Thèse de doctorat
Pour obtenir le grade de Docteur de l'UNIVERSITÉ POLYTECHNIQUE HAUTS-DE-FRANCE

DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue par Thomas DESTAILLEUR
Le 5 décembre 2018, à Valenciennes

Ecole doctorale
Sciences Juridiques Politiques et de Gestion (SJPG)

Equipe de recherche, Laboratoire
Institut du Développement et de la Prospective (IDP)

L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

JURY

Gabriel ECKERT, Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, *Président*
Loïc GRARD, Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, *rapporteur*
Mickaël KARPENSCHIF, Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon III, *rapporteur*
Stéphane de LA ROSA, Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), *directeur de thèse*
Fabienne PERALDI-LENEUF, Professeure de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, *rapporteur*

Thèse de doctorat
Pour obtenir le grade de Docteur de l'UNIVERSITÉ POLYTECHNIQUE HAUTS-DE-FRANCE

DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue par Thomas DESTAILLEUR
Le 5 décembre 2018, à Valenciennes

Ecole doctorale
Sciences Juridiques Politiques et de Gestion (SJPG)

Equipe de recherche, Laboratoire
Institut du Développement et de la Prospective (IDP)

L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

JURY

Gabriel ECKERT, Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, *Président*
Loïc GRARD, Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, *rapporteur*
Mickaël KARPENSCHIF, Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon III, *rapporteur*
Stéphane de LA ROSA, Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), *directeur de thèse*
Fabienne PERALDI-LENEUF, Professeure de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, *rapporteur*

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

La thèse s'est révélée un travail faussement solitaire. Le résultat final serait bien éloigné de cette version s'il n'avait été enrichi aux cours des années par de nombreux soutiens, et en premier lieu celui du Pr. Stéphane DE LA ROSA. Ces quelques mots ne sauraient, à eux seuls, lui exprimer toute ma gratitude pour sa patience, son exigence et son indéfectible suivi.

Mes remerciements s'adressent également à l'université de Valenciennes (devenue l'université Polytechnique Hauts-de-France), pour m'avoir offert un cadre de travail exceptionnel. À l'école doctorale ensuite, pour m'avoir aidé à financer plusieurs séjours de recherche en Italie, en Grèce, et aux Pays-Bas qui ont grandement contribué à diversifier mes sources bibliographiques. À l'Institut universitaire européen de Florence enfin, et en particulier au Pr. Bruno DE WITTE, pour m'avoir accueilli et encadré durant trois mois en tant que *visiting student*.

Mes remerciements s'adressent aux membres du jury, au Pr. Fabienne PERALDI LENEUF, au Pr. Gabriel ECKERT, au Pr. Loïc GRARD, et au Pr. Mickaël KARPENSCHIF, d'une part pour avoir accepté de constituer mon jury, et d'autre part, pour tous les conseils qui m'ont été donnés le jour de la soutenance, et plus tard au cours de l'année 2019.

J'ajouterai pour terminer que la thèse doit beaucoup à des personnes qui, dans l'ombre de ces lignes, ont participé à sa réalisation par leurs gestes quotidiens. Mes remerciements vont ainsi à Amandine PLEE pour avoir maintenu la barre pendant ces si longs mois, et à Alexandre BONDUELLE et à Geoffrey BAJARD qui m'ont offert leur œil exigeant sur la forme finale de mon travail.

À mes parents

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE – L'EXTENSION DU DOMAINE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 37

TITRE 1 – L'IDENTIFICATION PAR LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL 41

Chapitre 1 – Un champ révélé dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE 43

Chapitre 2 – Une généralisation partielle du recours à l'obligation de service public 83

TITRE 2 – LE RENFORCEMENT DE L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR LES MESURES DE RAPPROCHEMENT 111

Chapitre 1 – Les bases juridiques exploitées 115

Chapitre 2 – Les bases juridiques inexploitables 153

DEUXIEME PARTIE – LA RECHERCHE D'UNE UNITÉ MATÉRIELLE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 181

TITRE 1 – LA NÉCESSAIRE CONTREPARTIE DE L'OUVERTURE CONCURRENTIELLE 183

Chapitre 1 – Un qualificatif associé à l'ouverture à la concurrence des activités en réseau 185

Chapitre 2 – Essai de systématisation du contenu de l'obligation de service public 221

TITRE 2 – LE NOYAU DUR DES EXIGENCES INHÉRENTES AUX SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL 265

Chapitre 1 – La justification de l'obligation de service public 267

Chapitre 2 – Les principes du fonctionnement des SIEG 301

TROISIEME PARTIE – L'ÉCLATEMENT DES DISPOSITIFS DE FINANCEMENT DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 337

TITRE 1 – LA PRÉSERVATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC 339

Chapitre 1 – La préservation de l'équilibre financier de l'entreprise 341

Chapitre 2 – Les modes d'imposition des obligations de service public 367

TITRE 2 – LA TECHNICISATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR L'EVOLUTION DES DISPOSITIFS DE FINANCEMENT 399

Chapitre 1 – L'adaptation du droit des aides d'État 401

Chapitre 2 – Le recours aux Fonds 431

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

A.D.U.E	Annuaire de droit de l'Union européenne
aff.	Affaire
A.G.	Avocat général
A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
ARAFER	Autorité de régulations des activités ferroviaires et routières
ARCEP	Autorité de régulation des communications et des postes
art. cit.	Article cité
ass.	Assemblée
Aut. Conc.	Autorité de la concurrence
Berkeley Technology L. J.	Berkeley Technology Law Journal
CAA	Cour administratif d'appel
Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
Cap. U. L. Rev.	Capital University Law Review
CE	Conseil d'État
C.D.E.	Cahiers de droit européen
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
C.M.L. Rev.	Common Market Law Review
Columbia Technology L. J.	Columbia Technology Law Journal
Columbia J. Eur. L	Columbia Journal of European Law
Com	Communication
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Cour. constit.	Cour constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
Déc.	Décision

Dir.	Directive
E.C.L.R.	European Competition Law Review
Encycl.	Encyclopédie
Energy L. J.	Energy Law Journal
Eur. J. L.	European Law Journal
Europe	Revue Europe
E.L.R.	European Law Review
E.S.A.L.Q.	European State Aid Law Quaterly
Fasc.	Fascicule
FEDER	Fonds européen de développement régional
FSE	Fonds social européen
gde. chb.	Grande chambre
Int. & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quaterly
J. Air L. & Com.	The Journal of Air Law and Commerce
J.C.P. A.	Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales
J.C.P. G.	Semaine juridiques Édition Générale
J.D.E.	Journal de droit européen
J.O.C..E	Journal officiel des Communautés européennes
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne
Ibid.	Ibidem
L.P.A.	Les petites affiches
n°	Numéro
Not.	Note
N.Y. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review
Obs. Bxl.	L'observateur de Bruxelles
Ord.	Ordonnance
op. cit.	Ouvrage cité
p.	Page
Préc.	Précédent
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
R.A.E	Revue des affaires européennes
R.D.C.	R.D.I.
Revue droit des contrats	Revue de droit immobilier

R.D.P.	Revue de droit public
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
R.E.D.C.	Revue européenne de droit de la consommation
Rec.	Recueil
R.E.I.D.F.	Revue européen et internationale de droit fiscal
Rep. dr. européen	Répertoire de droit européen
req.	Requête
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.I.D.E.	Revue internationale de droit économique
R.J.E.S.	Revue juridique et économique du sport
R.J.E.P.	Revue juridique de l'économie publique
R.M.C.	Revue du marché commun
R.M.C.U.E.	Revue du marché commun et de l'Union européenne
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.T.D. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
R.U.E.	Revue de l'Union européenne
s.	Suivant
Sect.	Section
SIEG	Service d'intérêt économique général
SIG	Service d'intérêt général
SNEIG	Service non économique d'intérêt général
Soc. Resp. Journal. L. Med.	Social Responsability Journal of Law
SSIG	Service sociaux d'intérêt général
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE	Traité instituant les Communautés européennes
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
Trib.	Tribunal

INTRODUCTION

1. L'évocation du service public renvoie, pour nombre de juristes formés dans la tradition juridique française, à l'un des mythes fondateurs du droit public et, plus spécialement, du droit administratif. A travers lui s'ouvre le récit de la genèse du droit public, ce « temps fabuleux des commencements[1] », de même que s'affirment la finalité et la légitimité de l'action administrative[2]. Pour nombre d'observateurs, cette centralité est désormais fissurée : en dépit de la permanence des références au service public et de son importance pour le lien social, son effectivité, voire son existence, sont fragilisées par l'introduction des commandements de marché. Symbole du métissage de l'économie et du politique, le service public serait, à suivre René CHAPUS, façonné depuis de nombreuses décennies déjà par les « exigences du plus grand profit, au détriment du plus grand service[3] ». Loin d'enrayer ce phénomène, l'Union européenne et son droit auraient contribué à accentuer le délitement du service public par la construction du marché intérieur[4]. Pourtant, une telle affirmation peut sembler excessive si l'on considère l'existence, en droit de l'Union européenne, de l'obligation de service public.

---

[1] Telle est, selon Mircea ELIADE, l'une des fonctions premières d'un mythe, *« raconter une histoire sacrée » et relater « le temps fabuleux des commencements* », in, *Aspect du mythe*, Paris, Gallimard, 1963.

[2] CHEVALIER (J.), *Le service public*, Coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2015, p. 3.

[3] CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *R.D.P.*, 1968, pp. 235 et s.

[4] CAILLOSSE (J.), « Du service public dans ses rapports avec le(s) territoire(s) », in *Le service public, Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Coll. Études, mélanges, travaux, Paris, Dalloz, 2016, pp. 89-109, *spéc.* p. 98.

2. Emmenée par Léon DUGUIT, l'école du service public – qui ne présente pas l'unité que son intitulé laisserait à penser[5] – a conçu le service public comme un cadre uniforme pour légitimer et identifier l'intervention de l'État et des collectivités territoriales[6]. Délaissant en grande majorité une analyse technique de la jurisprudence et des textes, DUGUIT a bâti au début du XXème siècle une définition du service public contribuant à rendre compte des transformations en cours et à venir du droit public[7], en s'inspirant très largement de la sociologie et des travaux de son collègue Émile DURKHEIM sur la solidarité. Est en conséquence un service public « toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré, et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante[8] ». Si elle fut une source d'inspiration pour de nombreux administrativistes[9], l'esthétique de la définition duguiste est désormais plus épurée. Là où DUGUIT s'est en effet largement émancipé d'une analyse positiviste de la notion de service public, la majorité de la doctrine qui lui a succédé – et cela est plus généralement vrai du droit administratif français à partir des années 1930[10] – a recouru à une analyse plus technique de la notion et plus proche du droit positif. Cette approche méthodologique n'a pas été sans conséquence puisqu'elle l'a amené à se heurter à la difficulté de définir la notion de service public, à l'image de Marcel WALINE selon lequel « il est plus facile de récupérer le mercure échappé d'un vieux baromètre que de saisir la notion de service public dans une définition[11] ». C'est pourquoi la doctrine envisage

---

[5] GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, Coll. Domat, Paris, L.G.D.J., 4ème ed., 2016, pp. 77-87. Les auteurs notent que l'on identifie sous l'école de Bordeaux une conception du service public qui n'a, en réalité, rien d'unifié car elle regroupe des auteurs ayant parfois des lectures bien différentes de la notion. voy. *spéc.* pp. 82-83 ; MELLERAY (F.), « École de Bordeaux, école du service public et école duguiste », *R.D.P.*, 2001, pp. 1887 et s.

[6] GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, op. cit., pp. 82-82.

[7] Il suffit d'observer que dans « les transformations du droit public », DUGUIT n'use qu'à de très rares occasions de la jurisprudence et des textes législatifs pour étayer sa démonstration, DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, rééd. Paris, La mémoire du droit, 1999.

[8] *Ibid.*, p. 51.

[9] Voy. les différentes contributions, DECRETON (dir.), *Service public et lien social*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2000 ; DE CORAIL (J.-L.), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *A.J.D.A.*, 20 juin 1997, Hors Série, pp. 20 et s.

[10] JAMIN (Ch.), MELLERAY (F.), *Droit civil et droit administratif*, Coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2018, pp. 57-61.

[11] WALINE (M.), « Compte-rendu de Roger Latournerie, sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public ». Agonie ? Convalescence ? Jouvence ?, *R.D.P.*, 1961, p. 708-720..

désormais plus sobrement le service public comme « toute activité d'une collectivité visant à satisfaire un besoin d'intérêt général[12] ».

3. La centralité du lien social dans la définition de la notion de service public a longtemps justifié qu'elle soit préservée des exigences du marché. L'opposition de Léon DUGUIT fut à cet égard virulente, le maître de Bordeaux affirmant que « quelques économistes attardés peuvent bien, du fond de leur cabinet d'étude, déclarer que l'État n'a pas d'autre chose à faire qu'à procurer la sécurité à l'extérieur, l'ordre et la tranquillité à l'intérieur, qu'il doit se désintéresser de tout le reste et laisser liberté entière à l'action et la concurrence individuelles, dont le jeu naturel assurera normalement la satisfaction de tous les besoins sociaux. Les faits sont plus forts que toutes les théories ; et la conscience moderne veut autre chose. Elle veut autre chose dans l'ordre intellectuel et moral. Elle n'admet pas par exemple que l'État n'intervienne pas dans le service de l'enseignement. Elle veut autre chose dans le domaine matériel. Elle n'admet pas par exemple que l'État n'organise pas les services d'assistance[13] ». L'économie ne devait donc en aucune façon être intégrée dans la notion de service public.

