; at present this is only defined and clarified in the field of transport (new Regulation of 23 October 2007 on the PSO in urban transport mentioned above). This should be used as the inspiration for a reference framework applicable to all SGEIs. This would avoid the Commission speaking of an “exception” as regards “in-house” treatment⁶⁷, as this is a management method that should be explicitly acknowledged as being on a par with the others.
90. In connection with the conditions for “in-house” management, uncertainties, insecurity and disputes are now developing in connection with cooperation and the mutualisation of activities and/or services between local public authorities.⁶⁸ It is therefore becoming apparent that there is a need to clarify in positive law the conditions that the public authorities must meet in this respect.

3. Strengthening the “economic and financial” conditions enabling SGEIs to accomplish their tasks

91. Article 14 TFEU clearly emphasises the “*economic and financial*” conditions to be contained in the regulations that are to lay down the conditions enabling SGEIs to accomplish their tasks. The 2005 “Altmark package” made it possible to set aside a number of uncertainties in terms of financing

⁶⁷ Document SEC (2007) 1514.

⁶⁸ We refer here to cooperation between public authorities and not to the participation of private undertakings, as in the CJEC’s judgment in the case of Stadt Halle delivered on 11 January 2005 (Case No. C-26/03, rec. I-1): “Where a contracting authority intends to conclude a contract for pecuniary interest relating to services within the material scope of Directive 92/50, as amended by Directive 97/52, with a company legally distinct from it, in whose capital it has a holding together with one or more private undertakings, the public award procedures laid down by that directive must always be applied.”

compensation for public service obligations, particularly those involving small amounts or concerning subsidised housing and hospitals.

92. On the one hand, these provisions should be assessed in 2009 with a view to their possible adaptation or revision. Article 14 TFEU should imply that this procedure is carried out as a codecision on the part of the Council and the Parliament and not on the basis of a decision adopted by the Commission (Article 86, paragraph 3, EC), even if this takes place after the other Community institutions have been consulted.
93. At the same time, the "Altmark package" falls within the logic that consists of placing compensation for public service obligations under Article 87 of the Treaty and hence "State aid", with all the constraints that this implies in terms of public finance. The Court, in its judgments on the Ferring (2001)⁶⁹ and Altmark (2003) cases, pointed to a number of ways of considering that, under certain conditions⁷⁰, this compensation could not fall under the provisions of the Treaty regarding State aid. It would appear to be opportune to re-examine and better realise these possibilities, including a redefinition of the conditions laid down by the Court, in order to construct a regulation on the financing of SGEIs.
94. This regulation should establish the conditions for the public authorities' implementation of the range of possible methods of financing, respecting the principle of proportionality – public subsidies, tax advantages, compensation funds among operators, offsetting between users and/or uses, whether or not these are combined with the granting of exclusive or special rights, mechanisms such as "play or pay", etc.
95. In terms of economic and financial conditions, there should also be an examination of the means of removing the uncertainty that may lead to under-investment in the infrastructures necessary to ensure the security of functioning of SGEIs and the continuity of the services. Mechanisms should be established to make it possible to ensure that the economic players have the visibility they need to finance long-term investments.

4. Other areas requiring a coherent, secure Community approach

96. Until recently, the Community's sector-based rules drawn up for SGEIs (telecommunications, postal services, electricity, gas, transport) put most of the regulation of these sectors in the hands of the Member States and called for the institution of national regulatory authorities (NRA), even if forms of cooperation have been developed between them. Market developments and the integration of operators, however, are leading to increasing difficulties in exercising regulation and disparities that are prejudicial to achievement of the internal market. In two sectors (electronic communications and electricity) the question of the creation of Community regulatory agencies is now arising, and neither their objectives nor their powers are clearly apparent; it is necessary to state what they may contribute in terms of added value.
97. It appears to be necessary to clarify what is at stake concerning the status and the powers of the NRAs and any future community regulatory authority (CRA), including their relations with the

⁶⁹ CJEC, 22 November 2001, C-53/00, rec. I. 9067

⁷⁰ The CJEC's judgment in the Altmark case delivered on 24 July 2003 (Case No. C-280/00, rec. I-7747) lays down four conditions : firstly, the beneficiary company has effectively been charged with executing obligations of public service and these obligations have been clearly defined; secondly, the parameters forming the basis for calculation of the compensation have been established in advance objectively and transparently; thirdly, the compensation does not exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred by execution of these public service obligations, taking into account related income and a reasonable profit for execution of the obligations; and fourthly, if the undertaking instructed to carry out the public service obligations is not selected under a public award procedure, the level of the necessary compensation has been determined on the basis of an analysis of the costs that an average-sized undertaking that is well run and suitably equipped with means of transport to be able to meet the required demands of public service would have incurred in executing these obligations, taking into account related income and a reasonable profit for carrying out the obligations.

competition authorities; this should be a matter of defining a common foundation of minimum competences to be entrusted to the regulatory authorities, to state the conditions for cooperation with the competition authorities, and to ensure the participation of all the players concerned, and particularly users, in the Regulation, which is a prerequisite for its effectiveness and its legitimacy.

98. As regards the protection of users/consumers of SGEIs, an integral part of the “shared values” included in primary law by the Protocol appended to the Treaties, the Community institutions have adopted a hotchpotch of initiatives in recent years, including the airline passenger’s charter, the railway traveller’s charter, and the draft charter (non-binding) in the energy sector. But the relationship of users to SGIs cannot be divided up; it is the overall satisfaction of the citizen’s needs that is the *raison d’être* and the purpose of these services.
99. In the logic of the Charter of Fundamental Rights and the principles of the SGI Protocol, there is a real need for a common central pillar providing guarantees in terms of social and territorial accessibility, equality of treatment, affordability, quality, transparency of information and of the conditions of the service, handling of complaints and claims, settlement of disputes, etc.
100. The definition of these guarantees, as well as the effectiveness of their implementation supposes democratic participation on the part of users and more generally on the part of citizens at every stage in defining and organising SGIs – the expression of needs, the design of appropriate services, implementation, supervision, and assessment.
101. Regarding assessment of the performance of SGEIs, the various communications of the Commission since 1996 and regular reports published by the Commission since 2001 on network industries⁷¹ and a recent study on the methodology⁷² expressed a need therefor, but it is not included among the “*shared values*” listed in the SGI Protocol to be appended to the TEU and the TFEU.
102. The assessment of the performances of the SGEIs is necessary in respect of the “needs and expectations” of users (within the meaning of the SGI Protocol), and hence not only centred on the cost/price of the service but also on its quality, its accessibility/universality, its contribution to social progress, economic, social and territorial cohesion, the guarantee of fundamental rights, employment, etc. The assessment should be carried out at the level on which the services and their missions are defined, incorporated in a shared methodology based on criteria of transparency, objectivity and representativeness. Any assessment must rest on independent procedures on the part of players and institutions, involving all the parties concerned.
103. These various initiatives should make it possible to contribute added value to positive Community law by identifying the specific issues that require a coherent approach and the range of potential of the new Treaties.

⁷¹ http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/index_en.htm#services

⁷² http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/doc/2007/final_report_311007_en.pdf

Appendix

1. Glossary of abbreviations used
2. Comparative table of texts quoted
3. Background to the SGI Protocol
4. Table of possible options

Glossary of abbreviations used

<i>Altmark Package:</i>	Refers to two European Commission documents of November 2005 on State aid in the form of compensation for public service (decision + accompanying documents); also called Monti-Kroes Package
<i>CRA:</i>	Community Regulatory Authority
<i>EC:</i>	European Community
<i>EU:</i>	European Union
<i>NRA:</i>	National Regulatory Authority
<i>PPP:</i>	Public-Private Partnership
<i>SGEI:</i>	Service of general economic interest (see Articles 16 and 86 EC + SGI Protocol of Treaty of Lisbon)
<i>SGI Protocol:</i>	Protocol on services of general interest (to be appended to the TEU and to the TFEU once the 2007 Treaty of Lisbon comes into force)
<i>SGI:</i>	Service of general interest (see Commission communications of 1996, 2000 and 2007, 2003 Green Paper, 2004 White Paper + SGI Protocol of Treaty of Lisbon)
<i>SGNEI:</i>	Service of general non-economic interest (see 2006 Services Directive + 2007 handbook on transposing the directive)
<i>SGNEI:</i>	Service of general non-economic interest (see SGI Protocol of Treaty of Lisbon)
<i>SHSGI:</i>	Social and health services of general interest (see Commission's 2004 White Paper on SGIs)
<i>SSGI:</i>	Social service of general interest (see Commission Communications of 2006 and 2007)
<i>TEC:</i>	Treaty establishing the European Community
<i>TEU:</i>	Treaty on the European Union
<i>TFEU:</i>	Treaty on the functioning of the European Union (new title of TEC once the 2007 Treaty of Lisbon enters into force)

Appendix 2

Comparative table of texts quoted

EC Treaty

Article 16

Without prejudice to Articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their missions.

Reforming treaty

Article 14 TFEU

Without prejudice to Article 4 of the Treaty on European Union or to Articles 93, 106 and 107 of this Treaty, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Union and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of the Treaties, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions, particularly economic and financial conditions, which enable them to fulfil their missions. The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish these principles and set these conditions without prejudice to the competence of Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services.

EC Treaty

Article 86

1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 12 and Articles 81 to 89.
2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, insofar as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.
3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.

Reforming treaty

Article 106 TFEU

1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in the Treaties, in particular to those rules provided for in Article 18 and Articles 101 to 109.
2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in the Treaties, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Union.
3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.

Reforming treaty

Article 36 of the Charter of Fundamental Rights

The Union recognises and respects access to services of general economic interest as provided for in national laws and practices, in accordance with the Treaties, in order to promote the social and territorial cohesion of the Union.

Reforming treaty

Protocol appended to the EU and TFEU Treaties

THE HIGH CONTRACTING PARTIES, WISHING to emphasise the importance of services of general interest, HAVE AGREED UPON the following interpretative provisions, which shall be annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty on the Functioning of the European Union:

ARTICLE 1

The shared values of the Union in respect of services of general economic interest within the meaning of Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union include in particular:

- the essential role and the wide discretion of national, regional and local authorities in providing, commissioning and organising services of general economic interest as closely as possible to the needs of the users;
- the diversity between various services of general economic interest and the differences in the needs and preferences of users that may result from different geographical, social or cultural situations;
- a high level of quality, safety and affordability, equal treatment and the promotion of universal access and of user rights.

ARTICLE 2

The provisions of the Treaties do not affect in any way the competence of Member States to provide, commission and organise non-economic services of general interest

Appendix 3

Background to the SGI Protocol

The origin of the Protocol appended to the TEU and to the TFEU was a demand expressed by the Dutch Prime Minister at the European Council held in June 2007 which decided on the content of the reforming treaty, in response to the formal notice served by the European Commission questioning the organisation of subsidised housing in the Netherlands.

In a letter to the Dutch Government dated 14 July 2005⁷³, the European Commission (DG Competition – State Aid II), on examining the funding for housing cooperatives in the Netherlands⁷⁴ had considered in an initial judgment that qualifying the housing system in existence in the Netherlands as a Service of General Economic Interest (SGEI) was a “manifest abuse”, holding that the possibility of renting housing to groups of people with higher incomes or to businesses should be considered a manifest error in the public service.

The European Commission justified its stand with a series of arguments. Public service was of a social nature; the definition of the activities of housing cooperatives should therefore maintain a direct link with socially disadvantaged households and not only with the maximum value of the housing. While the subsidised housing corporations were required, when renting out subsidised housing, to give priority to people having difficulty finding suitable housing because of their insufficient income or other circumstances, their housing activities did not remain limited to socially disadvantaged households. In the case of overcapacity of subsidised housing, the housing corporations rented the subsidised housing to people with relatively high incomes thereby disadvantaging commercial competitors not receiving public aid. The Commission held that structural overcapacity was not necessary for the executive of the public service and represented a hindrance to competition on the property market.

The Commission concluded from this that renting out housing to households other than those which were socially disadvantaged could not be considered as constituting a public service; to guarantee the compatibility of the mechanism for financing the housing sector with the Community market, the Netherlands would have to take the necessary steps for the definition to establish a direct link with socially disadvantaged households, with the possibility of the commercial operation of public service activities being carried out under market conditions, avoiding excessive structural overcapacity of subsidised housing by the sale of the housing in question.

This demand on the part of the European Commission aroused strong criticism in the Netherlands, and increased suspicion regarding a degree of drifting observed in the process of European integration, already clearly manifested by the 61.5% refusal of the treaty instituting a constitution for Europe at the referendum held on 1 June 2005, because the housing system is firmly anchored in the country’s history, traditions, and political culture.

In fact there is no provision in Community law that prohibits a subsidised housing undertaking managing both subsidised housing under public service obligations and housing free of any specific obligation. As long as the provisions of the directive on transparency are observed, namely the keeping of separate accounts for

⁷³ COMP H1FSP / Ic (2005) A / 30854 D / 1001

⁷⁴ Mesure d’aide n° E 2 / 2005.

the two activities and the exclusive allocation of State aid in the form of compensation to the activities of general interest, the obligation to sell the housing is unjustified and out of proportion. Moreover, in the context of the abolition of State aid to subsidised housing in the Netherlands, the adjustment appears necessary to ensure the continuity of the subsidised housing service of general interest and the creation of new subsidised housing.

This dispute between the European Commission and the Netherlands reveals a four-fold drift on the part of the Commission:

- it is developing a restrictive conception of general interest missions and of public service obligations, claiming to restrict their application only to those households which are socially disadvantaged, which is not justified either by Articles 16 and 86 of the EC Treaty or by Article 36 of the Charter of Fundamental Rights, texts which are based on universal access, and of which the Commission is the “guardian”;
- it is implementing an extremely extensive conception of the clause of “manifest abuse”, which allows it to question the free definition of services of general interest by the Member States and by the competent public authorities;
- it is thus interpreting the principle of subsidiarity by giving itself powers that it does not have;
- it is giving priority to the application of the rules of competition in relation to missions of general interest, whereas Article 86-2 of the EC Treaty refers to a balanced conception.
- It is to avoid drifting of this kind, which may tomorrow concern a large number of sectors or activities, that the Dutch Government introduced the Protocol and made it a condition.

Appendix 4

Table of possible options

Instruments (examples) and legal foundations (references to future TFEU)

<i>Type or approach</i> ►	Horizontal () and/or theme-based ()	Vertical and/or sector-based
Parliament/Council Regulation (Article 14 TFEU)	Regulation on the principles and conditions for the functioning of SGEIs (); Regulation on the rights of users of SGEIs ()	Regulations on the principles and conditions for the functioning of SGEIs in energy, postal services, telecommunications, etc.
Council Directive or Regulation (Articles 91 (*) or 114 (**) TFEU)	Draft framework directive on SGEIs by the PSE group at the European Parliament, the CES, the CEEP, and the CELSIG	(*) PSO Regulation on Transport (2007), (**) Directives on Energy (2003), Postal Services (1997) and Telecommunications (2002).
Commission Decision or Directive (Article 106-3 TFEU)	Directive on financial transparency (1980) + Decision behind the Altmark Package (2005)	Directive on telecommunications terminals (1988)
Commission Communications, Interpretive Communications, Questions & Answers	Accompanying documents to the Altmark Package (2005); Questions & Answers on the decision of the Altmark Package (2007)	Questions & Answers on the application of the rules of public contracts to SSGIs (2007)





CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL

Analyse der Auswirkungen des Lissabon Vertrags auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Umsetzungsvorschläge

*Diskussionspapier
ausgearbeitet von europäischen Experten*

Vorwort

Anlässlich ihrer Sitzung in Lissabon am 24. November 2006 hatten die nationalen Wirtschafts- und Sozialräte und der eine Zusammenarbeit im Hinblick auf die Erörterung der großen Leitlinien und Grundsätze vereinbart, die es in einem sicheren und transparenten europäischen Rechtsrahmen im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zurückzubehalten gilt.

