

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

Année Universitaire 2018-2019

Master 1 de droit public

DROIT DU SERVICE PUBLIC

Cours de M. le Professeur Gilles J. GUGLIELMI

Equipe pédagogique : MM. Tarek DARWISH, Antoine CNUDDE

Distribution : Semaine du 15 au 20 octobre 2018

Fiche n° 2 LE SERVICE PUBLIC ET LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

I) Plan et documents reproduits

I. La notion de service public en droit européen

Document 1 : G. J. Guglielmi et G. Koubi, « La notion de service public en droit européen », *AJDA* 2008, p. 1783

Document 2 : CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. I-02533

Document 3 : CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NC Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92., Rec. I-01477

Document 4 : CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (dit Arrêt Altmark)*, aff. C-280/00. (V. sur le Nuage : A. Alexis, "L'arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2003: La Cour de justice précise les conditions de financement des Services d'intérêt économique général", *Competition Policy Newsletter*, 2003, pp. 1-7).

II. Le service public dans les missions de l'Union européenne

Document 5 : S. Rodrigues, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 84.

Document 6 : Article 59, 60, 106, et 107 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TCE) ; Protocole n° 9 sur les services d'intérêt général.

II) Préparation (au choix) :

Dissertation: La distinction SPA/SPIC est-elle dépassée au regard du droit européen ?

Commentaire d'arrêt : CJUE, 3 avril 2014, République Française C/ Commission européenne, aff. C559-12P (relatif à l'entreprise de service public « à la française »).

III) Pour approfondir

- DELAUNAY B., *Droit public de la concurrence*, Paris, Ed. L.G.D.J., Coll. Manuels/Droit public, 2ème éd., 2018, 558 p.
- DONY M., *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. l'Université de Bruxelles, Coll. UB lire référence, 7ème éd., 2018, 804 p.
- KOVAR R., et SIMON D (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, 2 tomes, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, 1998.
- RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, Editions Tec&Doc, Lavoisier, 2000.

I) Documents reproduits

I. La notion de service public en droit européen

Document 1 :

G. J. Guglielmi et G. Koubi, « La notion de service public en droit européen », *AJDA* 2008, p. 1783.

Qu'appelle-t-on service public en droit de l'Union européenne ? On sait que la formulation même du problème fut rendue célèbre par un arrêt historique concernant le secteur postal (CJCE 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320/91, Rec. CJCE I-2533 ; *AJDA* 1993. 865, note F. Hamon). De même, l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 23 avril 2009 dans l'affaire TNT Post UK précise la question de la définition nominale du service public dans ce cas, emblématique, des services publics postaux. A l'heure de la libéralisation du marché postal, l'interprétation des contours du service universel, différente selon les Etats membres, revêt, en effet, un rôle fondamental pour les usagers habitués à un service public postal de qualité. Par la même occasion, la CJCE répond de façon générale à une autre question, non négligeable : dans ce nouveau contexte, la loi fiscale d'un Etat membre peut-elle exonérer d'impôt tout ou partie des services postaux rendus aux usagers et, si oui, selon quels principes ?

Le contentieux ayant donné lieu à l'arrêt opposait l'entreprise TNT Post à l'Etat britannique, quant à la légalité de l'exonération de la TVA des services postaux fournis par la société Royal Mail. La situation du service public postal au Royaume-Uni peut être simplement résumée : Royal Mail, opérateur historique, a été désigné en 2001, par les autorités compétentes de cet Etat membre, prestataire du service universel et depuis aucune autre entreprise n'a demandé à exercer la même activité. A partir du 1 janvier 2006, le marché des services postaux a été libéralisé et toute entreprise remplissant les conditions de la loi britannique a pu se voir délivrer une licence pour l'acheminement de plis de tout poids, ce qui fut le cas de TNT Post.

Il se trouve que la loi fiscale du Royaume-Uni exonère de TVA les transports d'objets postaux de Royal Mail alors que les services de transport identiques assurés par TNT Post y sont assujettis. La chambre administrative de la cour d'appel anglaise a estimé que la solution du litige nécessitait de poser à la CJCE trois questions préjudicielles.

Le sens de l'expression « services publics »:

La première question porte sur le sens même de l'expression « services publics postaux ». S'agit-il, dans l'ex-sixième directive, d'une désignation organique, qui englobe donc les acteurs institutionnels, opérateurs de l'activité de service postal ? Plus précisément, dans les circonstances du litige né au Royaume-Uni, où l'opérateur du service universel est unique et où le marché postal libéralisé ne prévoit aucun service réservé, l'expression « services publics postaux » recouvre-t-elle seulement Royal Mail, ou bien doit-on y ajouter TNT Post ?

La réponse de la CJCE est sans ambiguïté. Alors que la notion de service public, dans la plupart des ordres juridiques nationaux, est en général fonctionnelle et s'applique avant tout à l'activité, aux prestations matérielles, indépendamment de celui qui l'assure et du régime juridique sous lequel elles sont assurées, thèse que soutenaient le requérant et deux des gouvernements ayant présenté des observations, la Cour refuse d'interpréter l'expression « services publics postaux » de la sixième directive d'une manière telle qu'elle viserait, en substance, des prestations de services postaux 61, indépendamment de la qualité du prestataire de ces services. Plus encore qu'une conception strictement organique (telle qu'elle résulte de l'arrêt du 11 juillet 1985, *Commission c/ Allemagne*, aff. 107/84, Rec. CJCE 2655, pt 11), il s'agit en fait d'un point de vue synthétique, qui relie l'aspect fonctionnel et l'aspect organique de la notion de service public (le Conseil d'Etat avait procédé de même avec la notion d'administration publique au XIX^e siècle, v., G.-J. Guglielmi, *La notion juridique d'administration publique*, Montchrestien, Bibl. dr. public, t. 157, 1991).

Cette combinaison entre les aspects fonctionnel et organique du service public en droit de l'Union européenne (M. Karpenschif, *Vers une définition communautaire du service public ?*, RFDA 2008. 58) implique une reconsidération de l'activité autour de la notion de « prestation ». La prestation est au coeur de l'activité de service public. Cette notion, autrefois quelque peu effacée des analyses menées à propos du statut des organes et du régime juridique des établissements ou entreprises, se voit ainsi restructurée afin de rendre à l'expression « service public universel », d'une part, son caractère premier d'ensemble particulier d'« obligations de service public », définies envers un ou plusieurs opérateurs et, d'autre part, sa forme, attachée au principe d'égalité des usagers du service ou des clients de l'entreprise, de « prestation de qualité à un prix abordable » (v. cependant, pour une lecture optimiste de l'évolution d'un « service public européen au bénéfice des citoyens européens », F. Chaltiel, *Les apports du traité de Lisbonne au service public*, AJDA 2008. 1575).