4. Si Léon DUGUIT s'oppose avec une telle ténacité à l'introduction du raisonnement économique dans la notion de service public, c'est parce que l'auteur a construit la notion, et donc sa légitimité, à travers ses applications dans des activités économiques, et plus spécifiquement dans les activités de réseau. Ainsi peut-on lire que « dans aucune institution moderne n'apparait mieux que dans le service international des postes la solidarité d'obligations et de droits qui unit toutes les nations[14] ». De même à propos de l'éclairage, l'auteur écrit qu'« il n'est plus un paysan au fond de l'Auvergne ou de la Bretagne qui se

---

[12] GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, op. cit., pp. 113 et s. ; LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BOITEAU (Cl.), DEFFIGIER (Cl.), *Droit des services publics*, Coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2ème ed., 2015, p. 5 ; DE CORAIL (J.-L.), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », art. cit ; DE LAUBADÉRE (A.), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1953, p. 35 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Coll. Domat droit public, Paris, Montchrestien, Tome 1, 15ème ed., 2001, p. 579 ; GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Tome 1, 16ème ed., 2001, p. 738. Cette définition du service public est dite matérielle. Il existe également une approche organique selon laquelle le service public « est une partie, une composante, de l'appareil administratif de l'État ou des collectivités territoriales », LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BOITEAU (Cl.), DEFFIGIER (Cl.), *Droit des services publics*, op. cit., p. 5. Elle occulte cependant une considération essentielle, certains services publics sont gérés par des organismes privés.

[13] DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 48. Sur Léon DUGUIT, voy., MELLERAY (F.) (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; PISIER-KOUCHNER (E.), *La théorie du service public dans l'œuvre de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J., 1972.

[14] DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 49.

contente aujourd'hui de la vieille chandelle de résine ou de suif fabriquée à la maison et qui éclairait ses parents. Le temps n'est pas loin où tous les foyers voudront l'éclairage électrique[15] ». Enfin encore à propos des transports, « Aujourd'hui à quelque classe sociale qu'il appartienne, chacun demande le transport de personnes et des choses à des groupes qui assurent ce service. [...] Apparait la nécessité chaque jour plus évidente d'organiser les services de transport en service public, services de tramways et d'autobus dans les grandes villes, services de chemins de fer dans le pays tout entier[16] ». On note également, et de manière tout à fait intéressante, que si Léon DUGUIT use de la notion de service public pour rendre compte des transformations du droit public en France, il ne l'en limite pourtant pas. En considérant que les services en réseau ne pouvaient s'appréhender dans un contexte purement national[17], son œuvre s'est révélée prospective puisqu'il en envisageait déjà une approche supranationale dont le droit de l'Union européenne s'est depuis largement fait l'écho.

5. À l'échelle du droit de l'Union, l'étude de la notion de service d'intérêt général – préférée à celle de service public – et de la myriade d'expressions qui lui est associée[18] connaît des ressemblances avec le droit français sur le plan méthodologique, mais elle présente surtout de nombreux éléments de distinction. D'abord, elle laisse une très large place à la doctrine organique à l'instar du droit administratif français, sans pour autant aller jusqu'à affirmer que la jurisprudence de la Cour de justice est une source de droit de la notion de service d'intérêt général. Il existe en effet des fondements textuels – en premier lieu l'actuel 106 TFUE – qui ne se prêtent cependant à aucune interprétation exégétique, laissant alors aux juges et des avocats généraux de la Cour de justice un grand pouvoir d'interprétation. Plus globalement, le droit de l'Union européenne est un droit qui s'est construit après la seconde guerre mondiale dans un climat doctrinal qui n'est pas celui des débuts du XXème siècle. Le rôle de la doctrine y est conçu de manière relativement plus contrainte, c'est à dire plus attachée au droit positif et à des analyses influencées par la méthodologie kelsenienne. Là où Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU se sont affranchis

---

[15] *Ibid.*, p. 50.

[16] *Ibid.* Cette liaison entre service public et activités en réseau s'illustre également dans les propos de Renaud DENOIX DE SAINT MARC lorsqu'il affirme « ce n'est que des services publics en réseaux que l'on veut parler lorsque l'on évoque le service public à la française », DENOIX DE SAINT MARC (R.), *Le service public*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation française, 1996, p. 16.

[17] DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, op. cit., pp. 49 et 50.

[18] Voy. *Infra*.

partiellement du positivisme juridique, les auteurs successifs s'attachent davantage aux faits, aux arrêts qu'ils cherchent à classer et à expliquer avant d'en faire une synthèse critique[19]. L'entreprise n'est pourtant pas aisée, les premiers arrêts rendus par la Cour de justice sont d'une grande technicité – il suffit de relire les premiers contentieux traités dans le cadre de la CECA pour s'en convaincre –, et sont pratiquement inexistants sur la question des services publics. Alliés au faible nombre d'actes législatifs adoptés par le Conseil (à l'époque seul législateur) et à la « découverte » de l'Union européenne en tant qu'ordre juridique nouveau, ces facteurs ont encouragé la doctrine à la prudence. Conséquence de ce mouvement, la notion de service d'intérêt général est d'abord une terminologie qui, contrairement au droit français, n'est associée à aucun auteur privilégié et s'est construite essentiellement en marge de la doctrine non organique. Les propos récents du Pr. Gilles J. GUGLIEMI sont à cet égard particulièrement éclairants lorsque, sur le sujet des principes de fonctionnement du service public en droit de l'Union européenne, ils concluent que « leur synthèse attend donc un futur Rolland[20] ». Il a fallu attendre la fin des années 1980, et surtout le début des années 1990 pour que la doctrine ose s'aventurer sur le sujet des services d'intérêt général, c'est à dire à un moment où les auteurs ont disposé de suffisamment de matière, jurisprudentielle et textuelle.

6. La densité des travaux réalisés ces trente dernières années sur les services d'intérêt général montre qu'il s'agit désormais d'un sujet convenu et bien balisé, dont on peut identifier quatre temps. Le temps de la découverte d'abord ; Une première série de travaux s'est penchée sur les répercussions de la logique de marché inhérente à la finalité du droit de l'Union sur l'existence, le fonctionnement, et le financement des services publics[21]. En se fondant sur la jurisprudence relative aux services d'intérêt économique général et sur

---

[19] Pour reprendre les propos de Gaston JÈZE à propos du rôle de la doctrine, JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, M. Giard & E. Brière, 2ème ed., 1914 (préface).

[20] GUGLIELMI (G.-J.), « Exit les lois de Rolland, la nouvelle ère de principes de fonctionnement garantis », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Paris, IRJS Editions, 2018 p. 822 et s., *spéc.* p. 829.

[21] BRACQ (S.), L'article 90 (CEE/CE), Lille, Université Lille 2, Thèse dactyl., 1999 ; KOVAR (R.), SIMON (D.) (dir.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Coll. Travaux de la CEDECE, Paris, La documentation française, Tome 2, 1998 ; CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2 du traité de Rome et les entreprises de réseau », *A.J.D.A*, n°3, 20 mars 1996, p. 171 ; KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°3, 16 septembre 1996, p. 493 ; KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°2, 14 juin 1996, p. 215 ; CHUNG (C.-M.), *The Application of EC Law to Public Enterprises: article 90 of the Treaty of Rome*, Oxford, Oxford University, these dactyl., 1995 ; DERINGER (A.), « The interprétation of article 90 (2) of the EEC Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1965, pp. 129-138.

l'ouverture à la concurrence des activités en réseau, alors naissante, la doctrine s'est surtout attachée à déconstruire la méthodologie retenue par la Cour de justice dans des arrêts fondateurs de l'appréhension des services d'intérêt général par le droit de l'Union[22]. À travers ses analyses, elle a mis en évidence la recherche d'une conciliation des divers intérêts en présence que le juge, et plus marginalement la Commission et le législateur, ont cherché non sans originalité à réaliser. Le temps de la découverte des services d'intérêt général est donc un temps consacré à l'étude de l'articulation des différents ordres juridiques et des intérêts légitimes qu'ils véhiculent ; le second temps est un temps de repli et d'hésitation. Les interventions grandissantes des institutions européennes ne sont pas sans conséquences au sein des ordres juridiques nationaux. Elles imposent aux institutions nationales de manier de nouvelles techniques juridiques et de penser aux conséquences du droit de l'Union sur leurs services publics. Les États entendent exploiter à leur avantage la jurisprudence[23] et exercent une pression à l'occasion des conférences intergouvernementales sur la nécessité de préserver les services publics dans le construction du marché intérieur, tandis que la doctrine tente de manière prospective d'envisager les conséquences du droit de l'Union sur les droits internes[24] ; le troisième temps est celui de la technicisation. L'accentuation du processus de libéralisation des marchés en réseaux amène la doctrine à s'intéresser aux services d'intérêt général moins dans une dimension transversale et davantage sectorielle[25]. Enfin un dernier temps peut être identifié avec le développement d'études sur la dimension

---

[22] CJCE, 19 mai 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2563, pt. 14. Not. HANCHER (L.), *C.M.L. Rev.*, 1995, p. 305 ; VOGEL (L.), *R.M.C.U.E.*, 1993, p. 812 ; HAMON (F.), *A.J.D.A.*, 1993, p. 865 ; BOUTARD-LABARDE (M.-Ch.), *J.C.P. G.*, 1993, doctr. 3702 ; CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477. Not. VOGEL (L.), *R.M.C.U.E*, 1995, 46 ; DUTEIL DE LA ROCHÉRE (J.), *D.* 1995, p. 17 ; HAMON (F.), *A.J.D.A.*, 1994, p. 637 ; BLAISE (J.-B.), IDOT (L.), *R.T.D. eur.*, 1995, p. 39.

[23] TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA contre Commission*, aff. T-260/93, *Rec.* p. II-997 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre France*, aff. C-159/94, *Rec.* p. I-5815.

[24] ISIDORO (C.), *L'ouverture à la concurrence de l'électricité à la concurrence communautaire, et sa mise en œuvre (Allemange, France, Italie, Royaume-Uni)* ; Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 242, 2006 ; CALLEY (G.) *L'exploitation publique des services postaux*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 224, 2002 ; ARSAC (M.), *L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire*, Coll. Droit, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 1997. Ce temps n'est d'ailleurs pas terminé puisque des travaux de recherche sont en cours de réalisation spécifiquement sur certaines activités en réseaux.

[25] PERALDI LENEUF (F.) (dir.), *Jeux et paris en ligne*, Coll. Code économique européen, Larcier, Bruxelles, 2015 ; NEERGAARD (U.), SZYSZCZAK (E), VAN DE GRONDEN (J.-W.), KRAJEWSKI (M.), *Social Services of General Interest in the EU*, Springer, La Haye, 2012 ; NISTOR (L.), *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, La Haye, Springer, 2011 ; POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en Europe*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; LOUIS (J.-V.), RODRIGUES (S.) (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; KOVAR (R.), SIMON (D.) (dir.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Coll. Travaux de la CEDECE, Paris, La documentation française, Tome 1, 1998.

constitutionnelle des services d'intérêt général[26] et les conséquences qu'entraîne le droit de l'Union dans l'organisation du marché par les États[27]. Ce dernier temps, marquant la consolidation du droit positif et des études doctrinales, se présente par l'avènement d'analyses rétrospectives cherchant à identifier la place des services d'intérêt général au sein de l'Union européenne. Les études ne manquent pas, mais elles sont encore inachevées. S'il est vrai que les services d'intérêt général mobilisent aujourd'hui moins la doctrine, probablement car la densité globale des travaux fait craindre le risque d'une certaine redondance, ce caractère inachevé peut également s'expliquer autrement. Comme toute discipline scientifique en effet, appréhender les transformations engagées par le droit nécessite un certain temps. Les services d'intérêt général font partie du processus de réalisation du marché intérieur qui, les concernant, n'est pas totalement terminé. L'essentiel des textes et grands arrêts a été pris du début des années 1990 au début des années 2010. On note un ralentissement de l'adoption d'actes législatifs ou d'actes hors nomenclature, et les arrêts qui retiennent l'attention se font également plus rares, aussi le temps de la consolidation est en temps que le droit positif a permis d'amorcer assez récemment, d'autant plus qu'il suppose de dépasser la technicité d'une matière qui s'est principalement épanouie au sein des secteurs en réseau.