In diesem Zusammenhang hatte der Wirtschafts- und Sozialrat des Großherzogtums Luxemburg am 15. November 2007 eine hochrangige Konferenz über die Förderung von sicheren, effizienten und nachhaltigen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert.

Bei dieser Konferenz, an der Vertreter der nationalen WSR, des EWSA sowie der organisierten Zivilgesellschaft teilnahmen, wurde in Anwesenheit von Herrn Nicolas Schmit, luxemburgischer beigeordneter Minister für Auswärtige Angelegenheiten und Immigration, beschlossen, eine hochrangige Reflexionsgruppe einzusetzen, mit dem Auftrag eine Analyse der Auswirkungen des Vertrags von Lissabon auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auszuarbeiten und die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen vorzuschlagen, um dem neuen Rechtsrahmen einen Inhalt zu verleihen.

Der Wirtschafts- und Sozialrat des Großherzogtums Luxemburg möchte sich ganz herzlich bei den Experten, die zur Ausarbeitung des vorliegenden Diskussionspapiers beigetragen haben, bedanken.

Der besondere Dank des luxemburgischen Wirtschafts- und Sozialrat gebührt Pierre Bauby und Stéphane Rodrigues die für die Abfassung des Dokuments verantwortlich waren.

Die Reflexionsgruppe bedankt sich auch beim Sekretariat des luxemburgischen Wirtschafts- und Sozialrat für die effiziente Verwaltung der Gruppe, sowie beim europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss für seine logistische Unterstützung.

Reflexionsgruppe

<i>Allegrezza Serge</i>	Vice-Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Bauby Pierre</i>	Docteur en Sciences politiques ; Enseignant et chercheur à l'Institut d'Etudes Politiques (IEP) de Paris et à Paris 8
<i>Csuport Antal</i>	Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Ghekière Laurent</i>	Président de la Commission des Services d'Intérêt Général auprès du Centre Européen des Entreprises à Participation Publique (CEEP)
<i>Hencks Raymond</i>	Vice-Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg ; Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Jarré Dirk</i>	Chargé de cours sur la politique sociale comparée à l'Université de Linz, Graz et Luzerne ; Vice-Président de la Plateforme Sociale à Bruxelles
<i>Nati-Stoffel Marianne</i>	Secrétaire général du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Pegado Liz Jorge</i>	Membre du Comité Economique et Social européen
<i>Rodrigues Stéphane</i>	Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne – Centre de recherches sur l'Union européenne
<i>Schmit Romain</i>	Président du Conseil Economique et Social du Grand-Duché de Luxembourg
<i>Schulte Bernd</i>	Wissenschaftlicher Referent, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Analyse der Auswirkungen des Lissabon Vertrags auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Umsetzungsvorschläge

Diskussionspapier

Zusammenfassung

- a) Der am 13. Dezember 2007 unterzeichnete Vertrag von Lissabon enthält mehrere Neuerungen, wodurch die Frage der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Bereich der Gemeinschaftsaktion in neuem Licht erscheint.
- b) Diese neue Ausgangslage für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) und die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) ist von erheblicher Bedeutung, da sie durch die Verabschiedung eines neuen auf diese Dienstleistungen anwendbaren abgeleiteten Rechts umgesetzt werden muss.
- c) Das vorliegende Diskussionspapier möchte die neuen im Vertrag enthaltenen Elemente herausarbeiten, deren Möglichkeiten und Auswirkungen analysieren und die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen vorschlagen, um den neuen Rechtsrahmen mit Inhalt zu füllen.
- d) Zunächst erinnert es an den Stand des positiven Rechts, welches den rechtlichen gemeinschaftlichen Rahmen der DA(W)I zwischen dem Vertrag von Rom von 1957 und dem Vertrag von Nizza im Jahre 2000 bildet, und legt den Stand des abgeleiteten Rechts sowie der Rechtsprechung des EUGH und die von der Europäischen Kommission ausgearbeitete Lehre dar.
- e) Mit Artikel 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU führt der Vertrag von Lissabon eine neue rechtliche Grundlage für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) ein, und überlässt es dem Rat und dem Parlament, durch Verordnungen die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere wirtschaftlicher und finanzieller Art, festzulegen, die den DAWI gestatten, ihre Aufgaben zu erfüllen. Der Vertrag von Lissabon führt, in einem Zusatzprotokoll, allgemein einen Verweis auf die DAI in das primäre Recht und auf die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (nachstehend «NWDAI») ein. Darüber hinaus verleiht der Vertrag von Lissabon der im Jahr 2000 proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union, welche in ihrem Artikel 36 einen Zugang zu den DAWI vorsieht, verbindliche Rechtskraft.
- f) Um diese Möglichkeiten umzusetzen und die derzeitigen Unsicherheiten des gemeinschaftlichen Ansatzes der DA(W)I aus der Welt zu schaffen, schlägt das Papier vor, einem mehrheitlichen und progressiven Ansatz im Hinblick auf die Kombinierung der thematischen und sektorspezifischen Dimensionen den Vorzug zu geben, der zur Verabschiedung von mehreren Verordnungen führen würde, welche sukzessive die wesentlichsten angetroffenen gemeinsamen Probleme (thematisch ausgerichteter horizontaler Ansatz) lösen und/oder diese Grundsätze und Bedingungen an die

verschiedenen betroffenen Sektoren (sektorspezifisch ausgerichteter horizontaler Ansatz) anpassen sollen.

- g)* Das Papier schlägt eine praktische und pragmatische Methode vor, die darin besteht zu prüfen, ob das abgeleitete Recht in seiner heutigen Form in Bezug auf das neue Primärrecht ausreicht, und ob sich neue aus Artikel 14 VAEU oder sonstigen Bestimmungen der Verträge abgeleitete legislative Initiativen aufdrängen, um die bestehenden Rechtsunsicherheiten zu beheben und einen Mehrwert zu erzeugen.
- h)* Hinsichtlich der sektorspezifischen Vorgehensweisen schlägt der Bericht vor, sowohl die neuen Bestimmungen des Primärrechts bei der Überarbeitung des bestehenden abgeleiteten Rechts zu berücksichtigen, als auch zu prüfen, ob die bis dato bevorzugte sektorspezifische Vorgehensweise ausreicht, um den Besonderheiten der verschiedenen Aktivitäten Rechnung zu tragen; aus diesem Grund schlägt der Bericht vor, den auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse anwendbaren EU-Rahmen, einschließlich des sozialen Bereichs und der Gesundheitsfürsorge zu konsolidieren.
- i)* Was die übergreifenden oder thematischen Vorgehensweisen betrifft, so schlägt der Bericht vor, drei Bereiche näher zu prüfen, für welche zum jetzigen Zeitpunkt Rechtsunsicherheit besteht:
- die Umsetzungsbedingungen des aktuellen Artikels 86, Absatz 2, EG hinsichtlich der Beziehungen zwischen den Vertragsregeln und den Gemeinwohlaufgaben;
 - die Anwendungsbedingungen des Subsidiaritätsprinzips, insbesondere der Rechte und Pflichten der öffentlichen Behörden in Sachen Definition, Organisationsweise und Finanzierung;
 - die wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen zur Erfüllung der Aufgaben der DAWI und insbesondere ihre Finanzierung.
 - eine ähnliche Vorgehensweise wäre für die Regulierungsbehörden, den Schutz der Benutzer/Verbraucher der DAWI und die demokratische Beteiligung sowie die Bewertung der Leistungen dieser Dienste wünschenswert.
- Diese Bereiche könnten durch spezifische Vorschriften geregelt werden oder Gegenstand eines «Gesetzgebungspakets» sein.
- j)* Diese verschiedenen Initiativen sollten gestatten, auf der Ebene des positiven Gemeinschaftsrechts einen Mehrwert zu erzeugen, indem die konkreten Probleme identifiziert werden, welche einen kohärenten Ansatz und die Ausschöpfung der Möglichkeiten der neuen Verträge erfordern.

Einführung

1. Der am 13. Dezember 2007¹ unterzeichnete Vertrag von Lissabon trägt dazu bei, die Frage nach der Positionierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (nachstehend «DAI») im primären Gemeinschaftsrecht und, ganz allgemein, im Bereich der Gemeinschaftsaktion in neuem Licht erscheinen lässt.

¹ Veröffentlicht im ABL. C 306 vom 17.12.2007, S. 1-271.

2. Er führt zum ersten Mal im primären Recht ganz allgemein einen Verweis auf die DAI und in einem Zusatzprotokoll zu den neuen Verträgen (nachstehend das «DAI-Protokoll» einen Verweis auf die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (nachstehend NDAWI) ein, während bisher lediglich der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (nachstehend «DAWI») im EG-Vertrag vorkam. (siehe Artikel 16 und 86, Absatz 2, EG)
3. Außerdem führt er mit der Änderung des derzeitigen Artikels 16 EG (künftiger Artikel 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU²) eine neue rechtliche Grundlage für die DAWI ein, und überlässt es dem Rat und dem Parlament, durch Verordnungen die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere wirtschaftlicher und finanzieller Natur, festzulegen, die den DAWI gestatten, ihre Aufgaben zu erfüllen.
4. Darüber hinaus verleiht der Vertrag von Lissabon der im Jahr 2000 proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union, welche in ihrem Artikel 36 einen Zugang zu den DAWI vorsieht, um «den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern», verbindliche Rechtskraft.
5. Diese neue Lage für die DAI und die DAWI ist von erheblicher Bedeutung, da sie durch die Verabschiedung eines neuen auf diese Dienstleistungen anwendbaren abgeleiteten Rechts verwirklicht werden soll, dies im Auftrag des Primärrechts und gemäß dem ordentlichen Legislativverfahren, d.h. Mitentscheidung zwischen dem Rat und dem EU-Parlament.
6. Es entsteht der Eindruck, dass die Kommission diesen neuen politischen, rechtlichen und institutionellen Sachverhalt leugnen oder zumindest schmälern möchte. Während sich der Rat und die Mitgliedstaaten anlässlich der Verhandlung des Vertrags von Lissabon von der Logik einer größeren Öffnung der Diskussion über die DAI, begleitet von einer größeren Demokratisierung des entsprechenden Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene (Einführung der Mitentscheidung neben dem Ermessensspielraum der Kommission auf der Grundlage des derzeitigen Artikels 86, Absatz 3, des EG-Vertrags) haben leiten lassen, scheint die Kommission, wie dies insbesondere aus ihrer Mitteilung über die DAI vom 20. November 2007³ und den Aussagen ihres Präsidenten erhellt, das DAI-Protokoll als Ergebnis anzusehen, obwohl es der Ansatz zu einer größeren Rechtssicherheit und einer kohärenteren Regelung zu Gunsten der nationalen und gemeinschaftlichen Systeme der DAI ist.⁴
7. Aus diesem Grund hat der luxemburgische Wirtschafts- und Sozialausschuss beschlossen, eine hochrangige Reflexionsgruppe einzusetzen mit dem Auftrag, eine Analyse der Auswirkungen des neuen Vertrags in Bezug auf die DA(W)I durchzuführen und die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen vorzuschlagen, um dem neuen Rechtsrahmen einen Inhalt zu verleihen.
8. Zu diesem Zweck soll das vorliegende Diskussionspapier sukzessiv:
 - einerseits den Stand des positiven Rechts kurz in Erinnerung rufen, welches den gemeinschaftlichen gesetzlichen Rahmen der DA(W)I bildet, um zu unterstreichen, inwieweit der gemeinschaftliche Ansatz in diesem Bereich vielleicht nicht so einheitlich ist, wie man dies annehmen könnte (I);
 - andererseits unterstreichen, inwiefern der neue Vertrag von Lissabon für die DA(W)I wahrhaftige Chancen bei der Suche nach einem kohärenteren und an eine neue politische Agenda angepassten System bietet (II);

² Der derzeitige Artikel 16 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (VAEU) wird nach der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon zu Artikel 14; wir benutzen bereits die Nummerierung des zukünftigen ratifizierten Vertrags.

³ KOM (2007) 725 endgültig, gemeinsam mit der Mitteilung zur neuen Strategie über den Binnenmarkt des 21. Jahrhundert: KOM (2007) 724 endgültig, vom gleichen Tag

⁴ Die Kommission sollte allerdings logisch mit sich selbst sein. Wenn sie im Übrigen anerkennt, dass die EU «daher die Aufgabe [hat] die Grundsätze und Bedingungen für die Erbringung eines breit gefächerten Spektrums von Dienstleistungen mitzugestalten», müsste sie wissen, dass sie sich im Geltungsbereich des künftigen Artikels 14 VAEU: siehe KOM (2007) 725, vorbezeichnet, Kapitel 2, dritter Absatz, befindet.

- schließlich einige Denkanstöße über die konkrete Umsetzung dieser Chancen liefern, indem es die vom derzeitigen gemeinschaftlichen Ansatz der DA(W)I nicht gelösten Fragen näher beleuchtet (III).

I – Die DA(W)I und das Gemeinschaftsrecht: kurzer Überblick über den bestehenden rechtlichen Rahmen oder die Einheit in der Verschiedenartigkeit

A. Stand des positiven Primärrechts: die DAWI, ein allgemeines Konzept

9. Um die Aktivitäten des öffentlichen Dienstes zu erfassen, verwendet der Vertrag von Rom von 1957 das Konzept der DAWI in Artikel 90, Absatz 2, später Artikel 86, Absatz 2, EG, der wie folgt lautet: *«Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft»*.
10. Die Umsetzung dieser Bestimmung beruht demnach auf einer dualen Dialektik: einerseits der Vorrang der von den Mitgliedstaaten definierten Gemeinwohlaufgaben vor der Anwendung der Vertragsregeln, und andererseits die Beachtung des gemeinschaftlichen Interesses durch die Vorschrift der Nichtbeeinträchtigung des Handelsverkehrs. Dies bedingt die Suche nach einem notwendigen Gleichgewicht und einem ständigen Abwägen zwischen nationalen politischen Legitimierungen und gemeinschaftlichen Vorschriften⁵, was die *«Abwägung»* der Ziele der DAWI-Regelung in ihrer Gesamtheit und den auf dem Spiel stehenden Interessen voraussetzt.⁶
11. Der Vertrag von Amsterdam von 1997 bestätigt den Verweis auf das Konzept der DAWI durch einen neuen Artikel 7D, später Artikel 16 EG, welcher Folgendes besagt:
«Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts der Union tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse und im Anwendungsbeereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können».
12. Dadurch, dass er im ersten Teil des Vertrags EG über die *«Grundsätze»* der Gemeinschaftsaktion eingefügt ist, beteiligt sich Artikel 16 EG an einem positiven, und nicht mehr wie zuvor abweichenden Ansatz bezüglich der Stellung der Dienstleistung von öffentlichem Interesse im Gemeinschaftsrecht. Auch wenn er kein genaues Element für eine Definition der betreffenden Konzepte liefert, ermöglicht er fortan eine deutliche Entscheidung zwischen dem Los der über die DAWI identifizierten Aufgaben, selbst des öffentlichen Dienstes (an welche sich Artikel 16 EG richtet) und dem den Erbringern dieser Aufgaben vorbehaltenen Los, nämlich die mit der Verwaltung einer DAWI von den Mitgliedstaaten beauftragten Unternehmen (an welche sich Artikel 86-2 EG richtet).