La question relative aux obligations de service public a suscité de nombreuses réflexions, notamment pour ce qui concerne leur financement et leur coût - « lorsque le choix de l'entreprise chargée d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public ». Dans l'affaire *Altmark* (CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH c Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, aff. C-280/00, Rec. CJCE I-7747 ; AJDA 2003. 1739, note S. Rodrigues ; D. 2003. Jur. 2814, note J.-L. Clergerie ; Dr. adm. 2003, n° 186, note M. Bazex), la CJCE avait, pour éviter de qualifier les mécanismes de compensation des obligations de service public comme des aides d'Etat, retenu que, clairement définies, ces obligations pouvaient justifier une compensation des coûts occasionnés par leur exécution - à condition qu'ils soient déterminables (v. CJCE 7 mai 2009, *Antrop c/ Carris et SCTP*, aff. C-504/07, à paraître au Rec. CJCE). Ce positionnement fut par la suite confirmé tant pour les surcoûts dus à la réalisation d'obligations de service public que pour les coûts résultant des investissements nécessaires au fonctionnement dudit service (v. entre autres, A. Met-Domestici, *Aides d'Etat, service public et droit communautaire. Eléments de clarification sur la validité des compensations de service public*, AJDA 2006. 1881). Plus rares sont les affaires s'intéressant à la notion de prestation. Or, l'un des apports de l'arrêt du 23 avril 2009, *TNT Post UK*, est aussi de confirmer le lien existant entre l'activité des opérateurs, les obligations auxquelles ils peuvent être soumis et la nature des prestations qu'ils délivrent. Apparaît d'ailleurs ainsi le risque que l'évolution jurisprudentielle, dans cette sphère du droit, se traduise en une sorte de « hiérarchisation des activités sociales » (selon l'expression de S. Boussard, *L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature »*, RFDA 2008. 43).

En l'espèce, selon la Cour, « les mots "services publics postaux" désignent les organes de gestion qui effectuent les prestations de services », « il faut donc que ces prestations soient effectuées par un opérateur qui peut être qualifié de "service public postal" au sens organique de ce terme ». En conséquence, la notion de « services publics postaux », au sens de l'ex-sixième directive, doit viser des opérateurs, publics ou privés, qui s'engagent à assurer dans un Etat membre la totalité ou une partie du

service universel (tel qu'il est défini à l'art. 3 de la directive 97/67). Les prestations concernées sont « la levée, le tri et la distribution des envois ordinaires de correspondance intérieure et de correspondance transfrontière » qui n'ont pas pour objet de répondre aux besoins particuliers d'utilisateurs déterminés. Celles visées dans cette affaire sont concentrées sur la récolte, le tri et l'acheminement du courrier, paquets et lettres.

L'exonération fiscale des activités de service public postal:

Les deuxième et troisième questions préjudicielles revenaient à demander si l'exonération prévue dans la sixième directive et déclenchée par la loi fiscale britannique s'applique à l'ensemble des services postaux (matériels) assurés par les « services publics postaux » (organiques) ou seulement à une partie de ceux-ci. Dans cette dernière hypothèse, il convenait de fixer les critères permettant d'identifier ceux des services qui pouvaient être exonérés. Un dépassement des perceptions communautaires - certes en recomposition autour de la trilogie « services d'intérêt général, services d'intérêt économique général, services sociaux d'intérêt général », mais fondées sur les règles de gestion, d'organisation, de financement des services publics - s'imposait afin de donner à la notion de « prestation » une vigueur nouvelle et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de services destinés à satisfaire des besoins publics ou à assurer l'exercice effectif de droits fondamentaux.

Le retour à la notion de « prestation » est, en effet, substantiel pour éviter une déperdition du sens même de la notion de service public. L'objectif déterminé par les différentes directives est, à chaque fois, de garantir le maintien du , ne serait-ce que pour lui assurer des moyens de fonctionnement en toute rigueur d'équilibre financier. Aussi, suivant le raisonnement du juge administratif français, « la notion de "prestations de services au sens du droit communautaire" » ne peut concerner « la mission d'intérêt général de l'Etat qui consiste à veiller au respect par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public du principe de légalité » (v., J.-J. Israël, L'activité juridique est-elle une activité économique ?, AJDA 2008. 911 , à propos de CE 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531 , AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2006. 1048, concl. D. Casas). Bien qu'émanant là d'un juge national, cette attention portée à l'objet et à la nature de la prestation de service - public - révèle une prise de conscience progressive des risques d'une application extensible et incontrôlée des règles du « marché ». De ce fait, elle induit une réflexion sur les modalités de protection des activités de prestation dans des secteurs qui connaissent une amplification de la dynamique de libéralisation. Déjà, par une décision du 15 novembre 2007 (International Mail Spain SL c/ Administración del Estado et Correos, aff. C-162/06, AJDA 2008. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert), la CJCE avait admis qu'un Etat puisse sanctionner une entreprise qui s'était insérée sur le créneau des prestations de service universel postal de l'opérateur désigné (il s'agissait d'assurer le service postal transfrontalier pour l'envoi de cartes postales) sur le fondement du critère d'équilibre financier. Ainsi les Etats membres seraient en mesure de réserver le courrier transfrontalier au prestataire du service universel postale, au moins pour que la prestation puisse être assurée « dans des conditions économiquement acceptables ».

Tous les services publics postaux ne sont pas rangés au titre du service universel. Sont exclues des « prestations de services et livraisons de biens accessoires à ces prestations dont les conditions ont été négociées ». Aussi, pour résoudre les questions posées en l'espèce, la CJCE commence par affirmer, d'abord, malgré la libéralisation du secteur postal, la permanence des exonérations prévues par la sixième directive, au motif que l'article 132, paragraphe 1, sous a), de la directive 2006/112 est rigoureusement identique à l'article 13, A, paragraphe 1, sous a), de la sixième directive. Le fil directeur de la réponse de la Cour repose ensuite sur la notion de dérogation au sens de ce texte. Les conditions d'exonération sont d'interprétation stricte, parce que l'exonération constitue une « dérogation ». Par ailleurs même si l'interprétation de ces conditions doit aussi être conforme aux objectifs poursuivis par les exonérations, elle doit respecter les exigences du principe de neutralité fiscale.

En l'espèce, le principe de l'exonération n'est pas contestable, au regard de l'objectif de favoriser certaines activités d'intérêt général et, en l'occurrence, d'offrir à un coût réduit des services postaux qui répondent aux besoins essentiels de la population - objectif qui coïncide, en substance, avec celui poursuivi par la directive 97/67 d'offrir un service postal universel .

De plus, la licence accordée à Royal Mail, parce qu'il est prestataire du service postal universel, impose à ses prestations postales un régime juridique « substantiellement différent » de celui qui s'applique à TNT Post. De ce fait, le principe de neutralité fiscale n'est pas contredit, car celui-ci s'entend

non seulement du caractère comparable, voire identique en l'espèce, des prestations, mais aussi du contexte dans lequel elles sont réalisées.

Toutefois, l'exonération, étant d'interprétation stricte, ne peut concerner que les prestations postales effectuées par les « services publics postaux », quelle que soit leur nature publique ou privée, en leur qualité de prestataire du service postal universel. Il s'agit bien des seuls services postaux correspondant à une offre de qualité déterminée, fournis de manière permanente en tout point du territoire, à des prix abordables pour tous les utilisateurs. Des services spécifiques, notamment ceux qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques, parce qu'ils seraient dissociables du service d'intérêt général, ne se rattachent pas à l'objectif de favoriser une activité d'intérêt général et ne sauraient bénéficier d'une telle exonération.

