

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

La place des SIEG dans l'Union européenne après l'adoption du Traité de Lisbonne

Entre valeur commune et obstacle au marché unique

Mémoire réalisé par
MERGNY Thomas

Promoteur
ETIENNE Judicaël

Année académique 2017 -2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Chapitre 1 : régime des services _____	6
Section 1 : notions préalables _____	6
Un service _____	7
Qui a pour finalité l'accomplissement d'un intérêt économique général _____	7
Attribué par l'État _____	9
Expressément attribuée par un État _____	9
Section 2 : les SIEG envisagés comme dérogation _____	10
Paragraphe 2 : l'article 106 TFUE _____	10
Paragraphe 1 : le régime des services _____	13
Section 3 : les SIEG érigée comme valeur _____	15
Paragraphe 1 : l'article 14 du TFUE _____	15
Paragraphe 2 : le protocole 26 annexé au traité de Lisbonne _____	16
Paragraphe 3 : l'Article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne _____	19
Paragraphe 4 : Conclusion _____	20
Section 3 la répartition des compétences _____	21
Section 3 : le secteur particulier de l'énergie _____	25
Paragraphe 1 : Le cadre communautaire _____	25
Paragraphe 2 : les SIEG dans ces directives _____	27
Chapitre 2 : la mise en œuvre des SIEG dans le secteur de l'énergie _____	29
Section 1 : Les SIEG dans l'arrêt ANODE _____	30
Section 2 : le test de proportionnalité _____	36
Chapitre 3 les perspectives d'harmonisation _____	41
Section 1 : les difficultés à surmonter _____	41
Section 2 : Une directive cadre comme solution qui ne fut pas retenue _____	43
Section 3 : les mesures qui remplacèrent la directive cadre _____	45
Paragraphe 1 : Les interventions de la Commission _____	45

Paragraphe 2 : l'introduction de nouvelles notions	46
Paragraphe 3 : les réponses sectorielles et le service universel	47
Paragraphe 4 : les agences européennes de régulation	49
Paragraphe 5 : L'établissement de SIEG européens	51
Section 4 : La rationalisation des SIEG	51
Conclusion	54
Bibliographie	56
Doctrine	56
Jurisprudence	58
Cour de justice de l'Union européenne	58
Tribunal de l'Union européenne	60
Législation	61
Directive et règlement	61
Documents institutionnels	62
Décision	62
Documents de la Commission	62
Document du Parlement	62

Remerciements particuliers,

A ma famille, mon père ma mère et mes trois sœurs qui restent une grande source d'inspiration malgré la difficulté éprouvée dans les études. Leur soutien et intérêt sans faille sont des raisons de ma réussite,

A Alice et Genièvre FELTESSE, ainsi qu'à Marion HOLLENSTEIN pour la correction de l'orthographe

A mon promoteur, Judicaël ETIENNE, qui malgré des travaux brouillons voire incompréhensibles a fait preuve de patience et de bienveillance,

Quelle est la place des SIEG dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne

L'Europe est entrée depuis la fin de la deuxième guerre mondiale dans une économie tertiaire basée principalement sur l'offre de services. Parmi ceux-ci nous en trouvons certains qui ont un écho particulier, les services publics. Depuis plusieurs années il est dit partout que leur existence serait menacée par les politiques de plus en plus libérales. Pour beaucoup, l'Union européenne participerait, plus ou moins activement, à ce démantèlement de la puissance publique. Il lui est reproché une mise en concurrence à outrance ainsi que de ne pas prendre en considération le rôle social des services publics

Le présent travail n'a pas vocation à répondre à toutes les attentes que de si larges débats peuvent susciter. Il se concentre avant tout sur la place que l'Union européenne offre à des services publics particuliers qu'elle nomme SIEG, Service d'Intérêt Économique Général. Est-ce une place prépondérante, significative ou minimaliste ? Valeur commune ou exception ? Du traité de Rome au Traité de Lisbonne, ce travail a pour volonté de les remettre en contexte et d'offrir un aperçu de la jurisprudence récente traitant d'une dualité certaine sur la conception des SIEG.

Le présent travail est divisé en quatre parties : trois chapitres et une conclusion. Le premier chapitre analyse le régime légal des services et se penche sur une double conception des SIEG, d'un côté, un obstacle aux règles du marché, et de l'autre une valeur commune européenne. Le deuxième chapitre portera sur un arrêt récent que la Cour de justice de l'Union européenne, appelé Cour durant ce mémoire travail, rendu dans secteur de l'énergie. Le dernier chapitre passe en revue les perspectives d'avenir que laisse entrevoir l'intégration européenne des SIEG. Une conclusion clôtura le travail.

Chapitre 1 : régime des services

Ce premier chapitre présente le régime général des services et la vision dichotomique qu'il a des SIEG.

Section 1 : notions préalables

Avant de commencer à examiner la problématique plus en profondeur, il est nécessaire de bien comprendre des notions précises de droit. Le terme SIG, Service d'Intérêt Général, provient du vocabulaire spécifique de l'Union européenne. Ce terme technique est utilisé afin de se démarquer au mieux d'une notion plus nationale, le service public. Le service public se retrouve dans l'histoire juridique et politique de chaque État. Ceci en fait une notion à laquelle on ne peut pas donner de définition unique au regard de la richesse de significations qu'elle possède à travers l'Europe. Lorsque nous parlons de service public, nous pouvons désigner tant un service assuré par l'État que l'intérêt général, qui justifie l'action étatique et désigne également l'entité qui assure l'exécution du service.

Les six pays fondateurs de la Communauté ont très vite compris qu'une union économique supranationale ne pouvait pas raisonnablement ignorer les services publics qui jouent un rôle si crucial dans l'économie européenne. Dès 1957, afin de circonscrire l'action communautaire et d'assurer la souveraineté nationale sur des services publics essentiels, le traité de Rome crée la notion de Service d'Intérêt Economique Général, des SIG particuliers ayant des activités économiques. Ces services sont très variés. Ils vont de la fourniture et de la vente d'électricité, de gaz en passant par des services plus sociaux, notamment hospitalier, location de logements sociaux, ...

Les SIEG sont particulièrement présents dans les monopoles que les États exercent ou exerçaient dans certains secteurs d'activité, comme la poste, l'énergie, les télécommunications, les transports. Tous ces secteurs ont été plus ou moins créés par les États afin de pouvoir offrir ces services à leurs citoyens. Ces services se sont construits et sont maintenus par des services publics, au nom de l'intérêt général. Une grande partie de ces monopoles est donc fondée sur des SIEG. Jusque dans les années 80, il était très compliqué pour un particulier ou une entreprise privée d'avoir accès à ce marché.

Il n'existe pas de définition formelle des SIEG mais la Cour de justice a dégagé plusieurs caractéristiques communes. Il s'agit d'un **service**, qui a pour finalité l'accomplissement **d'un intérêt général économique**, expressément **attribué par un État** à une **entreprise privée ou publique**.

Un service

L'article 57 TFUE définit ce qu'est un service. La notion est assez large et englobe toutes prestations qui ont un rapport avec des activités économiques. La Cour définit les activités économiques comme des activités ayant un caractère industriel et commercial, consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné¹ : la production d'électricité, sa revente à des particuliers, la mise à disposition d'un réseau téléphonique après souscription à un abonnement, la construction et l'emploi d'un centre de recyclage pour y traiter des déchets particuliers, etc. Ils sont la particularité d'être organisés par les États. Leur mise en œuvre répondant à l'accomplissement d'un intérêt général.

Qui a pour finalité l'accomplissement d'un intérêt économique général

Ces services sont effectués pour le compte de la collectivité. L'État incarnant la volonté générale, est le seul compétent pour définir l'intérêt général. La Cour de Justice, lorsqu'elle est saisie, accepte une large diversité de décisions, en tenant compte des particularités de chaque État. Le système de pension est considéré comme d'intérêt économique général aux Pays-Bas². Dans un arrêt sur les jeux de hasard au Portugal³, la Cour souligne que « des divergences considérables d'ordre moral, religieux et culturel existent entre les États membres »⁴ et « [qu'] en l'absence d'une harmonisation communautaire en la matière, il appartient à chaque État membre d'apprécier, dans ces domaines, selon sa propre échelle de valeurs, les exigences que comporte la protection des intérêts concernés »⁵. Les États membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général et « la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste »⁶.

¹C.J.U.E., arrêt du 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ Italie*, Rec. 1987, P. 20599, point 7.

²C.J.U.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/9, *Commission c. Pays-bas*, 4, Rec. 1999 P3 1-5699.

³ CJUE, arrêt du 8 septembre 2009, aff. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Rec. 2009, p. I-07633

⁴ C.J.U.E., 27 novembre 2003, aff. C-34/01 à C-38/01, *Enirisorse SpA*, Rec. 2003, p. I-14243

⁵ *Ibid.* point 15.

⁶ Trib. UE, arrêt du 12 février 2008, aff. T-289/03, dite *Bupa*, Rec. 2008, p. II-81 point 166

La majeure partie du contentieux sur la qualification d'un service en SIEG est avant tout nationale. Une sanction pour une **erreur manifeste**⁷ de qualification d'intérêt général reste rare. En Belgique par exemple, le monopole légal de RTT (devenu aujourd'hui Belgacom et Proximus) accomplissait un SIEG en mettant à disposition des usagers un réseau public de téléphones. Lorsque l'entreprise étendit ses activités à la mise sur le marché d'appareils téléphoniques qui devaient être les seuls reliés à ce réseau public, seules des entreprises agréées par la RTT pouvaient en fournir. La dérogation aux règles du marché cessa de s'appliquer car non justifiée par un intérêt général. La production d'appareils téléphoniques étant une activité qui doit pouvoir être exécutée par toute entreprise⁸.

L'intérêt d'un possible contrôle *a posteriori* est d'éviter que l'État ne se serve d'une justification infondée pour que des entreprises, voire un secteur particulier, n'échappent à la concurrence.

Lorsque l'État met en œuvre ces services, il impose par ailleurs une série d'obligations, dites de services publics. Étant donné qu'une partie des services ne sont pas toujours rentables, l'État s'assure que toutes les activités demandées pour accomplir l'intérêt général soient exécutées. Le contenu de ces obligations n'est pas prévu dans l'ordre juridique communautaire⁹. Cette absence vient de l'application du principe de subsidiarité, il revient aux États membres de définir ces obligations au regard de l'intérêt général qu'ils poursuivent. Une intervention de l'Union européenne risquerait d'abaisser inutilement le niveau d'exigence au plus petit dénominateur commun¹⁰. L'évaluation des coûts des obligations de service public est laissée aux États membres, plus à même de juger des pertes induites par ces obligations. Par corolaire, ils sont les plus légitimes pour juger le niveau de financement adéquat¹¹. La Commission, là non plus, n'est pas sans moyen. Cette faculté de définir et de financer ses obligations doit être conforme au droit communautaire, sujet traité plus tard dans le travail.

⁷ Trib. UE, arrêt du 19 avril 2016 aff. T-44/14, *Constantini e.a. / Commission*, EU :T2016 :22, point 24

⁸C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1991, aff. C- 18/88, *RTT et GB-Inno-BM*, Rec. 1991, p. I-05941.

⁹E. VAN DEN ABEELE, « Les services d'intérêt général. État du débat européen », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 1901-1902, no. 36, 2005, p. 12

¹⁰*Ibid.* p. 13

¹¹*Ibid.*

Attribué par l'État

L'attribution s'opère par un acte officiel public¹² qui définit les obligations des entreprises chargées de l'exécution du service d'intérêt général. L'opérateur économique, choisi par l'État, doit remplir les exigences contenues dans l'acte. Ce dernier doit indiquer notamment la nature des obligations de service public et les éventuels droits exclusifs octroyés aux entreprises. Par exemple, une entreprise peut être chargée de la distribution d'électricité et se voir accorder une exclusivité sur une partie du territoire, interdisant l'entrée de tout autre concurrent.

Les États membres ont le choix entre offrir eux-mêmes le service ou confier la mission à des entreprises publiques ou privées. La Commission dispose d'un contrôle *a posteriori*. Cette dernière vérifie que le mandat est conforme au principe d'égalité de traitement. Toutes les entreprises doivent pouvoir concourir dans les mêmes conditions.

L'attribution est limitée dans le temps afin de régulièrement évaluer l'intervention de l'État et de remettre le marché en concurrence. Cette exigence est voulue par la Commission et vérifiée par la Cour.

Expressément attribuée par un État

Une entreprise est, selon la Commission, toute entité ayant une activité économique, celle-ci est définie par la Cour comme : « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹³. Toute entreprise privée ou publique peut être chargée d'accomplir un SIEG. Elle est soumise aux règles du traité, indépendamment de son statut juridique, qu'elle poursuive un but de lucre ou non.

Il existe une zone grise dans laquelle un service public exerce à la fois des activités économiques et des activités purement administratives. Si ces activités sont dissociables, elles devront suivre les règles *ad hoc*, Dans le cas contraire, l'accessoire suit le principal.

¹²Contrat, mandat ...

¹³ C.J.U.E., arrêt du 10 janvier 2006, aff. C-222/04 *Cassa di risparmio di firenze e.a.*, , Rec.2006, p.I-00289 pts 122 et 123.

Section 2 : les SIEG envisagés comme dérogation

Paragraphe 2 : l'article 106 TFUE

L'article 106 paragraphe 2 TFUE rappelle que le régime général des services est applicable aux SIEG. Toutefois, si le service a été confié, par la puissance publique, à un acteur économique, celui-ci n'a pas de statut privilégié par rapport aux autres prestataires de service. Les opérateurs économiques sont tous encadrés par le même régime. Cependant, une **dérogation** est prévue, bien qu'elle soit de stricte interprétation¹⁴. Un régime dérogatoire est très contraignant pour les États. Ils doivent prouver que l'application des règles du marché mettrait en échec l'accomplissement de la mission confiée. La dérogation ne peut être accordée que sous trois conditions.

La première condition est que la mission d'intérêt général doit être attribuée, selon le vocabulaire du droit européen, par un **mandat**, un acte ou une série d'actes exprès émanant de la puissance publique. Il n'est pas requis que l'État passe par une procédure d'appel d'offre¹⁵. Pour sa forme, le mandat peut être unilatéral, c'est-à-dire administratif, réglementaire, légal ou sous la forme d'une autorisation, voire d'un agrément¹⁶. Un régime législatif particulier seul¹⁷ n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'un mandat¹⁸. L'acte peut aussi être conventionnel¹⁹. La forme utilisée reste un libre choix de l'État membre.

Sur le fond, les États sont libres de définir, dans le mandat « l'étendue et l'organisation de leurs services d'intérêt économique général. Ils peuvent en particulier tenir compte d'objectifs propres à leur politique nationale »²⁰. Cette marge d'appréciation n'empêche pas l'application des règles européennes comme les règles de **transparences** et de **non-discrimination**. De plus, un mandat n'est valable que s'il précise la nature des obligations

¹⁴Trib. UE, arrêt du 12 février 2008, Aff. T-289/03, dite *Bupa*, Rec. 2008, p. II-81 point 166

¹⁵T.P.I., jugement du 10 mai 2000, T-46/97 *SIC c. Com.*, pt 61 ; T.P.I., arrêt du 15 juin 2005, aff. T-17/02 *Olsen c. Com*, Rec. 2005, p.II-02031, pt 239. ; T.U.E., arrêt du 24 septembre 2015, aff. T-125/12, *Viasat roadcasting UK Ltd*, recueil numérique, pt 99.

¹⁶P. NIHOUL, in *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 277

¹⁷Un régime d'autorisation par exemple

¹⁸C.J.U.E., arrêt du 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rec. 2003, p. I-07747, pts 87 et suivants ; C.J.U.E. arrêt du 10 juin 2010, aff. C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, Rec. 2010, p.I-05243, pt 37; C.J.U.E. arrêt du 11 juillet 2013, aff. C-57/12, *ASBL Femarbel*, recueil numérique, pts 48 et 49.

¹⁹Par exemple, une concession de service public ou un contrat de gestion.

²⁰C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, Rec. 2001, p. I-5751 point 104 ; C.J.U.E., arrêt du 20 avril 2010, aff. C-265/08, *Federutility e.a.*, Rec. 2010, p. I-3377, point 29; C.J.U.E. arrêt du 10 juin 2010, aff. C-140/09 *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, Rec. 2010, p.I-05243, point 50 et C.J.U.E. arrêt du 7 septembre 2016, aff. C-121/15, *ANODE*, Rec. numérique, point 44

spécifiques du service public imposées et les prérogatives reconnues en vue de réaliser ces objectifs d'intérêt public²¹. Le contenu, la durée des obligations de service public doivent être indiqués. Le mandat doit aussi désigner explicitement l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concerné. Il doit enfin contenir les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation et les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens²² d'éviter ces dernières.