⁵ S. namentlich EuGH, 19,3,1991, Frankreich/Kommission, C-202/88, Samml. I-1223, Punkt 12

⁶ Demnach können solche nationalen Ziele Vorrang haben vor *«der Forderung nach Erleichterung des Zugangs zum Markt»*, Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, 12. Feb. 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) u.a. gegen die Kommission*, T-289/03, Punkt 302

13. So hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) in derselben Gedankenfolge für einen funktionellen und materiellen, nicht organischen Ansatz bei der Auslegung von Artikel 86-2 entschieden, um die Aufgaben und Bedingungen, unter denen die DAWI übernommen wird, und die Beschränkungen, die sich bei ihrer Verwaltung aufdrängen, zu identifizieren. In seinem Grundsatzurteil Paul Corbeau von 1993 bezeichnet der Gerichtshof die belgische Post als DAWI, nachdem er festgestellt hat, dass der Gesetzgeber diesem Unternehmen den Auftrag erteilt hatte, *«die Sammlung, die Beförderung und die Verteilung von Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs sicherzustellen»*⁷.
14. Die Mitgliedstaaten verfügen über eine weitgehende Ermessensbefugnis hinsichtlich der Art der Dienstleistungen, welche als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft werden können. Dem Gemeinschaftsrichter zufolge wird *«diese Befugnis des Mitgliedstaats zur Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowohl durch das Fehlen einer der Gemeinschaft speziell zugewiesenen Befugnis als auch durch das Fehlen einer präzisen und vollständigen Definition des Begriffs der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bestätigt. Denn die Bestimmung der Art und des Umfangs einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für bestimmte Tätigkeitsbereiche, die entweder nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EG fallen oder auf einer lediglich begrenzten oder geteilten Gemeinschaftszuständigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 EG beruhen, gehört grundsätzlich weiterhin zu den Aufgaben der Mitgliedstaaten»*, und fügt hinzu: *«diese Kompetenzverteilung spiegelt außerdem allgemein der Art. 16 EG wider»*⁸.
15. Demnach ist die gemeinschaftliche Kontrolle zwangsläufig eingeschränkt, da *«die Definition dieser Dienstleistungen durch einen Mitgliedstaat von der Kommission lediglich im Fall eines offenkundigen Fehlers in Frage gestellt werden kann»*⁹. Dies bringt insbesondere mit sich, dass die Kommission *«nicht an die Stelle des Mitgliedstaats treten [kann], wenn es um die Ausübung des weiten Ermessens geht, die diesem Mitgliedstaat zusteht»*, da sie nicht befugt ist, *«zu überprüfen, ob sich der Markt tatsächlich auf eine gewisse Weise entwickeln kann und die Anwendung der Regulierungsmaßnahmen, die das (...) System vorsieht, deshalb zu einem bestimmten Zeitpunkt unerlässlich sein wird, um die Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabe zu gewährleisten»*¹⁰.
16. Insofern versucht der gemeinschaftliche Richter, jegliche Vermischung der Konzepte des öffentlichen Unternehmens und des öffentlichen Dienstes, oder aber der Aufgaben und des Status der sie übernehmenden Organismen auszuschließen, was der gemeinschaftliche Gesetzgeber berücksichtigt hat, indem er andere Begriffe im abgeleiteten Recht entwickelt hat, um Aktivitäten oder Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Rechnung zu tragen.

B.Beitrag des abgeleiteten Rechts: die Diversifikation der Konzepte (GWV, UD, NWDLAI)

17. Die meisten Richtlinien zur Liberalisierung und Öffnung der netzgebundenen Wirtschaftszweige (Energie-, Post- und Telekommunikations-, Transportwesen) haben zwei vom Konzept der DAWI

⁷ S. Punkt 15 des Urteils vom 19. Mai 1993, C-320/91, Samml. I-2533.

⁸ Siehe vorbezeichnetes Urteil T-289/03, Punkt 167.

⁹ Siehe EuGEI, 27. Feb. 1997, FFSA u.a./Kommission, T-106-95, Samml. II-229, Punkt 99 und EuGEI vom 15. Juni 2005, Fred Olsen S.A., T-17/02, Sammlung II-2031, punkt 216. S. ebenfalls die Punkte 220 und 221 des vorbezeichneten Urteils T-289/03.

¹⁰ S. Urteil T-289/03, vorbezeichnet, Punkte 267 und 268

abgeleitete oder diesem ähnliche Konzepte geschaffen: das der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (nachstehend «GWV») und das des Universaldienstes (nachstehend «DU»).

18. Das mit Artikel 73 EG und seinen Anwendungsverordnungen¹¹ aus dem Transportsektor importierte Konzept der GWV wurde seither in die Texte der Liberalisierung der Strom-¹² und anschließend der Gasmärkte¹³, sowie in die horizontalen Texte bezüglich z.B. der Finanzierung der DAWI durch staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für öffentliche Dienstleistungen¹⁴ gewährt werden, eingefügt. Somit können die Mitgliedstaaten den Unternehmen dieser Sektoren *«im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes auferlegen, die sich auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz, beziehen können»*. Weiterhin wird verdeutlicht, dass diese Verpflichtungen *«klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein müssen und den gleichberechtigten Zugang der (betroffenen) Erdgasunternehmen in der Europäischen Union zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen»*, und dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Versorgungssicherheit und die Energieeffizienz oder Nachfragesteuerung sowie zur Erreichung der Umweltziele *«eine langfristige Planung»* vorsehen können, *«wobei die Möglichkeit zu berücksichtigen ist, dass Dritte Zugang zum Netz erhalten möchten»*.
19. Was das Konzept der UD angeht, so findet dieses insbesondere seinen Ursprung in der gemeinschaftlichen Gesetzgebung über die elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste¹⁵ und die Postaktivitäten¹⁶, die Bereitstellung *«eines festgelegten Mindestangebots an Diensten für alle Endnutzer zu einem erschwinglichen Preis»*.
20. Auch hat die Europäische Kommission den Begriff der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (nachstehend SDAI) in ihr Weißbuch über die DAi eingeführt und diesen Begriff in zwei Kommunikationen¹⁷ sowie in einem «staff working document»¹⁸ erläutert.
21. Auch wenn die Begriffe immer zahlreicher werden, was der Kohärenz der ihnen zugrunde liegenden gemeinsamen Ideen gelegentlich schadet, wobei die Diversität der ihnen zugrunde liegenden Realitäten auf diese Weise berücksichtigt wird, so verweisen ihre Rechtssysteme auf den Geist von Artikel 86-2, welcher die sozio-politischen Entscheidungen und die kollektiven Präferenzen der Mitgliedsstaaten mit den Vorschriften des Gemeinschaftsrecht in Einklang bringen möchte (siehe *supra*).
22. Außerdem scheint es, als wolle der gemeinschaftliche Gesetzgeber künftig eine Annäherung der Konzepte vornehmen, wenn man die Einfügung des Konzepts der UD in den Stromsektor betrach-

¹¹ S. Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei den mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. L 156) und Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 4. Juni 1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr (ABl. L 130); aufgehoben und ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die öffentlichen Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (ABl. L 315).

¹² S. Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG (ABl. L 176).

¹³ S. Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG (ABl. L 176).

¹⁴ S. Beschluss der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung der Bestimmungen von Artikel 86, Absatz 2, EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden. Abl. L312/67 vom 29.11.2005

¹⁵ S. Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (ABl. L 108).

¹⁶ S. Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität (ABl. L 15).

¹⁷ S. KOM (2006) 177 vom 26. April 2006 «Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union». und KOM. (2007) 725 vom 20. November «Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen; Europas neues Engagement»

¹⁸ S. SEK (2007) 1514 vom 20. November 2007: Häufig gestellte Fragen zur Anwendung der Vorschriften der öffentlichen Aufträge auf die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

tet. Die Richtlinie 2003/54/EG erlegt den Mitgliedstaaten in der Tat auf, dafür Sorge zu tragen, dass Haushaltskunden und, soweit die Mitgliedstaaten dies für angezeigt halten, Kleinunternehmen über einen bestimmten UD verfügen, der als das Recht *«auf Versorgung in ihrem Hoheitsgebiet mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen»* definiert wird.

23. Diese a priori lobenswerte Tendenz ist allerdings seither im abgeleiteten Recht nicht sehr erfolgreich gewesen. Es konnte sogar im Dezember 2006 anlässlich der Verabschiedung der Richtlinie über die Dienstleistungen im Binnenmarkt das Auftauchen eines neuen Konzepts des abgeleiteten Rechts beobachtet werden: dasjenige der nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (nachstehend «NWDLAI»), jedoch ohne zusätzliche Angabe über den Inhalt des Konzepts¹⁹. Es ist jedoch sinnvoll zu denken, dass diese neue Kategorie sich an den im Übrigen von der Kommission geführten Reflexionen orientiert, aus denen eine zusätzliche Öffnung im Bereich der Konzepte bezüglich der Aktivitäten von allgemeinem Interesse hervorgeht, dies mit der Einführung, in ihrem Weißbuch von 2004 über die DAI²⁰, des Begriffs der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (nachstehend «SDAI»), welcher anschließend in einer Kommunikation von 2006 bestätigt und näher erläutert wurde (siehe *supra*).

C. Rechtslehre der Kommission: die Konzepte der DAI und der SDAI, Syntheseversuch oder Komplikationselemente?

24. Seit einer ersten Mitteilung von 1996²¹, versucht die Kommission progressiv eine Lehre der DAI auszuarbeiten, welche seitdem von zahlreichen weiteren Orientierungsdokumenten genährt wird²². Die Kommission scheint aus den DAI ein globalisierendes Konzept machen zu wollen, in welches sich die DAWI, die NWDLAI und schließlich auch die SDAI eingliedern sollen, gleichgültig ob diese wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Art sind. Die zurückbehaltene Definition hat sich im Übrigen weiterentwickelt, was beweist, dass der Prozess nicht stabilisiert ist. So bezieht sich die Kommission in ihrem Weißbuch von 2004 auf *«die marktbezogenen oder nichtmarktbezogenen Dienstleistungsaktivitäten, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden»*. In ihrer letzten Mitteilung von 2007 verweist die Kommission nicht mehr auf die Unterscheidung marktbezogen/nicht marktbezogen, sondern auf den im Gemeinschaftsrecht klassischeren Unterschied zwischen wirtschaftlich/nicht wirtschaftlich: *«sind mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse alle wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen gemeint, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden»*²³. Nun muss man sich allerdings noch über den Unterschied zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Aktivitäten einig werden.
25. Allerdings ist es nicht immer einfach, eine Grenze zu ziehen, da sich eine «Grauzone» zu bilden droht, wenn bestimmte Aktivitäten wie die sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (nachstehend «SDAI») erfasst werden sollen. Die Kommission ist sich dieser Schwierigkeit bewusst

¹⁹ S. Artikel 2.2 a) der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006, welcher sie aus seinem Anwendungsbereich ausschließt (ABl. L 376).

²⁰ KOM (2004) 374 endgültig vom 12. Mai 2004

²¹ ABl. Nr. C 281 vom 26.9.1996.

²² Namentlich eine 2. Mitteilung über die DAI von 2000, ein Bericht an den Europäischen Rat im Jahre 2001, ein Grünbuch im Mai 2003, ein Weißbuch im Mai 2004 und, an letzter Stelle, ein Begleitdokument zur Mitteilung über die überarbeitete Binnenmarktstrategie vom 20. November 2007: KOM (2007) 725 endgültig.

²³ KOM (2007) 725, zuvor zitiert.

und hat davon Abstand genommen, eine Definition dieser SDAI zu liefern. Sie zieht es zunächst vor, zwischen zwei großen Gruppen von SDAI zu unterscheiden: einerseits die gesetzlichen Regelungen und ergänzenden Systeme der sozialen Sicherung und andererseits die «persönlichen Dienstleistungen» (daraus ergibt sich eine Liste mit vier Schwerpunkten: Hilfe für bedürftige Menschen, Maßnahme der Eingliederung und Ausbildung, Eingliederung von behinderten oder kranken Personen und sozialer Wohnraum). Sie streicht daraufhin eine Reihe von «organisatorischen Merkmalen» hervor, welche zur besseren Identifizierung einer SDAI herangezogen werden können: Funktion nach dem Grundsatz der Solidarität; flexible und personenbezogene Arbeitsweise des Dienstes unter Gewährleistung der grundlegenden Menschenrechte; kein Erwerbszweck; freiwillige und ehrenamtliche Mitarbeit oder aber, große Nähe und asymmetrisches Verhältnis zwischen Anbietern und Begünstigten, das nicht mit einem «normalen» Dienstleister-Verbraucher-Verhältnis vergleichbar ist, und somit die Beteiligung eines Drittfinanzierers erfordert²⁴.

26. Die Vorsicht der Kommission macht deutlich, wie schwierig es ist, ein Thema wie dasjenige der SDAI zu erfassen, da dieses mit komplexen und sehr unterschiedlichen Aufgaben einhergeht, die tief in den nationalen oder sogar lokalen kollektiven Präferenzen verankert sind, im Gegensatz insbesondere zu den von den netzgebundenen Wirtschaftszweigen (Energie-, Post- und Telekommunikations-, Transportwesen) erbrachten DAWI. Der Umgang mit den Gesundheitsdiensten, welche nicht in der vorbezeichneten Mitteilung von 2006 über die SDAI angesprochen werden, obwohl es sich dabei um eine SDAI gemäß dem Weißbuch über die SDAI handelt, ist ein weiteres Beispiel, welches diese Schwierigkeit verdeutlicht; offensichtlich tut sich die Kommission sehr schwer, in ihrer Mitte einen Konsens im Hinblick auf die Verabschiedung eines spezifisch darauf zugeschnittenen gemeinschaftlichen Instruments zu finden²⁵.
27. Im Gegensatz zu dem, was einige denken mögen, ist die Debatte noch lange nicht abgeschlossen, und der Prozess der Klärung sowohl der Konzepte als auch der auf die Aktivitäten des öffentlichen Dienstes anwendbaren gemeinschaftlichen Systeme verdient es, fortgesetzt zu werden. Der Vertrag von Lissabon schreibt auf jeden Fall einen solchen Prozess künftig vor, indem er neue Perspektiven für die Stellung und die Rolle der DA(W)I in der Europäischen Union eröffnet.

II – Vom Vertrag von Lissabon für die DAI gebotene Möglichkeiten: Bestandsaufnahme

28. Der Vertrag von Lissabon eröffnet drei Reihen von neuen Perspektiven für die DAI: eine rechtliche Grundlage, um ihre Grundsätze zu errichten und die Funktionsbedingungen ihres Gemeinwohlauflaufs auf gemeinschaftlicher Ebene festzulegen (A); auslegende Leitlinien in einem Protokoll, um dem europäischen Gesetzgeber und den europäischen Institutionen den Weg zu weisen (B), und die der Charta der Grundrechte zuerkannte rechtsverbindliche Wirkung (C).