La définition du service public en droit de l'Union européenne et les exonérations possibles à ce titre, déjà établies toutes deux il y a vingt-cinq ans (CJCE 11 juill. 1985, Commission c/ Allemagne, préc.), ont donc été précisées et adaptées à un contexte juridique et sociétal radicalement différent sans rien perdre de leur vigueur. Au-delà de cette constance, d'autres mises en perspective seront sans doute rapidement nécessaires, à commencer par la question de la conciliation entre les prestations de service universel et les services rendus à certaines catégories de personnes, dès que la notion de services sociaux d'intérêt général trouvera à s'inscrire formellement dans le cadre du droit communautaire européen (v., par ex., L. Driguez et S. Rodrigues, Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation, AJDA 2008. 191).

Document 2 :

CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. I-02533

Sommaire

L' article 90 du traité s' oppose à ce qu' une réglementation d' un État membre qui confère à une entité telle que la Régie des postes le droit exclusif de collecter, de transporter et de distribuer le courrier interdise, sous peine de sanctions pénales, à un opérateur économique établi dans cet État d' offrir certains services spécifiques, dissociables du service d' intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n' offre pas, dans la mesure où ces services ne mettent pas en cause l' équilibre économique du service d' intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif.

En effet, si l' obligation, pour le titulaire du droit exclusif, d' accomplir une mission d' intérêt général en assurant ses services dans des conditions d' équilibre économique présuppose la possibilité d' une compensation entre les secteurs d' activités rentables et des secteurs moins rentables, et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d' entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables, une telle limitation de la concurrence ne se justifie cependant pas dans tous les cas. Elle n' est, notamment, pas admissible dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d' intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d' opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires, telles que, s' agissant de l' acheminement du courrier, la collecte à domicile, une plus grande rapidité ou fiabilité dans la distribution ou encore la possibilité de modifier la destination en cours d' acheminement, que le service postal traditionnel n' offre pas, et dans la mesure où ces services, de par leur nature et les conditions dans lesquelles ils sont offerts, telles que le secteur géographique dans lequel ils interviennent, ne mettent pas en cause l' équilibre économique du service d' intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif.

Parties

Dans l' affaire C-320/91,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l' article 177 du traité CEE, par le tribunal correctionnel de Liège (Belgique) et tendant à obtenir, dans la procédure pénale poursuivie devant cette juridiction contre

Paul Corbeau, partie civile: Régie des postes,

une décision à titre préjudiciel sur l' interprétation des articles 86 et 90 du traité CEE,

LA COUR,

considérant les observations écrites présentées:

vu le rapport d' audience,

ayant entendu les observations orales

ayant entendu l' avocat général en ses conclusions à l' audience du 9 février 1993,

rend le présent arrêt.

Motifs de l'arrêt

1 Par jugement du 13 novembre 1991, parvenu à la Cour le 11 décembre suivant, le tribunal correctionnel de Liège a posé, en vertu de l' article 177 du traité CEE, quatre questions préjudicielles sur l' interprétation des articles 86 et 90 du traité, en vue d' apprécier la compatibilité avec ces dispositions de la réglementation belge sur le monopole postal.

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d' une procédure pénale poursuivie devant cette juridiction contre M. Paul Corbeau, commerçant à Liège, prévenu d' avoir contrevenu à la législation belge sur le monopole postal.

3 En Belgique, les lois du 26 décembre 1956 sur le service des postes (Moniteur du 30-31 décembre 1956, p. 8619) et du 6 juillet 1971 portant création de la Régie des postes (Moniteur du 14 août 1971, p. 9510) investissent la Régie des postes, personne morale de droit public, d' un droit exclusif en ce qui concerne la collecte, le transport et la distribution, dans toute l' étendue du Royaume, de toute correspondance, quelle qu' elle soit, et prévoient des sanctions pénales pour toute infraction à ce droit exclusif.

4 Il ressort du dossier de l' affaire au principal transmis à la Cour, des observations écrites déposées ainsi que des débats à l' audience que M. Corbeau fournit, dans le secteur géographique de la ville de Liège et des zones limitrophes, un service consistant dans la collecte du courrier au domicile de l' expéditeur et dans la distribution de ce courrier avant le lendemain à midi, pour autant que les destinataires se situent à l' intérieur du secteur concerné. En ce qui concerne le courrier adressé à des destinataires résidant à l' extérieur de ce secteur, M. Corbeau procède à une collecte de la correspondance au domicile de l' expéditeur et à l' envoi de celle-ci par la poste.

5 Saisi par la Régie des postes, le tribunal correctionnel de Liège a décidé, eu égard à ses doutes sur la compatibilité de la réglementation belge en cause avec le droit communautaire, de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

a) Dans quelle mesure un monopole postal, tel que celui organisé par la loi belge du 26 décembre 1956 sur le monopole postal, est-il conforme, en l' état actuel du droit communautaire, aux normes du traité de Rome (et notamment aux articles 90, 85 et 86) et aux normes de droit dérivé en vigueur, applicables en la matière?

b) Dans quelle mesure un tel monopole doit-il éventuellement être réaménagé afin d' être conforme aux obligations communautaires imposées aux États membres en cette matière, et notamment à l' article 90, paragraphe 1, et aux normes de droit dérivé applicables en la matière?

c) Une entreprise, investie d' un monopole légal et jouissant de droits exclusifs analogues à ceux décrits dans la loi belge du 26 décembre 1956, est-elle soumise aux règles de droit européen de la concurrence (et notamment aux articles 7 et 85 à 90 inclus) en vertu de l' article 90, paragraphe 2, du traité CEE?

d) Une telle entreprise jouit-elle d' une position dominante sur une partie substantielle du marché commun, au sens de l' article 86 du traité de Rome, position dominante qui résulterait soit d' un monopole légal, soit des faits particuliers de l' espèce?

6 Pour un plus ample exposé du cadre réglementaire et des faits du litige au principal, du déroulement de la procédure ainsi que des observations écrites présentées à la Cour, il est renvoyé au rapport d' audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-dessous que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.

7 Au regard de la situation de fait du litige au principal, les questions préjudicielles doivent être

comprises en ce sens que la juridiction nationale cherche, en substance, à savoir si l' article 90 du traité doit être interprété en ce sens qu' il s' oppose à ce qu' une réglementation d' un État membre, qui confère à une entité, telle que la Régie des postes, le droit exclusif de collecter, de transporter et de distribuer le courrier, interdise, sous peine de sanctions pénales, à un opérateur économique établi dans cet État d' offrir certains services spécifiques sur ce marché.

8 Pour répondre à cette question, telle qu' elle a été reformulée, il convient de relever d' abord qu' une entité, telle que la Régie des postes, à laquelle a été accordée l' exclusivité en ce qui concerne la collecte, le transport et la distribution du courrier, doit être considérée comme une entreprise investie par l' État membre concerné de droits exclusifs, au sens de l' article 90, paragraphe 1, du traité.

9 Il convient de rappeler ensuite qu' il est de jurisprudence constante qu' une entreprise qui bénéficie d' un monopole légal sur une partie substantielle du marché commun peut être considérée comme occupant une position dominante au sens de l' article 86 du traité (voir arrêts du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA*, point 14, C-179/90, Rec. p. I-5889, et du 13 décembre 1991, RTT, point 17, C-18/88, Rec. p. I-5941).