Deuxièmement, la dérogation doit être **nécessaire à l'accomplissement de la mission confiée**. La mission d'intérêt général ne doit pas simplement être rendue plus difficile par les règles mais il faut que ces dernières **compromettent** ou **rendent impossible la mission**. Pour autant « il n'est pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée »²³ pour qu'une mission soit impossible ou compromettante. La Cour dissocie la mission confiée et l'entreprise. Cette dernière est donc chargée de démontrer qu'elle ne peut pas mettre en œuvre cette activité dans des conditions économiques acceptables, *a minima* viables, sans certains avantages, tels que des droits exclusifs ou spéciaux.

La troisième et dernière condition est sans doute la moins précise. L'article 106, paragraphe 2 TFUE précise que le SIEG ne doit pas porter atteinte à « **l'intérêt de l'Union** ». Cette disposition « vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de politique économique ou sociale avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun »²⁴. La Cour entend concilier la libre concurrence et les obligations des SIEG dans le respect de la proportionnalité. Si la conciliation est une condition que la doctrine ne remet pas en cause, elle²⁵ est toutefois plus critique quant à la définition qui est donnée de l'intérêt de l'Union. L'article 106, paragraphe 2 TFUE n'est présenté que comme une opposition aux intérêts des États. Cette vision caricaturale doit être dépassée, comme nous le verrons dans les chapitres suivants.

Il est important de rappeler que la dérogation est bien circonscrite à la mission et ne bénéficie pas à toutes les activités de l'entreprise. Par exemple, quand la RTT (devenu aujourd'hui Belagacom et Proximus) disposait d'un monopole légal, l'État organisa un SIEG dont la mission fut la mise à disposition pour les usagers d'un réseau public de téléphone.

²¹ P. Nihoul, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 278

²² P. Nihoul, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 277

²³ C.J.U.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/9, *Commission c. Pays-bas*, 4, *Rec.* 1999 p. 1-5699

²⁴ C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, *Rec.* 2001, p. I-5751, point 103 ; C.J.U.E. arrêt du 7 septembre 2016, aff. C-121/15, *ANODE*, *Rec. numérique*, point 43.

²⁵ DUBOUIS L. et BLUMANN C., « Droit matériel de l'Union européenne », *Précis Domat Droit publi*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd., 2015

L'entreprise mit sur le marché d'appareils téléphoniques qui devaient être les **seuls** reliés à ce réseau public. La RTT limita la vente des appareils aux seules entreprises qu'il avait agréées. La dérogation aux règles du marché cessa de s'appliquer car n'étant pas justifiée par un intérêt général. La production d'appareils téléphoniques et leur vente est une activité qui doit pouvoir être exécutée par toute entreprise²⁶. Ainsi, elle continua de bénéficier de dérogation pour la mise en service d'un réseau public mais était sous la loi de l'offre et de la demande pour la production et la vente d'appareils téléphoniques.

Les trois conditions remplies, l'article 106, paragraphe 2 TFUE peut être invoqué soit par l'acteur économique soit par les pouvoirs publics. Dans le premier cas, l'entreprise justifie un comportement contraire aux normes communautaires en matière de concurrence notamment. Dans le second, l'article 106 TFUE est utilisé pour justifier des législations ou des règlements qui permettent de déroger aux règles européennes en matière de concurrence, d'aide financières ou pour maintenir des droits exclusifs ou spéciaux accordés.

Si l'article 106²⁷ est présent depuis les premiers traités européens, son application ne date que du milieu des années quatre-vingt²⁸. La Commission sur base, à l'époque, de l'article 86 TCE engage le processus de démantèlement des monopoles publics jugés contraires aux règles du marché. Un monopole étatique fausse par essence la libre détermination des prix par le jeu de l'offre et la demande. Le secteur de la télécommunication fut le premier à être ouvert au marché²⁹. Cette politique de mise en concurrente ne fit pas l'unanimité. La Commission fut accusée, d'une part de mettre en péril les modèles de service publics nationaux et, d'autre part, d'ingérence. Les États réagirent très vite en offrant un statut différent pour les SIEG, et en tentant de clarifier la répartition des compétences afin de sauvegarder au maximum les prérogatives nationales. Ce double reproche³⁰ reste au cœur des SIEG. Un équilibre entre le développement de la concurrence³¹ dans le cadre d'un marché communautaire et la défense de l'intérêt général doit être trouvé.

²⁶C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1991, aff. C- 18/88, *RTT et GB-Inno-BM*, Rec. 1991, p. I-05941.

²⁷ Originellement l'article 90 (2) du Traité de Rome du 25 mars 1957

²⁸D. THIERRY, *Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne*, Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p. 243-263

²⁹Dir. (CE) n° 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 sur les marchés des terminaux de télécommunications, *J.O.C.E.* L 131, du 27 mai 1988, p. 0073 - 0077

³⁰Mises en péril des services public par l'ouverture des marchés

³¹Qui a pour but de réduire les coûts pour le consommateur final

Paragraphe 1 : le régime des services

La liberté de prester des services et la liberté d'établissement sont contenues dans le droit primaire. Afin d'assurer ces libertés, les États ont voté une série d'articles qui assure un marché unique et concurrentiel. Les institutions européennes, particulièrement la Commission et la Cour, sont chargées de l'application de ces règles. A côté de cela, le droit dérivé complète et précise les articles généraux du droit primaire. C'est pour cela qu'évaluer la place des SIEG passe par une étude, succincte, de la directive service³².

L'article 57 TFUE définit les services comme « les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment, des activités de caractère industriel, des activités de caractère commercial, des activités artisanales et les activités des professions libérales ».

La Cour reconnaissant aux SIEG un caractère industriel ou marchand, le chapitre 3 du TFUE portant sur les services leur est applicable. Ce chapitre établit la libre prestation des services comme une des libertés fondamentales de l'Union européenne. L'article 56 précise notamment que « les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ». De son application résulte la suppression de toute mesure discriminante, directement ou indirectement, en raison de la nationalité et du lieu d'établissement du prestataire. Il en va de même pour les mesures qui ne feraient que dissuader de prester un service spécifique. Bien qu'article de droit primaire, la Cour de Justice lui reconnaît un effet direct³³. Il est alors évident que l'article 106 n'est pas celui qui soumet les SIEG aux régimes européens des services, il n'est qu'un rappel. Il est plus juste de voir cet article uniquement comme permettant une dérogation à ce régime.

Afin d'assurer l'application et de clarifier les articles du chapitre trois, les États votèrent une directive cadre pour les services, la directive 2006/123/CEE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur a pour objectif « d'éliminer les obstacles à la liberté d'établissement des prestataires dans les États membres et à la libre circulation des services entre États membres et de garantir aux destinataires et aux prestataires la sécurité juridique

³² Dir. (CE) 2006/123/CEE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* 376, du 27 décembre 2006, p. 36-68

³³ C.J.C.E., arrêt du 3 décembre 1974, aff. C-33/74, *Van Binsbergen / Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, *Rec.* 1974, p. 01299.

nécessaire à l'exercice effectif de ces deux libertés fondamentales du traité »³⁴. La directive prend un grand soin à délimiter son champ d'action. Elle veut avant tout s'assurer d'établir des dispositions générales permettant la libre circulation des services. Le considérant 37 précise que les « SIG »³⁵, les services d'intérêt général n'entrent pas dans son champ d'application car ils ne correspondent pas à la définition de l'article 57 TFUE s'ils n'ont pas de visée économique. L'article 2 définissant le champ d'application en fait d'ailleurs sa première exclusion.

Par ailleurs, la directive ne se préoccupe pas de « la libéralisation des SIEG ou de la privatisation d'organisme public ayant historiquement assuré les SIEG »³⁶. En outre, elle ne porte pas atteinte à la compétence des États membres à qualifier, organiser ou financer leurs SIEG. Pour le reste, le régime général de la directive est applicable aux SIEG, sous réserve d'exception voire d'exclusion sectorielle, en tout ou partie. L'article 15, alinéa 3, liste une série d'exigences qui pourrait restreindre ou conditionner l'accès à une activité de service ou son exercice. Il n'est pas rare que pour l'exécution d'un SIEG, l'État accorde des droits exclusifs sur une partie du territoire. Toutefois l'article 15 prévoit une dérogation pour les SIEG, semblable à l'article 106, paragraphe 2 du TFUE. Les droits spéciaux, exclusifs ou discriminatoires pourraient être autorisés si ces mesures sont indispensables pour que l'opérateur puisse mener sa mission d'intérêt général à bien. La seconde dérogation concerne la libre prestation des services et ne concerne que quelques secteurs.

La directive opte pour le mécanisme de dérogation, plus contraignant pour l'État que l'exclusion pure et simple. La Commission poursuit les États membres en infraction si un SIEG est soupçonné de ne pas respecter la directive. Dans ce cas, c'est à l'État de prouver que la dérogation lui est applicable. L'État se voit donc chargé de la preuve, qui est toujours une position plus complexe. Cependant, si la Commission poursuit une SIG non-économique, elle devra prouver une erreur de qualification pour faire rentrer le service dans le champ de la directive.

La directive reprend un schéma qui est le même qu'en droit primaire. Les SIEG sont avant tout des services. Tous les principes appliqués aux services doivent être suivis par les SIEG. Toutefois, au regard de leur importance, des dérogations sont permises. Les SIEG bien que poursuivant l'intérêt général n'ont un statut privilégié qu'assez marginal.

³⁴ Considérant 5 de la directive 2006/123/CEE

³⁵ *Sic.*, en prenant en compte le traité de Lisbonne, il faut y lire SIGNE

³⁶ Article 4 de la directive 2006/123/CEE

Section 3 : les SIEG érigée comme valeur

A côté du rôle de dérogation aux libertés fondamentales, les États membres ont voulu formaliser dans les traités européens la place particulière qu'occupent les services d'intérêt général, économique ou non. La sauvegarde des services publics est à la fois une volonté de préserver des prérogatives de l'États et de préserver des modèles sociétaux. Il est vrai que si l'Union aspire à la création d'un grand marché unique, sa dimension sociale et philosophique n'est pas à négliger. L'Union européenne se veut avant tout unie dans la diversité.

Paragraphe 1 : l'article 14 du TFUE

Si les États européens ont tous offert une place privilégiée à leurs services publics, il n'en va pas de même pour l'Union européenne. Bien que le traité de Rome instaurât un régime dérogatoire, contraire aux rôles des services publics nationaux de l'époque, ce fut un consensus que les six ont trouvé pour assurer au mieux la construction d'un marché unique. Toutefois cet article resta dans un état latent jusqu'à l'acte unique. En 1986, après l'adoption de l'Acte Unique, la Commission commença le démantèlement des monopoles des États. Une partie des États membres n'acceptèrent pas ce changement brutal du statut d'une partie de leurs services publics. Dans un premier temps, les États s'accordèrent pour légiférer au niveau européen. Chaque démantèlement énoncé par la Commission finit par une des directives. Les États participèrent activement à ce changement. Toutes les législations reconnaissent le besoin d'un marché unique sans obstacle mais toujours sous contrainte de plusieurs dispositions réservées aux services publics³⁷, économiques ou non. Les États veulent s'assurer du statut particulier des services publics dans l'Union européenne.

Cette volonté s'est traduite par un article dans le droit primaire inscrit dès le traité suivant l'Acte Unique. Lors du traité d'Amsterdam, les États membres, les « constituants » des traités européens, adjoignent une nouvelle disposition, l'article 7D³⁸. L'article 86 TCE, devenu l'article 106 TFUE, n'est pas modifié. Les SIEG restent des dérogations mais ils sont érigés en valeur commune de l'Union. Il est rappelé le rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale. Voici la naissance, dans le droit primaire³⁹, de cette deuxième vision qui

³⁷ Je veux souligner par l'usage de ce terme l'intention des législateurs à mettre en œuvre une défense qui dépasse les SIEG. Ainsi, la directive sur les télécom propose les possibles mise en place de services universels, ou des services sociaux.

³⁸ Devenu article 16 CE puis 14 TFUE

³⁹ Une vision que l'on retrouve dans le droit dérivé

tente de donner aux SIEG une place positive. L'article 7D devint l'article 16 TCE et enfin l'article 14 TFUE. Sa formulation très générale peut poser question sur sa portée réelle. L'Union européenne et ses États membres veillent à ce que les SIEG « fonctionnent sur la base de **principes** et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

La déclaration numéro 13, annexée au traité d'Amsterdam, précise quels sont les principes abordés par l'article 7D. Les SIEG doivent être fondés sur les principes d'égalité de traitement et de continuité des services, dans le respect de la jurisprudence de la Cour de justice. Sans apporter d'élément concret, cette déclaration met en évidence la rédaction très politique et nationale de cet article. Les principes mis en avant rappellent ceux qui sous-tendent les services publics⁴⁰.

Paragraphe 2 : le protocole 26 annexé au traité de Lisbonne

Lors de la rédaction du traité de Lisbonne, une série de protocoles a été ajoutée. S'ils ne sont pas des articles à proprement parler, leur importance ne doit pas être sous-estimée. Ils reflètent l'esprit dans lequel a été rédigé le traité européen. C'est à la lumière de ces volontés qu'il faut interpréter le traité de Lisbonne. A travers la rédaction et la signature du protocole 26 composé en deux articles, « les parties hautes contractantes, souhaitant souligner l'importance des services d'intérêt général sont convenues des disposition interprétatrices ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »⁴¹. Le protocole introduit ainsi la notion de Service d'Intérêt Général, SIG qui doit se comprendre comme la somme des services d'intérêt général économique ou non. C'est sans doute le terme qui couvre le mieux la notion de service public. L'article premier reconnaît les valeurs communes de l'Union. Ainsi « il s'agit de préciser sans prétendre à l'exhaustivité »⁴² les valeurs que partagent l'Union au sens de l'article 14 concernant les SIEG.

Le premier tiret rappelle le « rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales » dans les SIEG. Par rapport à l'article 14, l'alinéa n'apporte aucun détail supplémentaire, aucune véritable plus-value⁴³. Son essence est davantage d'affirmer un principe de répartition de compétence favorable aux États membres sur base du principe de subsidiarité

⁴⁰ Les lois de Rolland dans les services publics français

⁴¹ Avant-propos du protocole (No 26)

⁴² L. VOGEL, « Droit du marché », Bruxelles : Bruylant, 2016

⁴³ D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », Presses universitaires François-Rabelais, 2010, p.16

de l'article 5 TUE⁴⁴. La portée et l'importance des affirmations sont tempérées par la Commission⁴⁵. Lors des arrêts, les juges ont affirmé que la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans sa surveillance de l'application des règles du traité, notamment celles relatives à la concurrence⁴⁶. Cette large compétence est la conséquence d'un pouvoir discrétionnaire tout aussi étendu dont disposent les États⁴⁷ pour régler certaines matières. La définition de ce qu'ils considèrent être des SIEG fait partie de cette faculté. La Commission ne remet en question ces décisions qu'en cas d'erreur manifeste⁴⁸.

Le deuxième tiret qui affirme que « la **diversité** des services d'intérêt économique général et **les disparités** qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ». La volonté des États est claire : préserver le modèle national de services publics et éviter l'ingérence de la Commission. Le critère de la « géographie » doit pousser la Commission à prendre en considération les particularités nationales. La situation française des logements sociaux est bien différente de la situation espagnole. Le premier État en compte pas moins de 4'200'000 tandis que l'on en dénombre que 120'000 dans le second⁴⁹. Les États mènent en Europe des politiques diverses pour répondre à des besoins sociaux et économiques nationaux. Uniformiser cette diversité uniquement par les règles du marché c'est prendre le risque de remettre en cause le fonctionnement des différents systèmes économiques⁵⁰. Le respect de la diversité est une valeur commune de l'Union, en ce qui concerne les SIEG. Ce respect, toutefois, ne doit pas remettre en cause la construction communautaire. Le maintien d'une trop grande disparité fragilise le processus d'intégration. Certaines juridictions nationales pourraient être tentées de s'engouffrer dans la brèche pour défendre autant que faire se peut l'exception nationale au détriment de l'intégration des règles communautaires. Le risque à terme étant de

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.* p.17

⁴⁶ Communication de la Commission du 20/11/2007 où sa tentative de définition des SIG aboutira à considérer que « 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 », Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, un nouvel engagement européen, COM (2007) [725] final.

⁴⁷ TPICE, 27 octobre 1994, *Ladbroke Racing/Commission*, T-32/93, Rec. p. II-1015, pt. 37.

⁴⁸ T.P.I.C.E., arrêt du 15 juin 2005, aff. T-17/02 *Olsen c. Com*, Rec. 2005, p.II-02031. Dans le même sens, T.P.I.C.E., arrêt du 12 février 2008, Aff. T-289/03, dite *Bupa*, Rec. 2008, p. II-81

⁴⁹ Y., JEGOUZ « Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence », *AJDA*, 17 mars 2008, p. 504.

⁵⁰ D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p. 254

porter préjudice à la cohérence communautaire⁵¹. Nous pouvons citer à titre d'exemple le conseil d'État français qui défend régulièrement un modèle de service public français⁵².