A. Eine künftig unbestreitbare rechtliche Grundlage für den gemeinschaftlichen Gesetzgeber in Sachen DAWI

29. Der Vertrag von Lissabon ändert den derzeitigen Artikel 16 EG, welcher zum neuen Artikel 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (nachstehend «VAEU») wird. Die vorgenommenen Änderungen

²⁴ Vgl. KOM (2006) 177 vom 26. April 2006, «Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union». S. auch Kapitel 2.3 der KOM (2007) 725, zuvor zitiert.

²⁵ Siehe in diesem Zusammenhang die in letzter Minute erfolgte Streichung von der Tagesordnung des Kollegiums der Kommissionsmitglieder der Mitteilungs- und Richtlinienentwürfe für die Umsetzung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung

orientieren sich hauptsächlich an den Änderungen, die der Vertrag über eine Verfassung für Europa von 2004 mit Artikel III-122 eingeführt hatte; dieser war das Ergebnis der vom europäischen Konvent in den Jahren 2002 und 2003 unternommenen Arbeiten, an denen alle Mitgliedstaaten und Kandidatenstaaten, die nationalen Parlamente und alle Gemeinschaftsorgane, darunter auch der europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss als aufmerksamer Beobachter teilgenommen haben, ebenso wie die Partner des europäischen Sozialdialogs.

30. Die erste Neuerung von Artikel 14 VAEU soll verdeutlichen, dass der neue Artikel 3bis des EU-Vertrags, dessen Neuheit in seinem Absatz 2²⁶ liegt, nicht beeinträchtigt wird:

«Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten».

31. Dies kann man als einschränkende Klausel bei der Ausübung der Zuständigkeiten der EU auslegen, welche für die sogenannten Regalien-DAI, wie Polizei, Diplomatie, Justiz oder Armee, gelten könnte.

32. Die zweite Neuerung soll verdeutlichen, dass die DAWI unter «insbesondere wirtschaftlichen und finanziellen» Bedingungen funktionieren können müssen, damit sie ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Hinzufügung mag unbedeutend erscheinen, hebt jedoch eines der wichtigsten Themen hervor: der notwendige finanzielle Fortbestand der DAWI, was der Gerichtshof selbst unterstreicht, wenn er erlaubt, in dem Maße von den Regeln des Vertrags abzuweichen, wie es für ein mit einem DAWI beauftragten Unternehmen erforderlich ist, um «seine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen und insbesondere in den Genuss von wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu gelangen»²⁷.

33. Die letzte Neuerung schließlich ist sicherlich die grundlegendste. Dem derzeitigen Text von Artikel 16 EG (künftiger Artikel 14 VAEU) wird ein neuer Satz mit folgendem Wortlaut hinzugefügt:

«Diese Grundsätze und Bedingungen werden vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt, unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.»

34. Hier findet man den Mehrwert von Artikel III-122 des Verfassungsvertrags wieder, der aus dem neuen Artikel 14 VAEU nicht nur einen «allgemeingültigen Leitsatz» macht, welcher fortan sämtliche Aktionen der EU inspirieren soll, sondern auch, und vor allem, eine künftig unbestrittene rechtliche Grundlage für die gemeinschaftlichen und übergreifenden Regeln zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben und Pflichten der DAWI, während die Kommission bisher eine solche Option auf der alleinigen Grundlage von Artikel 16 EG²⁸ auszuschließen schien. Wie dem auch sei, diese gemeinschaftlichen Regeln werden dann im Rahmen des sogenannten ordentlichen gesetzlichen Verfahrens erstellt werden müssen, welches de facto das derzeitige verbesserte Mitentscheidungsverfahren mit erweitertem Anwendungsbereich ist (Artikel 251 VAEU).

²⁶ Es sei bemerkt, dass der erste Absatz den Grundsatz der Übertragungskompetenzen der EU ausdrückt (siehe derzeitigen Artikel 5, Absatz 1, EG) und der dritte Absatz den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und EU bestätigt (siehe derzeitigen Artikel 10 EG). In diesem Sinne sei auch auf die neue Rolle der nationalen Parlamente bei der Beschlussfassung hingewiesen (Artikel 12 VAEU und Protokoll Nr. 1).

²⁷ S. Urteil Corbeau, zuvor zitiert, Punkt 14 und, im gleichen Sinne: EuGH, 17. Mai 2001, *TNT Traco*, C-340/99, Samml. I-4109, Punkt 54 und EuGH, 15. November 2007, *International Mail Spain SL*, C-162/06, Punkt 34.

²⁸ Ohne jedoch von der totalen Abwesenheit einer rechtlichen Grundlage für eine allgemeingültige Regelung zu überzeugen, da der Vermerk aus Artikel 16 EG sehr gut mit demjenigen aus Artikel 95 EG kombiniert werden könnte, zum Beispiel zwecks Verwirklichung des Binnenmarktes. Wir möchten daran erinnern, dass die zuvor zitierten Richtlinien in den Sektoren Energie-, Post- und Telekommunikationswesen auf dieser rechtlichen Grundlage verabschiedet wurden.

35. Was den Inhalt dieser künftigen gemeinsamen Regeln anbelangt, so weist der neue in Artikel 16 EG hinzugefügte Satz uns darauf hin, dass sie die Grundsätze und Bedingungen einer ordnungsgemäßen Funktionsweise der DAWI in der EU festlegen müssen.
36. Hinsichtlich insbesondere der Grundsätze sollte namentlich auf die dem (noch immer geltenden und durch den Vertrag von Lissabon nicht in Frage gestellten) Vertrag von Amsterdam im Anhang beigefügte Erklärung Nr. 13 verwiesen werden, welche folgendes festhält *«Der die öffentlichen Dienste [sic] betreffende Artikel 7 d des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, u.a. in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit solcher Dienste, umgesetzt.»* Daraus kann beispielsweise abgeleitet werden, dass die zu bestimmenden Grundsätze die Rechte der Benutzer der DAWI, deren Bedürfnisse und Präferenzen im neuen Protokoll über die DAI berücksichtigt werden, anerkennen und harmonisieren (siehe infra). Darüber hinaus würde die Bestimmung solcher Grundsätze Artikel 36 der Charta der Grundrechte bezüglich des Zugangs zu den DAWI eine praktische Wirkung verleihen.
37. Bezüglich der von den künftigen Verordnungen von Artikel VAEU zu bestimmenden Bedingungen wird darauf hingewiesen, dass es sich namentlich um die «wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen» handeln sollte. Dabei sollten auch die Fragen der Finanzierung der DAWI aufgeworfen werden, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Anwendung der Vorschriften zur Kontrolle der staatlichen Beihilfen (z.B. im Rahmen einer Überarbeitung des sogenannten Altmark-Pakets von November 2005), des Finanzausgleiches zwischen den verschiedenen Gebieten, der möglichen Solidaritätsmechanismen zwischen den Teilnehmern des Marktes, in dessen Rahmen ein Universaldienst oder gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (Ausgleichsfonds, Zugangsgebühren) definiert ist, oder der besonderen Buchhaltungsverpflichtungen, die einem mit der Verwaltung einer DAWI betrauten Unternehmen auferlegt werden könnten.
38. Schließlich geht der letzte Satz des neuen Artikels 14 VAEU mit einer weiteren restriktiven Klausel der Gemeinschaftsaktion einher, welche die *«Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die DAWI im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren»* nicht beeinträchtigen kann. Die verwendete Formulierung („*unbeschadet der*“) ist jedoch korrekt auszulegen: wenn der gemeinschaftliche Gesetzgeber nicht an die Stelle des nationalen Gesetzgebers treten kann, um eine DAWI zu definieren und die Systeme zu deren Verwaltung und Finanzierung festzulegen, so gelten weiterhin die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und müssen fortan bei der Umsetzung dieser Systeme eingehalten werden. Das gilt beispielsweise für die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz bei der Wahl der externen Dienstleister einer DAWI, sowie für die Kontrollregeln der staatlichen Beihilfen und der Ausgleichszahlungen des öffentlichen Dienstes (Artikel 87 EG und «Altmark»-Rechtsprechung/Regelung).

B. Ein neues Protokoll, Gebrauchsanweisung für die Gemeinschaftsinstitutionen im Hinblick auf den Vorrang der ordnungsgemäßen Ausführung der Gemeinwohlaufgaben

39. Wenn auch der neue Artikel 14 VAEU hinsichtlich der bei den Verhandlungen des Verfassungsvertrags erzielten Fortschritte vernünftigerweise erwartet werden konnte, so ist das neue Protokoll

über die «Dienste von allgemeinem Interesse» (DAI), wie es dem geänderten EU-Vertrag und dem neuen VAEU durch den Vertrag von Lissabon beigefügt wurde, eine wahrhaftige Innovation²⁹.

40. Die Tatsache, dass ein Protokoll den DAI in ihrer Gesamtheit und nicht mehr den alleinigen DAWI gewidmet wird, ist bereits an sich eine absolute Neuheit, da so das eigentliche Konzept der DAI seine soft law-Stellung (Doktrin der Kommission, s. *supra*) in eine Primärrechtsstellung verwandelt, insofern ein Zusatzprotokoll zum Vertrag «*integrierender Bestandteil*» von letzterem ist³⁰. Des Weiteren unterstreicht das Protokoll, indem es den Wortlaut des den DAWI gewidmeten Artikels 14 VAEU wiedergibt, ebenfalls die «*Wichtigkeit*» der DAI, selbst wenn der Verweis auf ihre Stellung unter den gemeinsamen Werten der EU nicht als allgemeiner Verweis übernommen wird (sondern lediglich für die DAWI: s. Artikel 1 des Protokolls).
41. Auf jeden Fall ist das Protokoll nicht als einfache Grundsatzerklärung zu verstehen. Ganz im Gegenteil sieht es sich als Operationsmodus, da seine Bestimmungen ausdrücklich als «*auslegende Bestimmungen*» der Verträge und «*der gemeinsamen Werte der Union in Bezug auf die DAWI*» definiert werden. In anderen Worten handelt es sich um eine wahrhaftige Gebrauchsanweisung der Artikel 14 und 106, Absatz 2³¹ des VAEU, sowohl für die EU als auch für die Mitgliedstaaten.
42. Das Protokoll besteht aus zwei Artikeln: der erste betrifft die DAWI und der zweite die NWDAI, ohne dass versucht wird, das Problem der Unterscheidung zwischen diesen beiden Kategorien von DAI zu lösen.
43. Artikel 1 des Protokolls soll nähere Erläuterungen zum Begriff der «*gemeinsamen Werte der Union in Bezug auf die DAWI im Sinne des Artikels 16 VAEU*»³² liefern. Selbst wenn man sich fragen kann, ob die gelieferten Erläuterungen nicht eher «*Grundsätze*» sind als zur Kategorie der «*gemeinsamen Werte*» zu gehören, im Sinne derjenigen, die dem europäische Einigungswerk zugrunde liegen und insbesondere in den Präambeln und den Artikeln 1 und 2 der EU- und EG-Verträge ausgedrückt werden³³, müssen diese Leitlinien, die unter Berücksichtigung ihres Wertes als Primärrecht bindend sind, sowohl vom gemeinschaftlichen Gesetzgeber bei der Verabschiedung der in Artikel 14 VAEU vorgesehenen Verordnungen als auch von allen Gemeinschaftsorganen bei ihren Handlungen eingehalten werden, um bestimmte Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten in Sachen DAWI zu beachten. Diese Leitlinien oder Auslegungsreferenzen sind deutlich eher von der Nachfrage als vom Angebot inspiriert in dem Sinne, dass der Nutzer, Teilnehmer-Verbraucher der DAWI im Mittelpunkt steht.
44. So bezieht sich der erste Gedankenstrich von Artikel 1 des Protokolls zuerst auf «*die wichtige Rolle und den weiten Ermessensspielraum*»³⁴ der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind». Mit der nennenswerten Ausnahme der Finanzierungsfrage findet sich hier der Geist, ansonsten der Sinn der am Ende von Artikel 14 VAEU eingefügten Klausel des Zuständigkeitsvorbe-

²⁹ Die Initiative ist vor allem dem niederländischen Premierminister zuzuschreiben; wie ein roter Faden durchzog sie die Position seiner Regierung bei der Endphase der Verhandlungen des neuen Vertrags. Hinsichtlich des Ursprungs dieses Vorschlags, der aus einem Rechtsstreit zwischen den Niederlanden und der Europäischen Kommission in Bezug auf die Anwendungsbestimmungen der Bewertung der offensichtlich falschen Einstufung einer DAWI in Sachen Sozialwohnungsfinanzierung wird auf den Anhang verwiesen.

³⁰ Siehe Artikel 311 EG, dessen Text in Artikel 49 B (neu) des EUV wiedergegeben wird.

³¹ Derzeitiger Artikel 86, Absatz 2 EG, dessen Substanz nicht durch den Vertrag von Lissabon geändert wird

³² Zur Erinnerung: nach Ratifizierung des Vertrags von Lissabon wird Artikel 16 VAEU zu Artikel 14 VAEU gemäss Artikel 5.

³³ Freiheit, Demokratie, Achtung der Menschenrechte, der Grundfreiheiten und des Rechtsstaats, Völkerverbundenheit, wirtschaftlicher und sozialer Fortschritt, usw.

³⁴ Man nehme am Rande zur Kenntnis, dass die erste am 5. Oktober 2007 veröffentlichte Version des Vertrags von Lissabon auf «*das breite Betätigungsfeld*» der betroffenen öffentlichen Behörden verwies.

halts wieder. Daraus sollte man jedoch nicht auf die völlige Freiheit der Mitgliedstaaten schließen. Der Verweis auf die Bedürfnisse der Nutzer muss als von ihnen zu beachtendes Schlüsselement verstanden werden, denn die Einrichtung von DAWI ist nur insofern gerechtfertigt, als sie die Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben im Dienste der Hauptbegünstigten dieser Dienstleistungen ermöglicht³⁵.