10 Toutefois l' article 86 ne vise que les comportements anti-concurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative et non pas les mesures étatiques (voir arrêt RTT, précité, point 26).

11 La Cour a eu l' occasion de préciser à cet égard que si le simple fait, pour un État membre, de créer une position dominante par l' octroi de droits exclusifs n' est pas en tant que tel incompatible avec l' article 86, il n' en demeure pas moins que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d' éliminer l' effet utile de cette disposition (voir arrêt du 18 juin 1991, ERT, point 35, C-260/89, Rec. p. I-2925).

12 C' est ainsi que l' article 90, paragraphe 1, prévoit que les États membres, en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n' édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire notamment aux règles du traité en matière de concurrence.

13 Cette disposition doit être lue en combinaison avec celle du paragraphe 2 du même article qui prévoit que les entreprises chargées de la gestion de services d' intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence dans les limites où l' application de ces règles ne fait pas échec à l' accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.

14 Cette dernière disposition permet ainsi aux États membres de conférer à des entreprises, qu' ils chargent de la gestion de services d' intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l' application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d' autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l' accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs.

15 En ce qui concerne les services en cause dans l' affaire au principal, il ne saurait être contesté que la Régie des postes est chargée d' un service d' intérêt économique général consistant dans l' obligation d' assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l' ensemble du territoire de l' État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle.

16 En conséquence, il s' agit d' examiner dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l' exclusion de toute concurrence, de la part d' autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d' accomplir sa mission d' intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables.

17 A l' effet de cet examen, il faut partir de la prémisse que l' obligation, pour le titulaire de cette mission, d' assurer ses services dans des conditions d' équilibre économique présuppose la possibilité d' une compensation entre les secteurs d' activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d' entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables.

18 En effet, autoriser des entrepreneurs particuliers de faire concurrence au titulaire des droits exclusifs dans les secteurs de leur choix correspondant à ces droits les mettrait en mesure de se concentrer sur les activités économiquement rentables et d' y offrir des tarifs plus avantageux que ceux pratiqués par

les titulaires des droits exclusifs, étant donné que, à la différence de ces derniers, ils ne sont pas économiquement tenus d'opérer une compensation entre les pertes réalisées dans les secteurs non rentables et les bénéfices réalisés dans les secteurs plus rentables.

19 L'exclusion de la concurrence ne se justifie cependant pas dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, telles que la collecte à domicile, une plus grande rapidité ou fiabilité dans la distribution ou encore la possibilité de modifier la destination en cours d'acheminement, et dans la mesure où ces services, de par leur nature et les conditions dans lesquelles ils sont offerts, telles que le secteur géographique dans lequel ils interviennent, ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif.

20 Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si les services qui sont en cause dans le litige dont elle est saisie répondent à ces critères.

21 Il y a dès lors lieu de répondre aux questions posées par le tribunal correctionnel de Liège que l'article 90 du traité CEE s'oppose à ce qu'une réglementation d'un État membre qui confère à une entité telle que la Régie des postes le droit exclusif de collecter, de transporter et de distribuer le courrier interdise, sous peine de sanctions pénales, à un opérateur économique établi dans cet État d'offrir certains services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, dans la mesure où ces services ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif. Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si les services qui sont en cause dans le litige dont elle est saisie répondent à ces critères.

Dispositif

Par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal correctionnel de Liège, par jugement du 13 novembre 1991, dit pour droit:

L'article 90 du traité CEE s'oppose à ce qu'une réglementation d'un État membre qui confère à une entité telle que la Régie des postes le droit exclusif de collecter, de transporter et de distribuer le courrier interdise, sous peine de sanctions pénales, à un opérateur économique établi dans cet État d'offrir certains services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, dans la mesure où ces services ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif. Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si les services qui sont en cause dans le litige dont elle est saisie répondent à ces critères.

Document 3 :

CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo et autres contre NC Energiebedrijf Ijsselmij, aff. C-393/92., Rec. I-01477.

Par ces motifs, LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le Gerechtshof te Arnhem, par arrêt arbitral du 3 novembre 1992, dit pour droit:

1) Une juridiction nationale, qui, dans un cas prévu par la loi, statue sur un recours formé contre une sentence arbitrale, doit être considérée comme une juridiction nationale au sens de l'article 177 du traité CEE, même lorsque en vertu de la convention d'arbitrage conclue entre les parties, cette juridiction doit statuer comme amiable compositeur.

2) a) *L' article 85 du traité CEE s' oppose à l' application, par une entreprise de distribution régionale d' énergie électrique, d' une clause d' achat exclusif figurant dans les conditions générales de vente qui interdit à un distributeur local d' importer de l' électricité destinée à la distribution publique et qui, compte tenu de son contexte économique et juridique, affecte le commerce entre États membres.*

b) *L' article 86 du traité CEE s' oppose à l' application, par une entreprise de distribution régionale d' énergie électrique, au cas où celle-ci appartiendrait à un groupe d' entreprises détenant une position dominante collective dans une partie substantielle du marché commun, d' une clause d' achat exclusif figurant dans les conditions générales de vente qui interdit à un distributeur local d' importer de l' électricité destinée à la distribution publique et qui, compte tenu de son contexte juridique et économique, affecte le commerce entre États membres.*

c) *L' article 90, paragraphe 2, du traité CEE doit être interprété en ce sens que l' application, par une entreprise régionale de distribution d' énergie électrique, d' une telle clause d' achat exclusif échappe aux interdictions des articles 85 et 86 du traité CEE, dans la mesure où cette restriction à la concurrence est nécessaire pour permettre à cette entreprise d' assurer sa mission d' intérêt général. Il appartient à la juridiction de renvoi d' examiner si cette condition est remplie.*

Document 4 :

CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (ou plus simplement *Arrêt Altmark*), aff. C-280/00.

« [...] Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies.

[...] Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes. [...] Aussi, la compensation par un État membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité.

[...] Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable.

[...] Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, 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. »

II. Le service public dans les missions de l'Union européenne

Document 5 :

S. Rodrigues, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 84.

Il peut paraître surprenant d'avoir aujourd'hui à se pencher sur la question des qualifications et des concepts relatifs au thème des activités d'intérêt général sous le prisme du droit communautaire. Ce thème est en effet au coeur des débats politiques européens depuis près de dix ans et l'encre du législateur communautaire n'a pas cessé de couler depuis les premières prises de position officielles de la Commission européenne en 1996 (COM [1996] 443 final, JOCE C 281 29 septembre 1996). Et pourtant, force est de constater que cette évolution s'est faite sans qu'aucune définition claire des notions ait été préalablement acceptée de tous.

Il est vrai que ni les rédacteurs du traité CE ni le législateur communautaire n'ont contribué à l'exercice de clarification sémantique. Point n'est besoin de s'attarder sur ce qui est désormais bien connu : le droit originaire ne connaît, depuis 1957, que la notion de services d'intérêt économique général (SIEG), telle qu'elle a été introduite à l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE (aujourd'hui, art. 86, § 2, du traité CE) et reprise à l'article 16 du traité CE (64) (ancien art. 7D introduit et renuméroté par le traité d'Amsterdam en 1997). Certes, l'article 77 CEE (devenu art. 73 du traité CE)(1) fait explicitement référence aux mots « service public », mais uniquement pour évoquer les servitudes inhérentes au service public dans un domaine spécifique et circonscrit, celui des transports, et pour justifier certaines aides aux entreprises de ce secteur. Reste qu'aucune définition du SIEG n'est proposée par le traité.