La recherche de cet équilibre entre uniformité économique et service public national divers est illustrée par le dernier alinéa. La promotion « d'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 » comme valeur commune de l'Union. Ces lignes font écho à l'article 14 TFUE mais vont aussi bien plus loin dans l'élaboration d'un socle commun pour les SIEG. Alors que ce sont des considérations nationales qui ont poussé à la rédaction de cet article⁵³, c'est une vision européenne qui semble triompher. C'est le premier indice, remettant en cause « l'intérêt de l'Union » qui n'existerait que contre les intérêts nationaux. Ces lignes sont similaires à l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne.

L'article 2 du protocole défend la sauvegarde des prérogatives de l'État à l'égard des Service d'Intérêt Général Non-Economique (SIGNE). L'article 2 introduit ainsi les services d'intérêt général (SIG), sans en donner une définition formelle. L'article précise simplement que ces services sont répartis en deux catégories, selon qu'ils relèvent ou non de la sphère économique (SIEG ou SIGNE). Sur base de cette division, cet article répartit les compétences entre l'Union européenne et les États. Le premier ne s'occupe que de la sphère économique, laissant au second la libre exécution et organisation des SIGNE. Cette division entre économique et non-économique a été, à de nombreuses reprises, constatée par la Cour. Les institutions européennes n'ont *a priori* pas de compétences pour des services qui n'ont pas d'activité économique⁵⁴. Les activités économiques sont considérées comme des activités ayant un caractère industriel et commercial, consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné⁵⁵.

La nature de l'activité, son objet et les règles auxquelles est soumise l'activité, sont trois indices utilisés par la Cour pour déterminer si une activité est économique ou non. Le premier indice reste le critère dominant. Ainsi une activité est très souvent jugée économique « si elle est susceptible d'être exercée par une entreprise privée cherchant un but lucratif »⁵⁶. La Cour,

⁵¹ D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p. 254

⁵² En ce sens, S. NICINSKI, « Les services sociaux devant le Conseil d'État : la construction d'une exception française », *AJDA* 4 février 2008, p. 185-190.

⁵³ VOGEL, L. « Droit du marché », Bruxelles : Bruylant, 2016, p. 93

⁵⁴ C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/9, *Commission c. Pays-bas*, 4, *Rec.* 1999 p. 1-5699

⁵⁵ C.J.C.E., arrêt du 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ Italie*, *Rec.* 1987, p. 20599

, point 7

⁵⁶ C.J.C.E., arrêt du 27 avril 1991, aff. C41/90, *Höfner*, *Rec.* 1991, p. I-01979.

dans l'affaire *Sodemare SA c/ Tegione Lombardia*⁵⁷, a reconnu le droit des États de réserver la mise en œuvre de l'assistance sociale à des acteurs qui ne poursuivent pas de but lucratif⁵⁸, estimant même que l'absence de but lucratif permettrait de mieux remplir l'objectif social assigné⁵⁹.

La formulation générale permet cependant d'inciter le juge européen à leur offrir une meilleure défense⁶⁰. « Dans le subtil équilibre entre service public et marché, le nouvel article 16 vient manifestement conforter le premier. Et ce n'est pas une simple clause de style lorsque l'on connaît la jurisprudence de la Cour de justice relative aux principes et objectifs qui figurent dans les articles liminaires des traités, lesquels jouissent d'une certaine prévalence sur les règles matérielles énoncées dans le corps du traité »⁶¹.

Paragraphe 3 : l'Article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

La charte européenne des droits fondamentaux fut proclamée en décembre 2000. Il faut attendre le traité de Lisbonne pour qu'elle soit juridiquement contraignante. Elle consacre deux articles aux services publics. Très proche de l'article 14, les articles 34 et 36 participent à l'érection des SIEG en tant que valeur positive. L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.⁶²

Une partie de l'article 36 a été reprise dans le protocole tandis que l'autre partie était déjà contenue dans le droit primaire, preuve de l'importance des SIEG et témoin de la volonté de les inscrire comme valeur commune. Ces redites forment un noyau dur de règles qui remet de la cohérence dans l'ouverture des marchés⁶³. Beaucoup de ces règles sont inspirées des enseignements de la jurisprudence⁶⁴ et reprennent des précautions contenues dans le droit dérivé.

⁵⁷ C.J.C.E., arrêt du 17 juin 1997, aff. C-70/95, *Sodemare SA c/ Tegione Lombardia*, Rec. 1997, p. I-03395.

⁵⁸ *Ibid.* point 49

⁵⁹ *Ibid.* point 33

⁶⁰ L. VOGEL, « Droit du marché », Bruxelles : Bruylant, 2016 p.94

⁶¹ L. DUBOIS et C. BLUMANN, « Droit matériel de l'Union européenne », Précis Domat Droit publi, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4^e éd., 2006, p.564.

⁶² P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p.299.

⁶³ D. THIERRY, Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne, Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p.18

⁶⁴ D. THIERRY, Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne, Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p.18

L'article 36 assure un accès aux SIEG. La rédaction d'un tel droit est une garantie qu'il ne sera pas remis en cause. En application du principe de Standstill⁶⁵, la suppression ne peut se baser que sur un motif légitime. L'article 36 n'apporte rien de nouveau mais il ancre un peu plus les SIEG dans le système juridique et rééquilibre la vision que les textes législatifs peuvent leur offrir. Tous les articles ne présentent pas les SIEG comme une dérogation, une exception aux libertés mais participent à l'érection des SIEG comme valeur commune.

Paragraphe 4 : Conclusion

La rédaction générale peut être décevante mais il faut regarder le traité dans son ensemble pour y voir la défense de valeurs communes garantissant aux États la conservation des services publics malgré qu'ils constituent une dérogation à des libertés fondamentales. Les conséquences ne sont pas que politiques. Ces principes devront être pris en compte pour apprécier l'application des règles de concurrence pour les SIEG. Pour la Commission, « le développement de services d'intérêt économique général de qualité, accessibles et abordables ainsi que la création d'un marché intérieur ouvert et concurrentiel sont des objectifs compatibles qui devraient se compléter mutuellement. L'expérience acquise, entre autres, dans les secteurs des télécommunications et des transports, ou au niveau local (attribution des marchés de services publics, par exemple), montre que les marchés qui sont ouverts à la concurrence contribuent à améliorer l'efficacité, l'abordabilité et le choix des services offerts »⁶⁶. Le corpus de règles cité permet de préciser « l'intérêt de l'Union » qui dès lors ne peut plus être simplement celui d'un marché unique. Ces valeurs communes pourraient être la base d'un futur intérêt général européen par une formule contraignante, celle du service public universel qui se trouve généralisé⁶⁷.

⁶⁵ P.-O., de Broux, « Article 36. - Accès aux services d'intérêt économique général » *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

⁶⁶ Communication de la Commission du 20/11/2007 Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, un nouvel engagement européen, COM (2007) [725] final.

⁶⁷D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p. 264

Section 3 la répartition des compétences

Les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'organisation et à la définition des services publics, en ce compris les SIEG⁶⁸. Dans le mandat, ils précisent les droits et les financements qu'ils jugent nécessaires au bon fonctionnement du service public. Au nom du principe de subsidiarité, la Commission ne dispose que d'un droit de regard *a posteriori*, uniquement si elle perçoit une erreur manifeste ou une violation des règles de transparence et de non-discrimination. Si les SIEG dérogent aux règles du marché, la Commission, en vertu de l'article 106 paragraphe 3 TFUE, veille sur la mise en œuvre d'une telle dérogation. Elle peut dénoncer les dispositions prises par les États membres en faveur des SIEG s'il elle juge la dérogation non fondée ou non nécessaire. Cette base légale permet à la Commission de remettre en question les monopoles publics et de lancer le mouvement de libéralisation des SIEG.

Dans cette liberté d'organisation, la question des financements fut longtemps au cœur de controverses. Les investissements effectués par une autorité publique auprès d'entreprises sont incompatibles avec un marché unique et concurrentiel. Les financements, qui sont une compétence nationale majeure, sont dorénavant contrôlés en partie par la Commission et la Cour en cas de litige. Dans les services publics, le financement est crucial. Les coûts que représente l'entretien des infrastructures sont bien supérieurs aux bénéfices. L'État intervient, assurant ainsi un prix abordable pour tous les utilisateurs. Une interdiction totale des financements, même ne concernant que les SIEG, conduirait automatiquement à un désastre.

En principe, les financements publics sont traités avec une approche « compensatoire ». La Cour analyse l'usage qui est fait des financements qui **compensent le coût supplémentaire** engendré par les obligations de services publics. Les entreprises ou les collectivités chargées de missions n'ont pas toujours des revenus suffisants pour financer leurs missions d'intérêt général. Tant que l'aide financière représente une rémunération normale⁶⁹ d'un service rendu pour l'intérêt de la collectivité, elle ne pose pas de problème et est acceptée. Pour autant, si le financement venait à dépasser le surcoût, celui-ci serait considéré comme une aide d'État.

⁶⁸ « Les États membres sont en droit, dans le respect du droit de l'Union, de définir l'étendue et l'organisation de leurs services d'intérêt économique général. Ils peuvent en particulier tenir compte d'objectifs propres à leur politique nationale » voir l'arrêt, aff. C-265/08, *Federutility e.a.*, pt 29 4

⁶⁹ P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017 p. 268

L'aide d'État est une intervention qui couvre plus des dépenses allégeant les **contraintes** du marché et maintient artificiellement l'entreprise. Elle est strictement interdite sauf sur application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE et la preuve qu'une dérogation est nécessaire à l'accomplissement du service public.

L'enjeu est de taille. Une compensation financière trop grande doit être notifiée par l'État à la Commission en vertu de l'article 108, paragraphe 3. Elle ne pourra être mise en œuvre qu'après analyse par la Commission. Bien que les mandats attribués par les États fournissent les raisons et le fonctionnement des aides financières, la Commission doit procéder à une analyse **objective** pour vérifier, si dans les faits, les aides ne sont bien que compensatoires⁷⁰. Si l'État ne respecte pas la procédure de notification et exécute le financement, il s'expose à des sanctions. La décision attribue une suspension, une annulation voire une récupération des sommes⁷¹ avant toute analyse de l'aide. La décision de la Commission sur la compatibilité ou non du financement avec le marché doit être basée sur l'article 107, paragraphes 2 et 3, TFUE. Cet encadrement des finances peut toujours être évité par l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

Un grand flou juridique persiste sur la manière dont un État pourrait évoluer si les sommes déboursées constituaient ou non une aide d'État. L'arrêt Altmark rendu par la Cour⁷² pose 4 conditions cumulatives qui permettent d'écarter la qualification d'aide d'État pour les financements d'un service public. La première condition a trait à la qualification de SIG. Il est impératif que la mission ait été clairement définie dans un acte « officiel » : le mandat. Ensuite, il est demandé au SIEG d'avoir une méthode de calcul pour la compensation, qui est établie préalablement, de manière *objective et transparente*. Cette condition n'avait été jusqu'alors peu voire non respectée. La rétroactivité de l'arrêt n'empêche pas la Cour d'être magnanime pour les entreprises n'ayant pas prévu de méthode dans le mandat⁷³. De plus, la Cour demande que la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire, sous peine d'être considérée comme une aide d'État. La compensation couvre tout ou une partie des pertes en prenant en compte les recettes du bénéfice raisonnable, engendré par l'exécution des activités. Enfin, il est demandé que la compensation ait une efficacité économique. Une aide d'État devient, dès lors, tout financement qui ne répond pas à l'un des quatre critères, même pour un montant uniquement

⁷⁰ T P.I.C.E., arrêt du 10 mai 2000, aff. T-46/97 *SIC c. Com.*, Rec. 2000, p. II-02125.

⁷¹ P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p.269

⁷² C.J.C.E., arrêt du 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rec. 2003, p. I-07747.

⁷³ J.C.E., arrêt du 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, Rec. 2006, p. I-02941.

compensatoire. Au vu de la stricte application, la quatrième condition a entraîné une insécurité juridique. Elle pouvait néanmoins être remplie grâce à une procédure de marché public. En effet, l'entreprise désignée selon une telle procédure bénéficie d'une présomption de bonne gestion et d'efficacité. A défaut, « le niveau de la compensation nécessaire doit être 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 »⁷⁴. Une procédure de marché public ne peut pas être organisée à chaque fois qu'il faut désigner une entreprise qui sera chargée d'exécuter un SIEG. Il n'est pas toujours possible non plus de correctement anticiper les coûts et les recettes générés par la mise en œuvre d'un service public. L'opérateur public doit penser comme s'il était un opérateur privé et faire fi de ses règles particulières de fonctionnement d'organisation en tant que service public⁷⁵.

La Commission a adopté deux paquets post-Altmark (2005 et 2011) pour remédier à l'insécurité juridique. Les différents textes juridiques ont eu pour objectif de déterminer quelles compensations ne satisfaisaient pas aux conditions et dans quelles mesures elles peuvent être justifiées et acceptées, malgré leur qualification d'aide d'État. Ces textes sont adoptés sur base de l'article 106, paragraphe 3.

Le premier paquet post-Altmark, appelé paquet Monti-Kroes, est composé d'une décision⁷⁶ et d'un encadrement⁷⁷ de la Commission ainsi que de la modification d'une directive. La Commission prévoit une liste d'entreprises n'entrant pas dans le champ d'application des aides d'États sous réserves de deux conditions, tels que les petits aéroports, les hôpitaux et les entreprises de logement social. Le financement doit être prévu par un mandat clair et ne doit pas être excessif. L'article 106, paragraphe 2 précise également que la dérogation n'est pas absolue. La compensation est notifiée selon la procédure de l'article 107 TFUE, elle doit être adéquate et prévue par le mandat.

⁷⁴ P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p.270

⁷⁵ S. ZIANI, G. ECKERT, « Du service public à l'obligation de service public », Bibliothèque de droit public, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015. p. 28.

⁷⁶ Déc. (CE) n° 2005/842 de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, TCE aux aides d'États sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.C.E.*, L 312 du 29 novembre 2005, pp. 67 -73

⁷⁷ Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public, *J.O.C.E.*, C 297 du 29 novembre 2005 pp. 4-7.

En 2011, le second paquet, « Almunia », est adopté et révisé le précédent. Entré en vigueur le 31 janvier 2012, il ajoute une condition à la liste d'entreprises exemptées. Ces SIEG ne peuvent dépasser une période de dix ans⁷⁸. Cette condition témoigne de la volonté d'avoir des SIEG régulièrement mis à jour. Ce renouvellement des mandats fait partie des principes transversaux, mettant fin aux mandats à durée indéterminée. L'encadrement de la Commission impacte, en outre, le pouvoir de qualification des États « qui doivent démontrer la nature, les missions de service public et si elles ont été définies de manière appropriées »⁷⁹.

Le pouvoir législatif européen adopte un règlement *de minimis*⁸⁰. Ce type de règlement est voté afin d'accorder une grande liberté pour les compensations de petite taille⁸¹ qui échappent aux règles européennes sur le financement, car n'affectant pas les échanges entre États membres ou la concurrence nationale. L'encadrement européen est renforcé dans l'organisation des services publics au détriment de la compétence des États.

Le financement des SIEG peut être organisé par un modèle financier viable qui ne bénéficie pas d'un financement public. Cet équilibre financier est atteint grâce aux bénéfices des secteurs rentables couvrant les coûts des secteurs non-rentables. Un tel système peut justifier une dérogation du droit de la concurrence pour le **secteur rentable**⁸² sous deux conditions. Premièrement, la restriction des services rentables ne peut s'appliquer qu'à des services (rentables) spécifiques, dissociables du service d'intérêt économique général en question. En second lieu, ces services rentables ne doivent pas mettre en péril l'équilibre économique du SIEG⁸³. Un abus de position dominante peut être justifié par un SIEG bénéficiant d'une clause d'exclusivité territoriale⁸⁴ ou un monopole d'une protection sociale complémentaire, octroyé à un opérateur⁸⁵.⁸⁶

⁷⁸ À moins qu'une durée supérieure n'est justifiée par l'amortissement d'un investissement

⁷⁹ P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 274.

⁸⁰

⁸¹ 500'000 euros répartis sur trois exercices fiscaux.

⁸² Par exemple restreinte l'accès à ces services à d'autres opérateurs, accorder une exclusivité territoriale

⁸³ C.J.C.E., arrêt du 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rec. 2001, p. I-8089, points 57 à 59.

⁸⁴ C.J.C.E., arrêt du 27 avril 1991, aff. C41/90, *Höfner*, Rec. 1991, p. I-01979.

⁸⁵ C.J.C.E., arrêt du 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, Rec. 1993, p-I02533.