45. Der zweite Gedankenstrich richtet sich vielleicht eher an die Europäische Kommission und an den gemeinschaftlichen Gesetzgeber, welche aufgefordert werden, «*die Vielfalt*» der DAWI und die «*Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können*» zu berücksichtigen. In anderen Worten, haben die Mitgliedstaaten deutlich zum Ausdruck bringen wollen, dass sie am besten gestellt sind, um die kollektiven Präferenzen und die spezifischen Erwartungen ihrer Bürger in Sachen DAI zu beurteilen. Eine solche Interpretation, sollte sie maßgeblich sein, würde nicht ohne Auswirkung auf die Kontrolle in Bezug auf offenkundige Fehler bleiben, welche die Kommission sich unter dem wachsamem Auge des gemeinschaftlichen Richters bezüglich der Definition der DAWI durch die Mitgliedstaaten vorbehält (s. *infra*, unter III). Sie kann die Einzigartigkeit der öffentlichen Logiken und der demokratischen Entscheidungen eines jeden Mitgliedstaates über die Umsetzung von DAWI nicht länger außer Acht lassen, wie sie dies im Rahmen des Rechtsstreits der Beihilfen im Sozialwohnungswesen in den Niederlanden³⁶ tat, als sie beschloss, analog zu einem früheren Rechtsstreit über ähnliche Beihilfen in Irland³⁷ zu argumentieren, obwohl die den beiden Systemen zugrunde liegenden politischen Auffassungen unterschiedlich waren³⁸.
46. Schließlich betont der 3. Gedankenstrich von Artikel 1 des Protokolls das, was man die großen Grundsätze nennen könnte, welche die Arbeitsweise der DAWI inspirieren sollen³⁹: hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Verfügbarkeit; Gleichbehandlung und Förderung des universalen Zugangs und der Nutzerrechte. Sicherlich gehen diese Grundsätze bereits größtenteils aus den zuvor zitierten Texten des abgeleiteten Rechts, der Rechtsprechung des Gerichtshofs⁴⁰ hervor. Sie müssen jedoch künftig auch jede sektorspezifische und übergreifende Denkweise inspirieren (s. *infra*, unter III).
47. Artikel 2 des DAI-Protokolls ist seinerseits eine Neuerung, dadurch dass er ein neues Akronym in den gemeinschaftlichen Wortschatz einführt: die NWDAI. Dabei ist man nicht weit von dem zuvor bei der Dienstleistungsrichtlinie begegneten Konzept der NWDLAI entfernt. Nichtsdestoweniger werden hier die nichtwirtschaftlichen DAI jedoch zum ersten Mal, wie die DAI in ihrer Gesamtheit, in einem Text des Primärrechts behandelt, und nicht mehr einzig und allein in einer Mitteilung der Kommission oder einem Text des abgeleiteten Rechts.
48. Es geht jedoch nicht darum, die NWDAI zu reglementieren, sondern im Gegenteil, daran zu erinnern, dass das Gemeinschaftsrecht «*in keiner Weise die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, solche*

³⁵ Genauso wenig wie das Schutzsystem von Artikel 86-2 von dem mit der Verwaltung eines DAWI beauftragten Unternehmen, welches seiner Aufgabe nicht nachkommt, geltend gemacht werden kann: vgl. Rechtsprechung der sogenannten «Untätigkeit» des öffentlichen Dienstes (EuGH, 23. April 1991, C-41/90, *Klaus Höfner und Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, Samml. I-1979; 11. Dezember 1997, *Job Centre coop*, ArI, C-55/96, Samml. I-7119 und 8. Juni 2000, *Giovanni Carra*, C-258/98, Samml. I-4217, bezüglich der Tätigkeiten der öffentlichen Arbeitsämter).

³⁶ Stützungsmaßnahme N° E2/2005, ex-NN 93/02

³⁷ Stützungsmaßnahme N°N 89/2004

³⁸ Die Definition des Kreises der Begünstigten im Sozialwohnungswesen ist residual in Irland während sie universell in den Niederlanden ist: siehe Anhang III hinsichtlich des Ursprungs des DAI-Protokolls

³⁹ Was man die «großen europäischen Gesetze des Dienstes von allgemeinem Interesse» nennen könnte, nach Art der «*lois de Rolland*» der französischen Lehre der öffentlichen Dienste.

⁴⁰ Die dem EG-Vertrag durch den Vertrag von Amsterdam beigefügte Erklärung Nr. 13 über Artikel 7D des Gründungsvertrags der Europäischen Gemeinschaft (später Artikel 16 EG) besagt, dass diese Bestimmung «*unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, u.a. in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit solcher Dienste*» umzusetzen ist.

Dienste zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren», berühren kann. Genau wie die zuvor für die DAWI verwendete Formulierung «unbeschadet», schließt die Formulierung «berührt in keiner Weise» dem gemeinschaftlichen Eingreifen nicht alle Türen, insofern die Ausübung der nationalen Zuständigkeit bei der Umsetzung weiterhin im Rahmen der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts erfolgt, selbst wenn man meinen könnte, dass die Spannungsrisiken im nichtwirtschaftlichen Bereich weniger real sind als im Rahmen von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die natürlicherweise von den gemeinschaftlichen Regeln erfasst werden⁴¹.

49. Indem es den Unterschied DAWI/NWDAI und die Notwendigkeit, die gemeinsamen Funktionsgrundsätze einzuhalten, verankert, zeigt das Protokoll auf jeden Fall, inwiefern eine Klärung der betroffenen Konzepte und Systeme mehr denn je notwendig ist, um sowohl den mit diesen Dienstleistungen beauftragten Unternehmen und Organisationen als auch ihren Hauptbegünstigten Rechtssicherheit zu bieten. Angesichts der Kohärenz dieser neuen Architektur des Primärrechts sind wir jedoch der Ansicht, dass ein solcher Prozess nur durch eine oder mehrerer thematisch ausgerichtete Verordnungsinitiativen von Statten gehen kann, was die Kommission selbst in ihrer Mitteilung vom 20. November 2007 erwägt; dieser Weg ist fortan vom Vertrag von Lissabon vorgegeben, um nicht zu sagen vorgeschrieben, und muss auf konkreten Grundlagen umgesetzt werden, in Ergänzung zu sektorspezifischen Regelungen, deren Erheblichkeit im Übrigen von Fall zu Fall geprüft werden kann (s. *infra* unter III).

C. Neue verbindliche Grundrechte zu Gunsten der DA(W)I

50. Der neue aus dem Vertrag von Lissabon hervorgehende Artikel 6, Absatz 1, des EU-Vertrags besagt, dass *«die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze anerkennt, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind»*, welche feierlich und gemeinsam an diesem Datum vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission proklamiert wurde⁴². Es wird insbesondere vor allem darauf hingewiesen, dass die Charta und die Verträge künftig *«rechtlich gleichrangig»* sind⁴³.
51. Von den in dieser Charta verankerten Rechten bieten nun aber mehrere einen erheblichen Mehrwert für die gemeinschaftliche Stellung der DAI und die DAWI. Das gilt zuerst einmal auf ausdrücklichste und direkteste Weise für Artikel 36, der wie folgt lautet:
- «Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu den DAWI, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern».*
52. Wenn diese Bestimmung, wie von den im Amtsblatt der EU⁴⁴ veröffentlichten Erläuterungen zur Charta unterstrichen, *«vollauf im Einklang»* mit Artikel 14 des VAEU ist und *«kein neues Recht begründet»*, so verstärkt sie dennoch den Grundsatz des Zugangs als grundlegenden Funktionsgrundsatz der DAWI in den Mitgliedstaaten, für dessen Einhaltung der gemeinschaftliche Gesetzgeber sorgen muss und welchen er nicht zögern darf, dort vorzuschreiben, wo er noch nicht in Kraft ist.

⁴¹ S. jedoch beispielsweise Punkt 92 des Urteils des Gerichtshofs vom 16. Mai 2006 in der Rechtssache Yvonne Watts, C-372/04, über die DAI der Gesundheit und der sozialen Sicherheit: *«Zwar steht fest, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt und dass in Ermangelung einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene das Recht jedes Mitgliedstaats bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Leistungen der sozialen Sicherheit gewährt werden; gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten, insbesondere die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr (...). Diese Bestimmungen untersagen es den Mitgliedstaaten, ungerechtfertigte Beschränkungen der Ausübung dieser Freiheit im Bereich der Gesundheitsversorgung einzuführen oder beizubehalten».*

⁴² Veröffentlicht im ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 1-16.

⁴³ Außer für die Mitgliedstaaten, die ein „opt-out“ ausgehandelt haben, wie Polen und das Vereinigte Königreich.

⁴⁴ ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 17-35. Diese Erläuterungen sind bei der Auslegung der in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze *«gebührend zu berücksichtigen»* (aus dem Vertrag von Lissabon hervorgehender Artikel 6, dritter Absatz, des EU-Vertrags).

53. Die weiteren Neuerungen der Charta für die DA(W)I sollten jedoch nicht unterschätzt werden. Artikel 34, Absatz 1, verdient diesbezüglich nähere Aufmerksamkeit, insofern er ein *«Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten»*⁴⁵ festlegt. Hier befinden wir uns im Herzen der Definition von mehreren SDAI, wie diejenige des Sozialwohnungswesens durch Artikel 34, Absatz 3, über das *«Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Wohnungsbeihilfe, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen»* oder derjenige der Gesundheitsversorgung durch Artikel 35 über das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung.
54. Diese verschiedenen Bestimmungen können durch legislative und exekutive Akten der Gemeinschaftsinstitutionen umgesetzt werden⁴⁶. Letztere können dazu nur ausdrücklich aufgefordert werden, da dies das einzige Mittel ist, um einen realen Einfluss auf die Mitgliedstaaten zu haben, insofern die in der Charta aufgeführten Grundsätze *«ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union»* für sie gelten⁴⁷. Das könnte ein Beweis dafür sein, dass der neue Artikel 14 VAEU und das neue Protokoll in Sachen DA(W)I ebenfalls neue Perspektiven für den Ausdruck und die Konsolidierung von Grundrechten bieten können, zu deren Gewährleistung oder Umsetzung diese Dienstleistungen entscheidend beitragen.

III – Nach dem Vertrag von Lissabon: wie sollen die DA(W)I konkret umgesetzt werden?

55. Der Vertrag von Lissabon markiert eine grundlegende Etappe bei der Verabschiedung einer neuen Architektur für die DAI und einer übergreifenden Gesetzgebung in Sachen DAWI im Hinblick auf die effektive Umsetzung des Vorrangsgrundsatzes der ordnungsgemäßen Ausführung ihrer Aufgabe, wie dies aus dem derzeitigen Artikel 86, Absatz 2 EG hervorgeht: nicht nur indem er sie künftig rechtlich möglich macht (Artikel 14 VAEU), sondern ebenfalls indem er sie unter Berücksichtigung der künftig im Primärrecht verankerten Leitlinien (DAI-Protokoll) notwendig macht, die sich im Sinne einer Vereinheitlichung, oder zumindest einer Annäherung der Konzepte (namentlich derjenigen, die mal den Endnutzer, den Verbraucher, den Teilnehmer, oder den Kunden der DAWI erfassen) und der auf die DAWI anwendbaren Systeme und Verfahren einsetzen (namentlich in Sachen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten und in Bezug auf die den nationalen Regulierungsbehörden zufallende Rolle), um nicht mehr auf einen ausschließlichen Von-Fall-zu-Fall-Ansatz, einen gesetzgebenden (sektorspezifische Richtlinien) oder gerichtlichen Ansatz (abhängig von den Beschwerden oder den von der Kommission angestregten Verfahren oder denjenigen, die vor dem nationalen Richter eingereicht werden) angewiesen zu sein.
56. Zusätzlich zu dem zuvor zitierten Ziel der für die effiziente Anwendung von Artikel 86, Absatz 2, EG notwendigen Rechtssicherheit, entspricht dieses Ziel offensichtlich demjenigen, welches die Kommission beim Vorschlag ihrer Rahmenrichtlinie über die Dienstleistungen im Binnenmarkt⁴⁸

⁴⁵ Dieser letzte Verweis dient dazu, sämtliche Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten auszuschließen, solche sozialen Dienste einzurichten, wo sie nicht schon bestehen: vgl. Erläuterung zu Artikel 34, ibidem, Seite 27.

⁴⁶ Artikel 52, Absatz 5, der Charta.

⁴⁷ Artikel 51, Absatz 1, der Charta.

⁴⁸ S. Begründung der KOM (2004) 2 endgültig vom 13. Januar 2004.

inspiriert hat. Und insofern dieser Text die NWDLAI aus seinem Anwendungsbereich ausschließt und die DAWI auf minderwertige Weise behandelt, ist der Weg für eine ähnlichen, ihnen eigenen Prozess geebnet.

57. Zwei Reihen von Fragen drängen sich folglich auf; die einen beziehen sich auf die Methode, die in Sachen Rechtsinstrumente bevorzugt werden soll, während die anderen sich mit dem Inhalt oder dem Gegenstand dieser Instrumente befassen.

A. Welche Optionen gibt es in Sachen Rechtsinstrumente?⁴⁹

58. Artikel 14 VAEU lässt dem gemeinschaftlichen Gesetzgeber keine Wahl, indem er ihm sowohl die Art des Aktes (die Verordnung) und das entsprechende Verabschiedungsverfahren (das ordentliche Gesetzgebungsverfahren) vorschreibt. Die Wahl der Verordnung kann als etwas «starr» erscheinen, da sie den Mitgliedstaaten wenig oder keinerlei Spielraum bei der Umsetzung lässt und die Erzielung einer Einigung für die Verabschiedung einer solchen Verordnung sich schwierig gestaltet. Der Prozess an sich ist jedoch nicht unmöglich, wie die Verabschiedung der neuen Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße⁵⁰ gezeigt hat, selbst wenn die Kommission zwei Anläufe benötigte. Aber genau das ist auch der Preis der demokratischen Verstärkung der Verfahren und des Rückgriffs auf das Mitentscheidungsverfahren Europäisches Parlament/Rat um sowohl die Initiativen der Kommission wie auch die Debatten zwischen den Mitgliedstaaten und den europäischen Abgeordneten zu klären und zu lenken. Die Kommission wäre auch weniger versucht, ihre gelegentlich byzantinisch anmutende Doktrin⁵¹ umzusetzen oder Entscheidungen oder Richtlinien auf der Grundlage von Artikel 86, Absatz 3, EG (künftiger Artikel 106, Absatz 3 VAEU) zu verabschieden.
59. Wenn es sich darum handelt, die Grundsätze und Anwendungsbestimmungen der Forderung nach ordnungsgemäßer Ausführung der Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu definieren, kann die Verordnung auf jeden Fall ein geeignetes Instrument sein, um die einheitliche Umsetzung in der Europäischen Union und die tatsächliche und unmittelbare Anwendung in den Mitgliedstaaten sicherzustellen.
60. Im Übrigen darf nicht aus Artikel 14 VAEU abgeleitet werden, dass es sich dabei um die einzige Möglichkeit der Intervention seitens der Gemeinschaftsorgane handelt. In anderen Worten schließt die Verabschiedung von Verordnungen auf der Grundlage von Artikel 14 VAEU die Verabschiedung anderer Rechtsinstrumente nicht aus, dies in der Optik der Ergänzungsfähigkeit der Rechtsgrundlagen und angewandten Verfahren. Demnach könnte sich, neben der normativen und/oder kurativen Befugnis der Kommission auf der Grundlage des vorbezeichneten Artikels 86-3⁵², die Zuhilfenahme der Richtlinien von Artikel 95 EG (künftiger Artikel 114 VAEU) im Rahmen der Errichtung des Binnenmarkts für nützlich und zweckmäßig erweisen, insbesondere um einerseits eine bestehende Liberalisierungsrichtlinie unter dem Gesichtspunkt der Auslegungshilfen des DAI-Protokolls und in Übereinstimmung mit der oder den Verordnung(en) «Artikel 14 VAEU» abzuändern, und andererseits Letztere durch einen sektorspezifischen Ansatz und/oder durch die Harmonisierung bestimmter Aspekte im Zusammenhang mit der Organisation und der Verwaltung der DAWI, welche

⁴⁹ S. im Anhang die Übersichtstabelle über die Regelungsoptionen

⁵⁰ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1169/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315).

⁵¹ Man denke namentlich an die Praxis der «Handbücher zur Umsetzung» (siehe das für die Dienstleistungsrichtlinie herausgegebene) oder der Memos in Form von «Fragen/Antworten», wie das am 20. November 2007 als Begleitung der zuvor zitierten Mitteilung DAI - KOM (2007) 725 veröffentlichte.