Le législateur communautaire a obscurci le tableau, en développant ses propres notions de ce qui pourrait être décrit comme l'approche européenne du service public : ainsi la notion de service universel a-t-elle fait son apparition en 1992 dans un Livre blanc sur les télécommunications puis sur les postes (en 1993) ; tandis que celle d'obligations de service public était retenue dans le secteur de l'énergie, notamment pour la consolidation du marché intérieur de l'électricité (directive 96/92/CE) et du gaz naturel (directive 98/30/CE). Sans compter enfin, que la Commission décida dans sa communication précitée de 1996 de s'appuyer sur le concept, jusqu'alors inédit, de « services d'intérêt général » (SIG) pour alimenter (certains diront brouiller) le débat.

Consciente néanmoins des variations sémantiques ainsi exposées, la Commission ouvre ce texte en posant la question essentielle : « De quoi parle-t-on ? ». Un effort, louable, de définition est ainsi entrepris, sans pour autant prétendre figer l'exercice. La notion de SIG y est ainsi tout d'abord définie comme désignant « les activités de service, marchand ou non, considérées comme d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public » ; tandis que les SIEG désignent « les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas en particulier des services en réseaux de transport, d'énergie, de communication ». Il en résulterait que les SIEG correspondraient à une sous-catégorie des SIG, sans que l'on sache vraiment si la distinction marchand/non marchand recoupe ou non celle d'économique/non économique, puisque, en application des définitions proposées par la Commission, une activité de service marchand pourrait tantôt être qualifiée de SIG ou de SIEG, tout en pouvant être soumise, de surcroît, aux mêmes obligations de service public.

Une telle distinction est d'ailleurs tellement peu évidente qu'elle peut susciter une interprétation différente. Ainsi, en se penchant sur la question, la délégation du Sénat pour l'Union européenne, déduit de la terminologie de la Commission que « l'Union européenne distingue donc deux champs de services publics : les services publics non marchands (SIG) [...] ; les services publics marchands (SIEG) [...] »(2). Ce qui ne nous semble pas aller de soi. Il sera intéressant à cet égard de lire avec attention la future communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général (nouveau sigle SSIG ?), qui avait été annoncée par le Livre blanc d'ici la fin de l'année 2005 mais qui ne devrait voir le jour qu'en 2006.

Ce qui est en revanche plus clair, c'est que la Commission se méfie de la notion même de service public, car à ses yeux, d'une part, elle est porteuse d'un double sens (« tantôt elle désigne l'organisme de production du service, tantôt elle vise la mission d'intérêt général confiée à celui-ci ») et, d'autre part, elle

est souvent confondue, à tort, avec la notion de secteur public, entretenant ainsi la confusion entre « mission et statut, destinataire et propriétaire ». Pour éviter une telle confusion et s'écarter aussi d'une référence peut-être un peu trop franco-française, la Commission a donc préféré développer son propre concept de service universel, défini dans la communication précitée de 1996, comme « un ensemble d'exigences d'intérêt général (visant) à assurer partout l'accès de tous à certaines prestations essentielles, de qualité et à un prix abordable ». Si une telle approche reste à ce jour cantonnée à des instruments de droit dérivé (v. notamment, les directives Télécommunications et Postes précitées et son incursion récente dans le domaine de l'électricité avec la directive 2003/54/CE), elle a, à l'évidence, inspiré les rédacteurs du traité d'Amsterdam de 1997 dans la déclaration relative à l'article 7D (devenu art. 16 du traité CE) qui se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice « en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services (publics) ».

Le débat sémantique n'a en tout cas guère évolué avec la publication en 2003 par la Commission européenne d'un Livre vert sur les services d'intérêt général (SIG) (COM [2003] 270 du 21 mai 2003) puis en 2004 d'un Livre blanc (COM [2004] 374 du 12 mai 2004) sur le même thème. Il est tout juste précisé que la terminologie communautaire s'efforce de prendre en considération « des différences terminologiques, une confusion sémantique et des traditions variées dans les Etats membres » qui « ont créé de nombreux malentendus dans le débat mené au niveau européen ». Et la Commission de confirmer que l'expression SIG a effectivement un sens plus large que celle de SIEG qui découle directement du traité (art. 16 et 86-2 du traité CE préc.) et qu'elle entend ne l'utiliser que lorsqu'il est fait « également référence aux services non économiques ou lorsqu'il n'est pas nécessaire de préciser la nature économique ou non économique des services concernés ».

Il est vrai que le périmètre de l'économie est aujourd'hui bien balisé par la jurisprudence de la Cour de justice et la pratique décisionnelle de la Commission, du moins lorsqu'il s'agit de le confondre avec celui de l'application des règles communautaires de la concurrence, dans la mesure où ces dernières ne s'appliquent qu'à l'entreprise, entendue comme exerçant une activité économique consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné. Nous ne reviendrons pas sur ce thème (v. dans ce dossier, E. Fatôme et A. Ménéménis), sauf pour nous interroger sur les limites de l'approche privilégiée par la Commission et la Cour de justice lorsqu'elles conditionnent la qualification économique d'une activité à la question de savoir si cette activité est « susceptible d'être exercée, du moins en principe, par une entreprise privée et dans un but lucratif » (décision de la Commission n° 95/364/CE du 28 juin 1995, Régie belge des voies aériennes), ou lorsqu'elles cherchent à déterminer si elle revêt « un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique » (CJCE 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa*, aff. C-179/90). Une telle approche n'est-elle pas trop imprécise et partant dangereuse ? On comprend mieux dès lors en quoi la qualification d'intérêt général peut jouer un rôle central pour contenir la tendance naturellement expansionniste du droit de la concurrence. Le régime dérogatoire aux règles du traité qui résulte de l'article 86-2 CE trouve ici toute son utilité. Son esprit n'est-il pas d'ailleurs de « concilier l'intérêt des Etats membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou fiscale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun » (CJCE 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88, spéc. pt 12, AJDA 1991, p. 538, note P. Le Mire) ? Mais dans la mesure où l'article 86-2 CE ne peut s'appliquer qu'en présence d'un SIEG, on en arrive à se demander s'il n'est pas plus facile de faire jouer la dérogation en tant qu'activité économique présentant un caractère général plutôt que de chercher, parfois en vain, à échapper à la qualification économique au nom d'un intérêt général difficilement formalisé ? Le secteur hospitalier offre à cet égard un beau cas d'école. En faisant du lobbying auprès de la Commission pour se voir accorder un régime spécial dans le cadre du régime d'appréciation des compensations de service public sous forme d'aides d'Etat (v. plus bas, le paquet SIEG), l'hôpital se voit reconnaître le statut de SIEG mais aussi, ce faisant, la qualification d'entreprise, ce qui aurait pu, pour le moins, donner lieu à un débat préalable plus approfondi(3).