7. Il ressort de l'ensemble de ces recherches que l'analyse de la relation entre le service public et les différentes dimensions du droit économique européen est désormais un objet d'étude classique qui se révèle précieux pour comprendre les notions et concepts juridiques

---

[26] JURY (F.), *L'efficacité du service public dans l'Union européenne*, Lyon, Université Jean Moulin Lyon III, thèse dactyl., 2017 ; WEHLANDER (C.), *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, Springer, La Haye, 2016 ; CREMONA (M.) (dir.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011 ; SZYSZCZAK (E.), DAVIES (J.), ANDENÆS (M.), BEKKEDAL (T.) (ed.), *Developments in Services of General Interest*, Springer, La Haye, 2011 ; MICHÉA (F.), « La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics », in FLAESCH-MOUGIN (C.) (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 105-151 ; GRARD (L.), *L'Europe et les services publics*, Coll. Droit, Bordeaux, P.U.B., 2007 ; GRARD (L.), « Place et signification de la charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt économique général », in VANDAMME (J.), RODRIGUES (S.) (dir.), *L'accès aux services d'intérêt général*, Paris, ASPE Europe, 2003, pp. 31 et s.

[27] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibl. de droit public, Tome 285, Paris, L.G.D.J., 2015 ; BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 289, 2015 ; MARTIN (S.), *Les transformations contemporaines des services publics de transport*, Bordeaux, Université Montesquieu – Bordeaux IV, thèse dactyl., 2010 ; CLAMOUR (G.), *L'intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Coll. Nouvelles Bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006 ; CLUZEL-MÉTAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, Volume 52, 2006.

par l'intermédiaire desquels le droit de l'Union redessine la qualification et le fonctionnement des services publics nationaux à l'échelle nationale. Ces recherches, en particulier la phase de consolidation que l'on observe ces dernières années, pourraient à cet égard être utilement complétées par une étude plus spécifique sur l'appellation même « d'obligation de service public ». Présente de manière circonscrite dans le droit primaire, cette expression – dont il conviendra de préciser la nature juridique – fait l'objet d'un usage croissant, par les institutions, les États et le juge – on note pratiquement 3000 références à la terminologie rien que sur Eur-Lex[28] –. Rarement étudiée en tant que telle, l'obligation de service public peut se révéler être un outil de compréhension des influences réciproques entre le droit de l'Union et les droits nationaux sur l'identification des services publics et sur les exigences qui leur sont inhérentes. Cette perspective de recherche nécessite, à titre introductif, de revenir sur la relation qu'entretient le droit de l'Union avec les services publics **(section 1)**, puis d'identifier plus précisément l'obligation de service public **(section 2)** avant de présenter l'intérêt de conduire une étude transversale sur la notion **(section 3)**.

Section 1. **LA DIALECTIQUE DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT DE L'UNION ET LE SERVICE PUBLIC**

8. Les conséquences du droit de l'Union furent longtemps envisagées comme étant constitutives d'une atteinte au « service public à la française[29] ». Les notions et concepts utilisés par le droit primaire, leur mise en œuvre dans la jurisprudence de la Cour de justice, ont été présentés comme un dépérissement des finalités et des catégories internes du service public, et tout particulièrement des modes de gestion des services publics en France[30]. René CHAPUS soulignait, à cet égard, « qu'on ne saurait dire (…) que lorsqu'on se reporte au droit communautaire, on se sent plongé dans une atmosphère de service public[31] ». Cette appréciation illustre – non sans raisons – une opinion dominante : par son indifférence à

[28] Recherche au 26 mars 2019 réalisée avec l'expression « obligations de service public ». On peut également ajouter 428 sur le site du moniteur belge en ce qui concerne les mentions de la terminologie en droit belge. La base de donnée française legifrance ne permet de faire ressortir les occurrences à la terminologie avec précision.

[29] VEDEL (G.), « Le service public à la française ? Oui, mais lequel ? », *Transports publics*, n°945, 1996, pp. 49 et s. Voy. également sur l'expression, TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit* public *interne*, Paris, LexisNexis, 2017, entrée « à la française », p. 32.

[30] GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 738 ; KOVAR (R.), « La « peau de chagrin » ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », *Europe*, n°7, juillet 1992, p. 1.

[31] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, op. cit., p. 575.

l'égard du service public, le droit communautaire est un vecteur de son affaiblissement voire de sa remise en cause **(§1)**. Ce constat a toutefois été progressivement relativisé : après avoir été envisagé sous le prisme d'une opposition frontale, le service public et le droit communautaire – devenu droit de l'Union –, ont été envisagés suivant une dialectique conciliatrice **(§2)**.

§1. LE DESINTERET ORIGINAIRE DU DROIT DE L'UNION POUR LE SERVICE PUBLIC

9. Si le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier du 18 avril 1951 (ci-après traité CECA) ne comportait pas de référence au service public en raison de son champ d'application sectoriel **(A)**, le traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957 (ci-après traité CEE) se caractérise par une reconnaissance éparse de celui-ci. S'il s'agit essentiellement d'une reconnaissance négative, car les activités de service public sont envisagées comme un frein à la construction du marché commun – devenu marché intérieur –, elle traduit surtout une opposition entre les tenants d'une approche fédéraliste de l'Union et ceux prônant une approche respectueuse des souverainetés nationales **(B)**.

A. L'omission du service public dans le processus d'intégration partielle porté par le traité instituant la CECA

10. La logique de fédéralisme fonctionnel qui sous-tendait le traité CECA, sa conception technicienne d'ensemble[32], son intégration partielle identifiée par des attributions limitées au sein des politiques publiques[33], n'étaient guère favorables à un début d'approche commune des services d'intérêt général, ni *a fortiori* à une reconnaissance de l'obligation de service public. Il n'existe en effet dans ce traité aucune mention spécifique des services d'intérêt général, ni aucune expression analogue. Seul son article 67 – unique article du chapitre 7 relatif aux atteintes aux conditions de concurrence – présente, de manière éloignée, des références qui s'en rapprochent. Il prévoyait que « tout acte d'un État membre

[32] REUTER (P.), « Techniciens et politiques dans l'organisation internationales », in BERGER (G.) (dir.), *Politique et technique*, Paris, P.U.F., 1958, pp. 181-196.

[33] [33] AZOULAI (L.), « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 341-368, *spéc.* p. 346-349.

susceptible d'exercer une répercussion sensible sur les conditions de la concurrence dans les industries du charbon ou de l'acier doit être porté à la connaissance de le Haute autorité par le gouvernement intéressé[34] ». Par exception, le paragraphe 2 prévoyait que « si l'action de cet État comporte des effets dommageables pour les entreprises de charbon ou d'acier […], la Haute Autorité peut l'autoriser à leur octroyer une aide dont le montant, les conditions et la durée sont fixés en accord avec elle[35] ». Son paragraphe 3 énonçait enfin que « si l'action de cet État réduit les différences de coût de production en apportant un avantage spécial, ou en imposant des charges spéciales, aux entreprises de charbon ou d'acier relavant de sa juridiction par comparaison avec les autres industries du même pays, la Haute autorité est habilitée, après consultation du Comité Consultatif et du Conseil, à adresser à cet état les recommandations nécessaires ». Hormis quelques rares arrêts, l'article 67 du traité CECA ne fut guère explicité en pratique. Dans l'affaire *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité* – l'affaire dite de la prime à la poste – portant sur le financement de la prime des mineurs allemands sur des fonds publics, la Cour a considéré que l'article 67 tend « à parer aux atteintes à la concurrence que l'exercice des pouvoirs retenus par les États membres ne peut manquer d'entraîner[36] ». Portant sur « l'incursion nécessaire de la compétence communautaire[37] », cet arrêt n'effectue aucune référence sur les termes employés qui permettraient, rétrospectivement, d'identifier des parallèles avec les services d'intérêt général.

11. Pourtant, l'article 67 CECA, à suivre les Pr. BOSCO et PRIETO, « préfigure le futur article 90 dans le traité [actuel 106 TFUE] de Rome qui visera les droits exclusifs et spéciaux[38] ». L' « avantage spécial » accordé par l'État en vue de réduire les coûts de l'entreprise pourrait en effet être connexe à la notion de « droits spéciaux ou exclusifs[39] ». De même, en renvoyant à des charges spéciales qui pourraient être imposées aux entreprises

[34] TCECA, Chapitre 7, art. 67 § 1.

[35] *Ibid*., art. 67 § 2 al. 3.

[36] CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'Acier*, aff. 30/59, *Rec.* p. 3, *spéc.* p. 47. Voy. également, CJCE, 10 décembre 1969, *Commission contre France*, aff. C-6 et 11/69, *Rec.* p. 523, pts. 42 à 46.

[37] AZOULAI (L.), « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », art. cit.

[38] BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 154.

[39] L'article 90 TCEE utilise l'expression de « droits spéciaux ou exclusifs », et non celle de « droits exclusifs et spéciaux ».

de charbon et d'acier par comparaison avec les autres industries du même pays[40], l'expression de « charges spéciales » pourrait également présenter des liens avec les services d'intérêt économique général. Enfin, l'octroi d'une aide à une entreprise en compensation des effets de l'action d'un État pourrait présenter des similarités avec l'octroi d'une compensation à l'entreprise chargée d'obligations de service public.

12. La similitude entre le traité CECA et le traité CEE demeure cependant très relative, pour ce qui concerne les services d'intérêt général. Outre l'absence de précision dans la pratique sur les notions d' « avantage spécial » ou de « charges spéciales » au sens du traité CECA, elles font référence à des finalités distinctes dans les deux traités. Le premier traité les envisage comme des facteurs qui réduisent les coûts normaux de production des entreprises, tandis que le second les considère comme des déterminants du comportement d'une entreprise, en charge d'activités d'intérêt général, sur un marché concurrentiel. En tout état de cause, le défaut d'intérêt du traité CECA à l'égard des services d'intérêt général n'est guère surprenant : ainsi que le résume l'Avocat général Y. BOT dans l'une des dernières affaires concernant la CECA, « les États membres ont abandonné leurs compétences relatives à l'institution et au fonctionnement du marché sidérurgique et houiller, mais ils ont conservé la responsabilité de leur politique économique générale[41] ». Or, les services d'intérêt général que la jurisprudence de la Cour de justice sous l'empire du traité CEE a identifiés ne présente aucun lien direct avec le charbon et l'acier. Tout au plus peut-on y voir des liens indirects, en matière de transports par exemple. Les compétences retenues des États et l'intégration partielle recherchée par le traité excluent cependant un lien direct avec les services d'intérêt général, à l'inverse du traité CEE.

B. L'incorporation négative du service public dans le traité instituant la CEE

13. En ce qu'il touche l'ensemble des secteurs économiques, le traité instituant la CEE a conduit à une perspective différente de celle contenue dans le traité CECA. Elle s'illustre par l'introduction de deux qualifications significatives portant sur les services d'intérêt général, restées inchangées dans le TFUE. La première, à l'article 93 TFUE[42] prévoit, au

[40] TCECA, art. 67 § 3.
[41] Concl. A.G. BOT (Y.), 11 septembre 2007, *Commission contre Salzgitter AG*, aff. C-408/04 P, *Rec.* p. I-2772, pt. 7.
[42] Ancien article 77 TCEE.

sein de la politique des transports, que sont compatibles avec les traités « les aides qui répondent au besoin de coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » ; la seconde, à l'article 106§2 TFUE[43] établit, au sein de la politique de concurrence que « les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites 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[44] ».

14. Retraçant les débats entre les négociateurs du traité instituant la CEE, S. RODRIGUES souligne que le Baron SNOY (chef de la délégation belge dans le cadre de la conférence de Messine) a affirmé à propos de l'article 90 CEE (actuel 106 TFUE) : « on nous a demandé de ne pas être trop clair parce que sinon, cela aurait difficilement passé devant les parlements…[45] ». Considéré comme une méthode de négociation destinée à dégager un consensus, le recours à des expressions évasives[46] manifeste une réticence des États à accepter une préemption[47] des services d'intérêt général par le droit de l'Union[48] . L'article 90 § 2 TCEE est le résultat de cette conception antagoniste du droit de l'Union opposant l'approche fédéraliste et l'approche souverainiste. Les services d'intérêt général

---

[43] Acien article 90 TCEE.

[44] La seule modification au sein de l'article 90 § 2 CEE (art. 106 § 2 TFUE) est le passage de l'expression « intérêt de la Communauté » à celle d' « intérêt de l'Union » ; BRACQ (S.), L'article 90 (CEE/CE), op. cit. ; CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2 du traité de Rome et les entreprises de réseau », art. cit. ; CHUNG (C.-M.), *The Application of EC Law to Public Enterprises: article 90 of the Treaty of Rome*, op. cit. ; DERINGER (A.), « The interprétation of article 90 (2) of the EEC Treaty », art. cit.

[45] RODRIGUES (S.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Paris, Tec & Doc, 2000, p. 294 ; PESCATORE (P.), *Public and private aspects of community law*, Barry Hawk Editor, New York, 1986, pp. 381-430 ; Cette ambiguïté des termes d'une disposition des traités a été notée dans plusieurs dispositions du droit primaire, voy CARIAT (N.), *La charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États-membres*, Coll. Centre des droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 322

[46] BERGEAL (C.), *Manuel de légistique*, Coll. Les indispensables, Paris, Berger-Levrault, 8ème ed., 2018 ; PERALDI-LENEUF (F.) (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne : quelle nouvelle approche ?*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2012.