⁵² Sie übt diese Befugnis mit fast unbegrenztem Ermessensspielraum oder zumindest «sofern erforderlich» laut dem Wortlaut dieser Bestimmung aus.

die Grundsätze und Bedingungen ihrer ordnungsgemäßen Funktionsweise nicht direkt berühren würden, zu ergänzen.

61. Dagegen bleibt eine Frage hinsichtlich der eigentlichen Benutzung von Artikel 14 VAEU offen: sollte man die Verabschiedung einer einzelnen Verordnung, einer Art Rahmenverordnung, anstreben, welche die Funktionsgrundsätze und -bedingungen jeder Tätigkeit, die der Qualifizierung als DAWI entspricht, festlegt, oder sollte man eher einen pluralen und progressiven Ansatz bevorzugen, der zur Verabschiedung von mehreren Verordnungen führen würde, welche sukzessive die wesentlichsten angetroffenen gemeinsamen Probleme (thematisch ausgerichteter horizontaler Ansatz) lösen und/oder diese Grundsätze und Bedingungen an die verschiedenen betroffenen Sektoren (sektorspezifisch ausgerichteter horizontaler Ansatz) anpassen sollen? Wir tendieren unsererseits zu diesem letzten sequentiellen Ansatz, ohne dem Verabschiedungsrhythmus vorzugreifen, welcher bündig sein könnte, indem auf die Technik des in einem einzigen Vorgang verabschiedeten «Gesetzgebungspakets»⁵³ zurückgegriffen wird, oder sich auf einen längeren Zeitraum erstrecken könnte; ohne jedoch auszuschließen, dass dieser Ansatz erforderlichenfalls mit einem sektorspezifischen Ansatz kombiniert werden kann, welcher jedoch eher auf diese oder jene Besonderheit einer Kategorie von DA(W)I ausgerichtet ist.
62. Außer der Tatsache, dass die in Artikel 14 VAEU benutzte Pluralform hinsichtlich der Verordnungen ebenfalls in diese Richtung weist, scheint ein solcher Ansatz auch vereinbar mit der Strategie, welche die Kommission umsetzen möchte, wenn sie von einer «Mischung aus sektorspezifischen und problembezogenen Maßnahmen»⁵⁴ spricht; allerdings muss festgestellt werden, dass, während das EU-Parlament in Bezug auf die SDAI seinen deutlichen politischen Willen zum Ausdruck gebracht hat, eine sektorspezifische Richtlinie für diese Dienstleistungen vorzuschlagen, die Kommission diesem bis dato nicht nachgekommen ist.
63. Ganz gleich welche Option zurückbehalten wird, kann nicht auf eine vorhergehende Identifizierung der Gesetzgebungsnotwendigkeit verzichtet werden, deren Grundsatz von Artikel 5, Absatz 3, EG⁵⁵ vorgeschrieben wird, und deren Konturen das zukünftige DAI-Protokoll definiert, indem die Analyse «der Bedürfnisse und Präferenzen» der Nutzer in den Vordergrund gestellt wird. Eine solche Identifizierung wird fortan zu einem großen Teil dem Inhalt des Regelungsinhalts vorgreifen.

B. Welche Optionen gibt es in Sachen Inhalt?

64. Hier geht es darum, eine praktische und pragmatische Methode vorzuschlagen, die darin besteht, zu untersuchen, ob das abgeleitete Recht in seiner heutigen Form in Bezug auf das neue zuvor erwähnte Primärrecht ausreicht, und ob sich neue Gesetzgebungsinitiativen aufdrängen. Bei dieser Vorgehensweise muss untersucht werden, inwiefern neue Gesetzgebungsinitiativen, wie von Artikel 14 VAEU induziert, erforderlich sind, um die derzeitigen rechtlichen Unsicherheiten zu beseitigen, und inwiefern sie einen Mehrwert mit sich bringen können.
65. Die Problematik, deren Erörterung wir vorschlagen, ist mit der von der Europäischen Kommission in ihrer Mitteilung vom 20. November 2007 vorgeschlagenen identisch, wenn sie vorschlägt, «an der Konsolidierung des EU-Rahmens für Dienste von allgemeinem Interesse einschließlich Leistungen im

⁵³ S. in diesem Sinne die «Telekom»-Pakete von 2002, das Paket des «einheitlichen Luftraums» von 2004, oder aber die 3 Eisenbahnpakete.

⁵⁴ KOM (2007) 725 vorbezeichnet, Kapitel 4, erster Absatz

⁵⁵ «Die Maßnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus». S. im gleichen Sinne Artikel 3ter, Absatz 4, des VAEU (Proportionalitätsprinzip).

sozialen Bereich und in der Gesundheitsfürsorge zu arbeiten und gegebenenfalls konkrete Lösungen für konkrete Probleme anzubieten», indem sie «sektorspezifische und problembezogene Maßnahmen» kombiniert. Es geht also nicht darum, sektorspezifische und übergreifende Methoden gegenüberzustellen, sondern sie zu kombinieren.

66. Bei der Suche nach Wegen und Mitteln einer progressiven Europäisierung der DAWI seit dem Ende der 80er Jahre ging es darum – ohne dass ein festgelegter Bezugsrahmen zur Verfügung stand –, dass die Vorgehensweise die Besonderheiten eines jeden betroffenen Sektors berücksichtigt: das Telekommunikationswesen hat andere technisch-wirtschaftliche Eigenschaften als das Luftverkehrs- oder das Stromwesen. Ab dem Zeitpunkt jedoch, wo das Primärrecht anerkannt hat, dass die DAWI insgesamt Teil der «gemeinsamen Werte» der EU sind und zu deren «sozialen und territorialen Zusammenhalt» beitragen, schien es unabdingbar, sektorspezifische Maßnahmen (unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines jeden Sektors) und übergreifende Problematik zu vereinen. Wir werden versuchen, genau diesen doppelten Ansatz zu erläutern und ausführlicher zu behandeln.

a) In Sachen sektorspezifische Maßnahmen

67. Es geht gleichzeitig darum, die Berücksichtigung der neuen Bestimmungen des Primärrechts bei der Überarbeitung des sektorspezifischen abgeleiteten Rechts zu integrieren und zu untersuchen, ob die derzeitige sektorspezifische Vorgehensweise in Bezug auf die Berücksichtigung der Besonderheiten einer jeden Tätigkeit ausreicht.

1. Die Berücksichtigung der neuen Bestimmungen des Primärrechts bei der Überarbeitung jedes sektorspezifischen Rahmens einbeziehen

68. Die vorbezeichnete Mitteilung der Europäischen Kommission vom 20. November 2007 nimmt eine Bestandsaufnahme der in Sachen Überprüfung und Aktualisierung der sektorspezifischen Rahmenbestimmungen laufenden Initiativen vor. Die neuen Bestimmungen des Primärrechts, einschließlich der im DAI-Protokoll erwähnten «gemeinsamen Werte» und der Bestimmungen der Charta der Grundrechte, müssen genauestens als grundlegende Bezugselemente dieser Überprüfungen einbezogen werden, ohne das Ende des Ratifizierungsprozesses des Reformvertrags abzuwarten. Beispielsweise hätte diese Vorgehensweise ab der zweiten Lesung der neuen Posttrichtlinie⁵⁶ angewandt werden können, um zu untersuchen, ob ihre Bestimmungen mit dem neuen VAEU vereinbar waren.

2. Die Prüfung, ob die derzeitige sektorspezifische Vorgehensweise in Bezug auf die Berücksichtigung der Besonderheiten einer jeden Tätigkeit von allgemeinem Interesse ausreicht

69. Wenn die im Laufe der 90er Jahre als DAWI geltenden Sektoren (Telekommunikations-, Post-, Strom-, Gas-, Transportwesen) Gegenstand der Ausarbeitung von präzisen Regeln und der Definition von GWV und UDV zur Strukturierung des Liberalisierungsprozesses waren, so führt die progressive Erweiterung des Bereichs der als «wirtschaftlich» geltenden Tätigkeiten, sei es in den Mitgliedstaaten und auf Gemeinschaftsebene – insbesondere im Zuge der Entwicklung der Rechtsprechung des EUGH – dazu, dass die Besonderheiten einer ganzen Reihe von DAWI nicht im positiven abgeleiteten Recht berücksichtigt werden.

⁵⁶ Die Abstimmung in zweiter Lesung ist am 31.1.2998 im EU-Parlament erfolgt.

70. Dies gilt insbesondere in Sachen SDAI. Bei ihrer Konsultierung zum Grünbuch von 2003, haben die Akteure dieses Sektors (die lokalen öffentlichen Behörden, die Betreiber, die Vertreter der Nutzer, Nichtregierungsorganisationen, ganz gleich ob Erbringer von Dienstleistungen oder Vertreter der Nutzer) weitgehend unterstrichen, dass sie eine steigende Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Korpus der gemeinschaftlichen Rechtsnormen, denen sie unterliegen, verspüren. Sie haben betont, Teil einer „Grauzone“ zu sein, die der Erfüllung ihrer Aufgaben schadet. Dies hat gleichzeitig dazu geführt, dass

- die Kommission einen spezifischen Reflexionsprozess angestrengt hat (Grünbuch und Weißbuch zu den DAI, Studien, usw.),
- der Gesetzgeber sie größtenteils aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgeschlossen hat⁵⁷,
- das Europäische Parlament zweimal die Ausarbeitung eines sektorspezifischen abgeleiteten Rechts gefordert hat⁵⁸.

Trotzdem hält die Kommission diesen Weg – im offensichtlichen Widerspruch zu der von ihr bevorzugten sektorspezifischen Vorgehensweise – nicht fest und will jetzt ihre Vorschläge auf eine Reihe von Antworten auf *«häufig gestellte Fragen»* beschränken. Offensichtlich soll die sektorspezifische Vorgehensweise zu einer *«Konsolidierung des EU-Rahmens für Dienste von allgemeinem Interesse einschließlich Leistungen im sozialen Bereich und in der Gesundheitsfürsorge»* führen⁵⁹.

71. Man kann sich jedoch fragen, ob die Kommission durch den Mechanismus des «interaktiven Informationsdienstes»⁶⁰ nicht über die ihr von den Verträgen als *«Hüterin der Verträge»* gewährten Vorrechte hinausgeht, nicht bezüglich des eigentlichen Prinzips dieser Initiative, sondern hinsichtlich der Bedingungen, die dazu geführt haben. Die Kommission hat nämlich der Einführung dieser Initiative eine Reihe von Fragen/Antworten vorangehen lassen, insbesondere in zwei Anhängen zur Mitteilung vom 20. November 2007, und begnügt sich dabei nicht damit, die bestehenden Normen oder die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ins Gedächtnis zu rufen, sondern, oft auf versteckte Weise, eigene Auslegungen hinzufügt (siehe *infra*). Um den Forderungen nach Rechtssicherheit nachzukommen, ist es jedoch unerlässlich, ein Gesetzgebungsverfahren zu eröffnen, welcher Auftrag in Artikel 14 VAEU erteilt wird.

b) In Sachen übergreifende Vorgehensweisen

72. Wie bereits vorstehend betont, geht es nicht darum, sektorspezifische und übergreifende Methoden gegenüberzustellen, sondern ihre Ergänzungsfähigkeit zu berücksichtigen. Mehrere Initiativen der Europäischen Kommission der letzten Jahre, oder derzeit noch in Vorbereitung reihen sich in diese Dynamik ein, wie zum Beispiel das «Altmark»-Paket von 2005 in Sachen Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, oder die laufenden Reflexionen über die öffentlich-privaten Partnerschaften (nachstehend «ÖPP») [Impaktstudie zu einer Richtlinie über die Konzessionen, neue Mitteilung über die institutionalisierten ÖPP].

73. Auch dort muss auf pragmatische Weise einerseits untersucht werden, ob die bestehenden Bestimmungen den Zielen der neuen Verträge genügen, und andererseits, ob diese neue Gesetzge-

⁵⁷ Richtlinie 1006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Amtsbl. L 376 vom 27.12.2006

⁵⁸ Rapkay-Bericht vom 14. September 2006, Hasse-Ferreira-Bericht und Toubon-Bericht von 2007, vgl. ebenfalls die Schlussfolgerungen des SDAI-Forums von Lissabon vom 17. September 2007.

⁵⁹ KOM (2007) 725 vorbezeichnet, Kapitel 4, erster Absatz

⁶⁰ http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_de.html

bungsinitiativen erfordern. Drei Bereiche müssen besondere Aufmerksamkeit erfahren:

- die Bedingungen für die Umsetzung von Artikel 86, Absatz 2, EG,
- das Subsidiaritätsprinzip, und
- die wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen für die Erfüllung der Aufgaben der DAWI.

Sie können entweder Gegenstand von spezifischen Verordnungen sein oder in Form eines «Pakets» behandelt werden.

1. Klarstellung der Bedingungen für die Umsetzung von Artikel 86, Absatz 2, EG (Artikel 106 VAEU)

74. Dieser Artikel, der seit dem Vertrag von Rom von 1957 keiner Abänderung unterzogen wurde, ist Gegenstand von gegensätzlichen Analysen und Auslegungen, einschließlich in den rezenten Dokumenten der Europäischen Kommission.
75. Einerseits wird er oft dargestellt, als könne er in Sachen Wettbewerb und Binnenmarkt aus den DAWI «Abweichungen» oder «Ausnahmen» von den allgemeinen Regeln der Verträge machen. Dies geht es aus der vorbezeichneten Mitteilung vom 20. November 2007 hervor, welche wie folgt lautet: *«Sofern allerdings die Anwendung dieser Bestimmungen die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert, können unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmeregeln greifen. Zu diesen Voraussetzungen zählt insbesondere, dass der Ausgleich, der den mit der Erbringung derartiger Leistungen betrauten Unternehmen gewährt wird, verhältnismäßig sein muss»*.
76. Andererseits schrieb die Europäische Kommission in ihrem Weißbuch von 2004, dass *«dem EG-Vertrag zufolge vorbehaltlich der Bedingungen des Artikels 86 Absatz 2 die tatsächliche Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe im Spannungsfall Vorrang vor der Anwendung der Regeln des Vertrags hat»*.
77. Sind diese beiden Auslegungen vereinbar? Oder zumindest, welches sind die Bedingungen für ihre Vereinbarkeit? Hier sind Klarstellungen notwendig, um allen betroffenen Akteuren wahrhaftige Rechtssicherheit zu geben.
78. Dazu muss man auf die unserer Meinung nach fälschliche Auslegung, der die Europäische Kommission sich in ihrer Mitteilung vom 20. November 2007 hingibt, zurückkommen. Sie schreibt auf Seite 4: *«Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Ihre Erbringung unterliegt den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags, da die damit verbundenen Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur sind»*, ohne zu erwähnen, dass «Abweichungen» bestehen können. Auch fügt sie auf Seite 6 hinzu: *«Besitzt eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse wirtschaftlichen Charakter, unterliegt sie den Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften»*. Erst 5 Zeilen weiter unten fügt sie die oben in Punkt 73 zitierte Anmerkung *«Sofern...»* hinzu.
79. In der Tat muss man sich den eigentlichen Wortlaut von Artikel 86, Absatz 2, EG in Erinnerung rufen, welcher im gleichen Satz Folgendes verfügt: *«Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind ..., gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft»*.