⁸⁶ P. Nihoul, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 277-285

Section 3 : le secteur particulier de l'énergie

Paragraphe 1 : Le cadre communautaire

Le réseau européen de l'énergie est l'un des plus développé du monde. Les États ont construit les infrastructures nécessaires pour produire et distribuer les ressources demandées par citoyens et les entreprises. L'énergie est un secteur dominé par la puissance publique. La place de l'énergie dans l'Union européenne donc est particulière. Le développement de politique commune en matière d'énergie⁸⁷ fut la première pierre de la communauté européenne. Toutefois le traité de Rome et les traités suivants ne contiennent aucune disposition pour une politique commune de l'énergie. Le Traité de Lisbonne ne semble pas lui donner une place particulière⁸⁸, seul l'article 4 paragraphe 2 point i, promeut l'énergie parmi les domaines de compétences partagées. Pour autant la libéralisation a débuté avant. En se basant sur la compétence permettant la construction d'un marché unique, les institutions européennes et les États ont voté des directives depuis 1990. Elles concernent les secteurs du gaz et de l'électricité. Dans un document de travail se focalisant sur le gaz et l'électricité, la Commission veut ouvrir ces deux marchés nettement dominés par des monopoles publics à la concurrence sans pour autant empêcher un certain contrôle des autorités. Le rôle est central pour l'article 86 CE (devenu 106 TFUE), son interprétation par la Cour est déterminante, le secteur étant à l'époque quasi-exclusivement composé de services publics. Ces secteurs échappaient aux règles du marché et à la concurrence.

Au début des années 90, L'union européenne et les États membres ont ouvert ces marchés à la concurrence. Le premier paquet « Energie » est composé de deux directives, la directive 96/92/CE pour l'électricité et la directive 98/30/CE pour le gaz. Le deuxième paquet « Energie » a été adopté en 2003. L'objectif final étant que les consommateurs industriels et les particuliers puissent choisir à partir d'une vaste gamme de concurrents leur propre fournisseur de gaz et d'électricité. Enfin en avril 2009, le troisième paquet « Energie » est destiné à poursuivre la libéralisation du marché intérieur de l'énergie.

Le troisième paquet énergie prolonge la dissociation des activités de production, transport, distribution et fourniture ainsi que la protection des consommateurs et usagers par les

⁸⁷Charbon par le traité CECA et l'énergie nucléaire par le traité EURATOM

⁸⁸L. DUBOIS et C. BLUMANN, « Droit matériel de l'Union européenne », Précis Domat Droit publi , Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd.,2015, p.455

exigences de services publics et enfin l'organisation et la régulation du secteur grâce à des organisateurs spécialement adaptés à ces tâches. Ce paquet législatif a été adopté le 13 juillet 2009. Il est composé des règlements (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil, instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie et (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité ainsi que du règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil, concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel. Le « troisième paquet énergie » inclut en outre les directives 2009/73/CE⁸⁹, et 2009/72/CE⁹⁰ sur l'élaboration d'un marché unique pour respectivement le gaz et l'électricité. Ces deux documents constitueront l'objet de l'étude.

L'objectif est la dissociation juridique et fonctionnelle des activités d'approvisionnement, de production et de gestion du réseau. Cet objectif fut rendu obligatoire dès le 1er juillet 2004, plusieurs modèles furent présentés par la Commission pour l'accomplir pleinement. Par ailleurs pour éviter qu'une compagnie centralisée ne puisse écraser la concurrence européenne, les exigences de dissociations s'appliquèrent aux compagnies des pays tiers voulant devenir ou rester opérateur sur le marché⁹¹.

Tout le secteur n'est pas mis en compétition, il existe des parties non soumises à la concurrence. Certaines situations ne peuvent qu'amener à un déficit, les situations non rentables n'attirent pas les acteurs privés. D'autres missions ne peuvent être supportées que par l'État car seul un acteur sera plus efficace. L'État est le seul propriétaire du réseau électrique, son ouverture aux opérateurs privés générerait une multiplication inefficace des infrastructures.

Les services publics sont des correctifs que l'État utilise pour assurer l'intérêt général⁹². Le marché ne propose pas toujours des offres pour les plus démunis. Les approches intégrées modifient la vision de correctif réduisant la marge des manœuvres des États. Ils sont limités dans leurs intervention. Dès lors, les États membres et l'Union européenne de concert lors de la mise en place d'un marché commun, doivent prendre en compte ces objectifs sociaux. Ainsi la

⁸⁹ Dir.(CE) 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, J.O.C.E., L211/55, du 14 août 2009.

⁹⁰ Dir.(CE) 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, J.O.C.E., L211/55, du 14 août 2009.

⁹¹Ceci visant les grands fournisseurs comme Gazprom

⁹² L. CLUZEL-MÉTAYER, J. CHEVALIER « le service public et l'exigence de qualité », Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006.

vision dialectique opposant l'intérêt européen basé sur le marché et l'intérêt national supra économique est caduque.

Les directives régulant le secteur de l'énergie sont assez proches en ce qui concerne les obligations de services publics que les États membres peuvent imposer. A leurs articles 3, elles présentent les différentes justifications autorisant l'imposition de service public⁹³. Par rapport aux valeurs protégées par le droit primaire, le droit dérivé ajoute la protection de l'environnement. Présente dans la jurisprudence⁹⁴, cette valeur est absente dans le droit primaire, un manquement qui a été souligné par la doctrine⁹⁵.

Les directives du gaz et de l'électricité ont une différence importante à propos de la place qu'occupent les services universels. Si les directives sur le gaz ne prévoient pas de service universel, celles relatives au marché de l'électricité, oui.

Paragraphe 2 : les SIEG dans ces directives

Les directives énergies contiennent les deux visions des SIEG. La directive d'une part prévoit une ample marge de manœuvre aux États dans les exigences de service public dans l'intérêt économique général et d'autre part a pour finalité d'ouvrir les marchés nationaux à la concurrence, en vue de réaliser un marché intérieur. La place des SIEG est assez petite. Les directives lui préférant la notion d'obligation de service public voire de service universel dans le secteur de l'énergie. La vision dérogatoire n'est pas ou peu développée. Rappelant qu'elles établissent des normes minimales, aux considérants 43 de la directive 2009/72/CE sur l'électricité⁹⁶, le respect des obligations de services publics est un éléments essentiel de la présente directive, « il est important que des normes minimales communes, respectées par tous les États membres, soient fixées dans la présente directive, en prenant en compte les objectifs de la protection des consommateurs, de la sécurité d'approvisionnement, de la protection de l'environnement et de l'égalité des niveaux de concurrence dans tous les États membres ». L'article 3 organisant les obligations de service public reprend dans ces deuxième et troisième paragraphes⁹⁷ ce catalogue d'intérêt économique général. Ainsi les États membres se mettent

⁹³SIEG et SIGNE

⁹⁴C.J.C.E., arrêt du 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, Rec. 2006, p. I-02941.

⁹⁵S. NICINSKI, « Les services sociaux devant le Conseil d'État : la construction d'une exception française », *AJDA* 4 février 2008 ; P. Bauby, « service public, services publics », les études de la documentation française, Paris, la Documentation française, 2016.

⁹⁶ Considérants 44 de la directive 2009/73/CE sur le gaz, au mot près

⁹⁷ Identique dans les deux directives

d'accord sur des justifications communes pour la mise en place de SIEG. Comparés aux droits primaires, la liste est plus exhaustive. La protection de l'environnement oublié dans le traité est ainsi assurée. Cependant, la cohésion territoriale et sociale érigée en valeur commune dans les articles 14 TFUE et 1^{er} du protocole 26 est absente.

L'article 3 paragraphe 2 des directives rappelle les conditions à respecter pour imposer des obligations de service public. Elles devront être « clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises d'électricité [de gaz naturel] de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux ».

Les directives ont tout de même des différences notables. La place qu'occupe les services universels est le grand point divergent. L'électricité est une ressource que tout État peut produire. La question de la mise en concurrence se pose donc différemment. Les acteurs nationaux sont donc soumis à des séries d'obligations plus strictes, les services universels. Ces obligations sont plus difficilement imposables aux entreprises gazières. Le modèle du service universel n'est pas applicable aux entreprises étrangères qui importent le gaz en Europe. Des obligations pour entrer sur le marché sont bien entendu prévues. Des sociétés comme Gazprom bénéficiant de soutien de l'État russe auraient sinon mis fin à la concurrence. La question du service universel sera traitée plus en profondeur dans une des sections du chapitre suivant.

Chapitre 2 : la mise en œuvre des SIEG dans le secteur de l'énergie

Le présent chapitre étudie l'arrêt ANODE rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 7 septembre 2016. Il porte sur la directive 2009/73 relative au marché unique du gaz naturel. L'arrêt est intéressant pour son traitement du droit primaire et la manière dont il l'articule avec le droit dérivé. L'arrêt est un renvoi préjudiciel à la suite d'une mesure de l'État français. L'Association Nationale des Opérateurs Détaillants en Énergie (ANODE) introduit un recours devant le Conseil d'État pour l'annulation d'un décret. Sur la base du code de l'énergie, les ministres chargés de l'Économie et de l'Énergie après avis de la Commission de régulation de l'énergie, ont adopté le décret n° 2009-1603 qui fixe des prix pour la vente de gaz. Un tarif réglementé, calculé à partir d'une méthode précise est ainsi obligatoirement proposé par « l'opérateur historique »⁹⁸ à une partie de la population. Le tarif ne fait pas obstacle à des offres concurrentes émises par d'autres entreprises ou fournisseur historique. Malgré cela, la moitié des français étaient aux tarifs réglementés du gaz⁹⁹. Le juge français pose deux questions préjudicielles à la Cour. Il veut savoir si cette intervention de l'État ne doit pas être considérée comme une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel. Ensuite, dans l'affirmative, il est demandé à la Cour quels critères permettent d'apprécier et d'autoriser une telle intervention au regard de l'article 106 paragraphe 2 TFUE et des objectifs de l'article 3 paragraphe 2, de la directive 2009/73.

Pour respecter la méthode suivie par la Cour, nous commencerons par étudier sa position sur la justification de l'intervention par l'État. Nous verrons ensuite le test de proportionnalité mis en place par les juges européens et terminerons le chapitre par les conditions propres à la directive 2009/73.

⁹⁸ L'entreprise anciennement détentrice du monopole de l'État, GDF Suez devenue Engie. L'obligation s'étend aussi aux Entreprises Locales de Distribution (ELD)

⁹⁹ D'après le site <https://tarifgaz.com>

Section 1 : Les SIEG dans l'arrêt ANODE¹⁰⁰

L'article 106 paragraphe 2 TFUE reste pour l'instant une dérogation aux règles de droit de la concurrence et des libertés de circulation. Comme le professeur le professeur Fabrice PICOD l'expose dans son ouvrage¹⁰¹, la Cour de justice souligne que cette disposition, « en permettant, sous certaines conditions, des dérogations aux règles générales du traité [l'article] vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou sociale (ou fiscale) avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles générales de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun »¹⁰². L'article est de stricte interprétation¹⁰³, ce qui implique que la charge de la preuve repose sur l'État qui doit de démontrer que son intervention remplit les conditions de l'article¹⁰⁴. L'article 106, paragraphe 2, TFUE, que les justiciables peuvent directement invoquer¹⁰⁵, permet une dérogation « à l'ensemble des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse des ententes¹⁰⁶ ou des abus de position dominante¹⁰⁷, ou des aides d'État¹⁰⁸. Il va également permettre de déroger aux règles relatives aux libertés de circulation, notamment la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services¹⁰⁹, même si le doute a pu être entretenu en raison des dispositions expresses telles que l'article 36 TFUE ouvrant des dérogations à ce titre¹¹⁰. Il peut, enfin, être invoqué pour justifier l'octroi de droits exclusifs constitutifs d'un monopole à caractère commercial dans une mesure contraire à l'article 37 du Traité FUE »¹¹¹.

¹⁰⁰ C.J.U.E. arrêt du 7 septembre 2016, aff. C-121/15, *ANODE*, *Rec. numérique*

¹⁰¹ F. PICOD, « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur » in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 769 et suivants.

¹⁰² C.J.C.E., arrêt du 19 mars 1991, aff. C-202/88, *France c. Commission*, *Rec.* 1991, p. I-1223, pt 12 ; C.J.C.E., arrêt 23 octobre 1997, ; C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-159/94 *Commission c. France*, *Rec.* 1999, p. I-5815, pt 55 ; C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-219/97, *Drijvende Bokken*, *Rec.* 2001, p. I-6121, pt 93.

¹⁰³ C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c. Pays-bas*, 4, *Rec.* 1999 p. 1-5699.

¹⁰⁴ C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c. France*, *Rec.* 1999, p. I-5815, pt 94 ; C.J.U.E., 29 avril 2010, aff. C-160/08, *Commission c. Allemagne*, *Rec.* 2010, p. I-3713, pt 126.

¹⁰⁵ C.J.C.E., arrêt du 22 janvier 2002 aff. C-218/00, *Cisal*, *Rec.*, 2002 p. I-691, pt 19

¹⁰⁶ C.J.C.E., arrêt du 11 avril 1989, aff. C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, *Rec.* 1989, p. 803, pt 54

¹⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 23 mai 2000, aff. C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, *Rec.* 2001, p. I-3743, pt 74 ; C.J.C.E., arrêt du 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Rec.* 2001, p. I-8089, pt 56.

¹⁰⁸ T.P.I.C.E., arrêt du 27 février 1997, aff. T-106/95, *FFSA e.a. c. Commission*, *Rec.* 1997, p. II-229, pt 172 ;

T.P.I.C.E., arrêt du 26 juin 2008, aff. T-442/03, *SIC c. Commission*, *Rec.* 2008, p. II-1161, pt 144.

¹⁰⁹ C.J.C.E., arrêt du 10 février 2000, aff. jtes C-147/97 et C-148/98, *Deutsche Post*, *Rec.* 2001, p. I-825, pt 55

¹¹⁰ C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. C-72/83, *Rec.*, p. 2727, pt 19.

¹¹¹ C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c. Pays-bas*, 4, *Rec.* 1997 p. 1-5699, pt 32 ; C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c. France*, *Rec.* 1997, p. I-5815, pt 49.

L'analyse de la Cour suit un schéma méthodique. Elle procède en trois étapes¹¹². Elle vérifie d'abord que l'entreprise exerce une activité relevant du champ économique. Ensuite si les obligations de service publics imposées sont compatibles avec le droit européen. Enfin, en cas d'atteinte aux droits communautaires dans quelle mesure s'applique l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

Depuis l'arrêt *Säger*¹¹³, la Cour en outre a adopté une dynamique basée sur l'entrave et justification. Selon le point 12 de l'arrêt « [L'article 56 TFUE] exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues ». Elle constate l'entrave et ne la déclare acceptable que sous trois conditions, « premièrement, cette intervention doit poursuivre un objectif d'intérêt économique général, deuxièmement, elle doit respecter le principe de proportionnalité et, troisièmement, elle doit prévoir des obligations de service public clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantir un égal accès des entreprises de gaz de l'Union aux consommateurs »¹¹⁴. Ainsi la Cour, après avoir vérifié la nature économique, rappelle les principes de libre circulation des biens et la construction d'un marché unique adopté par les États avant de vérifier la justification apportée par l'État.

Pour l'arrêt *ANODE*, la Cour¹¹⁵ relève qu'aucune disposition de la directive 2009/73 ne précise la manière dont doit être fixé le prix du gaz naturel. Cependant, la finalité et l'économie générale de cette directive, indique un objectif clair. Les États membre recherchent la réalisation d'un marché intérieur du gaz naturel entièrement ouvert et concurrentiel. Dans un tel marché, le prix de fourniture du gaz naturel est exclusivement fixé par le jeu de l'offre et de la demande. Une exigence bénéficiant à tous les consommateurs qui sont dès lors libres de choisir leurs fournisseurs.

Or, les tarifs déterminés en application du décret ne constituent pas des prix résultant d'une libre détermination découlant du jeu de l'offre et la demande. De plus, un prix fixé de cette manière influence inévitablement le marché, les concurrents pouvant s'en servir comme

¹¹²P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 282

¹¹³ C.J.U.E. arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger / Dennemeyer*, Rec. 1991, I-04221

¹¹⁴ Point 36 de l'arrêt *ANODE*

¹¹⁵ Point 26 de l'arrêt *ANODE*

point de repère et faire artificiellement monter leur prix pour s'en approcher mais en lui restant strictement inférieur¹¹⁶. La mesure par ailleurs divise le marché, entre un segment où les prix sont établis en dehors du jeu de la concurrence et un autre où leur détermination est laissée aux forces du marché¹¹⁷. La Cour peut déclarer¹¹⁸ l'intervention publique sur les prix du gaz comme une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur.

L'article 106, paragraphe 2, TFUE, permet de justifier une dérogation au droit du marché si les mesures restrictives imposées par l'obligation de service public contribuent à la réalisation d'un objectif d'intérêt économique général. Celui-ci doit être clairement établi par le mandat émis par l'autorité publique. L'intérêt général défendu doit aussi être obligatoire et universel¹¹⁹. Le critère d'universalité ne doit pas être trop largement interprété, le service ne doit pas s'étendre à toute la population. Le service peut tout à fait s'appliquer à un groupe restreint d'utilisateurs. Ce qui est le cas pour la mesure française qui ne concerne que les consommateurs modestes, situés sous 30 000 kWh/an. Le champ d'application territorial peut lui aussi n'être que partie du pays. Le caractère obligatoire suppose que les opérateurs en charge du SIEG sont, en principe, « tenus d'offrir le service en cause sur le marché en respectant les obligations de service d'intérêt général »¹²⁰. Dans le cas présent, l'entreprise revend son gaz à tout citoyen le demandant sans tenir compte du coût réel de l'opération.