Quoi qu'il en soit, une telle situation, quelque peu paradoxale en soi, ne permet pas de faire l'économie d'une recherche visant à identifier le caractère d'intérêt général de l'activité en cause dont il s'agit de préserver la spécificité sans lui appliquer certaines des règles contraignantes du traité CE. Pour cela, on analysera les deux critères fondamentaux qui doivent permettre d'identifier une mission de service public : le caractère essentiel du service et la défaillance du marché.

La qualification d'intérêt général postule la reconnaissance d'un service essentiel :

Dans son rapport de 1996 sur le service public, remis au Premier ministre, le vice-président du Conseil d'Etat, Renaud Denoix de Saint Marc, soulignait qu'« à l'origine de tout service public se trouve un besoin reconnu par la collectivité » et qui peut être lié « à la garantie de libertés fondamentales ou encore à l'existence de solidarités reconnues (Le service public, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1996, p. 51). Selon le professeur Claude Henry (Concurrence et services publics dans l'Union européenne, PUF, coll. Economie, 1997, p. 6-8), trois grandes catégories de missions peuvent alors être distinguées, selon la nature du besoin à satisfaire :

- celles qui visent à rendre physiquement et financièrement accessibles aux usagers menacés d'exclusion - du fait de handicaps sévères, de situations critiques, de revenus insuffisants - des services essentiels dont ils ont besoin sous des formes appropriées ;

- celles qui, au-delà strictement de la lutte contre l'exclusion, contribuent, parfois de manière symbolique, à la cohésion sociale et au sentiment d'appartenance à une communauté, locale, régionale, nationale ou européenne ;

- celles qui visent à favoriser une utilisation efficace et équilibrée, dans l'espace et dans le temps, du territoire et des ressources communes, ici aussi à l'échelon local, régional, national ou européen.

L'idée de cohésion sociale et territoriale est donc au cœur de la définition du caractère essentiel du service. Ce n'est pas un hasard si l'article 16 du traité CE insiste sur le rôle singulier des SIEG dans la promotion de cette cohésion à double facette, qui correspond aussi à l'une des actions communautaires les plus importantes en termes budgétaires, juste après les dépenses agricoles, avec l'intervention des fonds structurels européens (titre XVII du traité CE relatif à la cohésion économique et sociale, introduit par l'Acte unique européen de 1986). C'est aussi inspiré de l'idée de cohésion que l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme solennellement le droit des citoyens européens à un accès aux SIEG (v. J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), L'accès des citoyens aux services d'intérêt économique général, Editions ASPE Europe, 2003).

Un choix politique national...

Mais comme on a pu le faire remarquer à juste titre, « l'appréciation de ce qui favorise la cohésion sociale est à l'évidence une appréciation politique qui peut varier considérablement, dans sa nature et dans son montant (Quel est le niveau de la mission ? Quelle est la valeur du service qui doit être accessible... ?) » (F. Jenny, Des services publics dans le marché et hors marché : service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général, in Europe, service public et concurrence, Actes du colloque de l'AJE-AFEC du 13 mai 2004 sur le Livre vert SIG, Petites Affiches 2004, n° 239, spéc. p. 6). La responsabilité des Etats membres pour livrer et assumer une telle appréciation s'impose en conséquence, dans le cadre de leurs compétences pour définir ce qu'est un service d'intérêt général.

La Commission ne cherche d'ailleurs pas à remettre en cause une telle liberté d'appréciation et le Tribunal de première instance des Communautés européennes a eu récemment l'occasion de soutenir une telle approche : « comme la Commission l'expose au point 22 de sa communication sur les services d'intérêt général en Europe [de 2000], les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général [...]. Partant, la définition de ces services par un Etat membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste » (TPICE 15 juin 2005, Fred Olsen, aff. T-17/02, pt 216 ; v. déjà en ce sens : TPICE 27 février 1997, FFSA e.a. c/ Commission, aff. T-106/95, pt 99).

Il n'en reste pas moins que si l'intérêt général au plan communautaire se construit à partir des intérêts généraux nationaux, il se crée aussi « à partir du fonds communautaire » (l'expression est de Fabienne Gazin, Intérêt général communautaire et service public, in Colloque CEDECE de 1996, tome II, p. 54). Il était dès lors naturel que le droit communautaire cherche à en encadrer l'appréciation et l'usage qui en est fait par les Etats membres.

... sous contrôle communautaire:

C'est tout d'abord le juge communautaire qui a cherché à définir aussi concrètement que possible le contenu de l'intérêt général à travers les obligations ou les charges qui sont imposées par les pouvoirs publics à l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG. L'arrêt de référence à cet égard est celui rendu dans l'affaire Corbeau de 1993 dont il convient de rappeler l'extrait suivant : « il ne saurait être contesté que la

Régie des Postes [belges] est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle » (CJCE 19 mai 1993, Paul Corbeau c/ Régie royale des Postes belges, aff. C-320/91, pt 15, AJDA 1993, p. 865, note F. Hamon). L'approche de l'intérêt économique général se veut donc matérielle en ce sens qu'il prend corps à travers le type de sujétions auxquels le SIEG doit répondre. Dans cet esprit, le champ des sujétions imposées par l'autorité publique est plutôt ouvert : il peut ainsi s'agir d'exigences de santé publique (décision de la Commission n° 82/371/CEE du 17 décembre 1981, Navewa c/ Anseau), de contraintes environnementales (CJCE 27 avril 1994, Commune d'Almelo et Energiebedrijf Ijsselmij NV, aff. C-393/92, AJDA 1994, p. 637, note F. Hamon) ou d'aménagement du territoire (CJCE 23 octobre 1997, Commission c/ France [EDF-GDF], aff. C-159/94, AJDA 1997, p. 991, note F. Hamon).

De son côté, le législateur communautaire a également tendance à donner sa propre vision de l'intérêt général en se faisant de plus en plus précis dans la définition des obligations de service public susceptibles d'être imposées à l'entreprise missionnée ou dans les contours du service universel. Le secteur de l'électricité en fournit un bon exemple. La directive Electricité de 2003 commence par préciser que « le respect des obligations de service public est un élément essentiel de la présente directive » et qu'« il est important que des normes minimales communes, respectées par tous les Etats 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 Etats membres » ; et qu'il est tout aussi important que « les exigences relatives au service public puissent être interprétées sur une base nationale, compte tenu des conditions nationales et dans le respect du droit communautaire » (cons. 26 de la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, JOUE L 176 15 juillet 2003, p. 37- 56 et rectificatif au JOUE L 16 23 janvier 2004, p. 74-75).

Le lien entre obligations de service public et protection des consommateurs est ensuite confirmé dans l'intitulé même de l'article 3, dont le paragraphe 2 énonce qu'« en tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 86, les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat ». Ces obligations doivent être alors « clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables » et garantir aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux.

Mais à ces obligations de service public, que la version de la première directive de 1996 appréhendait déjà, s'ajoute désormais la reconnaissance d'un véritable « droit de l'électricité pour tous », l'article 3-3 faisant une référence explicite à la notion de service universel, en ces termes : « Les Etats membres veillent à ce que au moins tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises (à savoir les petites entreprises sont définies comme des entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 10 millions d'euros) aient le droit de bénéficier du service universel, c'est-à-dire du droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents. Pour assurer la fourniture d'un service universel, les Etats membres peuvent désigner un fournisseur du dernier recours. Les Etats membres imposent aux entreprises de distribution l'obligation de raccorder les clients à leur réseau... ». On sait que c'est en partie pour satisfaire à ces dispositions que le gouvernement français a imposé une tarification spéciale de l'électricité comme « produit de première nécessité » (décret n° 2004-325 du 8 avril 2004, JO 10 avril 2005, p. 6773-6774).