[47] Sur la préemption du droit de l'Union, voy. AZOULAI (L.), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, n°1, mars 2008, pp. 29 et s.

[48] Sur l'usage des termes confus au sein de l'article 90 CEE, SCHINDLER (P.), « Public enterprises and the EEC Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1970, p. 57. Il est significatif d'observer que la première affaire portant sur l'article 90 CEE a amené l'Avocat général à user de travaux doctrinaux pour tenter d'en appréhender les termes, en l'occurrence deux colloques ayant eu lieu respectivement en 1963 à Bruxelles et en 1969 à Bruges, Concl. A.G. DUTHEILLET DE LAMOTHE (A.), 1er juillet 1971, *Ministère public luxembourgeois contre Madeleine Muller, veuve J. P. Hein e.a. (dite Port de Merter)*, aff. 10/71, *Rec.* p. 723.

intègrent certes le droit de l'Union, mais l'absence de références aux catégories juridiques nationales et le défaut d'une définition précise contribuent à faire de l'article 90 § 2 TCEE une disposition à vocation sécurisante. Ils ont en conséquence intégré le traité CEE timidement, et de manière ambivalente. Sans qu'il fassent l'objet de précisions, les services d'intérêt général intègrent le traité de manière négative, en étant conçus comme un instrument dérogatoire au droit commun : le principe de l'interdiction des aides d'État ne vaut pas pour les services publics dans le domaine des transports ; plus largement, les interdictions au marché intérieur et au droit de la concurrence ne valent pas nécessairement pour les services d'intérêt économique général.

15. Les services d'intérêt général ont constitué un prisme délaissé du droit de l'Union jusqu'à l'adoption du livre blanc de 1985 de la Commission sur la réalisation du marché intérieur, lequel a précédé l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht[49]. Seul le règlement 1191/69 y fait référence et les présente comme une disparité faussant substantiellement les conditions de concurrence et devant être supprimée[50]. Il s'agit toutefois d'un texte isolé, au demeurant peu appliqué. De là à conclure que la construction européenne tend à supprimer le service public, il y a un pas qu'il convient de ne pas franchir[51]. Il y a davantage un délaissement du service public, suscitant des craintes - alors appuyées par le

[49] C'est un constat qu'a tiré le Pr. GRARD à propos des relations entre les transports aériens et l'ancien article 90 § 2 TCEE (actuel 106 § 2 TFUE), GRARD (L.), *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire. Contribution à l'étude du droit positive et prospective juridique*, Bordeaux, Université Bordeaux I, Thèse dactyl., 1992 (2 tomes), pp. 214-215.

[50] Règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin 1969, p. 1, *cons.* 1.

[51] Ce constat est mis en évidence par KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie et pensée laïcisée », art. cit.

processus de réalisation du marché intérieur[52] –, que les institutions nationales et la doctrine n'eurent de cesse d'exposer[53].

§2. LA PERSPECTIVE D'UNE CONCILIATION ENTRE LE SERVICE PUBLIC ET LES FINALITES POURSUIVIES PAR LE DROIT DE L'UNION

16. La multiplication des initiatives destinées à réaliser le marché intérieur s'est accompagnée d'un renforcement des références aux services d'intérêt général. Ceux-ci n'ont pas échappé au processus d'attraction et de préemption du droit de l'Union, tant sous l'impulsion de la Cour de justice **(A)** qu'en raison de nombreuses prises de position des États et des institutions **(B)**.

A. La détermination par le juge de la mise en balance de l'intérêt général avec les finalités économiques de l'Union

17. Le mouvement de reconnaissance des services d'intérêt général par le droit de l'Union s'est d'abord réalisé par l'identification d'un antagonisme caractérisant les relations entre les États et l'Union. En cohérence avec son esprit de système, la Cour de justice a, suivant une formule-type dégagée à partir de l'arrêt *Commission contre France*, considéré que l'article 106 § 2 TFUE « vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique et sociale, avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun[54] ». La portée de cette formule doit être comprise et mise en perspective avec la spécificité du système juridique de l'Union.

---

[52] Discours télévisé d'Alain JUPPÉ du 10 décembre 1995 : « Ce qui me frappe dans la situation de la France [...] et cette crise est, de ce point de vue, une sorte de révélateur, ce sont [...] des inquiétudes très profondes, peurs qui vont au-delà de la simple actualité et qu'il va falloir essayer de dissiper [...]. Nous ne [...] laisserons pas remettre en cause (les services publics à la française). Par qui ? il faut être clair : par la Commission de Bruxelles, qui a souvent une approche très idéologique [...] qui est de dire qu'il faut casser les services publics pour introduire le système privé et la concurrence dans tous ces domaines. Nous allons faire une révision constitutionnelle bientôt [...]. A cette occasion, le gouvernement est prêt à faire une proposition pour que, dans le préambule de la constitution [...], on écrive noir sur blanc que la France ne laissera pas démanteler, par qui que ce soit, le service public [...]. il va y avoir [...] des négociations entre les membres de l'Union européenne [...], une conférence intergouvernementale en 1996. Nous sommes prêts à poser le problème pour qu'on inscrive aussi dans le Traité de l'Union européenne qu'on respecte les services publics [...] ».

[53] BELLOUBET-FRIER (N.), « Service public et droit communautaire », *A.J.D.A.*, 20 avril 1994, pp. 270 et s. ; CE, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Rapport public, 1994, p. 38.

[54] CJCE, 19 mars 1991, *France contre Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-1223, pt. 12, reprise dans CJCE, *Commission contre France*, préc., pt. 55 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, aff. C-57/96,

18. En jugeant que l'Union européenne est un ordre juridique nouveau de droit international[55], puis un ordre juridique propre[56], constitué par des traités qui en sont la charte constitutionnelle de base[57] fondant l'Union de droit[58], la Cour de justice distingue l'ordre juridique de l'Union des ordres juridiques nationaux et du système international. Considérée comme « un système fondé sur l'Union de règles primaires et secondaires, et doté d'un certain degré d'autonomie à l'égard de toute ordre juridique[59] », l'Union poursuit des intérêts qui ne se confondent pas avec ceux des États membres et inversement[60]. Le principe de primauté trouve ici son intérêt puisqu'il a servi à résoudre de tels conflits[61], auxquels les SIEG n'échappent pas[62]. Il n'en résulte pas pourtant une opposition systématique entre les intérêts de l'Union et ceux des États. Les relations entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux obéissent à une logique de superposition car l'Union « n'a pas d'autre champ d'application que celui qui s'ouvre dans les espaces nationaux[63] ». Aussi, comme le résume le Pr. BLUMANN, « les choses ne sont pas aussi simples car les intérêts

---

Rec. p. I-5751, pt. 103 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Brenjens' Handelsonderneming BC et Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwaterialen*, aff. C-115 à 117/97, *Rec.* p. I-6025, pt. 103 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV et Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, aff. C-219/97, *Rec.* p. I-6121, pt. 93 ; CJCE, 13 mai 2003, *Commission contre Espagne*, aff. C-463/00, *Rec.* p. I-4581, pt. 82 ; TPIUE, 1 juillet 2010, *M6 et TF1 contre Commission*, aff. T-568/08 et T-573/08, *Rec.* p. II-3397, pt. 137 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Enel Produzione SpA contre Autorità per l'energia elettrica e il gas*, aff. C-242/10, *Rec.* p. I-13665, pt. 41 ; TPIUE, 16 octobre 2013, *TF1 et M6 contre Commission*, aff. T-275/11, EU:T:2013:535, pt. 131 ; CJCE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier Ministre e.a.*, aff. C-121/15, EU:C:2016:637, pt. 43.

[55] CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos et administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec.* p. 7, *spéc.* p. 23.

[56] CJCE, 25 juillet 1964, *Flaminio Costa contre Enel*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141, *spéc.* p. 1188.

[57] CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt. 23.

[58] CJUE, 18 décembre 2014, Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, avis 2/13, EU:C:2015:2454. Not. PICOD (F.), *J.C.P. G.*, 2015, 145 ; PICOD (F.), RIDEAU (J.) L'avis 2/13 : morceaux choisis », *R.A.E.*, n°1, 2015, pp. 7 et s. ; SIMON (D.), *Europe*, n°2, février 2015, étude 2 ; SZYMCZAK (D.), *A.J.D.A.*, 2015, 268 ; LABAYLE (H.), SUDRE (F.), *R.F.D.A.*, 2015. 3 ; JACQUE (J.P.) *R.T.D. eur.*, 2014. 823.

[59] BAILLEUX (A.), DUMON (G.), *Le pacte constitutionnel européen. Tome 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Coll. idées d'Europe, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 106-108.

[60] Concl. A.G. BOBEK (M.), *Pula Parking d.o.o contre Sven Klaus Tederahn*, aff. C-551/15, EU:C:2016: 825, pt. 96 et les notes de bas de page : l'avocat général fait ainsi explicitement la différence entre l'intérêt de l'Union et l'intérêt des États membres. Not. KAUFF-GAZIN (F.), *Europe*, n°12, Décembre 2001, not. 348 ; Concl. A.G. SZPUNAR (M.), 2 juin 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, aff. C-148/15, EU:C:2016:394, pt. 1 : « Trancher entre l'intérêt de l'Union dans la libre circulation et les intérêts des États membres dans la poursuite d'objectifs d'ordre public non économiques est une tâche délicate que le temps qui s'est écoulé n'a pas amoindrie ».

[61] BLUMANN (C.), « Conclusions générales : objectifs et intérêt de l'Union européenne », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, op. cit., p. 418.

[62] Concl. A.G. OTTO LENZ (C.), 11 janvier 1994, *Banco Exterior de España*, p aff. C-387/92, *Rec.* p. I- 877, pt. 57.

[63] GAUDIN (H.), « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *R.A.E.*, n°1, 2003/2004, pp. 7 et s.

généraux particuliers que véhiculent ou que défendent les États membres sont souvent le produit de principes ou de valeurs que l'Union elle-même en tant qu'entité ne saurait dénier[64] ». L'intégration européenne se conçoit également et au moins partiellement à travers la préservation des spécificités des États[65]. Le droit des aides d'État en fournit une illustration, puisque, interdite par l'article 107 § 1 TFUE, une aide d'État peut néanmoins être compatible avec le droit de l'Union si elle est liée à « un projet important d'intérêt européen commun[66] ».

19. Présentée comme une formule « quelque peu caricaturale[67] », appelant à une modification[68], l'antagonisme entre l'intérêt des États membres et l'intérêt de l'Union dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE a montré que l'attraction et la préemption du droit de l'Union sur les services d'intérêt général se sont montrées largement favorables aux États. Inchangée[69], cette formule est illustrée par la Cour de justice à partir de l'arrêt *Corbeau* en posant le principe selon lequel l'actuel article 106 § 2 TFUE « permet 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 des opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs[70] ». Conforté par l'arrêt *Almelo*[71] et illustré depuis lors à de multiples

---

[64] BLUMANN C., « Conclusions générales : objectifs et intérêt de l'Union européenne », art. cit., p. 421 ; RITLEG (D.), « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *R.T.D. eur.*, n°4, 14 décembre 2012, pp. 677 et s.

[65] DE WITTE (B.), « A Competence to Protect: The Pursuit of Non-Market Aims through Internal Market Legislation », in SYRPIS (P.) (dir.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 25-46.

[66] TCEE, art. 92 § 3 b) ; TFUE, art. 107 § 3 b). Sur les aides d'État, voy. KARPENSCHIF (M.), *Droit européen des aides d'État*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2015.

[67] PICOD (F.), « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in *A man for all teaties, Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 769.

[68] DE LA ROSA (S.), « De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés. A propos de l'intervention étatique sous forme de prix réglementés sur le marché du gaz », *R.A.E.*, n°3, 2016, p. 534.

[69] C. LAMBERT rappelle que le droit de l'Union est le fruit de consensus difficiles qui ont pour corollaire une certaine cristallisation des formulations jurisprudentielles LAMBERT (C)., « La motivation et le style des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne », in COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie et application des droits communautaire et européen*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 181 et 182.

[70] CJCE, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, préc.

[71] CJCE, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, préc.

reprises[72], l'arrêt *Corbeau* illustre de quelle façon le juge a préservé l'usage des services d'intérêt général par les États en évitant, contrairement à la notion d'aide ou d'entrave, d'en systématiser la qualification juridique, en évitant de procéder à l'identification d'un service public d'intérêt général par le recours à une formule type. La méthode qui en résulte, casuistique et respectueuse des États, a été amplifiée tant par de multiples interventions de la Commission, des co-législateurs, qu'à l'occasion des révisions des traités.

B. L'entreprise de valorisation des services d'intérêt général

20. L'intégration des services d'intérêt général en droit de l'Union s'est poursuivie à l'occasion de l'insertion en droit primaire, par les traités d'Amsterdam, de Nice et de Lisbonne, respectivement de l'article 14 TFUE[73] et du protocole 29[74], de l'article 36 de la Charte[75], et du Protocole 26 sur les services d'intérêt général. Destinés à donner un élan supplémentaire à la jurisprudence de la Cour de justice, ces supports normatifs insistent, en évitant toute référence aux catégories juridiques nationales, sur l'importance des services d'intérêt général dans la construction européenne et sur la marge d'appréciation que doivent conserver les États membres dans leur mise en œuvre. Sans apporter de précision sur la

---

[72] CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contre Lankreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, *Rec.* p. I-8089 ; CJCE, 30 mars 2006 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl e.a.*, aff. C-451/03, *Rec.* p. I-2941 ; CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843.