L'État est toujours celui qui définit les objectifs d'intérêt économique général comme le prévoit le protocole n°26 qui « reconnaît de manière explicite le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités des États membres dans la fourniture, l'exécution et l'organisation des services d'intérêt économique général »¹²¹. La Cour tient compte de la diversité des États et permet la poursuite d'objectifs propres¹²². La France invoque son ordre juridique national et fonde ses actions sur base de son code de l'énergie¹²³. La mesure poursuit un intérêt économique général qui a été établi par les autorités françaises. En l'espèce, elles veulent assurer la sécurité d'approvisionnement¹²⁴ et la cohésion du territoriale¹²⁵. Cet intérêt

¹¹⁶ Point 29 de l'arrêt *ANODE*

¹¹⁷ Point 32 de l'arrêt *ANODE*

¹¹⁸ Point 27 et 33 de l'arrêt *ANODE*

¹¹⁹ T.P.I.C.E., arrêt du 12 février 2008, Aff. T-289/03, dite *Bupa*, Rec. 2008, p. II-81 ; T.U.E., arrêt du 16 septembre 2013, aff. T-258/10, *Orange c. Commission*, Rec. numérique, pt 119 ; T.U.E., arrêt du 16 septembre 2013, aff. T-325/10, *ILIAD e.a. c. Commission*, Rec. numérique, pt 124.

¹²⁰ F. PICOD, « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur » in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 773.

¹²¹ Point 41 *ANODE*

¹²² C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c. Pays-bas*, 4, Rec. 1997 p. 1-5699.

¹²³ Voir plus précisément les articles L. 100-1 et L. 121-46 dudit code

¹²⁴ Par la constitution d'une réserve stratégique

¹²⁵ Les clients finaux bénéficient de services identiques même dans les zones reculées et peu habitées.

doit être évalué à l'aune des articles de la directive 2009/73, particulièrement de l'article 3 paragraphe 2, 106, paragraphe 2 du traité FUE. L'arrêt ANODE n'est pas innovant sur ce point. Il suit l'enseignement de l'arrêt Federutility, une décision de justice portant sur des faits similaires. L'État italien avait fixé par des lois en 2004 un prix pour le gaz naturel afin de protéger des populations vulnérables. La différence entre ces deux arrêts et donc le droit primaire, l'arrêt Federutility étant antérieur à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Cette différence permet à l'avocat général (que les juges suivront) d'avoir une approche très européenne pour une question très nationale. Son analyse repose avant tout sur le droit communautaire. S'il n'est pas étonnant que la décision française doive respecter le droit primaire¹²⁶ et le droit secondaire¹²⁷, il est intéressant que Me MENGOZZI et la Cour cherchent une justification basée sur les textes européens¹²⁸ à l'intervention française. Ils vérifient que l'État poursuit bien un principe promu par l'Union. Dans l'arrêt Federutility, la vérification de l'intérêt économique reste en comparaison assez sommaire. Les conclusions de Me PAOLO MENGOZZI sont plus audacieuses. Aux points 53 et suivants des conclusions, la justification des autorités nationales n'est acceptable que si l'État membre opère une conciliation entre leurs objectifs et ceux de la directive. Les objectifs de la directive 2009/73 sont multiples. Elle vise en premier la libéralisation du marché mais aussi la sécurité d'approvisionnement. La cohésion du territoire n'étant pas prévue par la directive, l'avocat général invoque l'article 14 pour légitimer la deuxième justification qui fonde l'intérêt général économique.

La Cour suit les conclusions de l'avocat général en y incluant, en plus de l'article 14 du TFUE, le protocole (n°26) sur les services d'intérêt général, annexé au traité UE et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier l'article 36¹²⁹. Les motifs avancés par la France pour justifier la mise en place d'un SIEG sont évalués à la lumière de ces dispositions. Ainsi, la sécurité d'approvisionnement et la cohésion du territoire sont interprétées par le droit primaire et dérivé. S'il le premier est un objectif de la directive, le second n'y est pas mentionné. La Cour se réfère alors à l'article 36¹³⁰ de la Charte et à l'article 14 du TFUE. Le droit de l'Union permet aux États membres d'apprécier si, « dans l'intérêt économique général, il y a lieu d'imposer aux entreprises intervenant dans le secteur du gaz des obligations de service public portant sur le prix de fourniture du gaz naturel [...] sous réserve que toutes

¹²⁶L'article 106 TFUE

¹²⁷ L'article 3 paragraphe 2 de la directive 2009/73

¹²⁸Dans le droit primaire

¹²⁹ Point 39 et 40 de l'arrêt ANODE

¹³⁰Point 51 l'arrêt ANODE

les autres conditions que cette directive prévoit soient remplies »¹³¹. Toutefois, la Cour fait intervenir trois textes primaires (protocole, Charte et TFUE) pour justifier le motif complémentaire. Ceci peut laisser craindre qu'un autre motif ne soit pas si facilement retenu malgré la marge d'appréciation laissée aux États membres¹³². La Cour a en outre demandé qu'un motif non prévu par la directive en respecte toutes les conditions de celle-ci. Un raisonnement qui peut indiquer une volonté ou un souhait « de faire primer, dans cette matière, le droit primaire sur le droit dérivé »¹³³. Une vision qui est sans doute trop pessimiste, tout indique que la Cour a voulu être avant tout exhaustive en mettant en œuvre les nouvelles dispositions pour donner une essence cohérente et contraignante aux *corpus* de règles formées par le traité de Lisbonne. Cette vision est confortée par les conclusions de l'avocat général. Le point 50 des conclusions exprimait la crainte que les doctrines mentionnées dans les conclusions de l'affaire Federutility soient suivies et que les justifications de l'entrave ne soient que celles contenues dans l'article 3 paragraphes 2 et 3 soit les seules admises.

L'intérêt économique général émane de l'État. En tant que représentant de la volonté générale il est le seul qui peut définir les intérêts de la collectivité. L'État français assure l'intérêt général économique français par la mise en place d'une obligation publique. L'opérateur historique assure cette obligation par un SIEG, en proposant des tarifs réglementés pour la vente du gaz. La sécurité d'approvisionnement et la cohésion sociale et territoriale sont les objectifs de l'intérêt général et ils sont la justification de l'intervention. Ils matérialisent l'intérêt économique général. Le choix de ces justifications relève de l'appréciation de l'État. La Cour, par ces différents arrêts, modifie cette approche en limitant le choix des justifications. Elles doivent toujours être explicitement exprimées dans le mandat mais ne sont plus uniquement le choix souverain des États. Dans des secteurs intégrés, les justifications proposées doivent être contenues dans le droit dérivé et peuvent provenir du droit primaire. L'intérêt général n'en est pas pour autant européen mais l'État dans des secteurs particuliers se voit limiter dans ces choix de justification de l'intérêt économique général à un socle commun européen d'objectifs, comme l'article 3 de la directive 2009/73 paragraphes 2 et 3, mais aussi les articles 36 de la Charte et 14 TFUE.

Cette analyse ne laisse qu'un regret. La Cour continue à interpréter l'article 106 paragraphe 2 TFUE comme une disposition visant à « concilier l'intérêt des États membres à

¹³¹Point 52 de l'arrêt *ANODE*

¹³² P.-O., de Broux, « Article 36. - Accès aux services d'intérêt économique général » in Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 786

¹³³ *Ibid.*

utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de politique économique ou sociale avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché intérieur »¹³⁴. Les conclusions de Me MENGOZZI sont plus subtiles sur ce point et n'opposent pas l'intérêt de l'Union à celui des États. Il parle de conciliation entre « la marge de manœuvre reconnue aux États membres au regard des objectifs d'intérêt économique général [...] avec l'exigence de respecter le droit de l'Union »¹³⁵. Ainsi le conflit n'est pas entre nations et institutions européennes mais entre objectifs communs votés par les États se relevant incompatibles dans certaines situations. Le raisonnement a pour essence la recherche d'un juste équilibre dans un intérêt commun. L'intérêt des États membres doit comprendre celui qui vise à assurer une saine concurrence sur leur territoire et à faciliter la mise en œuvre des libertés de circulation, de même que l'intérêt de l'Union européenne doit s'étendre à la promotion et à la sauvegarde de services publics, et plus particulièrement ceux que les auteurs des traités constitutifs ont qualifiés de services d'intérêt économique général. La ligne conciliatrice entre les intérêts de l'État¹³⁶ et de l'Union défendue par la Cour est une dichotomie qui peut être considérée caduque¹³⁷. Malheureusement la Cour n'a pas suivi les conclusions proposées et maintient la formulation de l'article 106 paragraphe 2 TFUE.

Le fond est donc nouveau pour la définition de l'intérêt général qui comprend les intérêts communs votés par les États dans des textes législatifs européens. Il ne manque qu'une petite révolution dans le vocabulaire de la Cour pour laisser tomber le terme « d'intérêt de l'Union » contenue dans l'article 106, paragraphe 2 qui symbolise une opposition, en fait et en droit, caduque.

Malgré que le secteur du gaz soit très intégré, un raisonnement européen pour l'interprétation de l'intérêt général économique, est à privilégier. Il est judicieux, tant pour le juge que pour le défenseur, de prendre en considération le droit comparé et la législation européenne. En ce sens, les Pays-bas ont été amené à défendre un SIEG très national en matière de pension complémentaire. La Cour dans son arrêt a fait référence à la fonction sociale des pensions complémentaires que le législateur européen a reconnu lui-même dans plusieurs

¹³⁴ Point 43 de l'arrêt *ANODE*

¹³⁵ Point 50 des conclusions

¹³⁶ Idée de base de la réflexion, opposition entre Union/La Cour qui s'attache à préserver l'intérêt du marché et L'EM qui défend intérêt général particulier, est ce cette oscillation, importance économique et politique Question centrale développé travail autour de cela.

¹³⁷ S. DE LA ROSA, « A propos de l'intervention étatique sous forme de prix réglementés sur le marché du gaz », in De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés, R.E.A.-L.E.A. 2016/3, 2016, p. 534

textes. Ces derniers ont été invoqués pour légitimer le bienfondé de l'intérêt général alors qu'ils ne parlaient pas d'obligation de service public ou de SIEG en général¹³⁸.

Section 2 : le test de proportionnalité

Un intérêt qui est défendu au niveau européen ou partagé en tant que valeur commune aura un poids supplémentaire lors du test de proportionnalité. L'évaluation de l'entrave se fait au regard de l'objectif défendu. Le test de proportionnalité effectuant une mise en balance entre l'entrave créée et l'intérêt défendu par cette dite entrave. Bien que la dérogation soit de stricte interprétation¹³⁹, il n'est pas rare qu'elle soit admise. Ainsi des droits exclusifs ou spéciaux ont été admis dans plusieurs secteurs tels que celui du transport aérien¹⁴⁰, de l'énergie¹⁴¹, des fonds de pensions¹⁴², du transport des malades¹⁴³ ou des services postaux¹⁴⁴. Toutes ces dérogations n'ont été admises qu'après que la Cour a apprécié leur caractère proportionné et nécessaire à la réalisation de l'intérêt économique général. Le test de proportionnalité est construit en trois étapes. Le juge vérifie l'adaptation, la nécessité de la mesure et sa proportionnalité. Il a pour objectif de faire la balance entre l'entrave générée par l'action étatique et sa justification. Il vérifie que les objectifs poursuivis par les États excusent le non-respect des lois du marché.

Pour l'évaluation de la nécessité, la Cour et l'avocat général MENGOZZI¹⁴⁵ identifient dans quatre conditions pour l'objectif de proportionnalité. « Les objectifs poursuivis ne peuvent porter atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure où ils sont nécessaires à leur réalisation »¹⁴⁶.

- La mesure est **susceptible de réaliser l'objectif** envisagé (55 à 59)

¹³⁸C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, Rec. 2001, p. I-5751, pt 106 ; C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Rec.2000, p. I-6121

¹³⁹C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c. Pays-bas*, 4, Rec. 1997 p. I-5699.

¹⁴⁰C.J.C.E., arrêt du 11 avril 1989, C-66/86 *Ahmed Saeed*, Rec.1989, p. 00803

¹⁴¹C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-158/94 *Com. C. Italie*, Rec.1997, p. I-03395 ; C.J.U.E., arrêt du 21 décembre 2011, aff. C-242/10, *Enel Produzione*, Rec. 2011, p. 13665.

¹⁴²C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-115/97, C-116/97 et C-117/97, *Brentjens*, Rec. 1993, p. I-06025

et C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Rec.2000, p. I-6121.

¹⁴³C.J.C.E., arrêt du 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rec. 2001, p. I-8089.

¹⁴⁴C.J.C.E. arrêt du 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, Rec. 1993, p-I02533 et C.J.C.E., arrêt du 10 février 2000, aff. jtes C-147/97 et C-148/98, *Deutsche Post*, Rec. 2000, p. I-825

¹⁴⁵Point 60 des conclusions

¹⁴⁶P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 280

- La **durée** de l'intervention est limitée à ce qui est nécessaire (60 à 63)
- la méthode utilisée sert l'objectif poursuivi et **ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire**. Ici, la mesure atteint tout le gaz et pas seulement la partie nécessaire. (64 à 66)
- L'exigence de nécessité doit également être appréciée au regard du champ d'application personnel de la mesure en cause et, plus précisément, de ses bénéficiaires (point 67)

La durée, ou l'adaptation signifie que la mesure doit pouvoir faire l'objet d'une révision à la fois lorsque le marché le requiert mais aussi par une réunion déterminée annuellement. Cette réunion vérifie la nécessité de la mesure et en valide ou non le maintien. En comparaison avec l'arrêt *Federutility*, c'est une condition nouvelle. Le rôle de l'arrêt *Altmark* et des deux paquets adoptés en conséquence n'y sont pas étrangers. Les entraves doivent à présent systématiquement pouvoir faire l'objet de révision ponctuelle prévue portant sur la nécessité de maintenir l'entrave. Cette réunion ne doit pas être uniquement ouverte quand les marchés le requièrent. Il ne faut pas que l'État réagisse uniquement quand il y a une crise. Il est nécessaire que l'évaluation se fasse constamment.

La réalisation des objectifs définis par la mesure est évaluée par la juridiction nationale. Ces objectifs découlent directement des justifications retenues pour la composition de l'intérêt économique général. Le raisonnement de la Cour, incluant des dispositions du droit primaire favorise donc grandement les obligations publiques. Le juge français évalue les documents que le ministre lui fournit. Il se penche sur la réglementation des prix qui permet un prix raisonnable et une stabilité étant donné que les prix sont indexés. Ensuite la sécurité d'approvisionnement est assurée car les entreprises vendant le gaz ont un prix de vente garanti, ce qui favoriserait les contrats à long terme. Enfin, un tarif unique permet une cohésion territoriale. Nous verrons dans le chapitre suivant comment ces arguments ont été reçus par le conseil d'État français. Il est toutefois curieux que le juge français ait évalué aussi l'argument des prix raisonnables et stables alors qu'il ne l'avait pas inclus dans les questions adressées à la Cour. Cet oubli ne pose pas de problème outre mesure car l'article 3 paragraphe 2 de la directive 2009/73 permet une intervention qui porte sur une intervention des prix.

Une mesure qui ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire est souvent évalué par la recherche d'une autre mesure qui remplit les objectifs de la première mais qui est moins attentatoire¹⁴⁷.

Enfin, il doit être vérifié que la mesure profite bien aux personnes à qui elle doit bénéficier. Lors de l'arrêt *Federutility*, le champ d'application visait les personnes vulnérables. Dans sa mesure, l'État français vise les particuliers et les entreprises consommant moins de 30 000 kWh/an. L'analyse des faits est bien sûr laissée au juge français, la Cour ne disposant pas d'élément nécessaire pour juger¹⁴⁸.

D'après Stéphane DE LA ROSA¹⁴⁹, la Cour associe à l'examen de proportionnalité des exigences classiques tirées du contentieux des litiges des libertés de circulation (appréciation de l'aptitude de la mesure, de sa nécessité) et des considérations qui rejoignent la mise en œuvre du principe de transparence, tels que la définition à l'avance des obligations, leur caractère non discriminatoire et contrôlable. La Cour examine sans le dire à la fois la proportionnalité de l'objet de la mesure et des garanties procédurales¹⁵⁰. La vérification des garanties de procédure n'est pas nouvelle. Comme lors de l'arrêt *Federutility*, la Cour vérifie l'article 3, paragraphe 3 de la directive. Le seul nouveau critère étant finalement la durée d'un SIEG. Pour les exigences classiques tirées du contentieux des litiges des libertés de circulation, le test reste là encore similaire à l'arrêt *Federutility*. Aucune exigence particulière ne vient s'ajouter à l'examen de la Cour.