80. Zwei Elemente müssen hier unbedingt berücksichtigt werden: *«die ihnen übertragene besondere Aufgabe»* und *«die Entwicklung des Handelsverkehrs...»*, um die Begriffe *«Ausnahme»* und *«Prävalenz»* einer Aufgabe von allgemeinem Interesse vereinbar zu machen. Wie vom Gericht präzisiert könnte diese Ausnahme (Artikel 86, Absatz 2) *«niemals wirksam werden, wenn ihre Anwendung gleichzeitig sicherstellen müsste, dass die Vorschriften, von denen sie abweichen soll, in vollem Umfang eingehalten werden»*⁶¹.
81. Demnach muss die *«besondere Aufgabe»* klar in einem *«verbindlichen Verwaltungs- oder Rechtsakt»*⁶² von der zuständigen öffentlichen Behörde definiert werden: Gesetz, Verordnung, Vertrag, Abkommen, usw. Und die Umsetzungsmodalitäten dieser Aufgabe müssen in ein vernünftiges Verhältnis zu dieser Aufgabe gebracht werden, einschließlich in Sachen Auswirkung auf den Handel. Diese Bedingungen und ihre Umsetzungsmodalitäten klarzustellen, um so Rechtssicherheit zu schaffen, ist zum jetzigen Zeitpunkt im positiven abgeleiteten Recht unabdingbar⁶³.
82. Dies umso mehr, als da es sich um die Definition der DAWI durch die Mitgliedstaaten handelt, die Kontrolle der EU- Kommission sich auf die Bewertung des *«offenkundigen Fehlers»* beschränkt, deren Bereich, Inhalt und Ausübungsmodalitäten klar festgelegt werden müssen, um extensive Auslegungen zu vermeiden, wie dies im Bereich des Sozialwohnungswesens der Fall war (siehe supra). Wie das Gericht erneut darauf hinweist, *«selbst wenn der Mitgliedstaat über ein weites Ermessen bei der Bestimmung dessen verfügt, was er als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansieht, ist er nicht davon befreit, wenn er sich auf das Vorliegen und die Erforderlichkeit des Schutzes einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe beruft, dafür Sorge zu tragen, dass diese Aufgabe bestimmten, von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Mindestkriterien genügt, die für alle gemeinwirtschaftlichen Aufgaben im Sinne des EG-Vertrags gelten, und zu beweisen, dass diese Kriterien im jeweiligen Fall auch erfüllt sind. Dazu gehören insbesondere das Vorliegen eines Hoheitsakts, der den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse überträgt, und der universale und obligatorische Charakter der Aufgabe. Umgekehrt kann, wenn der Mitgliedstaat den Beweis nicht erbracht hat, dass diese Kriterien erfüllt sind, oder wenn er diese nicht beachtet hat, dies einen offenkundigen Beurteilungsfehler begründen, den die Kommission beanstanden muss, um nicht selbst einen offenkundigen Fehler zu begehen.»*⁶⁴
83. Dies bedingt ebenfalls, dass die Modalitäten der *«Betrachtung»* der Betreiber der DAWI klargestellt werden müssen⁶⁵, dies im Hinblick auf eine genaue Beschreibung der Verbindung zwischen dem die besondere Aufgabe definierenden Verwaltungs- oder Rechtsakt und dem Begriff *«Betrachtung»*, welcher die Verpflichtung, den Dienst zu leisten oder zur Verfügung zu stellen, mit sich bringt, sowie dessen Unterschied gegenüber den *«Genehmigungssystemen»*, der Möglichkeiten der Anpassung und Aktualisierung der Betrachtung entsprechend der Entwicklung der Bedürfnisse, und der fallspe-

⁶¹ S. Urteil T-289/03, vorbezeichnet, Punkt 318.

⁶² Antwort auf die Frage 5.2 des Arbeitspapiers SEK(2007) 1516.

⁶³ In ihrer Antwort auf die Frage 2.11 des Arbeitspapiers SEK(2007) 1516 schreibt die Kommission: *«Soweit eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ist und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, sind Wettbewerbsregeln anwendbar»*. Sie fügt hinzu: *«Das bedeutet allerdings nicht, dass Behörden sicherstellen müssen, dass eine Vielzahl an Dienstleistern am Markt präsent ist. Außerdem bedeutet das nicht, dass Behörden verpflichtet sind, Unternehmen zu privatisieren, die DAWI/SDAI anbieten oder besondere bzw. ausschließliche Rechte abzuschaffen, die Dienstleistern eingeräumt wurden und die für die Durchführung von betroffenen DAWI/SDAI notwendig und verhältnismäßig sind.»*

⁶⁴ S. Urteil T-289/03, vorbezeichnet, Punkt 172

⁶⁵ Die Antwort auf Frage 5.1 des Arbeitspapiers SEK(2007) 1516 präzisiert, dass der Betraltungsakt *«der offizielle Akt ist, der das Unternehmen mit der DAWI betraut, dessen Aufgabe im Allgemeininteresse darlegt und Anwendungsbereich und allgemeine Bedingungen für das Funktionieren der DAWI/SDAI bestimmt»*. Die Antwort auf Frage 5.2 betont, dass *«die Genehmigung eines Dienstleisters durch eine Behörde, welche das Unternehmen zur Bereitstellung von Dienstleistungen berechtigt, keinen Betraltungsakt darstellt. Denn damit wird das Unternehmen nicht zur Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen verpflichtet»*. Die Antwort auf Frage 5.3 fügt hinzu, dass *«solange dessen Umfang klar definiert ist, weite Definitionen des Auftrags für die Erbringung der Dienstleistung im öffentlichen Interesse zulässig sein können, wenn es nicht möglich ist, die entsprechenden Dienstleistungen näher zu umschreiben.»*

zifischen Anpassungsmodalitäten, die vor allem bei den SDAI vorliegen, bei denen ein Dienstleister seine Tätigkeit auf ehrenamtlicher (eventuell ohne Gewinnzweck) von einer öffentlichen Behörde anerkannter Basis ausübt. Auch hier kann man sich nicht auf eine fallspezifische Klärung im Zuge der Streitverfahren verlassen, wie dies die Streitsache des irländischen Krankenversicherungssystems kürzlich gezeigt hat, bei welcher das Gericht weitere klärende Elemente einbringt, laut welchen einerseits ein Mitgliedstaat beschließen kann, eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von allen Betreibern eines Sektors ausführen zu lassen, ohne den Letztgenannten die Aufgabe *«einzeln durch Rechtsakt oder einen individuellen Auftrag»* übertragen zu müssen und andererseits *«die durch einen Hoheitsakt mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betrauten Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich verpflichtet sind, die betreffende Dienstleistung unter Berücksichtigung der für ihre Erbringung geltenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf dem Markt anzubieten»*. Das Gericht hält ferner fest, dass *«der obligatorische Charakter einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe nicht voraussetzt, dass die öffentlichen Stellen den betreffenden Wirtschaftsteilnehmer zur Erbringung einer Dienstleistung mit klar im Voraus bestimmtem Inhalt verpflichten»*⁶⁶.

84. Es scheint also, dass die «besondere Aufgabe», sofern sie klar definiert ist und insbesondere in Sachen Wettbewerb und Binnenmarkt verhältnismäßige Abweichungen von den Regeln des Vertrags mit sich bringt, maßgebend sein muss.

2. Klarstellung der Bedingungen für die Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips

85. Der derzeitige Artikel 16 EG, sowie der künftige Artikel 14 VAEU, legen eine geteilte Zuständigkeit der EU und der Mitgliedstaaten in Sachen DAWI fest. Die Umsetzungsmodalitäten unterliegen demnach dem Subsidiaritätsprinzip, dessen Umsetzung im Protokoll Nr. 2 des Vertrags von Lissabon erläutert wird. Doch auch dort bestehen noch weitgehende rechtliche Ungewissheiten und Unsicherheiten, welche durch die neuen Bestimmungen des Primärrechts (Artikel 14 VAEU + DAI-Protokoll) im positiven abgeleiteten Recht beseitigt werden müssten.
86. Demnach muss man von den neuen Bestimmungen ausgehen, welche auf die Zuständigkeitsteilung verweisen – Verweis auf Artikel 4 des EUV, auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die DAWI *«zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren»*, auf die *«wichtige Rolle und den weiten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen Behörden, um die DAWI zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren»* –, um die Rechte und Pflichten der öffentlichen Behörden in Sachen DAWI klar festzulegen, einschließlich der europäischen Behörden in Bezug auf die europäischen Dienste sowie auf die *«nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse»*.
87. Diese Rechte und Pflichten sollten die Bedingungen für die Definition der DAWI, der NWDAI, der SDAI und demnach der Rechtsnormen, denen sie unterliegen können, verdeutlichen. Wie bereits oben angedeutet, sollten diese Rechte und Pflichten die Bedingungen für die Definition der «besonderen Aufgaben» und der Kontrolle in Bezug auf mögliche «offenkundige Fehler» darlegen.
88. Die Rechte und Pflichten der öffentlichen Behörden beschränken sich nicht auf die «Definition» der DAI, sondern auch auf die Definition ihrer Organisationsformen: unter welchen Bedingungen können mögliche Exklusiv- oder Sonderrechte oder ganz allgemein jegliche Formen von Abweichungen von den Regeln der Verträge beschlossen werden?

⁶⁶ S. Urteil T-289/03, vorbezeichnet, sukzessiv Punkte 183, 188 und 189

89. Die Umsetzungsmodalitäten des Subsidiaritätsprinzips bringen mit sich, dass die Bedingungen für die Wahl der Verwaltungsmodi im positiven abgeleiteten Recht präzisiert werden müssen. Auch hier herrschen immer noch Ungewissheiten und Unsicherheiten in Sachen Bedingungen der «in house»-Verwaltung vor; diese ist bis dato lediglich im Transportwesen definiert und klargestellt (neue zuvor zitierte GWV/städtische Transporte-Verordnung vom 23.10.2007). Man müsste sich daran orientieren, um daraus einen auf die Gesamtheit der DAWI anwendbaren Referenzrahmen zu schaffen. Dies würde verhindern, dass die Kommission in Bezug auf «in house» von einer „Ausnahme“ spricht⁶⁷, obwohl es sich um einen Verwaltungsmodus handelt, der ausdrücklich in gleichem Maße wie die anderen anerkannt werden muss.
90. Im Zusammenhang mit den Bedingungen der «in house»-Verwaltung entwickeln sich derzeit Ungewissheiten, Unsicherheiten und Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiet der Zusammenarbeit und Gegenseitigkeit von Tätigkeiten und/oder Diensten zwischen lokalen öffentlichen Behörden.⁶⁸ Es scheint also notwendig zu sein, im positiven Recht die von den öffentlichen Behörden diesbezüglich zu erfüllenden Bedingungen zu klären.

3. Festigung der «wirtschaftlichen und finanziellen» Bedingungen, welche den DAWI erlauben, ihre Aufgaben zu erfüllen

91. Artikel 14 VAEU betont bezüglich des Inhalts der Verordnungen zur Festlegung der Bedingungen, die den DAWI gestatten, ihre Aufgaben zu erfüllen, klar die «wirtschaftlichen und finanziellen» Bedingungen. Das «Altmark»-Paket von 2005 ermöglichte die Beseitigung einer Reihe von Unsicherheiten in Sachen Finanzierung der Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, insbesondere bei denjenigen über einen geringen Betrag und denjenigen in Bezug auf die Sozialwohnungen und die Krankenhäuser.
92. Einerseits müssen diese Bestimmungen Gegenstand einer Beurteilung im Jahre 2009 sein, um eventuell angepasst oder überarbeitet zu werden. Artikel 14 VAEU sollte vorschreiben, dass dieses Verfahren im Mitentscheidungsverfahren Parlament-Rat zu erfolgen hat und nicht auf der Grundlage eines Beschlusses der Kommission (Artikel 86, Absatz 3, EG), selbst wenn die anderen Gemeinschaftsorgane zur Beratung hinzugezogen wurden.
93. Gleichzeitig reiht sich das «Altmark»-Paket in eine Logik ein, die darin besteht, dafür zu sorgen, dass die Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen in den Anwendungsbe- reich von Artikel 87 des Vertrags und demnach unter «staatliche Beihilfen» fallen, mit sämtlichen sich daraus ergebenden Zwängen in Sachen öffentliche Finanzen. Nun hat der Gerichtshof in seinen Urteilen Ferring (2001)⁶⁹ und Altmark (2003) Wege gezeichnet, denen zufolge erachtet wird, dass diese Ausgleichszahlungen unter bestimmten Bedingungen⁷⁰ nicht den Bestimmungen des

⁶⁷ Dokument SEK (2007) 1514

⁶⁸ Wir beziehen uns hier auf die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Behörden und nicht die Beteiligung von Privatunternehmen, wie im Urteil Stadt Halle des EUGH vom 11. Januar 2005 (Rechtssache C-26/03, Samml. I-1): «Wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50, in ihrer durch die Richtlinie 97/52 abgeänderten Form, fallen, sind die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden.»

⁶⁹ EuGH, 22. November 2001, C-53/00, Samml. I. 9067.

⁷⁰ das Altmark-Urteil des EUGH vom 24. Januar 2003 (Rechtssache C-280/00 Samml. I-1774) sieht vier Bedingungen vor: erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein; zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken; viertens, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

Vertrags in Sachen staatliche Beihilfen unterliegen. Es scheint angebracht, diese Wege erneut zu prüfen und besser zu konkretisieren, inklusive durch eine Präzisierung, beziehungsweise Neudefinierung der vom Gericht gestellten Bedingungen, um eine Verordnung über die Finanzierung der DAWI zu verabschieden.

94. Diese Verordnung sollte für die öffentlichen Behörden die Bedingungen der Umsetzung der Bandbreite der möglichen Finanzierungsmodi festlegen, dies unter Beachtung des Proportionalitätsprinzips: öffentliche Subventionen, Steuervorteile, Ausgleichsfonds zwischen Betreibern, gerechte Verteilung zwischen Nutzern und/oder zwischen Teilnehmern, Teilhaber oder nicht, an der Bewilligung von Exklusiv- oder Sonderrechten, Mechanismen des Typs *«play or pay»*, usw.
95. In Sachen wirtschaftliche und finanzielle Bedingungen ist es ebenfalls angezeigt, die Mittel zur Beseitigung der Ungewissheiten zu untersuchen, die zu einem Mangel an Investitionen in die notwendigen Infrastrukturen zur Gewährleistung der Funktionsweise der DAWI und des Fortbestands der Dienste führen können. Es müssten Mechanismen aufgestellt werden, um den wirtschaftlichen Akteuren die von ihnen zur Finanzierung der langfristigen Investitionen benötigte Sichtbarkeit zu garantieren.