[73] « Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». Sur la génèse de l'article 14 TFUE, CHARBIT (N.), « Le financement des missions de service public au regard du Traité d'Amsterdam », *G.D.P.*, n°160, juin 2000, p. 18 ; RODRIGUES (S.), « Les services publics et le traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE », *R.M.C.U.E.*, n° 414, janvier 1998, p. 37. Le traité de Lisbonne a ajouté « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services », PINGEL (I.) (dir.), *De Rome à Lisbonne, Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing Lichtenhahn/Dalloz/Bruylant, Munich/Paris/Bruxelles, 2ème ed., 2010 ; PRIOLLAUD (F.-X.), SIRITZKY (D.), *Le traité de Lisbonne*, Paris, La documentation française, 2008.

[74] Portant spécifiquement sur le service public de radiodiffusion, LEVY (D.), *Europe's Digital Revolution:Broadcasting Regulation, the EU and the National State*, London and New York, Routledge, 1997.

[75] « L'union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union », PICOD (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*., Coll. Droit de l'Union européenne – Textes et commentaires, Bruxelles, Bruylant, 2018 ; CARIAT (N.), *La charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États-membres*, op. cit., pp. 224 et s.

consistance des notions, il en résulte un mouvement général de valorisation des services d'intérêt général par le droit primaire, lequel s'est poursuivi sur le plan sectoriel dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités en réseau[76]. Considérées au sein des États membres, et même au-delà[77] comme des activités essentielles, ces notions ont fait l'objet d'une harmonisation à l'échelle européenne se traduisant par la multiplication tant des références aux services d'intérêt général que des terminologies associées. Outre l'insertion d'expressions telles que « service universel », « service d'intérêt général », « service non économique d'intérêt général », « service social d'intérêt général », « services essentiels », on retrouve plus rarement celles de « service public d'intérêt général[78] », ou encore de « service public d'intérêt économique général[79] ». Révélatrice d' « une approche européenne récente, incertaine, hésitante et nuancée[80] », cette multiplication des terminologies concoure pourtant sous la « méta-catégorie[81] » des services d'intérêt général à préserver l'utilisation par les États des entreprises à des fins économiques et sociales.

21. Engageant un processus de transformation des catégories juridiques de service public propres aux droits nationaux[82] et plus généralement du rôle de l'état dans l'économie[83], l'intégration des services d'intérêt général par le droit de l'Union s'est en conséquence traduite par la recherche d'une conciliation entre la concurrence et la réalisation d'objectifs

---

[76] Sur la mise en œuvre de la régulation sectorielle, voy. BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (Ch.), DU MARAIS (B.), SÉE, (A.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, 2016 ; POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en Europe*, op. cit. ; SOLE (D.), « Services of General Economic Interest in the EU : A 50-Year-Battle Between Liberalization, Deregulation and Subsidiarity », *Eur. J. L.*, 2003, pp. 335-408 ; RODRIGUES (S.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, op. cit.

[77] KERF (M.), GERADIN (D.), « Controlling Market Power in Telecommunications : Antintrust vs Secti-Specific Regulation », *Berkeley Technology L. J.*, 1991, pp. 919 et s.

[78] Concl. A.G. DARMON (M.), 8 avril 1992, *British gaz*, aff. C-188/89, *Rec.* p. I-4081

[79] Trib., 16 septembre 2013, *Iliad e.a. contre Commission*, aff. T-325/10, EU:T:2013:472, pt. 165.

[80] TRUCHET (D.), « Les catégories de « services publics » en droit de l'Union », in BERTRAND (B.), (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 317-330, *spéc.* pp. 319-321.

[81] MARTUCCI (F.), « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? », in BERTRAND (B.), (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 334.

[82] GUGLIELMI (G.-J.), « Exit les lois de Rolland, la nouvelle ère de principes de fonctionnement garantis », op. cit., p. 822 et s.

[83] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit ; KOVAR (J.-Ph.), *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, Université Strasbourg III, thèse dactyl., 2005.

d'intérêt général par les États membres[84], dont l'analyse pourrait être enrichie par l'étude de l'obligation de service public[85].

Section 2. **L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

22. Les services d'intérêt général mobilise pléthores d'autres notions du droit de l'Union européenne avec lesquelles ils interagissent, en particulier le marché intérieur et le droit de la concurrence depuis la fin des années 1980. Ces interactions n'ont pas été sans conséquences puisqu'elles ont amené à saisir les services d'intérêt général à travers des catégories juridiques bien balisées du droit de l'Union telles que l'entrave, l'entente, les abus de position dominante, les aides d'États. Il en a résulté un enrichissement réciproque par lequel les services d'intérêt général ont été lissés par l'application des règles du droit de l'Union ; inversement, les catégories juridiques classiquement mobilisées dans le cadre du marché intérieur et du droit de la concurrence ont été adaptées à la présence des services d'intérêt général. Ces interactions ont parfois conduit à la nécessité de créer de nouvelles catégories juridiques (typiquement le principe de proportionnalité) ou d'en amplifier certaines préexistantes (typiquement les raisons impératives/impérieuses d'intérêt général) afin de réaliser cette conciliation. Cela explique d'ailleurs plus généralement que le droit de l'Union est pétri de notions fonctionnelles, à l'image sur un tout autre terrain, du principe de l'équilibre institutionnel. Ce mouvement d'amplification a concerné l'obligation de service public, qui, sans être spécifique au droit de l'Union **(§1)**, est une terminologie à l'origine cantonnée à un seul domaine matériel du droit de l'Union **(§2)**. L'amplification de la notion dans d'autres domaines de compétences s'explique par l'intérêt fonctionnel que les institutions européennes ont souhaité lui accorder, au détriment d'une recherche d'ensemble de la notion qui se révèle dès lors associée à une pluralité de sens **(§3)**.

---

[84] GRARD (L.), « Libre concurrence et services publics. Avec ou sans constitution l'union européenne maintient le cap de la conciliation des impératifs », *R.A.E.*, n°2, 2006, pp. 255 et s.

[85] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit. ; KAROVA (R.), *Liberalization of Electricity Market and Public Service Obligations in the Energy Community*, Coll. Energy and Environmental Law & Policy Series, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012 ; KATSIREA (I.), *Public Broadcasting Standards and European Law. A Comparative Examination of Public Service Obligations in Six Member States*, Coll. Information Law Series, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.

§1. UN QUALIFICATIF NON SPÉCIFIQUE AU DROIT DE L'UNION

23. L'obligation de service public est née, ou peut-être plus exactement, s'est révélée en droit français dans un contexte parfois présenté de crise du service public[86], ou, de manière plus mesurée, dans un contexte de mutation des modes de gestion de celui-lui. Ainsi à rebours de la qualification d'un service public par renvoi à une activité d'intérêt général gérée par une personne publique disposant à cet égard de prérogatives exorbitantes du droit commun, l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest Africain* du 22 janvier 1921 a admis la possibilité qu'une personne publique gère un service public comme une personne privée sans user de prérogatives de puissance publique[87], et les arrêts *Société anonyme des établissements Vezia* et *Caisse primaire Aide et protection* des 20 décembre 1935 et 12 mai 1938 qu'une personne privée puisse être en charge d'un service public administratif[88]. Quant à l'obligation de service public, elle n'est ni associée à la gestion privée par une personne publique d'une activité économique, ni à la gestion d'un service public administratif par une personne privée, mais se présente davantage comme une forme de service public par inadvertance[89] dont la réalisation n'est pas initiée par la personne publique, mais est impulsée directement par une personne privée. Elle se retrouve associée en droit français à travers la théorie du service public virtuel proposée par les rapporteurs publics Pierre LAROQUE et Bernard CHENOT à l'occasion de plusieurs recours pour excès de pouvoir introduits à l'encontre d'actes administratifs unilatéraux encadrant l'exercice d'activités économiques[90]. Pierre LAROQUE a en effet considéré qu'« il est certain qu'un entrepreneur qui offre régulièrement ses services au public sur une route ou dans un port, collabore par là même à l'exécution du service public que constitue l'exploitation de la route ou du port[91] », posture relayée et enrichie par Bernard CHENOT pour lequel cette théorie renvoie à « certaines activités d'intérêt général non susceptibles d'être exercées dans des conditions satisfaisantes par le libre jeu d'une entreprise privée, [qui] présentent ainsi le caractère de

---

[86] DE CORAIL (J.-L.), *La crise de la notion de service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1954.

[87] TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, req. n°00706.

[88] CE, 20 décembre 1935, *Société anonyme des établissements Vezia* , req. n°39234 ; CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, req. n°57302.

[89] BORDEREAUX (L.), *Service public et manutention portuaire : les déboires d'un couple méconnu*, Nantes, Université de Nantes, thèse dactyl., 1999.

[90] CE, sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, req. n°99532 ; CE, sect., 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, req. n°66679 ; CE, sect., 6 février 1948, *Société Radio-Atlantique*, *Rec.* p. 65 ; CE, sect., 6 février 1948, *Compagnie carcassonnaise de transports en commun*, *Rec.* p. 69.

[91] Dans l'affaire, CE, sect., *Société des autobus antibois*, préc.

services publics virtuels et peuvent être soumises à un régime de service public par une simple intervention de l'autorité administrative et, notamment, par le biais d'une autorisation domaniale assortie d'obligations de service public[92] ». Signe que le droit public appliqué aux anciennes colonies françaises a contribué à la construction du droit administratif[93], cette théorie du service public virtuel est consacrée par le Conseil d'État à partir de l'arrêt *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*. Après avoir noté « que les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituent des éléments du service public à l'exécution duquel le domaine public maritime est normalement destiné », le Conseil d'État a jugé « qu'il [le gouverneur de Madagascar] lui appartenait de soumettre, comme il l'a fait, à des obligations de service public les bénéficiaires des autorisations d'outillage accordées en vue d'assurer la satisfaction des besoins des usagers des ports de la colonie ».

24. La théorie du service public virtuel a suscité des réserves[94]. En renvoyant « dans une certaine mesure, [à] transformer une activité privée en un service public[95] », l'obligation de service public ne traduit pas, contrairement à la définition usuelle du service public, « toute activité d'une collectivité visant à satisfaire un besoin d'intérêt général[96] ». Elle conduit davantage à identifier d'un côté une activité de service public, et de l'autre l'obligation de service public dont la caractéristique principale est de présenter des liens avec une telle activité, ce qu'une analogie avec la théorie de l'accessoire en droit administratif des biens contribue à confirmer[97]. En l'occurrence dans l'affaire *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, l'activité de service public concerne l'exploitation du domaine public maritime tandis que l'obligation de service public est utilisée pour imposer des sujétions à des activités qui lui sont connexes, ou plus exactement, intriquées. Il reste cependant que l'obligation de

---

[92] Dans l'affaire, CE, sect., *Société Radio-Atlantique*, préc.

[93] LAVIALLE (Ch.), « La réserve des cinquante pas du Roi ou la naissance du domaine public », *R.F.D.A.*, n°3, 9 juillet 2014, pp. 451 et s.

[94] Voy. en particulier la note de Marcel WALINE sur cet arrêt, WALINE (M.), « Vicissitudes récentes de la notion de service public », *La Revue administrative*, n°5, 1948, pp. 23-25 ; DE CORAIL (J.-L.), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », art. cit.

[95] GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 740.

[96] Voy. *Supra*.

[97] L'intégration d'un bien au domaine public peut se justifier par la présence d'un lien matériel avec le domaine public et par la présence d'un lien fonctionnel. Dans cette dernière hypothèse, l'appartenance au domaine public s'explique parce que « le bien accessoire sert la fonction de la dépendance domaniale », AUBY (J.-M.), BON (P.), AUBY (J.-B.), TERNEYRE (Ph.), *Droit administratif des biens*, Coll. Précis, Paris, Dalloz, pp. 48-50. Par analogie, les activités de remorquages et d'outillages dans les ports servent la fonction du domaine public portuaire.

service public est isolée en droit administratif (lorsqu'elle n'est pas associée au droit de l'Union), et c'est d'ailleurs probablement pourquoi la doctrine autorisée ne l'intègre pas aux vicissitudes de la notion du service public[98]. Si l'on eut pu penser qu'elle trouverait un terrain d'expansion spécifiquement dans le cadre des autorisations d'occupation du domaine public[99], cette généralisation n'a pas eu lieu. Ainsi, en rejetant la qualification d'un service public pour une boutique de duty free, le Conseil d'État, dans l'arrêt *CCI Pointe-à-Pître,* ne fait aucunement référence à l'obligation de service public alors que l'activité est affectée au service public et qu'elle se voit imposer des sujétions liées au domaine public aéroportuaire[100]. En outre, il existe de rares références à la terminologie en dehors du droit administratif des biens pour certains services publics administratifs et industriels et commerciaux, sans que ce cantonnement puisse au demeurant s'expliquer, à l'image des obligations de service public grevant les services pénitentiaires[101], les services départementaux d'incendie et de secours (SDIS)[102], la gestion des écoles[103], la mission de préservation des bois et forêts appartenant à l'État et assurée par l'office nationale des forêts[104], ou encore la mission incombant aux sociétés de courses de chevaux[105].