En revanche, un des manquements dont souffre le test proposé est l'absence de mesure alternative présentée, une évaluation qui est présente dans les tests contrôlant les libertés fondamentales¹⁵¹. Il est certain qu'une telle contrainte provoquerait des réticences de la part des États membres. Cet ajout néanmoins pourrait être un pas en avant vers un contrôle plus large et cohérent. Un critère qui se justifierait par l'application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE lorsque que celui-ci demande aux SIEG de ne pas porter atteinte au développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. Il s'agit toutefois d'une condition «

¹⁴⁷ ANODE point 66 et arrêt du 20 avril 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08, points 36 et 38

¹⁴⁸ En cas de question préjudicielle, la cour peut trancher le fond s'il a assez d'éléments et que le litige a une résolution évidente.

¹⁴⁹ S. DE LA ROSA, « A propos de l'intervention étatique sous forme de prix réglementés sur le marché du gaz », in *De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés*, R.E.A-L.E.A. 2016/3, 2016, p. 537

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ F. PICOD, « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur » in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p 779

sibylline qui peut se prêter à plusieurs interprétations »¹⁵². La Cour n'a jamais pris expressément position sur cette exigence de proportionnalité au regard des restrictions aux échanges. Précisons que cette exigence de comparer l'intervention avec une mesure moins attentatoire a déjà été constaté dans plusieurs arrêts en manquement à propos de SIEG. Ces arrêts sont fort différents de ceux analysés jusqu'à maintenant¹⁵³, bien que certains enseignements soient repris par la Cour pour répondre à des questions préjudicielles. Dans ces cas particuliers, l'État membre n'a pas à prouver qu'il existe une mesure moins attentatoire qui accomplirait la mission d'intérêt général¹⁵⁴. Une telle exigence serait difficilement acceptable. La mesure attaquée, analysée en fait serait comparée avec une expérience de pensée, une mesure hypothétique. Un combat qui peut paraître déséquilibré. Cette exigence reste une composante importante des tests de proportionnalité dans les constatations en manquement relatives aux libertés de circulation¹⁵⁵. La Commission n'est pas habilitée à proposer des mesures alternatives aux SIEG. Elle enfreindrait le principe de subsidiarité défendu par la Cour, comme rappelé lors de l'affaire du système de pension néerlandais¹⁵⁶. Le critère fut pourtant appliqué dans des arrêts en renvoi préjudiciel. La Cour a analysé une réglementation danoise sur le recyclage des déchets. Elle imposait le recyclage des déchets produits dans Copenhague afin d'en diminuer la pollution. Les entreprises et les particuliers enfouissaient leurs déchets dont certains pouvaient être recyclés. Une situation imputée en partie au manque d'entreprise de recyclage. La commune construit un centre d'une grande capacité lui offrant une exclusivité de traitement afin d'en assurer la rentabilité. Cette exclusivité est une entrave à la concurrence mais justifiée par la lutte pour un environnement sain. Les autorités danoises défendirent leur intervention en démontrant qu'une mesure moins attentatoire à la concurrence n'était pas possible. Une loi obligeant le traitement des déchets était inefficace à cause d'un manque d'infrastructure¹⁵⁷. La construction du centre de recyclage était donc requise et l'exclusivité offerte nécessaire pour en assurer la viabilité économique¹⁵⁸. Il est étrange que cette exigence propre aux libertés fondamentales

¹⁵² F. PICOD, *op. cit.* p. 779 citant A. MAITREPIERRE et E. BARBIER DE LA SERRE, « Article 86 CE », I. PINGEL (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^eéd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 735 et s., spéc. p. 750

¹⁵³ L'arrêt en manquement tranchant le fond, une l'analyse des faits est requise, ce qui n'est pas le cas pour une question préjudicielle ne présentant que sommairement les faits pour une simple mise en contexte, le raisonnement portant avant tout sur l'interprétation de dispositions.

¹⁵⁴ P. Bauby « service public, services publics », les études de la documentation française, Paris, la Documentation française, 2016.

¹⁵⁵ Voy., p. ex C.J.C.E., arrêt du 19 mars 1991, aff. C-202/88, France c. Commission, *Rec.*, 1991 p. I-1223 pt 9 ; C.J.C.E., 25 mai 1993, *Commission c. Italie*, aff. C-228/91, *Rec.*, p. I-2701, pt 27.

¹⁵⁶ C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-219/97, *Drijvende Bokken*, *Rec.* 2000, p. I-6121, pt 112.

¹⁵⁷ C.J.C.E., arrêt du 23 mai 2000, aff. C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, *Rec.* 2000, p. I-3743.

¹⁵⁸ *Ibid.* ; voir aussi C.J.C.E., arrêt du 10 février 2000, aff. jtes C-147/97 et C-148/98, *Deutsche Post*, *Rec.* 2000, p. I-825

attendant des États qu'ils prouvent qu'une mesure moins attentatoire ne s'applique pas à l'article 106 TFUE alors qu'il est une dérogation aux libertés fondamentales. Il bénéficie, sur ce point, d'un régime spécifique amputé de cette exigence fondamentale qui se justifie difficilement¹⁵⁹.

Enfin, les jugements rendus par la Cour sur l'application de l'article 106, pourraient intégrer l'exigence moderne de **cohérence**¹⁶⁰. Le juge vérifierait que les mesures dérogatoires prises sont nécessaires et non disproportionnées au regard tant de l'objectif poursuivi et du respect des libertés fondamentales essentielles à la création d'un marché unique¹⁶¹ mais « en outre si le dispositif mis en place s'inscrit dans un ensemble de missions conçues et aménagées de manière cohérente »¹⁶². Il s'agirait d'un contrôle visant à renforcer la qualité de l'exercice des missions de SIEG au sein de l'Union européenne. Le caractère intrusif dans un domaine aussi proche des États, explique la réticence de la Cour. Toutefois dans des secteurs aussi intégrés que l'énergie mais peut-être moins sensibles, ce test de proportionnalité complet pourrait tout de même être appliqué. Si dans le secteur du gaz l'intérêt économique général se définit au regard des textes législatifs européens, l'énergie reste un secteur où les enjeux nationaux restent trop importants pour un contrôle juridique aussi complet.

¹⁵⁹F. PICOD, *op. cit.*, p. 781

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 782

¹⁶¹ Ce que la Cour appelle l'intérêt de l'Union en référence de l'article 106 TFUE

¹⁶² F. PICOD, *op. cit.*, p. 782

Chapitre 3 les perspectives d'harmonisation

Section 1 : les difficultés à surmonter

Les SIEG ont été marqués par les apports du traité de Lisbonne. Ils font partie intégrante d'une notion, les SIG qui s'europeanise depuis plusieurs années. La libéralisation des secteurs dominés par les monopoles publics correspond à l'évènement durant lequel les services publics prirent place dans la construction européenne. Si nous pouvions nous limiter dans un premier temps à une approche communautaire se limitant à la sphère économique, très vite les changements ont touché toute la société.

Supprimer la diversité pour une uniformisation serait une politique coûteuse et contreproductive. L'Union européenne doit assumer une défense efficace de ses principes. La lecture de l'article 106 ne devrait pas renvoyer au marché unique mais à un intérêt européen diversifié et ne se limitant pas au marché. Peut-on imaginer une directive cadre améliorant le rôle des objectifs définis par le TFUE ? Une harmonisation respectant au mieux la diversité ? Comment placer l'intérêt général dans une perspective européenne ?

L'intérêt général est identifié par les dialogues des différents acteurs. L'Union européenne est un système décentralisé agençant différents niveaux de pouvoir. L'identification d'un intérêt général européen doit passer par une forme de transaction. La solution ne pourra se baser que sur des concessions réciproques au vu du nombre d'acteurs, c'est-à-dire les entités fédérées et fédérales, les gouvernements centraux ainsi que les cours et tribunaux

La définition d'un intérêt général européen est complexe voire inexprimable¹⁶³. Il est illusoire d'avoir un seul texte tant les manifestations matérielles sont « extraordinairement diverses »¹⁶⁴. L'intérêt général reste le fondement de nombreuses décisions et de futures actions communes requérant un socle commun de valeurs. Les objectifs proposés par le TFUE comme fondement des SIEG est un premier pas vers une harmonisation plus large. Les articles restent encore très vagues pour une application concrète. Le socle de valeurs communes se prolonge pour l'instant dans des directives. Les États et les instances européennes consentent à des textes de droit dérivé grâce à la méthode communautaire. Cette approche condamne à rester partiel et

¹⁶³M. ROSTANE, « Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion "indéfinissable" ». L'intérêt général, Mélanges en l'honneur du Professeur D. Truchet, Dalloz, 2015.

¹⁶⁴D. Truchet, « l'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État : retour aux sources et équilibre », Rapport public 1999, L'intérêt général, Etudes & documents n° 50, p. 361

à ne travailler que dans des secteurs précis. Une piste déjà suivie, comme par exemple dans les directives énergie. Si le système des services publics européens a beaucoup progressé, la rédaction d'un intérêt commun n'est pas la priorité. La plupart des efforts se concentre avant tout sur le mécanisme de compensation et le financement des SI(E)G¹⁶⁵. Le droit dérivé et les décisions de justice restent le moteur des SIEG. Ils ont permis de desserrer quelque peu les conditions strictes mises à l'intervention de l'État et accompagnent certaines avancées. Les SIEG restent néanmoins soumis aux règles du marché. L'État ne peut intervenir qu'en cas de « défaillance du marché pour compenser la partie des missions de service public qui ne serait pas assurée par le privé »¹⁶⁶.

L'ouverture des marchés de l'énergie, du chemin de fer, du numérique ainsi que la signature de traités de libre-échange de grande ampleur peuvent être une bonne occasion pour préciser le rôle que jouent les SI(E)G dans l'Union au nom de la sécurité juridique des opérateurs économiques, de l'avenir du modèle social européen et de l'adhésion des citoyens au projet européen.

L'absence de définition stricte au sein des traités ou dans les législations communautaires est une autre difficulté majeure. La conséquence la plus directe est la marge de manœuvre et le pouvoir d'appréciation laissés aux juges. C'est à eux qu'il revient de déterminer l'appartenance ou non du SIG à la sphère économique. Il ressort de la jurisprudence que lors des cas litigieux, la possibilité que le service soit un Service d'Intérêt Général Non Économique (SIGNE) est assez réduite. Sortir du champ économique n'est possible que lorsque l'État met en œuvre des « prérogatives typiquement de puissance publique »¹⁶⁷. La Commission est favorable à cette vision. D'après elle, les SIGNE ne sont que les activités régaliennes de l'État¹⁶⁸. La Cour n'est toutefois pas aussi stricte¹⁶⁹. La surveillance de la pollution d'un port pétrolier est une mission d'intérêt général qui met en œuvre les fonctions essentielles de l'État¹⁷⁰

¹⁶⁵Arrêt *Altmark*, paquet *Monti-Kroes*, le paquet *Almunia*

¹⁶⁶E. VAN DEN ABEELE, « Les services d'intérêt général. État du débat européen », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 1901-1902, no. 36, 2005, p. 72.

¹⁶⁷C.J.C.E., arrêt du 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol*, *Rec.* 1994, p. I-43

¹⁶⁸ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, n° 2001/C 17/04, *JOCE* du 19 janvier 2001, n° C 17.

¹⁶⁹C.J.C.E., arrêt du 18 mars 1997, aff. C-343/95, *Calì & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova*, *Rec.* 1997, p. I-01547.

¹⁷⁰La protection de l'environnement

qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique¹⁷¹ sans pour autant faire partie des fonctions régaliennes de l'État.

Section 2 : Une directive cadre comme solution qui ne fut pas retenue

La régulation au niveau européen des SIEG est caractérisée par une approche empirique et sectorielle. La doctrine et plusieurs responsables politiques ont plaidé pour une approche transversale. Cette méthode permet d'éviter les fluctuations de la jurisprudence et des décisions de la Commission européenne¹⁷². L'idée est apparue en 1998 au Parlement européen, proposée par l'eurodéputé socialiste belge Claude Desama. Le but du texte législatif est de préciser les obligations communes aux SIEG. La Commission, elle aussi, a émis l'idée semblable afin de pouvoir rendre compatible un marché concurrentiel et l'existence des Services d'Intérêt Général (SIG)¹⁷³.

Le Parlement dans sa résolution du 14 janvier 2004, concernant le livre vert sur les SIG, a estimé qu'il « n'était pas possible, ni pertinent d'élaborer des définitions, des SIG et des obligations de services publics qui en découlent **mais** que l'Union européenne doit établir des principes communs : universalité et égalité d'accès, continuité, sécurité, adaptabilité, qualité, efficacité, accessibilité tarifaire, transparence, protection des groupes sociaux défavorisés, protections des usagers, des consommateurs, et de l'environnement, et participation des citoyens, étant entendu qu'il convient de tenir compte des spécificités sectorielles »¹⁷⁴.

Après l'échec de l'adoption du traité constitutionnel, cette idée fut remise au goût du jour. En février 2006, des professeurs et des experts français (Stéphane Rodriguès, Jean-François Auby, Per Klok, Jens Lattmann, Giuseppe Pericu notamment) se sont attelés à la rédaction d'un projet de directive-cadre sur les SIG/SIEG. Composé d'une quinzaine d'articles, le projet¹⁷⁵ se divisait en quatre chapitres. L'intérêt de présenter ce projet est qu'il porte une vision des SIEG se retrouvant dans de nombreux rapports¹⁷⁶.

¹⁷¹D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p. 243-263

¹⁷²E. VAN DEN ABEELE, « Les services d'intérêt général. État du débat européen », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 1901-1902, no. 36, 2005, 58.

¹⁷³B. Boissard, « le traitement communautaire des SIEG non-économique » *RDP* 2006, p.1301

¹⁷⁴*J.O.E.*, n° C092 E du 16 avril 2004, p. 294.

¹⁷⁵« European Framework Provision on SGEI/SGI », draft II, 16 janvier 2006.

¹⁷⁶Rapport de Werner Langen du 17 octobre 2001, décision de la commission au fond en première lecture, COS/2001/2157 et rapport de Philippe Herzog datant du 14 janvier 2004.

Sans entrer dans les détails, le projet met en évidence des points clefs qui pourraient restructurer l'approche actuelle des SIEG. Une définition était prévue. Les SIEG étaient caractérisés par la participation à un marché. Les SIGNE, cependant, n'avaient qu'un caractère exclusivement social tel que ces services ne pouvaient pas s'exercer dans les conditions du marché. L'article reformulait positivement l'article 86 paragraphe 2 de l'époque¹⁷⁷, « les opérateurs doivent être mis dans les conditions d'accomplir la mission particulière qui leur a été impartie dans le respect des règles du traité. ». Une différente formulation pour une même idée mais une position plus ouverte pour interprétation moins restrictive de la part de la Cour. Le projet prévoyait la création d'un observatoire européen des services d'intérêt général qui élaborerait des méthodes d'évaluation basées sur les rapports des États membres, des usagers, des ONG et des partenaires sociaux. Un dernier point remarquable est la volonté d'inclure la société civile dans les SIEG, que cela soit de recueillir l'avis des citoyens pleinement informés fournissant des évaluations périodiques ou par des consultations régulières des partenaires sociaux pour évaluer l'impact des propositions de la Commission sur des secteurs spécifiques. Une approche européenne ayant parfois le défaut de n'être pas assez proche des citoyens, l'inclusion de la société civile permet d'assurer une meilleure expression de la volonté générale.

A l'heure actuelle, un tel projet n'est plus d'actualité. Depuis plusieurs années, à la suite des évolutions des traités¹⁷⁸, le projet de directive fut abandonné en 2007 par la Commission¹⁷⁹. L'approche transversale ne fut pas retenue et très partiellement utilisée, l'Union préférant une approche sectorielle qui a fait ses preuves¹⁸⁰. Cette solution évite que ne surgissent des contradictions entre la réglementation cadre et les réglementations sectorielles déjà votées, chaque secteur bénéficiant d'obligations de services publics propres.

Nous pouvons constater que malgré cet abandon, l'article 14 permet au Parlement européen et au Conseil d'adopter un règlement établissant les principes communs des SIEG. Ainsi, les rédacteurs du traité de Lisbonne¹⁸¹ ont fixé la procédure législative pour l'adoption d'un tel projet¹⁸².

¹⁷⁷Article 106 paragraphe 2 TFUE actuellement

¹⁷⁸ Le protocole 26, l'article 14 TFUE et l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
¹⁷⁹Communication de la Commission du 20/11/2007 « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, un nouvel engagement européen » COM (2007) [725] final.