Une telle incursion des exigences du service universel dans le secteur de l'énergie n'allait pas de soi. D'ailleurs, elles restent (et devraient rester) confinées à l'électricité, dans la mesure où l'idée d'universalité n'est pas matériellement et techniquement possible pour la distribution du gaz naturel. Ce qui n'a pas empêché le législateur communautaire d'exiger des Etats membres de garantir aux « clients vulnérables » une protection adéquate pour éviter l'interruption de la fourniture de gaz, dans un objectif affiché là encore de cohésion économique et sociale (art. 3-3 et 3-4 de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive

98/30/CE, JOUE L 176 15 juillet 2003, p. 57-78 et rectificatif au JOUE L 16 23 janvier 2004, p. 75).

Ainsi promue par le droit national puis reconnue, voire identifiée, par le droit communautaire lui-même, une mission de service public sera d'autant plus confortée que sa raison d'être répond à une défaillance du marché.

La qualification d'intérêt général postule une défaillance du marché:

Le rapport Denoix de Saint Marc ajoutait que le besoin de service public est aussi celui « que l'initiative privée ne parvient pas à satisfaire ». En raison de cette défaillance, « le marché concurrentiel ne produit pas le bien, le service ou la fonction dans des conditions compatibles avec l'objectif de lutte contre l'exclusion ou la cohésion sociale, ce qui justifie quelque part une intervention positive de l'Etat » (Des services publics dans le marché et hors marché : service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général, F. Jenny, préc., p. 7).

A cet égard, le droit communautaire des transports explore une voie particulièrement riche d'enseignements et permet, au-delà de ses spécificités, de se rendre compte de la difficulté à stabiliser un critère contingent lorsque le service public lui-même ne joue pas le jeu qui lui est assigné.

Le service public du transport : cas particulier à méditer

L'article 73 du traité CE a fait l'objet, jusqu'à ce jour, de très peu d'interprétations de la part de la Cour de justice des Communautés européennes, qui s'est contentée de rappeler que les aides aux transports n'étaient pas pour autant sous-traitées au régime général du traité concernant les aides accordées par les Etats (CJCE 12 décembre 1978, Commission c/ Belgique, aff. 156/77) et que ces derniers disposaient d'un certain pouvoir d'appréciation pour exiger le maintien d'une obligation de service public garantissant la fourniture du transport (CJCE 17 septembre 1998, Kainuun Liikenne Oy et Oy Pohjolan Liikenne Ab c/ Oulun Lääninhallitus, aff. C-412/96).

C'est en fait dans le droit dérivé mettant en oeuvre la politique commune des transports que l'on trouve davantage de précisions. Ainsi le règlement n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969, tel que modifié en 1991, « relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable » affirme-t-il dans son premier considérant (version 1991) que « l'intérêt public spécifique des services de transport peut justifier que la notion de service public s'applique dans ce domaine », à travers l'imposition aux opérateurs du secteur d'obligations particulières que, s'ils devaient considérer leur propre intérêt commercial, ils n'assumeraient pas ou pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions.

Ces obligations sont alors précisées dans un contrat dit de service public dont l'objectif premier est de garantir un service de transport « suffisant », compte tenu de facteurs sociaux, environnementaux ou de cohésion territoriale. On notera que dans sa proposition de règlement présentée le 20 juillet 2005 visant à abroger et remplacer le règlement de 1969, la Commission maintient une référence justifiant l'intervention publique face aux carences du marché en reconnaissant qu'« à l'heure actuelle, de nombreux services de transport terrestre représentant une nécessité en termes d'intérêt général n'offrent pas de possibilité d'exploitation commerciale » et que « les autorités compétentes des Etats membres doivent avoir la faculté d'intervenir pour assurer la fourniture de ces services », notamment par l'octroi aux opérateurs de transports de compensations financières ou de droits exclusifs d'exploitation (proposition de règlement COM [2005] 319 final, cons. 5).

Ce qui pourrait permettre d'ouvrir davantage la voie au compromis malgré une interprétation jusqu'à présent stricte du règlement de 1969 (TPICE 16 mars 2004, Danske Busgognmaend, aff. T-157/01).

On retrouve toutefois une approche contractualisée similaire dans les transports aériens (règlement du Conseil n° 2408/92 du 24 août 1992) et maritimes (règlement du Conseil n° 3577/92 du 7 décembre 1992), d'où il ressort que, derrière le concept d'obligation inhérente à la notion de service public, le droit communautaire met en évidence l'appréciation de la règle applicable « en fonction de l'intérêt général » (concl. de l'avocat général Léger, CJCE 17 septembre 1998, Kainuun Liikenne Oy et Oy Pohjolan Liikenne Ab c/ Oulun Lääninhallitus, aff. C-412/96, préc., pt 72) et pas seulement par comparaison à la présence plus ou moins forte d'une initiative privée ou d'un marché de référence. Cela est d'autant plus nécessaire que la situation est parfois brouillée par la défaillance du service public lui-même.

Carence du marché versus carence du service public ?

Il s'agit ici de rendre compte de la jurisprudence communautaire qui n'hésite pas à « disqualifier » le SIEG de son statut dérogatoire aux règles du traité lorsque la carence du service public est constatée. C'est en matière de service public de l'emploi que cette jurisprudence a eu l'occasion de s'affirmer. Ainsi, dans l'affaire Klaus Höfner, la Cour de justice a-t-elle refusé de faire bénéficier du régime de l'article 86-2 du traité CE l'Office fédéral allemand pour l'emploi « dès lors que celui-ci n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché à cet égard » (CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90, pt 25). Dans le même sens, la Cour de Luxembourg devait constater, dans l'affaire Job Centre, que les bureaux publics de placement en Italie n'étaient « manifestement pas en mesure de satisfaire, pour tous genres d'activités, la demande que présente le marché du travail » (CJCE 11 décembre 1997, aff. C-55/96, pt 27).

Une telle logique pourrait-elle être poussée plus loin en intégrant comme élément de comparaison la qualité du service, dans la mesure où, comme on l'a vu précédemment, cette dernière est reconnue comme une des composantes caractéristiques des notions de SIEG ou de service universel ? Prenons l'exemple de la directive postale de 1997, dont les obligations en termes de qualité sont peut-être à ce jour les plus exigeantes, du moins les plus précises, de celles fixées par le Parlement européen et le Conseil, et non par les Etats membres (directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 relative au marché intérieur des services postaux, JOCE L 15 21 janvier 1998, modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002, JOCE L 176 5 juillet 2002). L'annexe à cette directive fixe ainsi des normes de qualité pour le courrier transfrontière intra-communautaire, qui se définissent par rapport à la durée d'acheminement des envois de la catégorie normalisée la plus rapide, selon les références suivantes : J+3 pour 85 % des envois et J+5 pour 97 % des envois. Ces normes doivent être atteintes non seulement pour l'ensemble des flux dans le cadre global du trafic intracommunautaire, mais également pour chaque flux bilatéral entre deux Etats membres. Aucune forme de sanction n'est spécifiquement prévue par la directive pour le non-respect de ces normes, dont le contrôle incombe aux autorités réglementaires nationales désignées pour le secteur postal. Mais pourrait-on imaginer qu'en cas de défaillance du prestataire de service universel pour satisfaire ces délais d'acheminement, le secteur réservé dont il bénéficie par ailleurs pour lui permettre d'effectuer sa mission première, soit remis en cause ou contesté par un concurrent susceptible de démontrer qu'il peut mieux faire en la matière ?