25. Au-delà du droit français, l'obligation de service public est une terminologie qui s'illustre dans d'autres États. Sa distanciation avec le droit de l'Union n'est cependant pas évidente, le Royaume-Uni n'utilise la notion essentiellement que dans le cadre des

---

[98] Le discours de l'ancien Président de la section du contentieux Bernard STIRN, à l'occasion d'un discours au colloque d'Athènes des 19 et 20 octobre 2017 (retranscrit sur le site du Conseil d'État) ne fait pas référence à l'obligation de service public et aux contentieux dans lesquels elle prend racine lorsqu'il évoque la crise du service public.

[99] Domaine public terrestre dans l'affaire *Société des autobus antibois*, domaine public maritime dans l'affaire *Compagnie maritime de l'Afrique oriental*, domaine public hertzien dans l'affaire *Société Radio-Atlantique* (dirons-nous par commodité, sa reconnaissance officielle n'étant intervenue que plus tardivement).

[100] CE, 19 janvier 2011, *CCI Pointe-à-Pître*, req. n°341669. Not. ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°3, mars 2011, comm. 86. Il est vrai pourtant, que contrairement à la théorie du service public virtuel, le concours d'une telle activité au service public de gestion aéroportuaire reste marginal contrairement aux activités de remorquages dans un port.

[101] Cons. const., 29 août 2002, *loi d'orientation et de programmation de la justice*, DC 2002-461.

[102] CAA. Marseille, 6 juin 2017, *Syndicat autonome des sapeurs-pompiers professionnels et des personnels administratifs techniques et spécialisés du Gard*, req. n°15MA01034, *cons.* 8 : les SDIS sont soumis à « *des obligations de continuité du service public* » fixées par le code général des collectivités territoriales.

[103] CE, 11 décembre 1987, *Commune de Pointe-à-Pitre*, req. n°26246.

[104] L'article L. 221-3 du nouveau code forestier dispose qu'un contrat pluriannuel fixe les obligations de service public que l'office devra remplir, CE, 19 janvier 2015, *Commune d'Auberive*, req. n°360009.

[105] Décret n°2010-1314 du 2 novembre 2010 relatif aux obligations de service public incombant aux sociétés de courses de chevaux et aux modalités d'intervention des sociétés mères, *J.O.R.F.* n°256 du 04 novembre 2010, pp. 19742 et s. Voy. récemment, CE, 12 octobre 2018, *Société d'entrainement Mathieu B…*, req. n°410998.

transports[106], et ce, depuis l'entrée en vigueur de plusieurs actes législatifs adoptés par le Conseil et le Parlement européen y relatifs, constat qui vaut également pour la Belgique[107]. Plus intéressante est en revanche l'étude du droit applicable aux États-Unis. Évoquée en effet dès 1956 par renvoi à des obligations imposées à des dessertes journalières aux transporteurs aériens souhaitant développer leurs services dans un État fédéré[108], l'obligation de service public (*public service obligations*) est récurrente à partir de l'arrêt *Munn v. Illinois* relatif à la détermination par la Ville de Chicago d'un prix maximal pouvant être appliqué par les entreprises de stockage de céréales. Appelée à se prononcer sur la conformité de cette mesure avec le 14ème amendement (interdiction de priver les citoyens de leur propriété), la Cour Suprême a jugé que les États peuvent imposer des obligations de service public portant sur le contrôle des prix des activités « affected with the public interest[109] ». Cet arrêt est le point de départ de la création par les États-fédérés des « Public Service Commissions » ayant notamment pour mission d'approuver le caractère juste et raisonnable » des tarifs de certaines activités[110] et s'illustrant plus largement comme un moyen pour les États-Unis de s'immiscer dans la réglementation d'activités économiques qui, si elles ont pu être impulsées par les États (on pense par exemple à la ligne ferroviaire transcontinentale traversant d'est en ouest les États-Unis à la fin des années 1860), sont gérées par des entreprises privées.

§2. L'EXTENSION D'UNE QUALIFICATION SECTORIELLE

26. L'obligation de service public est dès l'origine associée en droit de l'Union au domaine des transports, association privilégiée qui continue d'ailleurs de s'observer aujourd'hui. Bien que la CECA ne se soit pas concentrée, pour des raisons évoquées, sur la notion de service public, on note de manière marginale que l'Avocat général ROEMER y fait

---

[106] Recherche avec l'expression « public service obligations » dans la base de données legislation.gov.uk et bailii.org.

[107] Recherche avec l'expression « obligations de service public » dans la base de données du moniteur belge.

[108] ADAMS (J.), « Future of the Local Service Carriers Public Service vs. Federal subsidy », *J. Air L. & Com.*, 1956, pp. 127-146.

[109] *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876).

[110] ANÍBAL AVILÉS PAGÁN (L.), « The Role of the European Union's Competition Rules in Shaping the Electric Energy Markets in Europe », *Rev. Jur. U.P.R.*, n°82, pp. 84-119, *spéc.* pp. 88-89. Sur des manifestations de l'obligation de service public aux Etats-Unis, PETRASH (J.), « Long-Term Natural Gaz Contrats : Dead, Dying, or Merely Resting ? », *Energy L. J.*, 2006, pp. 545-582 ; RICE (D.), « Regulation of Direct Broadcast Satellites:International Constraints and Domestic Options », *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 813 et s.

une très brève mention dans l'affaire *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'est de la France e.a. contre Autorité de la CECA* relative aux tarifs intérieurs de transports de minéraux. L'expression est utilisée dans un rapport allemand intitulé « Les chartes étrangères à l'exploitation et les obligations de service public des chemins de fer fédéraux allemand » sur lequel le ministère des transports se fonde pour octroyer des subventions à la Bundesbhan, ancienne Deutsche Bahn[111], sans cependant que l'on puisse en appréhender la portée contrairement à ses manifestations à partir du traité CEE.

27. L'obligation de service public apparaît dans le traité CEE dans le cadre de la politique des transports à l'article 77 (actuel 93 TFUE) – inchangé depuis 1957– selon lequel « Sont compatibles avec les traités 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 ». L'expression de « servitudes inhérentes à la notion de service public » est remplacée dans la pratique dès 1969 par l'obligation de service public[112], réutilisée dans plusieurs textes harmonisant les règles applicables aux transports[113] et devenue l'expression couramment utilisée. Cette liaison privilégiée entre l'obligation de service public et les transports n'en est pour autant pas exclusive. La terminologie s'est depuis largement illustrée en dehors de ce domaine et irrigue d'autres champs dans lesquels elle est pourtant ignorée par le droit primaire.

28. Le débordement de l'obligation de service public au-delà du domaine des transports s'est amorcé sous deux dynamiques, l'une portée par le juge dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE, l'autre par la Commission et les co-législateurs dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activité en réseau. La Cour de justice qualifie un SIEG à partir de l'arrêt

---

[111] Concl. A.G. ROEMER (K.), 1er avril 1960, *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'est de la France e.a. contre Autorité de la CECA*, aff. 24 et 34/58, *Rec.* p. 643.

[112] Règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin1969, p. 1.

[113] Règlement (CEE) 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre ciruclation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, *J.O.C.E.* n° L 364 du 12 décembre 1992, p. 7 ; Règlement (CEE) 2409/92 du Conseil du 23 juillet 1992 sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens, *J.O.U.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 15 ; Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 1, art. 2 sous e) ; Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3 ; Règlement (UE) 2017/35 du 15 février 2017 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 3 mars 2017, p. 1.

Commission contre France par renvoi aux obligations pesant sur l'entreprise chargée du service[114], amenant le Pr. PICOD à observer que l'obligation de service public devient systématiquement associée au contenu matériel des services d'intérêt général[115]. Ce mouvement s'illustre également à travers les tentatives de généralisation des règles applicables aux services d'intérêt général par la Commission, qui sont « des services considérés par les autorités publiques des États membres comme étant d'intérêt général et faisant par conséquent l'objet d'obligations de service public spécifiques[116] ». Enfin, les différentes étapes de l'ouverture à la concurrence des activités en réseau se traduisent par une multiplication des références à l'obligation de service public[117]. Au cœur du 4ème paquet ferroviaire adopté en décembre 2016[118], l'obligation de service public a occupé également une place dans les négociations sur l'adoption d'un code des communications électroniques européen[119] et dans la récente adoption des directives dans le domaine de l'électricité[120].

---

[114] CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre France*, préc., not. JAN SLOT (P.), « Cases C-157/94, Commission v. Netherlands; C-158/94, Commission v. Italy; C-159/94, Commission v. France; C-160/94, Commission v. Spain; C-189/95, Harry Franzén; judgments of 23 October 1997, Full Court, [1997] ECR I-5699, I-5789, I-5815, I-5851, I-5909 », *C.M.L. Rev.*, 1998, pp. 1183-1203. Rétrospectivement, les obligations identifiées par le juge dans les arrêts *Corbeau* et *Almelo* sont des obligations de service public, mais il n'a pas employé cette terminologie.

[115] PICOD (F.), « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », art. cit. p. 772.

[116] Les services d'intérêt général en Europe, 11 septembre 1996, COM(96) 443 final ; Les services d'intérêt général en Europe, 20 septembre 2000, COM(2000) 580 final ; Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM(2003) 270 final ; Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004, COM(2004) 374 final ; Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 final ; Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, 20 décembre 2011, COM(2011) 900 final.

[117] Par exemple, sous l'angle de l'obligation de service universel, Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51 ; Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14.

[118] Règlement (UE) n°2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22 ; Sur le ferroviaire, voy. RAPOPORT (C.) (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Larcier, 2015.

[119] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un code des communications électroniques (refonte), COM(2016) 590 final.

[120] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur le marché intérieur de l'électricité (refonte), 23 février 2017, COM (861) final ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (refonte), 23 février 2017, COM (2016) 863 final ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché de l'électricité (refonte), 21 avril 2017, COM (2016) 864 final/2. Sur l'énergie, Des accords ont été trouvés ces derniers mois, laissant à penser que le projet « Union de l'énergie » sera adopté courant 2019.

29. Le débordement de l'obligation de service public au-delà de son domaine initial de rattachement s'explique par la fonction que le droit de l'Union européenne lui a assignée, fonction qui est à l'origine d'une multiplication des sens de la terminologie n'aidant pas à en faciliter l'appropriation.

§3. LA PLURALITÉ DE SENS ASSOCIÉS À L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

30. L'intérêt fonctionnel de l'obligation de service public est apparu très tôt en droit de l'Union par l'intermédiaire du Conseil, au prix de certains aménagements des termes utilisés par le droit primaire **(A)**. Les institutions européennes préfèrent plus généralement encadrer l'obligation de service public par renvoi à de nombreux standards juridiques, manifestant par là le rejet partiel d'une lecture matérielle de la notion **(B)**.

A. Une définition fonctionnelle non généralisée

31. En utilisant à l'article 93 TFUE la terminologie de « servitudes inhérentes à la notion de service public » plutôt que de celle « d'obligations de service public », et ne l'accompagnant d'aucune précision, les rédacteurs du traité CEE se sont montrés peu explicites. On aurait tort cependant d'attribuer uniquement à la sensibilité de la matière les raisons de cette confusion. Si les pères fondateurs ont souhaité à partir du CEE définir des modalités d'encadrement de l'ensemble des activités économiques, on sait pourtant qu'ils étaient bien en peine pour nombre d'entre elles d'en envisager les modalités[121]. L'intérêt du recours à l'interprétation exégétique s'en trouve réduit, lacune que l'interprétation littérale peut compenser ainsi que l'a récemment illustré l'arrêt *Andy Wightman* sur l'article 50 TUE[122]. Son usage à travers l'article 93 TFUE est cependant loin d'être pertinent. Suivant une définition commune, la servitude est inhérente au droit de propriété et s'analyse comme « une technique de démembrement, laquelle consiste à détacher certaines utilités de

[121] Les travaux préparatoires de la libre circulation des personnes, des services, et des capitaux sont à cet égard éclairants, DE LA ROSA (S.), « L'écriture des libertés de circulation », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), *L'unité des libertés de circulation*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9-39.