¹⁸⁰ L. DUBOIS et C. BLUMANN, « Droit matériel de l'Union européenne », Précis Domat Droit publi, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd., 2015, p.564

¹⁸¹ Cette seconde partie de l'article est prévue en fait depuis le traité constitutionnel

¹⁸² D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », Presses universitaires François-Rabelais, 2010 p. 263

L'abandon du projet fut motivé par la transcription de la jurisprudence et l'inscription de valeurs inhérentes aux SIEG dans le droit primaire, une approche qui semble offrir des garanties suffisantes pour assurer l'application des règles du traité sans que cela ne porte préjudice au maintien de services publics nationaux. La Commission doit dorénavant tenir compte de l'ensemble de ces valeurs lorsqu'elle sera amenée à exercer sa mission de surveillance. Ainsi, elle devra tenir compte des compétences des États pour la qualification des SIEG mais aussi de la diversité de ces services¹⁸³, leur disparité géographique¹⁸⁴ et le maintien d'un niveau élevé de qualité et de sécurité¹⁸⁵. Elle considère d'ailleurs que « le protocole n°26 annexé au traité de Lisbonne livre un cadre cohérent qui guidera l'action de l'UE et servira de référence pour tous les niveaux de gouvernance. En clarifiant les principes et en exposant les valeurs communes qui sous-tendent les politiques de l'UE, le traité confère visibilité, transparence et clarté à l'approche de l'UE en matière de services d'intérêt général¹⁸⁶. Si la Commission n'a pas, pour l'instant, manifesté la volonté d'une législation supplémentaire, elle a tout de même produit un nombre important de documents pour une approche plus transversale.

Section 3 : les mesures qui remplacèrent la directive cadre

Paragraphe 1 : Les interventions de la Commission

La Commission, en tant que gardienne des traités, est intervenue à de nombreuses reprises pour préciser le rôle des SIEG. Elle s'est particulièrement montrée active ces dernières années. Les collectivités publiques ne sont pas mécontentes des règles encadrant les SIEG mais peuvent faire preuve d'une méconnaissance ou d'une interprétation erronée desdites règles¹⁸⁷.

¹⁸³Protocole 26 art 1 al 1 tiret 1

¹⁸⁴*ibid*

¹⁸⁵*Ibid.* tiret 3

¹⁸⁶Communication de la Commission du 20/11/2007 « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, un nouvel engagement européen » COM (2007) [725] final.

¹⁸⁷ D'après le site <http://ec.europa.eu/>, consulté en juillet 2017

La Commission a rédigé plusieurs communications¹⁸⁸, un livre vert¹⁸⁹ et un livre blanc¹⁹⁰ afin d'expliquer au mieux les règles encadrant les SIEG. En 2010, un site internet fut mis en place pour que chaque citoyen puisse poser ses questions. Reprenant les interrogations fréquentes, la Commission publia un guide¹⁹¹ qui peut évoluer¹⁹². Ces documents précisent la manière dont les règles de l'UE s'appliquent aux services, ainsi que les révisions qui se sont avérées nécessaires pour garantir des besoins spécifiques.

Trois éléments principaux sont à souligner. Premièrement, la Commission endosse un rôle d'information et de synthèse, notamment concernant la jurisprudence et ses décisions. Ensuite, une importance croissante grâce à l'érection des SEIG en tant que valeurs communes aussi importante que les valeurs de concurrence et de libre circulation est à souligner. Enfin, ces différentes interventions ont partiellement répondu aux attentes d'une directive cadre¹⁹³. Les documents de la commission attestent d'une volonté de garantir l'accès à tous les citoyens aux services essentiels et de promouvoir leur qualité dans le domaine des services sociaux. Une approche transversale non contraignante mais crée un esprit autour de l'importance des SIEG, esprit qui se manifeste lors des rédactions du droit primaire et du droit dérivé.

Paragraphe 2 : l'introduction de nouvelles notions

Le critère économique reste le principal prisme d'analyse des SIG, ce qui rend difficile l'analyse des services sociaux lorsqu'il faut savoir s'ils échappent aux règles du marché et donc aux aides d'État. Dès 1974, la Cour a jugé que la finalité sociale pour une activité ou une aide d'État ne la fait pas échapper aux règles de la concurrence s'il y a un enjeu économique¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Communication de la Commission relative aux services d'intérêt général en Europe, J.O.C.E., C 281 du 26 septembre 1996, p. 3, pt 1.

Communication de la Commission du 19/11/2001 relative aux services d'intérêt général en Europe, J.O.C.E., C 17.

Communication de la Commission du 20/11/2007 intitulée « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », C.O.M. (2007) 725 final.

Communication de la Commission du 26/04/2006 mettant en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, C.O.M. (2006) 177 final.

¹⁸⁹ Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, C.O.M. (2003) 270 final

¹⁹⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions – livre blanc sur les services d'intérêt général, C.O.M. (2004) 374 final.

¹⁹¹ Guide du 29 avril 2013 relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », SWD (2013)

¹⁹² La première parution datant de 2010, le guide fut mis à jour en 2013.

¹⁹³ P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017

¹⁹⁴ C.J.C.E., arrêt du 3 décembre 1974, aff. C-33/74, *Van Binsbergen / Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Rec. 1974, p. 01299, pts. 27-28

Cette approche réduit la marge de manœuvre des États¹⁹⁵. Afin d'affiner son approche, la jurisprudence s'est développée dans le sens de l'octroi de régimes dérogatoires au bénéfice des Services Sociaux d'Intérêt général (SSIG)¹⁹⁶, dérogations justifiées par le fait que « face aux défaillances du marché, il faut densifier le service public pour qu'il produise des externalités positives dont la collectivité serait à défaut privée »¹⁹⁷. De même, de son côté, la Commission, dans son livre blanc du 12 mai 2004, relevait la nécessité de conserver la singularité des SSIG, reconnaissant leur rôle particulier « en tant que partie intégrante du modèle européen de société », et en soulignant que « leur fourniture, leur développement et leur modernisation vont tout à fait dans le sens de la réalisation des objectifs fixés par le Conseil européen en mars 2000 à Lisbonne, notamment en ce qui concerne la création d'un lien positif entre les politiques économiques, sociales et en matière d'emploi »¹⁹⁸. La Commission a conforté cette position, en avril 2006, dans sa première communication entièrement consacrée aux SSIG où elle indique que « si les services sociaux, d'après le droit communautaire applicable en la matière, ne constituent pas une catégorie juridique distincte au sein des services d'intérêt général [...] ils occupent néanmoins une place spécifique comme piliers de la société et de l'économie européenne »¹⁹⁹.

Paragraphe 3 : les réponses sectorielles et le service universel

Le secteur des télécommunications fut le premier à être libéralisé. Les États membres se mirent d'accord pour l'instauration d'un « service universel », d'un ensemble d'exigences d'intérêt général assuré par toutes les entreprises du secteur. Les directives instaurant un certain nombre de services²⁰⁰ que les États ont l'obligation d'assurer et de garantir comme l'évolution des tarifs par rapport aux revenus nationaux, ou la mise en place des tarifs sociaux.

Le secteur des postes, lui aussi, prévoit des dispositions relatives à la prestation d'un service postal universel. La législation européenne est moins précise sur le contenu des

¹⁹⁵L.DUBOUIS et C. BLUMANN, « Droit matériel de l'Union européenne », Précis Domat Droit publi, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd.,2015

¹⁹⁶G. J. GUGLIELMI, G.KOUBI, et M. LONG « Droit du service public », Domat. Droit public, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4^e éd. 2016, p.149

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Communication de la Commission du 26/04/2006 - Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne {SEC(2006) 516}, COM(2006) 177 final

¹⁹⁹ Communication de la Commission du 26/04/2006 - Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne {SEC(2006) 516}, COM(2006) 177 final

²⁰⁰ Raccordement au réseau, services de renseignements, cabines téléphoniques publiques

obligations. Les États ont la liberté de définir les services qui constituent le service universel, tels que l'attribution aux anciennes entreprises détentrices du monopole de garantir l'envoi des lettres de moins de 50 grammes.

Le secteur de l'énergie est divisé en deux sous-secteurs, le gaz et l'électricité. Les directives électricité, elles aussi, prévoient la mise en place de services universels. Des obligations de service public peuvent par ailleurs être prises pour assurer la protection du climat. Cette justification n'est pas prévue par le droit primaire. Le secteur du gaz bénéficie des mêmes justifications pour imposer des obligations publiques mais ne prévoit pas de service universel. Cette absence est due à l'économie particulière du gaz. L'Europe n'en produisant que très peu, il est difficilement envisageable d'imposer des obligations publiques à une majorité d'entreprises étrangères.

Ainsi, les secteurs libéralisés et intégrés finissent par adopter le mécanisme de service universel. Les services universels ont été définis par la Commission comme étant « un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances particulières, à un prix abordable »²⁰¹. Il est donc question d'un ensemble d'obligations que les entreprises doivent proposer en vertu du droit dérivé. Cette notion a été intégrée au droit communautaire lors de la libéralisation de certains secteurs. Le service universel permet le maintien pour tous les utilisateurs de l'accessibilité et de la qualité des services après le passage d'une situation de prestation de services sous monopole à celle de marchés ouverts à la concurrence²⁰². Dans cette phase, l'ouverture des marchés risque de pousser les nouveaux opérateurs à concentrer leurs efforts économiques sur des segments d'activités rentables territorialement ou fonctionnellement²⁰³, ceci pouvant mettre à mal la cohésion sociale et territoriale. Instaurer un service universel traduit la volonté d'avoir un service minimal mais dont la nature technique répond à des considérations sociales et porte attention aux coûts portés à l'entreprise²⁰⁴.

²⁰¹ Livre vert de la Commission sur les SIG du 21 mai 2003 COM (2003)270

²⁰² Communication de la Commission relative aux services d'intérêt général en Europe, JOCE C 17 du février 2001, p. 11.

²⁰³ P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017.

²⁰⁴ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, ET M. LONG « Droit du service public », Domat. Droit public, 0767-4309, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4^e éd., 2016, p. 164.

La première utilisation remonte à la directive 2002/22/CE sur le service universel dans les télécommunications²⁰⁵. Il est attendu des États membres qu'ils veillent à ce que les services énumérés dans la directive « soient mis à la disposition de tous les utilisateurs finaux sur leur territoire, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable »²⁰⁶. Il revient aux États membres de déterminer « l'approche la plus efficace et la plus adaptée pour assurer la mise œuvre du service universel, dans le respect des principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité »²⁰⁷. Deux éléments essentiels posés et qui vont durablement marquer les SEIG. Par exemple, la directive impose aux « opérateurs puissants »²⁰⁸ un ensemble minimal de services d'une qualité donnée auxquels tous les utilisateurs et les consommateurs ont accès, compte tenu de circonstances nationales spécifiques, à un prix abordable.

Ce mécanisme juridique peut être vu comme l'aboutissement des SIEG nationaux dans un contexte européen. L'organisation de tels services relève de la compétence des États mais dont le fondement est européen. Il est amusant de constater que ce qui formait, lors de l'arrêt Corbeau une condition d'existence, c'est-à-dire qu'un SIEG n'était reconnu dès lors qu'il était possible à tout utilisateur national d'en bénéficier, est devenu le critère essentiel²⁰⁹. Il est toujours attendu de ce service qu'il respecte les deux grands principes du droit communautaire : la non-discrimination et une distorsion minimale de la concurrence²¹⁰.

Paragraphe 4 : les agences européennes de régulation

La création d'autorités de régulation au niveau communautaire est une voie d'harmonisation, tout de moins de cohérence, qui mérite quelques mots. La création de ces agences de coordination n'est pas nouvelle. La méthode est ancienne, il existe une vingtaine d'agences de ce type créées dans le cadre du traité CE, dont une agence dans le cadre du traité EURATOM. « Ces nouvelles agences de régulation européennes, qui disposent d'une autonomie de gestion dans des domaines clairement délimités, pourraient améliorer la manière

²⁰⁵ Directive 2002/22/CE du parlement

²⁰⁶ Article 4 alinéa 1

²⁰⁷ Article 4 alinéa 2

²⁰⁸ Terme propre au marché des télécommunications

²⁰⁹ Service publics, amende

²¹⁰ P. NIHOUL, « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p.284

dont les règles sont mises en œuvre et appliquées au sein de l'Union »²¹¹. Cette approche, qui amène à une structure verticale, pourrait être appliquée dans le domaine des SIEG afin de contribuer à des services d'intérêt général européen, complétant et coordonnant les services publics nationaux. Les agences aideraient « à gérer les asymétries d'information, à isoler des décisions de la politique partisane, à renforcer l'engagement crédible, à permettre aux pays tiers ou aux partenaires sociaux de coopérer avec l'UE, elles équiperait l'UE d'une expertise scientifique propre »²¹². Elles participent à une intégration administrative, assez atypique, que l'Union européenne met progressivement en place malgré que cette « agencification » ne soit pas prévue par les traités. L'article 291 TFUE, dans son paragraphe premier, charge les administrations nationales d'exécuter la législation européenne. Exceptionnellement, le droit primaire autorise le législateur à habiliter le Conseil ou la Commission à exercer une fonction exécutive. Cette centralisation participe à l'intégration administrative européenne. Le traité ne précise cependant pas si les institutions européennes peuvent déconcentrer leurs pouvoirs ainsi reçus. Il est étrange que l'Union européenne préfère les termes « d'agences décentralisées » alors que celles-ci en font partie intégrante. Leur particularité est leur éclatement géographique, chaque État membre en abrite une. Cette volonté que la Commission n'assume pas tous ces rôles à son nom émane de la peur des États d'une trop grande bureaucratie²¹³ européenne. Ce compromis fut trouvé par les États dès 1992, quand l'administration indirecte, c'est-à-dire la somme des administrations nationales exécutant les législations européennes, ne suffisait plus. Un choix politique qui a des effets bénéfiques non-négligeables. Une administration directe typique aurait été une entorse trop grande au principe de subsidiarité. Les agences renforcent et participent à la cohérence et l'efficacité en posant des actes juridiques contraignants qui régulent un secteur déterminé. Elles permettent à des activités relevant du niveau national d'atteindre une portée communautaire²¹⁴. Ce fonctionnement respecte ainsi le principe de l'effet utile du droit européen. Ce choix atypique brise la vision dichotomique entre administration directe²¹⁵ et indirecte²¹⁶. Cette centralisation permet une intégration européenne plus poussée. Dans le secteur de l'énergie, le troisième paquet a établi l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (l'ACER)²¹⁷.

²¹¹ M. CHAMON, « Les agences de l'Union européenne : origines, état des lieux et défis », C.D.E., 2015/1, p. 301

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.* p.305

²¹⁴ Cf. à cet égard le Livre blanc sur la gouvernance européenne. Cf. COM (2001), 428 final.

²¹⁵ Assurée par la Commission ou le Conseil

²¹⁶ Assurée par les États membres

²¹⁷ M. CHAMON, « Les agences de l'Union européenne : origines, état des lieux et défis », C.D.E., 2015/1, p. 308

Paragraphe 5 : L'établissement de SIEG européens

Gallileo et European Global Navigation Satellite Systems Agency sont des SIEG européens. Le secteur aérospatial bénéficie d'une approche quasi uniquement européenne. Les nations européennes sont désireuses depuis les années 1990 de s'émanciper du système américain GPS. Avec l'aide de deux *consortiums* européens, l'Union européenne lance la mise sur orbite de la constellation de satellites nécessaires, notamment pour la géolocalisation. Ces services sont assurément rattachés à la sphère économique et sont produits au nom de l'intérêt général.

Section 4 : La rationalisation des SIEG

Les services publics ont du mal à se maintenir face aux tribunaux. Si les SIEG sont autorisés, sous condition, par la Cour de justice de l'Union européenne mais il n'est pas rare qu'ils soient interdits par les cours et tribunaux nationaux, comme dans l'affaire des tarifs réglementés. Le rôle des services publics et des SIG est de servir l'intérêt général. L'essence de ces services particuliers est philosophique. Cette essence que nous retrouvons dans les SIEG n'est pas compatible avec les contrôles juridictionnels employés. Ces contrôles factuels ne sont pas simples à réussir pour les services économiques. Pour autant, ce rationalisme n'est pas contraire à la recherche de l'intérêt général. La remise en question de ces politiques publiques a pour objet, avant tout, de s'assurer de l'efficacité ou non de ces décisions. Les juges évaluent l'aptitude des SIEG à satisfaire la mission d'intérêt général²¹⁸. Lors de la création des Communautés européennes, et donc de la volonté d'unifier, par un marché unique le continent, les États ont accepté que les services publics soient pour partie confrontés aux règles du marché. Les politiques de libéralisation, les délégations de services publics, les partenariats publics-privés sont autant de décisions nationales qui prouvent que l'opposition entre les services publics et le marché manque de nuance.