4. Weitere Bereiche benötigen einen kohärenten und gesicherten gemeinschaftlichen Ansatz

96. Bis vor kurzem wiesen die in Sachen DAWI (Telekommunikations-, Post-, Strom-, Gas-, Transportwesen) aufgestellten gemeinschaftlichen Regeln die Regulierung dieser Sektoren vor allem der Verantwortung der Mitgliedstaaten und der Einsetzung von nationalen Regulierungsbehörden (NRB) zu, selbst wenn Formen der Zusammenarbeit zwischen ihnen entwickelt wurden. Die Entwicklungen der Märkte und die Integration der Betreiber führen jedoch zu steigenden Ausübungsschwierigkeiten der Regulierungsmodi und zu Disparitäten, die der Realisierung des Binnenmarktes schaden. In zwei Sektoren (Elektronische Kommunikationen und Stromwesen) stellt sich heute die Frage nach der Schaffung von gemeinschaftlichen Regulierungsbehörden, deren Ziele und Befugnisse allerdings noch nicht feststehen und deren Mehrwert noch ungewiss ist.
97. Es scheint notwendig, die Fragen zum Status und den Befugnissen der NRB und möglicher gemeinschaftlicher Regulierungsbehörden (GRB), einschließlich ihrer Beziehungen mit den Wettbewerbsbehörden zu klären; dabei gilt es, einen den Regulierungsbehörden anzuvertrauenden gemeinsamen Mindestkompetenzsockel festzulegen, die Bedingungen für die Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden darzulegen und Impulse für die Mitwirkung aller betroffenen Akteure, insbesondere der Nutzer, an der Regulierung zu geben, was die Bedingung für ihre Effizienz und Legitimität darstellt.
98. In Sachen Schutz der Nutzer/Verbraucher der DAWI, welcher durch das den Verträgen angehängte Protokoll integrierender Bestandteil der im Primärrecht verankerten «gemeinsamen Werte» ist, wurden in den letzten Jahren von den Gemeinschaftsorganen ungleiche Initiativen getroffen: Charta der Fluggastrechte, Charta der Eisenbahnreisenden, Chartaentwurf (ohne verbindlichen Charakter) in Sachen Energie. Doch der Zusammenhang zwischen Nutzer und DAI kann nicht getrennt werden, da die globale Befriedigung seiner Interessen als Bürger die Daseinsberechtigung und Zweckbestimmung dieser Dienstleistungen darstellt.
99. Im Sinne der Charta der Grundrechte und der Grundsätze des DAI-Protokolls besteht ein reeller Bedarf an einem gemeinsamen Sockel, welcher den Nutzern Sicherheiten hinsichtlich des sozia-

len und räumlichen Zugangs, der Gleichbehandlung, der Bezahlbarkeit, der Qualität, der Transparenz der Informationen und Bedingungen der Dienstleistung, der Behandlung der Klagen und Beschwerden, der Regelung der Rechtsstreitigkeiten usw. gewährt.

100. Die Definition dieser Garantien, wie auch die Wirksamkeit ihrer Umsetzung setzen eine demokratische Mitwirkung der Benutzer und Verbraucher und ganz allgemein der Bürger bei sämtlichen Etappen der Definition und Organisation der DAI voraus: Formulierung der Bedürfnisse, Gestaltung geeigneter Dienstleistungen, Umsetzung, Kontrolle, Bewertung.
101. Was die Bewertung der Leistung der DAWI betrifft, so wurde diese Notwendigkeit in verschiedenen Mitteilungen der Kommission seit 1996 zum Ausdruck gebracht; seit 2001 werden regelmäßig von der Kommission Berichte für die netzgebundenen Wirtschaftszweige⁷¹ veröffentlicht sowie, vor kurzem, eine Studie zur Methodologie⁷², ohne dass diese Notwendigkeit unter den «gemeinsamen Werten» im DAI-Protokoll aufgeführt wird, welches dem EUV und dem VAEU beigelegt werden wird.
102. Die Bewertung der Leistung der DAWI ist angesichts der «Bedürfnisse und Erwartungen» der Nutzer (im Sinne des DAI-Protokolls) erforderlich und beruht demnach nicht ausschließlich auf den Kosten/dem Preis der Dienstleistungen, sondern auch auf deren Qualität, Zugang/ universellen Charakter, deren Beitrag zum sozialen Fortschritt, zur wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Kohäsion, zur Gewährleistung der Grundrechte, zur Beschäftigung, usw. Die Bewertung muss auf der Ebene ausgeführt werden, auf welcher die Dienstleistungen und Aufgaben definiert sind und sich gleichzeitig von einer geteilten, auf transparenten, objektiven und repräsentativen Kriterien gestützten Methodologie leiten lassen. Jede Bewertung muss auf von den Akteuren und Institutionen unabhängigen Verfahren beruhen, welche sämtliche beteiligten Parteien einbeziehen.
103. Mittels dieser verschiedener Initiativen könnte ein Mehrwert im positiven Gemeinschaftsrecht geschaffen werden, dies durch die Identifizierung der konkreten Probleme, welche einen kohärenten Ansatz und die Ausschöpfung der Möglichkeiten der neuen Verträge benötigen.

⁷¹ http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/index_en.htm#services

⁷² http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/docs/2007/final_report_311007_en.pdf

Anlagen

1. Glossar der benutzten Akronyme
2. Vergleichstabelle der zitierten Texte
3. Entstehung des DAI-Protokolls
4. Tabelle der möglichen Optionen

Glossar der benutzten Akronyme

Anhang 1

Altmark-Paket:	Verweis auf zwei Dokumente der Europäischen Kommission von November 2005 über staatliche Beihilfen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Entscheidung + Gemeinschaftsrahmen) auch als „Monti-Kroes-Paket“ bezeichnet
DAI:	Dienst(leistung) von allgemeinem Interesse (siehe Mitteilungen der Kommission von 1996, 2000 und 2007, Grünbuch von 2003, Weißbuch von 2004 + DAI-Protokoll des Vertrags von Lissabon)
DAI-Protokoll:	Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse (wird dem EUV und dem VAEU ab Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon von 2007 beigelegt)
DAWI:	Dienst(leistung) von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (siehe Artikel 16 und 86 EG + DAI-Protokoll des Vertrags von Lissabon)
EG:	Europäische Gemeinschaft
EGV:	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU:	Europäische Union
EUV:	Vertrag über die Europäische Union
GRB:	Gemeinschaftliche Regulierungsbehörde
NRB:	Nationale Regulierungsbehörde
NWDAI:	nicht wirtschaftlicher Dienst von allgemeinem Interesse (siehe DAI-Protokoll des Vertrags von Lissabon)
NWDLAI:	nicht wirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse (siehe Dienstleistungsrichtlinie von 2006 + Umsetzungshandbuch dieser Richtlinie von 2007)
ÖPP:	öffentlich-private Partnerschaft
SDAI:	soziale Dienstleistung von allgemeinem Interesse (siehe Mitteilungen der Kommission von 2006 und 2007)
SGDAI:	Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse (siehe DAI-Weißbuch der Kommission von 2004)
VAEU:	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union (neue Bezeichnung des EVG ab Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon von 2007)

Vergleichstabelle der zitierten Texte

Anhang 2

EG-Vertrag

Artikel 16

Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.

Reformvertrag

Artikel 14 VAEU

Unbeschadet des Artikels 4 des Vertrags über die Europäische Union und der Artikel 93, 106 und 107 dieses Vertrags und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Grundsätze und Bedingungen werden vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt, unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.

EG-Vertrag

Article 86

1. Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.
2. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.
3. Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.

Reformvertrag

Artikel 106 VAEU

1. Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.
2. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.
3. Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten.

Reformvertrag

Artikel 36 der Charta der Grundrechte

«Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.»

Reformvertrag

Zusatzprotokoll zu den EU- und VAEU-Verträgen

DIE HOHEN VERTRAGSPARTEIEN — IN DEM WUNSCH, die Bedeutung der Dienste von allgemeinem Interesse hervorzuheben — SIND über folgende auslegende Bestimmungen ÜBEREINGEKOMMEN, die dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigelegt sind:

ARTIKEL 1

Zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 16 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zählen insbesondere:

- die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind;
- die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können;
- ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte.

ARTIKEL 2

Die Bestimmungen der Verträge berühren in keiner Weise die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren.

Entstehung des DAI-Protokolls

Das Zusatzprotokoll zum EUV und VAEU geht auf eine Forderung des niederländischen Premierministers anlässlich des Europäischen Rats von Juni 2007 zurück, welcher den Inhalt des Reformvertrags festgelegt hat, dies in Erwiderung einer Aufforderung der Europäischen Kommission bezüglich der Beanstandung der Organisation des Sozialwohnungswesens in den Niederlanden.

In einem Schreiben an die niederländische Regierung vom 14. Juli 2005⁷³ hatte die europäische Kommission (Generaldirektion Wettbewerb – staatliche Beihilfe II), bei der Prüfung der Finanzierung von Wohnungsgenossenschaften in den Niederlanden⁷⁴ in Form eines «ersten Urteils» erachtet, dass die Einstufung des in den Niederlanden bestehenden Wohnungssystems als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein (DAWI) «offensichtlicher Missbrauch» war: «Die Möglichkeit, Wohnungen an Gruppen mit höheren Einkommen oder an Unternehmen zu vermieten, muss als offenkundiger Fehler des öffentlichen Dienstes angesehen werden».

Die europäische Kommission rechtfertigte diese Aussage durch eine Reihe von Argumenten: «Der öffentliche Dienst hat einen sozialen Charakter; die Definition der Tätigkeiten der Wohnungsgenossenschaften muss demnach eine unmittelbare Verbindung zu sozial benachteiligten Haushalten und nicht nur zum Höchstwert der Wohnungen wahren.» «Auch wenn die Sozialwohnungsunternehmen verpflichtet sind, bei der Vermietung von Sozialwohnungen vorrangig die Personen zu berücksichtigen, die angesichts unzureichender Einkünfte oder anderer Umstände nur schwer eine geeignete Wohnung finden», so «beschränken sich ihre Tätigkeiten auf diesem Gebiet nicht nur auf die sozial benachteiligten Haushalte. Im Falle eines Überangebots an Sozialwohnungen vermieten die Wohnungsunternehmen die Sozialwohnungen an Personen mit relativ hohem Einkommen, wodurch die kommerziellen Mitstreiter, die nicht von der öffentlichen Hilfe profitieren, benachteiligt werden». In den Augen der Kommission «ist das strukturelle Überangebot nicht für die Ausführung der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung erforderlich und stellt ein Hindernis für den Wettbewerb auf dem Immobilienmarkt dar».

Die Kommission schloss daraus, dass «die Vermietung von Wohnungen an andere Haushalte als sozial benachteiligte Haushalte nicht als öffentliche Dienstleistung angesehen werden kann»; «um die Vereinbarkeit des Finanzierungsmechanismus des Wohnungssektors mit dem Gemeinschaftsmarkt zu gewährleisten» müssen die Niederlande die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, damit die Definition «eine unmittelbare Verbindung zu den sozial benachteiligten Haushalten» herstellt, die mögliche kommerzielle Verwertung der gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten zu «Marktbedingungen» erfolgt und «das übermäßige und strukturelle Überangebot an Sozialwohnungen (...) durch den Verkauf dieser Wohnungen» verhindert wird.

Diese Forderung der Europäischen Kommission stieß in den Niederlanden auf heftige Kritik und verstärkte den Verdacht von einer Reihe von Abschweifungen im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, was bereits durch die Ablehnung mit 61,5% der Stimmen des Vertrags zur Einführung einer Verfassung für Europa beim Referendum vom 1. Juni 2005 ersichtlich war, da das Wohnungssystem in der Geschichte, den Traditionen und der politischen Kultur des Landes tief verankert ist.

⁷³ KOMP H 1 FSP/ 1c (2005) A /30854 D /1001

⁷⁴ Stützungsmaßnahme N° E 2/2005

Tatsächlich verbietet keine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts einem Sozialwohnungsunternehmen, sowohl Sozialwohnungen im Rahmen seiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen als auch Wohnungen ohne irgendwelche besondere Verpflichtung zu verwalten. Sofern die Bestimmungen der Transparenzrichtlinie eingehalten werden, nämlich eine getrennte Buchführung zwischen den beiden Tätigkeiten und die ausschließliche Zuführung der staatlichen Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zu den Tätigkeiten von allgemeinem Interesse, ist die Verpflichtung zum Verkauf der Wohnungen ungerechtfertigt und unverhältnismäßig. Im Übrigen scheint dieser Ausgleich im Rahmen der Abschaffung der staatlichen Beihilfen für Sozialwohnungen in den Niederlanden für die Gewährleistung des Fortbestands des Dienstes von allgemeinem Interesse des Sozialwohnungswesens und der Schaffung von neuen Sozialwohnungen unerlässlich.

Dieser Rechtsstreit zwischen der Europäischen Kommission und den Niederlanden enthüllt ein Abdriften seitens der Kommission, dies in vierfacher Hinsicht:

- sie entwickelt eine restriktive Auffassung der Aufgaben von allgemeinem Interesse und der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, indem sie vorgibt, deren Anwendung einzig auf die sozial benachteiligten Haushalte zu beschränken, was weder die Artikel 16 und 86 des EG-Vertrags noch Artikel 36 der Charta der Grundrechte gestatten, welche Texte auf dem universellen Zugang beruhen, und deren Hüterin die Kommission ist;
- sie wendet eine sehr weitgehende Auffassung der Klausel des offensichtlichen Missbrauchs an, was ihr gestattet, die freie Definition der Dienste von allgemeinem Interesse durch die Mitgliedstaaten und die zuständigen öffentlichen Behörden in Frage zu stellen;
- sie legt das Subsidiaritätsprinzip so aus, indem sie sich Rechte nimmt, die sie nicht hat;
- sie gibt der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften Vorrang vor den Aufgaben von allgemeinem Interesse, obwohl Artikel 86-2 des EG-Vertrags eine ausgewogene Konzeption vorsieht.

Um solche Ausschweifungen zu verhindern, die schon morgen eine große Anzahl von Sektoren und Tätigkeiten betreffen könnten, hat die niederländische Regierung das Protokoll eingeführt und zur Bedingung einer erfolgreichen Verhandlung gemacht.

Tabelle der möglichen Optionen

Instrumente (Beispiele) und Rechtsgrundlagen (Verweise auf künftigen VAEU)



Ansatz ►	Horizontal (*) und/oder thematisch (**)	Vertikal und/oder sektorspezifisch
Verordnung Parlament /Rat (Artikel 14 VAEU)	Verordnung über die Grundsätze und Bedingungen der Funktionsweise der DAWI (□): Verordnung über die Rechte der Nutzer der DAWI (□)	Verordnung über die Grundsätze und Bedingungen der Funktionsweise der DAWI in den Bereichen Energie, Post, Telekommunikationen, usw.
Richtlinie oder Verordnung Parlament/Rat (Artikel 91(*) oder 114(**) VAEU)	Entwürfe von DAWI-Rahmenrichtlinien der Sozialdemokratischen Fraktion im Europaparlament, des WSR, des Zentralverbands der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Europäischen Verbindungsausschusses für Leistungen der Daseinsvorsorge (CELSIG)	(*) GWV-Verordnung Transport (2007) (**) Richtlinien Energie (2003), Post (1997) und Telekommunikationen (2002)
Beschluss oder Richtlinie der Kommission (Artikel 106-3 VAEU)	Richtlinie «Finanztransparenz» (1980) + Beschluss des Altmark-Pakets (2005)	Richtlinie Telekommunikations-einrichtungen(1988)
Mitteilungen, Mitteilungen zu Auslegungsfragen, Fragen/Antworten der Kommission	Gemeinschaftsrahmen des Altmark-Pakets (2005): Fragen/Antworten zum Beschluss des Altmark-Pakets (2007)	Fragen/Antworten zur Anwendung der Regeln der öffentlichen Aufträge auf die SDAI (2007)



CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL

CENTRE ADMINISTRATIF PIERRE WERNER

13 rue Erasme • L-1468 LUXEMBOURG • B.P. 1306 • L-1013 LUXEMBOURG
Tél. +352 43 58 51 • Fax +352 42 27 29 • www.etat.lu/ces • ces@ces.etat.lu