[122] CJUE, 10 décembre 2018, *Andy Wightman e.a.*, aff. C-621/18, EU:C:2018:999. La Cour justice a jugé que le terme « intention » utilisé à l'article 50 TUE pour faire référence à la volonté de l'État membre de se retirer de l'Union suppose que celle volonté n'est définitive qu'au moment de sa sortie effective de l'Union. L'intention – au sens littérale du terme – est donc révocable.

l'immeuble pour les octroyer à un autre que son propriétaire[123] ». Caractéristique d'une limite à la jouissance d'un droit réel, la servitude est en droit civil « une charge grevant un immeuble (fond servant) au profit d'un autre immeuble (fond dominant) appartenant à un autre propriétaire[124] », tandis qu'en droit administratif elle renvoie à « de nombreuses obligations grevant les propriétés privées au profit du domaine public ou dans un but d'intérêt général[125] ». Les servitudes administratives vont limiter, interdire, imposer la réalisation de travaux, et plus rarement une obligation de faire au propriétaire[126]. La servitude de marchepied oblige le propriétaire riverain d'un cours d'eau domanial (ou d'un lac) à laisser libre de toute plantation ou clôture un espace de 3,25m de largeur le long de chaque rive et d'y laisser circuler les pêcheurs et les piétons[127]. La servitude peut naître au moment de l'acquisition de la propriété, ou durant sa jouissance et peut se manifester tant dans un contrat[128] que dans un acte administratif unilatéral[129].

32. L'acception usuelle de la notion de servitude n'est guère pertinente pour rendre compte de son usage en droit de l'Union dans le cadre de l'article 93 TFUE. Outre que l'interprétation littérale est exclue, on peine à envisager une hypothèse dans laquelle une aide d'État servirait à rembourser une servitude imposée à une entreprise la limitant, l'interdisant, ou la contraignant à réaliser des travaux sur ses biens immeubles. La pertinence du recours à la notion de servitude s'en trouve encore fragilisée à l'aune des autres versions linguistiques du TFUE. En dehors de la version italienne « di talune servitù [certaines servitudes] inerenti alla nozione di pubblico servizio », les versions anglaise, espagnole, et allemande utilisent le terme d' « obligations » ou de « services ». La version anglaise évoque

---

[123] Civ., 1ère, 5 octobre 2017, n°16-21.715. not. DROSS (W.), « Servitude et ouvrages nécessaires à leur exercice : quelles relations ? », *R.T.D. civ.*, n°1, 31 mars 2018, pp. 172 et s.

[124] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 22ème ed., 2014-2015, p. 921. (p. 630) ; PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique*, Coll. Paradigme – Vocabulaire, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 963.

[125] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit. p. 921.

[126] TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public interne*, op. cit., entrée « servitude », p. 453. Voy. CG3P, art. L. 2131-1 et s.

[127] CG3P, art. L. 2131-2.

[128] Civ., 3ème 8 juin 2017, n°16-16.788. not. DROSS (W.), « Le contrat : instituer ou empêcher la servitude ? », *R.T.D. civ.*, n°4, 11 décembre 2017, pp. 895 et s.

[129] À l'occasion de la délivrance d'un permis de construire par exemple CE, 16 octobre 2017, *SCCV du 109-131 avenue Gambetta à Bagnolet*, req. n°401706, *cons.* 2 : « lorsque l'institution d'une servitude de cours communes est requise pour l'édification d'une construction, le permis de construire autorisant cette construction ne peut être délivré par l'autorité administrative sans qu'aient été fournis par le pétitionnaire, dans le cadre de sa demande, les documents justifiant de ce qu'une telle servitude sera instituée lors de l'édification de la construction projetée ».

ainsi « certain obligations inherent of the concept of a public service », la version espagnole « determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público », et la version allemande « mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen [services] entsprechen ».

33. Par le truchement de l'obligation de service public, le terme de servitude est aujourd'hui délaissé. L'obligation de service public s'exprime sous la forme d' « un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel l'une des parties, le créancier, peut contraindre l'autre[130] », en l'occurrence entre l'État et l'entreprise chargée d'une mission d'intérêt général. L'obligation de service public est définie dès le règlement (CEE) 1191/69 comme l'obligation « que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions[131] ». En plus de se montrer plus explicite que la lettre de l'article 93 TFUE, le Conseil a très tôt posé les bases de la définition fonctionnelle de l'obligation de service public. Par le recours au désintérêt commercial de l'entreprise en effet, il distingue l'obligation réalisée dans des conditions normales de marché et l'obligation « forcée » par la personne publique et pouvant en conséquence faire l'objet d'une compensation et d'une dérogation aux règles des traités. L'intérêt fonctionnel de la notion n'est pas sans rappeler les mécanismes développés plus tard par la Cour de justice dans le cadre des services d'intérêt général, sans cependant que la Cour de justice, ou aucune autre institution européenne n'ait pris soin de dupliquer cette définition à l'ensemble des services d'intérêt général.

---

[130] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 678 ; Pour une autre situation dans laquelle le terme de servitude n'est pas utilisé pour exprimer une limitation à l'usage d'un droit réel, voy. Déc. 70/125/CEE : Recommandation de la Commission du 22 décembre 1969, à la République française au sujet de l'aménagement du monopole nationale à caractère commercial des alcools, *J.O.C.E* n° L 31 du 6 février 1970, pp. 17-20.

[131] Règlement (CEE) 1191/69, préc., art. 2 § 1. On retrouve cette définition pour les autres modes de transport. Règlement (CEE) 3577/92, préc., art. 2 sous 4) ; Règlement (CE) 1370/2007, préc., art. 2 sous e) ; Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 § 1. Règlement (UE) 2017/352, préc., art. 2 sous 14) ; Le terme d' « exigence » est parfois remplacé par le terme « obligation » sans que cela n'impacte l'unité de l'approche dans les transports, donnant lieu à la définition suivante : « l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général de transports de voyageurs qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie ».

B. Une terminologie renvoyant à de nombreux standards juridiques

34. L'intervention de l'État par l'obligation de service public est guidée en droit de l'Union par de nombreuses références à des standards juridiques portant sur la détermination, le fonctionnement, et le financement des services d'intérêt général. le standard juridique est né d'un constat formulé par l'ancien doyen de l'université de Harvard Roscoe POUND selon lequel la rigidité du droit est incompatible avec la bonne administration de la justice[132]. Le Pr. RIALS le définit comme « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité [133] ». Pour la Pr. BERNARD, le standard est « une notion juridique intentionnellement indéterminée, qui permet une mesure des comportements et des situations en termes de normalité et implique, pour son application, des références exogènes au droit[134] ». Il est distinct de la notion de standard de protection tiré de l'article 53 de la charte des droits fondamentaux[135], ou des standards techniques[136]. En faisant référence à des notions dont le contenu est indéterminé *a priori* par les institutions à l'origine de la

---

[132] POUND (R.), « The Administrative Application of Legal Standards », *Reports of Amercian Bar Association*, 1919, pp. 448-456, cité par le Pr. RADI dans *La standardisation et le droit international* RADI (Y.), *La standardisation et le droit international*, Coll. Jus Gentium, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 25. Au demeurant, on retrouve également cette idée quelques années plus tard dans son ouvrage POUND (R.), *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, p. 118, lorsque l'auteur répertorie les caractéristiques du standard.

[133] RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, Tome 135, 1980, p. 120 ; DEGUERGUE (M.), « Le standard de rationalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », Intervention au colloque portant sur *Le raisonnable en droit administratif*, Toulouse Capitole, 20 mars 2015.

[134] BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 53 ; RADI (Y.), *La standardisation et le droit international*, op. cit., pp. 24-39.

[135] RITLENG (D.), « Les constitutions nationales et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in Europe(s), *Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 491-510. Les standards de protection renvoient à la consécration de droits fondamentaux dont les jalons sont fixés par la charte, le droit dérivé, et la jurisprudence. Ces jalons constituent une limite en dessous de laquelle il est impossible de descendre, sauf exception rarissime comme par exemple la fragilisation de l'autonomie du droit de l'Union, mise en évidence par CJUE, *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, préc.

[136] VAN LEEUWEN (B.), *Paradoxes of Convergence. European Standardization of Services and Its Impact on Private Law*, European University Institute, soutenue le 13 avril 2015 : la standardisation renvoie ici à des spécifications techniques.

production normative, le standard s'oppose aux règles trop précises[137]. Il n'est pas immédiatement applicable et nécessite une appréciation de l'autorité en charge de son interprétation que la seule règle de droit ne fournit pas. Elle se réalise par renvoi à la normalité[138], c'est à dire de manière dogmatique et descriptive[139], par rapport à de ce qui doit être, et ce qui est[140], au regard du droit positif, mais aussi au regard d'éléments exogènes au droit[141]. Le standard juridique n'a pas nécessairement un caractère perpétuel. À l'instar de la métaphore du cycle biologique déjà utilisée pour évoquer la dynamique de certaines notions juridiques[142], il né, vie, et disparait en fonction du traitement réservé par les institutions contribuant à l'élaboration du droit[143].

35. Les standards sont utilisés au sein des SIEG tant au stade de leur justification, de leur fonctionnement, et de leur financement. Cette technique est un moyen d'établir une convergence des règles applicables aux SIEG tout en respectant la diversité des situations au sein des ordres juridiques. Les exemples sont à cet égard pléthorique : l'imposition d'obligations de service public dans le domaine des transports s'apprécie au regard du besoin de transports *suffisants* qu'il n'est dans pas l'*intérêt commercial* des entreprises de satisfaire seules[144], par exemple parce que les tarifs voulus par l'autorité compétente diffèrent des conditions *normales* d'exploitation commerciale[145] en vue d'assurer leur *abordabilité ou*

---

[137] Le standard est donc une manifestation de la règle de droit, voy respectivement RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, op. cit., pp. 32-33 ; BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit* communautaire, op. cit., pp. 28-30.

[138] Ce qui permet de distinguer le standard de la notion souple, BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., p. 28-30, bien que certains les considèrent comme synonymes, ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », *R.T.D. civ.*, n°3, septembre 2006, pp. 505 et s.

[139] RIALS (S.) *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, op. cit., p. 73.

[140] BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., pp. 34 et s.

[141] *Ibid.*

[142] On pense par exemple à son utilisation par les Pr. GICQUEL pour expliquer que la Constitution est un instrument qui née, évolue, et meurt, voy. GIQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions publiques*, Coll. Domat Droit public, Paris, Monstchrestien, 21ème ed., 2007, p. 175.

[143] BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., p. 22. C'est le cas par exemple pour le standard juridique de délai raisonnable que le Conseil d'État a fixé à 4 mois dans l'arrêt *Ternon* sur le retrait des actes administratifs illégaux par l'administration, CE, 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197018, à un an la mise en œuvre d'un recours pour excès de pouvoir en vue de contester une décision de l'administration dans l'arrêt *M. B.*, CE., 13 juillet 2016, *M.B.*, req. n° 387763, mais qui le laisse en l'état indéterminé s'agissant de la longueur des procédures juridictionnelles. Lorsque le délai raisonnable est défini *a priori*, il perd sa qualité de standard.

[144] Respectivement, Règlement (CE) 1370/2007/, préc., art. 2 sous e) ; Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 § 1 ; Règlement (CEE) 3577/92, préc., art. 2 sous d).

[145] Dir. 2002/22/CE, préc., art. 3 § 2.

leur raisonnabilité[146]. Et si l'État décide de les financer à cette fin, la compensation de service public doit permettre de dégager un bénéfice *raisonnable* (notion indéterminée), et qui s'apprécie en fonction du taux de rémunération du capital habituellement observé dans le secteur (normalité).

36. Associée à de nombreux standards juridiques, l'obligation de service public s'impose comme une notion qu'il n'est pas aisé de s'approprier. La relation entre les deux présente une certaine subtilité. À travers les standards en effet, il ne s'agit pas de définir l'obligation de service public, mais d'établir des paramètres gravitant autour d'elle dans la détermination de son contenu, de son fonctionnement, et de son financement. Les standards juridiques révèlent alors une stratégie d'évitement dans l'entreprise de définition matérielle de l'obligation de service public. Or, dans un ordre juridique qui se superpose à des ordres juridiques nationaux, un tel évitement est loin d'être anodin et démontre que la notion est intrinsèquement liée à des enjeux sur les rapports entre l'Union et les États membres.

Section 3. **L'ENJEU D'UNE ÉTUDE TRANSVERSALE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

37. Trente ans après le mouvement d'ouverture à la concurrence ayant modifié profondément le paysage de l'exercice des activités économiques en Europe, l'obligation de service public se révèle l'instrument le plus à même d'identifier la place des services d'intérêt général au sein de l'Union européenne. En matérialisant concrètement leur contenu, son usage par les institutions européennes, les États membres, les collectivités infra-étatiques constitue un indéniable moyen d'identifier les valeurs – évoquées à l'article 14 TFUE – auxquelles l'Union est censée contribuer à travers eux. L'obligation de service public est en conséquence intimement liée au mouvement de socialisation du droit, et plus exactement de socialisation du droit de l'Union européenne – en l'occurrence du marché intérieur – appelé de ses vœux par l'article 3 § 3 TUE visant la mise en place d'une économie sociale de marché[147]. Or, il ne s'agit pas seulement à travers cet objectif d'assurer la conciliation entre

[146] Par exemple, Dir. 2009/72/CE, du 13 juillet 2009, du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55, art. 3 § 3.