Deux issues nous semblent possibles²¹⁹. D'une part, les États peuvent soustraire certains services spécifiques de la sphère marchande. Le protocole 26 illustre parfaitement ce choix. Il ne manque à ce texte que des définitions plus précises. Sans cet élément crucial, sa portée restera politique et manquera son objectif dans un avenir proche quand, par exemple, le rôle des

²¹⁸ Le test de proportionnalité met l'accent sur la nécessité et demande aux juges nationaux de vérifier dans les faits l'efficacité des mesures ; la dernière condition imposée par l'arrêt *Altmark* portant sur la question des financements demande que les aides financières soient efficaces sur le plan économique

²¹⁹ M. CHAMON, « Les agences de l'Union européenne : origines, état des lieux et défis », C.D.E., 2015/1, p.295

hôpitaux sera questionné. Les États membres et l'Union européenne doivent clarifier le lien entre service public et intérêt général et les raisons pour lesquelles certains secteurs ne peuvent pas être considérés comme relevant de la sphère économique. D'autre part, si la frontière entre marchand et non-marchand n'est pas tracée, l'intérêt général sera non plus défini par l'État mais par le marché. La somme des intérêts particuliers que chacun peut rechercher en toute liberté deviendra l'intérêt général²²⁰. Les services publics, les SIG ne seront plus les garants de l'intérêt commun.

Sur le plan juridique, la loi peut être considérée comme l'expression de la volonté générale^{221, 222}. Le législateur définit donc l'intérêt général et, en son nom, le gouvernement et les services administratifs qui lui sont rattachés, organisent les services publics à ces fins. Nous pouvons rétablir « le lien entre l'intérêt général et les services publics en mettant l'accent sur la loi en tant qu'expression de la volonté générale détermine les fins de l'intérêt général »²²³. Mais quelle loi ? Quel législateur est légitime pour incarner de façon démocratique l'intérêt, la volonté générale ?

Tous les pouvoirs émanent de la Nation²²⁴, seules les instances démocratiquement élues peuvent incarner l'intérêt général. Le législateur et le pouvoir exécutif national est donc pleinement légitime. Mais qu'en est-il du législateur européen ? Celui-ci se compose d'un Parlement élu au suffrage universel, d'un Conseil rassemblant les ministres nationaux compétents pour le texte en cours d'élaboration et de la Commission. Cette dernière est gardienne des Traités, traités établis et adoptés par les États membres. Ces organes sont tous à leur manière légitimes pour adopter des actes qui, sans établir un intérêt européen, prévoient un socle de valeur commune établi, *in fine*, par les États membres. Il n'y a dès lors pas de raison de mettre en doute la légitimité des instances européennes.

²²⁰ Cette pensée est ce qui est appelé la main invisible dans les théories économiques du penseur Adam Smith. Ainsi, la recherche de son intérêt propre engendre sur le plan national des effets bénéfiques qui réalisent l'intérêt général à leur insu, chacun n'ayant que cherché à améliorer sa situation.

²²¹ Issue de la pensée de Rousseau, la phrase a un caractère péremptoire, elle représente un débat sans fin, la position un peu simpliste est pour l'instant assumée.

²²² Voy, not. P. JOXE, « La loi est-elle "l'expression de la volonté générale" ? », *Après-demain*, vol. n° 7, nf, no. 3, 2008, p 12 ; P. BLACHER « Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : "la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution" », *Les grandes thèses du droit français* Paris : PUF, 2001.

P. CRÉTOIS, « L'intérêt général au crible de l'intérêt commun », *Astériorion* [En ligne], 17 | 2017, mis en ligne le 20 novembre 2017, consulté le 10 août 2018, URL : <http://journals.openedition.org/asterion/3031> ; DOI : 10.4000/asterion.3031 ; J. PIERRE. « La loi est-elle "l'expression de la volonté générale" ? », *Après-demain*, vol. n° 7, nf, no. 3, 2008, p.7,

²²³ C. MONTIALOUX, « Service public et intérêt général », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 2, no. 2, 2007, p 26.

²²⁴ Article 33 de la Constitution belge

Il faudra être prudent car l'évolution des SIEG n'est pas qu'une affaire de droit. Beaucoup de données extérieures poussent à la libéralisation des secteurs et à l'adoption de mesures particulières pouvant être mal perçues. Si la légitimité juridique semble présente, la légitimité politique peut être plus difficile à acquérir pour l'Union européenne. Les SIEG et les services publics ne sont pas que des questions de droit, il faudra être particulièrement attentif à l'évolution des conditions extérieures si nous ne voulons pas voir des informations erronées et militantes circuler, dont les conséquences pourraient être désastreuses.

Conclusion

Le premier chapitre étudie la curieuse dualité dans le droit primaire. D'abord érigés par la négative, comme une exception aux règles du marché, les SIEG ont été admis comme valeur positive par la suite grâce à l'article 7D du traité d'Amsterdam qui souligne leur rôle dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union et de ses États membres. Ceux-ci veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes communs et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission d'intérêt général²²⁵. Il existe ainsi une opposition de visions au sein même de l'Union qui n'est pas un hasard. Elle traduit les deux grandes traditions juridiques. Une tradition de service public à la française, très protectrice, ainsi qu'une vision plus libérale de l'État, limitant ses interventions dans la sphère économique.

Le deuxième chapitre analyse comment la Cour répond à cette dichotomie. La Cour a une approche européenne dans les secteurs harmonisés. Ainsi, le droit primaire et le droit dérivé désignent les justifications que l'État peut invoquer lors de ses interventions, au nom de l'intérêt économique général sur les marchés. La Cour respecte la diversité des politiques menées mais poursuit la mise en place du marché unique, objectif fondamental de l'Union européenne.

Le troisième et dernier chapitre propose des réponses par l'harmonisation. Il n'y aura pas de solution unique, les secteurs d'activités sous monopole étatique ont des spécificités qui demandent des réponses différentes. Il est difficile de savoir à l'avance sur une mesure étatique atteindra dans les faits les objectifs voulus. Si les tarifs réglementés ont bien été acceptés par la Cour européenne, en droit le juge national, parfois européen, vérifiera ce qu'il en est vraiment dans les faits. Dans le cas de l'arrêt ANODE, le juge français a annulé le décret et n'autorise pas les tarifs règlementés car factuellement ils ne remplissent pas leurs missions.

La directive cadre fut un moment envisagé. Cependant, les interventions de la Commission et les modifications de la place des SIEG dans le droit primaire amenés par les articles 14 TFUE, 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le protocole 26 sont primordiales pour un développement des SIEG. Le développement de nouvelles notions précise l'analyse, tout comme « l'agencification ». Ces réponses communautaires se révèlent d'une aide précieuse.

²²⁵ P. NIHOUL, « Les services publics et le Traité d'Amsterdam », in Y. LEJEUNE, (*dir.*), *Le traité d'Amsterdam, espoirs et déceptions*, Bruxelles, Brylant, 1998, p. 341.

Toutefois, les services publics sont confrontés à une rationalisation qui les replace systématiquement dans une position négative, celle de dérogation aux lois du marché. Cette rationalisation ne permettra pas à tous les SIEG de survivre. Progressivement, les traditions de service public fort au niveau national s'amointrissent. Les services publics nationaux (économiques au non) segmentent de manière quasi mécanique le marché. Au niveau européen, cependant, les possibles créations de SIEG sont plus facilement compatibles avec l'idée d'un marché unique mais restent exceptionnelles. Le service universel est sans doute l'avenir de nombreux SIEG, grâce à son essence européenne. Il ne sera pas étonnant d'en voir une multiplication dans les années à venir. Leur mise en place demande un socle commun partagé par les États. Il n'est pas évident que ceux-ci mettent en œuvre d'eux-mêmes une telle politique. Inévitablement, il faudra passer par des institutions, des agences supranationales qui pourront, en étudiant le marché au plus près proposer de nouvelles avancées.

Bibliographie

Doctrine

BAUBY P. « service public, services publics », les études de la documentation française, Paris, la Documentation française, 2016.

BLACHER P. « Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : “la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution” », *Les grandes thèses du droit français* Paris : PUF, 2001.

de Broux, P.-O., « Article 36. - Accès aux services d'intérêt économique général » *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

CHAMON, M., « Les agences de l'Union européenne : origines, état des lieux et défis », C.D.E., 2015/1.

CRETOIS P., « L'intérêt général au crible de l'intérêt commun », *Astérior* [En ligne], 17 | 2017, mis en ligne le 20 novembre 2017, consulté le 10 août 2018, URL : <http://journals.openedition.org/asterion/3031> ; DOI : 10.4000/asterion.3031

DE LA ROSA S., « A propos de l'intervention étatique sous forme de prix réglementés sur le marché du gaz », in *De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés*, R.E.A-L.E.A. 2016/3, 2016.

CLUZEL-MÉTAYER L., CHEVALIER J. « le service public et l'exigence de qualité », Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006.

DUBOUIS L. et BLUMANN C., « Droit matériel de l'Union européenne », Précis Domat Droit publi, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd., 2015

- DUBOS O., KAUFFMANN P. « L'Europe des services : l'approfondissement du marché intérieur », Droits européens, Paris, Pedone, 2009.
- GUGLIELMI G. J., KOUBI, G. ET LONG M. « Droit du service public », Domat. Droit public, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4^e éd. 2016.
- JEGOUZ, Y. « Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence », *AJDA*, 17 mars 2008
- JOXE, P. « La loi est-elle "l'expression de la volonté générale" ? », *Après-demain*, vol. n ° 7, nf, no. 3, 2008
- MAITREPIERRE, A. et BARBIER DE LA SERRE, E., « Article 86 CE », I. PINGEL (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^eéd., Paris, Dalloz, 2010.
- MONTIALOUX, C. « Service public et intérêt général », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 2, no. 2, 2007.
- NICINSKI, S., « Les services sociaux devant le Conseil d'État : la construction d'une exception française », *AJDA* 4 février 2008,
- NIHOUL, P., « Éléments de droit public de l'économie », Bruxelles, Éditions Larcier, 2017.
- PICOD, F. « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur » in *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- ROSTANE M., « Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion "indéfinissable" ». L'intérêt général, Mélanges en l'honneur du Professeur D. Truchet, Dalloz, 2015.
- Truchet, D., « l'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État : retour aux sources et équilibre », Rapport public 1999, L'intérêt général, Etudes & documents n° 50

THIERRY D., Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne, Presses universitaires François-Rabelais, 2010

VAN DEN ABEELE, E. « Les services d'intérêt général. État du débat européen », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 1901-1902, no. 36, 2005

VOGEL, L. « Droit du marché », Bruxelles : Bruylant, 2016

ZIANI, S. ECKERT G. « Du service public à l'obligation de service public », Bibliothèque de droit public, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015.

Jurisprudence

Cour de justice de l'Union européenne

C.J.C.E., arrêt du 3 décembre 1974, aff. C-33/74, *Van Binsbergen / Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, *Rec.* 1974, p. 01299.

C.J.C.E., arrêt du 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ Italie*, *Rec.* 1987, p. 205997.

C.J.C.E., arrêt du 11 avril 1989, aff. C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, *Rec.* 1989, p. 803.

C.J.C.E., arrêt du 19 mars 1991, aff. C-202/88, *France c. Commission*, *Rec.*, 1991 p. I-1223

C.J.C.E., arrêt du 27 avril 1991, aff. C41/90, *Höfner*, *Rec.* 1991, p. I-01979.

C.J.U.E. arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger / Dennemeyer*, *Rec.* 1991 I-04221

C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1991, aff. C- 18/88, *RTT et GB-Inno-BM*, *Rec.* 1991, p. I-05941.

C.J.C.E., arrêt du 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, *Rec.* 1993, p-I02533.

C.J.C.E., arrêt du 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol*, *Rec.* 1994, p. I-43

C.J.C.E., arrêt du 18 mars 1997, aff. C-343/95, *Calì & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova*, Rec. 1997, p. I-01547

C.J.C.E., arrêt du 17 juin 1997, aff. C-70/95, *Sodemare SA c/ Tegione Lombardia*, Rec. 1997, p. I-03395.

C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-158/94, *Commission c. Italie*, Rec. 1997, p. I-5789,

C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c. Pays-bas*, 4, Rec. 1997 p. 1-5699.

C.J.C.E. arrêt du 23 octobre 1997, aff. C-159/94 *Commission c. France*, Rec. 1997, p. I-5815

C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Rec. 2000, p. I-6121

C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-115/97, C-116/97 et C-117/97, *Brentjens*, Rec. 1993, p. I-06025.

C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, Rec. 2001, p. I-5751.

C.J.C.E., arrêt du 10 février 2000, aff. jtes C-147/97 et C-148/98, *Deutsche Post*, Rec. 2000, p. I-825

C.J.C.E., arrêt du 23 mai 2000, aff. C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, Rec. 2000, p. I-3743.

C.J.C.E., arrêt du 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rec. 2001, p. I-8089.

C.J.C.E., arrêt du 22 janvier 2002 aff. C-218/00, *Cisal*, Rec., 2002 p. I-691,

C.J.C.E., arrêt du 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rec. 2003, p. I-07747.

C.J.C.E., arrêt du 27 novembre 2003, aff. C-34/01 à C-38/01, *Enirisorse SpA*, Rec. 2003, p. I-14243.

C.J.C.E., arrêt du 10 janvier 2006, aff. C-222/04 *Cassa di risparmio di firenze e.a.*, , Rec. 2006, p. I-00289.

C.J.C.E., arrêt du 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, Rec. 2006, p. I-02941.

C.J.U.E., arrêt du 8 septembre 2009, aff. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Rec. 2009, p. I-07633

C.J.U.E., arrêt du 20 avril 2010, aff. C-265/08, *Federutility e.a.*, *Rec.* 2010, p. I-3377.

C.J.U.E., arrêt du 29 avril 2010, aff. C-160/08, *Commission c. Allemagne*, *Rec.* 2010, p. I-3713.

C.J.U.E. arrêt du 10 juin 2010, aff. C-140/09 *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, *Rec.* 2010, p.I-05243.

C.J.U.E., arrêt du 21 décembre 2011, aff. C-242/10, *Enel Produzione*, *Rec.* 2011, p. 13665.

C.J.U.E. arrêt du 11 juillet 2013, aff. C-57/12, *ASBL Femarbel*, recueil numérique

C.J.U.E. arrêt du 7 septembre 2016, aff. C-121/15, *ANODE*, *Rec. numérique*

Tribunal de l'Union européenne

T.P.I.C.E., arrêt du 27 février 1997, aff. T-106/95, *FFSA e.a. c. Commission*, *Rec.* 1997, p. II-229.

T.P.I.C.E., arrêt du 10 mai 2000, aff. T-46/97 *SIC c. Com.*, *Rec.* 2000, p. II-02125.

T.P.I.C.E., arrêt du 15 juin 2005, aff. T-17/02 *Olsen c. Com*, *Rec.* 2005, p.II-02031.

T.P.I.C.E., arrêt du 12 février 2008, Aff. T-289/03, dite *Bupa*, *Rec.* 2008, p. II-81.

T.P.I.C.E., arrêt du 26 juin 2008, aff. T-442/03, *SIC c. Commission*, *Rec.* 2008, p. II-1161.

T.U.E, arrêt du 16 septembre 2013, aff. T-258/10, *Orange c. Commission*, *Rec. numérique*

T.U.E., arrêt du 16 septembre 2013, aff. T-325/10, *ILIAD e.a. c. Commission*, *Rec. numérique*

T.U.E., arrêt du 24 septembre 2015, aff. T-125/12, *Viasat roadcasting UK Ltd*, recueil numérique

T.U.E., arrêt du 19 avril 2016 aff. T-44/14, *Constantini e.a. / Commission*, recueil numérique

Législation

Directive et règlement

Dir. (CE) n° 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 sur les marchés des terminaux de télécommunications, *J.O.C.E.* L 131, du 27 mai 1988.

Dir. (CE) n° 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, *J.O.C.E.* L310/1, du 25 novembre 2015.

Dir. (CE) 2006/123/CEE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* 376, du 27 décembre 2006.

Dir. (CE) 2009/73/CE, du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.C.E.* L211/94, du 14 aout 2009

Dir.(CE) 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.C.E.*, L211/55, du 14 aout 2009.

Règlements (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil, instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie

Règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité

Règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil, concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel

Documents institutionnels

Décision

Déc. (CE) n° 2005/842 de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, TCE aux aides d'États sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.C.E.*, L 312 du 29 novembre 2005, pp. 67 -73

Documents de la Commission

Communication de la Commission du 19/11/2001 relative aux services d'intérêt général en Europe, *J.O.C.E.*, C 17.

Encadrement communautaire du 29/11/2005 des aides d'État sous forme de compensation de service public, *J.O.C.E.*, C 297.

Communication de la Commission du 26/04/2006 - Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne {SEC (2006) 516}, COM(2006) 177 final.

Communication de la Commission du 20/11/2007 « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, un nouvel engagement européen » COM (2007) [725] final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions – livre blanc sur les services d'intérêt général, C.O.M. (2004) 374 final.

Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, C.O.M. (2003) 270 final

Guide du 29 avril 2013 relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », SWD (2013)

Document du Parlement

Rapport de Werner Langen du 17 octobre 2001, décision de la commission au fond en première lecture, COS/2001/2157