Reste que des inefficiences existeront toujours tant dans le cadre de l'intervention publique que dans celui de l'initiative privée. Certains feront remarquer que dans le premier cas de figure « les erreurs paraissent souvent dissimulées et sont payées par toute la collectivité » tandis que dans le second cas de figure, « les erreurs ne sont payées que par un petit groupe (actionnaires, employés, gestionnaires, fournisseurs, etc. » (J. Barea et M. T. Barea, Qu'est-ce que l'intérêt général ?, in Helmut Cox (dir.), Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union européenne, CIRIEC, Pédone, 1997, p. 192). Pour remédier en partie à ce risque, même présenté de manière caricaturale, la Commission a entendu renforcer les exigences de transparence, notamment comptable, dans les relations entre les Etats et les entreprises publiques (directive 80/723/CEE du 25 juin 1980, JOCE L 195 29 juillet 1980 telle que modifiée par la directive 2000/52/CE et en cours de modification dans le cadre du paquet « SIEG » de juillet 2005, (non encore publié au JOUE). Compte tenu toutefois des réticences et/ou de la mauvaise volonté dont font preuve les Etats membres pour satisfaire à ces exigences, il n'est pas sûr que l'on y voie plus clair dans la dissociation des activités menées tantôt dans le périmètre d'un service public protégé tantôt en immersion totale d'un marché concurrentiel.

Essai de synthèse : activités de plus grand service ou de plus grand profit ?

La qualification par le droit communautaire des activités d'intérêt général à travers le double prisme du besoin essentiel pour la collectivité publique et de la carence de l'initiative privée, si elle peut de prime abord présenter l'avantage d'une relative simplicité, est-elle pour autant satisfaisante en ce sens qu'elle est susceptible d'embrasser l'ensemble des situations que l'on qualifierait de service public ? Toute source de confusion ne semble pas écartée, notamment en présence d'une entreprise exerçant à la fois des activités économiques et non économiques, ce qui, il faut bien le reconnaître, correspond à la situation qui génère aujourd'hui les cas de friction les plus pathologiques entre régimes nationaux et droit communautaire.

Un rapide retour aux sources peut néanmoins permettre de s'interroger sur une approche plus pragmatique. Et s'agissant de service public, ces sources puisent nécessairement dans le droit administratif français. On rappellera ainsi que la question de la qualification des activités d'intérêt général s'est posée il y a déjà longtemps au juge administratif et que ce dernier avait eu l'occasion, du temps de ce qu'il était

convenu d'appeler le socialisme municipal, d'admettre l'érection en service public de certaines activités commerciales ou industrielles en combinant à la fois circonstances particulières pouvant résulter d'une défaillance manifeste de l'industrie privée et intérêt public le justifiant (CE sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Lebon p. 583, Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, n° 47 ; v. l'évolution récente de cette jurisprudence, CE 18 mai 2005, Territoire de la Polynésie française, AJDA 2005, p. 2130, note S. Nicinski).

Or, pour dépasser une telle approche duale, il est intéressant peut-être de se pencher sur la distinction, proposée par le professeur Chapus (Droit administratif général, Montchrestien, Précis Domat, tome I, 15e éd., 2001, n° 754-755), entre « activités de plus grand service » et « activités de plus grand profit » : les premières tendent à satisfaire, le mieux possible, l'intérêt de tiers par rapport à l'organisme qui les exerce, c'est-à-dire l'intérêt de tout ou partie des administrés ; les secondes tendent à satisfaire, le mieux possible aussi, l'intérêt propre, qui est un intérêt financier, de l'organisme qui les exerce. Dans ce dernier cas de figure, lorsqu'il ne s'agit pas d'assurer ou d'améliorer le financement d'une activité de service public, l'activité de plus grand profit ne devrait pas être considérée comme un service public.

Transposée aux variations sémantiques du droit communautaire autour des notions de SIG, SIEG et autre service universel, et rapprochée de la jurisprudence récente de la Cour de

justice et des nouvelles lignes directrices de la Commission en matière de compensations de service public sous forme d'aides d'Etat(4), l'idée mériterait d'être approfondie car elle pourrait contribuer à mieux appréhender la réalité protéiforme des activités de service public, à l'image du modèle européen de société dont elles sont plus que jamais une composante indispensable (Commission européenne, Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation, COM [2005] 525 final, 20 octobre 2005, p. 5).

(1) « Sont compatibles avec le [...] traité, les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » (v. plus bas).

(2) Sénat, Rapport d'information n° 257 (2004-2005), Pour les services publics en Europe. Une directive cadre sur les services d'intérêt général, présenté par Catherine Tasca. Cette approche terminologique a été reprise par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, dans son Rapport d'information n° 2619 du 26 octobre 2005, sur le financement des services d'intérêt général, présenté par Bernard Derosier et Christian Philip.

(3) Sur la question de la qualification d'entreprise et de SIEG des hôpitaux : Jean-Michel Lemoyne de Forges, Le système hospitalier français face au droit communautaire de la concurrence, in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Au carrefour des droits, Dalloz, 2002, p. 811 et s. La question se pose dans des termes proches pour le secteur du logement social.

(4) CJCE 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, aff. C-280/00, AJDA 2003, p. 1739, note Stéphane Rodrigues et Laurence Idot, Le « paquet » de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : « codification » de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission ? », Europe octobre 2005, focus n° 75.

Document 6 :

Articles 59, 60, 106, 107 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, Protocole n° 9 sur les services d'intérêt général.

Art. 59 :

1. Pour réaliser la libération d'un service déterminé, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Comité économique et social et du Parlement européen, statue par voie de directives, à la majorité qualifiée.

2. Les directives visées au paragraphe 1 portent, en général, par priorité sur les services qui interviennent d'une façon directe dans les coûts de production ou dont la libération contribue à faciliter les échanges des marchandises.

Art. 60 :

Les États membres se déclarent disposés à procéder à la libération des services au-delà de la mesure qui est obligatoire en vertu des directives arrêtées en application de l'article 52, paragraphe 1, si leur situation économique générale et la situation du secteur intéressé le leur permettent.

La Commission adresse aux États membres intéressés des recommandations à cet effet.

Art. 106 :

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.

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

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

Art. 107 :

1. Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Sont compatibles avec le marché commun:

a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,

b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,

c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun:

a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi,

b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,

c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.

Protocole n° 9 sur les services d'intérêt général :

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES,

SOUHAITANT souligner l'importance des services d'intérêt général,

SONT CONVENUES des dispositions interprétatives ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union:

Article 1

Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union comprennent notamment:

- le rôle essentiel et la grande marge de manoeuvre des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs;
- 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;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs;

Article 2

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