[147] TUE, art. 3 § 3 : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique » ;

la concurrence et des exigences sociales, mais de donner à l'Union de la légitimité en préservant le sentiment d'appartenance des individus. Plus aucun citoyen aujourd'hui, quel que soit son affiliation politique, n'accepterait en effet une organisation étatique ou internationale promouvant le « tout concurrence » sans se soucier de la perte des standards attachés à la personne et des droits auxquels elle peut prétendre. Dans un contexte où se consolide le marché intérieur, en particulier les activités en réseaux en sein desquels elle s'illustre tout particulièrement, l'obligation de service public s'impose comme le relai privilégié d'une réflexion sur la citoyenneté entendue dans un sens fonctionnelle, c'est à dire à travers les droits que l'Union entend garantir aux ressortissants de l'Union européenne grâce aux services d'intérêt général. S'interroger sur l'obligation de service public, c'est en conséquence se demander s'il existe une notion juridique de services d'intérêt général en droit de l'Union européenne.

38. À cette fin, l'obligation de service public doit être saisie dans toutes ces composantes. Il reste pourtant que l'absence de définition générale contraste avec le mouvement de valorisation des services d'intérêt général et freine une telle entreprise. Loin d'être anodin, ce contraste manifeste la volonté des États de conserver une grande maîtrise de leur intervention sur le marché par le procédé de l'obligation de service public autant que par leur volonté manifeste de compartimenter toute tentative d'harmonisation de l'ensemble des règles portant sur les services d'intérêt général, influençant alors le comportement des institutions européennes. D'une part, on observe qu'elles s'attachent au sein des activités en réseau à éviter toute approche transversale et d'autre part, que la multiplication des références à l'obligation de service public ne s'accompagne pas automatiquement de la multiplication des obligations pesant sur les États. Au contraire, l'obligation de service public apparaît bien souvent comme une garantie accordée dans le cadre de l'ouverture à la concurrence. Un paradoxe s'illustre alors : s'interroger sur la place des services d'intérêt général en droit de l'Union européenne et les valeurs auxquelles ils contribuent n'est-il pas vain dès lors que les institutions européennes, et à travers elles, une partie des États ont pris soin de freiner un mouvement d'harmonisation qui limiterait la marge d'appréciation dont ces derniers disposent ? On arrive ici à un point essentiel, dès lors que l'obligation de service public questionne les finalités de l'intégration européenne et la posture des pères fondateurs

---

MARTUCCI (F.), « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? », in BERTRAND (B.), (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, op. cit., pp. 331-360.

selon laquelle plus d'intégration crée une union sans cesse plus étroite. Elle manifeste davantage une utilisation du droit de l'Union comme un moyen de préserver l'attachement des États membres à leurs services d'intérêt général. Le droit de l'Union n'est donc pas qu'un droit de l'intégration fondé sur une application descendante des normes déterminées à une échelle supranationale, mais un droit de la préservation de la diversité des situations nationales. Il en résulte en conséquence un éclatement de l'obligation de service public qui rend délicat l'identification, à travers elle, d'une notion juridique de service d'intérêt général.

39. L'intérêt d'une étude de l'obligation de service public porte dans ce contexte par la tentative de recomposition de celle-ci au travers de cette diversité. Ce travail de systématisation que la consolidation du marché intérieur permet d'amorcer suppose au préalable de saisir de quelle façon le droit de l'Union compartimente l'appréhension de l'obligation de service public. L'étude de son champ, qui est en réalité une étude du champ des services d'intérêt général, constitue le point de départ préalable. Certes, elle met en évidence le débordement de l'obligation de service public au-delà des transports et plus généralement une extension de son domaine. Il n'en ressort pourtant pas une véritable transversalité. Chaque domaine obéit à ses propres règles en termes de pouvoirs, d'objectifs, et de compétences, le droit de l'Union demeurant un droit dont la maitrise des compétences obéit aux limites formulées dans les traités. La dialectique du champ et de la répartition des compétences s'impose comme une limite à la transversalité de l'obligation de service public, limite que même l'introduction de bases juridiques transversales n'a pas réussi à endiguer. S'il s'agira ici de revenir sur des études convenues portant notamment sur la catégorisation des services d'intérêt général, d'autres pistes peu exploitées attestent d'une extension continue du champ de l'obligation de service public, et avec lui, de l'insertion des services d'intérêt général dans la construction européenne (**Partie 1**).

40. L'étude du champ de l'obligation de service public amènera dans un second temps de la réflexion à observer de manière analytique et concrète de quelle façon l'obligation de service public est matérialisée dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités en réseaux. C'est alors que pourra s'amorcer la tentative de recomposition de l'obligation de service public en recourant à la méthode inductive, méthode permettant de dégager à partir de cas particuliers une hypothèse scientifique pouvant être utilisée pour comprendre le fonctionnement plus général d'un objet. Elle s'oppose à la méthode déductive établissant au préalable une hypothèse et la vérifiant en l'appliquant à un cas particulier. En droit, le recours

à la méthode inductive dans le raisonnement juridique « permet de dégager un principe général de solution de dispositions légales éparses[148] ». Centrée sur l'obligation de service public, la méthode inductive offre en droit de l'Union un angle d'analyse peu exploité des services d'intérêt général. À partir de la multiplication des références sectorielles à la terminologie, le recours à cette méthode invite à rechercher si, de manière transversale, l'obligation de service public dispose d'une fonction unificatrice de la notion de service d'intérêt général. Il s'agit alors de déterminer si l'obligation de service public contribue à identifier une convergence européenne des services d'intérêt général[149], s'il en existe une unité sur le plan matériel, ou au contraire, s'il s'agit d'une notion gigogne destinée uniquement à préserver la diversité des intérêts des États membres (**Partie 2**).

41. La tentative de recomposition de l'obligation de service public à travers son contenu matériel permettra de faire émerger des éléments nouveaux sur la place des services d'intérêt général au sein de l'Union européenne et de proposer une première systématisation de l'ensemble du droit positif. Elle se révèlera cependant incomplète en se heurtant à des obstacles que le droit de l'Union ne permet pas en l'état de surmonter. Cette perspective montre une réticence des institutions européennes à s'immiscer dans une réflexion plus théorique de l'obligation de service public et du rôle des États membres au sein du marché intérieur. Ce délaissement théorique les a amené à privilégier une analyse fonctionnelle de la terminologie sous l'angle de l'adaptation des règles des traités afin d'en assurer le financement. Moins qu'une réflexion sous l'angle théorique, le droit de l'Union privilégie une approche technicienne de l'obligation de service public non propice à la catégorisation[150]. Elle n'est pourtant dénué d'intérêt car elle implique d'envisager les liens entre les États et les entreprises chargées des obligations de service public. Or, comme le rappelait CHAPUS, méconnaître son lien avec l'État, « c'est exclure toute chance de parvenir

---

[148] MÉMETEAU (G.), « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *R.T.D. civ.*, n°4, 14 décembre 1990, pp. 611 et s., citant AUBERT. Elle n'est pas inconnue des publicistes puisque la théorisation des lois du service public par Louis ROLLAND est le résultat du recours à cette méthode.

[149] KARPENSCHIF (M.), « Vers une définition communautaire du service public ? », *R.F.D.A.*, n°1, 14 janvier 2008, pp. 58 et s.

[150] BERTRAND (B.), « Les catégories juridiques établies par le traité de Lisbonne : un mal nécessaire ? », in BERTRAND (B.) (dir.), *Les catégories juridiques en droit de l'Union européenne*, op. cit., pp. 15-48, *spéc.* p. 20. Pour un exemple, voir les actes de gouvernement en droit français, CARPENTIER (E.), « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *A.J.D.A.*, n°14, 27 avril 2015, pp. 799 et s., et les références citées en début d'article.

à une définition de la notion fonctionnelle de service public[151] ». Signe d'une transformation du rôle des États dans l'économie, la régulation des activités d'intérêt général a conduit les États à multiplier les modes de financement des obligations de service public. S'il en résulte de nombreux mécanismes qui préexistaient à l'Union européenne[152], d'autres situations sont le signe d'un renouvellement des liens entre la personne publique et la personne privée pour qualifier une entreprise chargée d'un SIEG. Illustrant l'assouplissement dont fait preuve le droit de l'Union pour qualifier une telle activité par renvoi aux obligations de service public, il n'est pas certain que faciliter cette qualification juridique permette à termes d'envisager une approche unifiée de la notion de service d'intérêt général. Les difficultés à recomposer l'obligation de service public s'accentue alors par l'éclatement des dispositifs de financement (**Partie 3**).

PARTIE 1 – **L'EXTENSION DU DOMAINE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

PARTIE 2 – **LA RECHERCHE D'UNE UNITÉ MATERIELLE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

PARTIE 3 – **L'ÉCLATEMENT DES DISPOSITIFS DE FINANCEMENT DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

---

[151] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, op. cit., p. 580. Voy. sur ce sujet, CE, 22 février 2007, *APREI*, req. n°265541. Not. COSTA (D.), « Mission de service public assurée par une personne privée : clarification ou codification », *A.J.D.A.*, n°16, 23 avril 2007, pp. 825 et s. ; BOITEAU (Cl.), « Vers une définition du service public ? », *R.F.D.A.*, n°4, 17 juillet 2007, pp. 803 et s.

[152] BEZANÇON (X.), « Histoire d'une ambition publique et d'une réalisation privée », in VIDELIN (J.-Ch.) (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire*, Coll. Colloques et débats, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 5 et s. ; PICARD (A.), *Traité des chemins de fer*, Paris, J. Rotschild, Tome 2, 1887, pp. 59-61 : « En fait, les circonstances conduisirent les Pouvoirs publics à recourir aux procédés les plus divers pour les lignes classées en 1842 et pour celles qui furent ultérieurement nécessaires. Tantôt l'État construisit la plate-forme, en laissant au fermier le soin de poser la voie de fer ; tantôt il exécuta la totalité des travaux et fournit même tout ou partie du matériel roulant ; tantôt enfin, il ne prit aucune part à l'exécution ni de l'infrastructure, ni de la superstructure. Parfois il se fit rembourser la totalité ou une fraction de ses avances ; parfois, au contraire, il s'abstint d'exiger ce remboursement. Dans certaines ca, il abandonna le concessionnaire à ses propres forces ; fans d'autres cas, il lui prêta son concours financier. Il conclut certains contrats de gré à gré ; il en réalisa aussi par des adjudications portant précisément sur le terme des baux ou des concessions. La diversité de ces combinaisons devait inévitablement déterminer une extrême variété dans la durée de l'aliénation des voies ferrées ».

Première Partie

L'EXTENSION DU DOMAINE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

42. L'Union ne dispose pas d'une clause générale de compétence et obéit au principe des compétences d'attribution. Matérialisé à l'article 5 § 1 TUE[153], il signifie que « les compétences conférées à la Communauté [Union] […] procèdent – explicitement ou implicitement – des traités constitutifs[154] ». Ainsi que le note le Pr. BLANQUET, les modifications issues du traité de Lisbonne ont permis d'identifier « la charte des compétences de l'Union européenne » en proposant « une démarche tout à fait nouvelle par rapport aux traités initiaux[155] », dont le résultat est une représentation plus claire de la répartition des compétences en droit de l'Union. Le Titre Ier du TFUE établit une typologie des compétences – exclusive, partagée, coordination, appui et complément – qui sont

[153] Aux termes de l'article 5§1 du TUE: "Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences".

[154] SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Coll. Droit fondamental, Paris, P.U.F., 3ème ed., 2001, p. 127.

[155] BLANQUET (M.), *Compétences de l'union – Architecture générale*, Fasc. 170, janvier 2012, pt. 2. Voy. également, BLUMANN (Cl.), « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht », *R.A.E.*, n°2, 2012, pp. 235-258 ; pour un état des lieux du droit positif après l'adoption du traité de Lisbonne, PICOD (F.), « Le nouveau cadre institutionnel de l'Union européenne », *J.C.P. G.*, 2010, doctr. 400 ; Pour un état des lieux des enjeux, CONSTANTINESCO (V.), « Le processus de décision : vers une nouvelle gouvernance ? », *Europe*, n°7, juillet 2008, dossier. 8.

rattachées à des domaines du droit matériel[156]. Ensemble, ils ont pour fonction d'encadrer les pouvoirs octroyés aux institutions[157] dans la poursuite de « l'objectif de réalisation d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe », objectif principal qui se « subdivise en un grand nombre de sous-objectifs intermédiaires ajoutés au fil des révisions[158] ». Un titre de compétences octroyé à l'Union se décompose en trois composantes : domaine de compétence, objectifs, pouvoirs[159]. Il n'est cependant pas suffisant, à lui seul, pour appréhender le champ d'application du droit de l'Union[160] dans la mesure où une situation nationale peut s'y rattacher sans pour autant qu'un titre de compétence ne la régisse expressément[161]. Il peut en résulter une dissociation entre le champ du traité et le périmètre de la répartition des compétences[162]. L'Avocat général WATHELET a eu l'occasion de le montrer récemment dans l'affaire *Relu Adrian Coman* relative à la question de savoir si un droit de séjour en Roumanie peut être accordé à un tiers marié avec un citoyen roumain de même sexe dès lors que le mariage entre deux personnes de même sexe n'est pas reconnu dans ce pays. Si les conditions d'acquisition de l'état civil relèvent de la compétence des États membres, leur mise en œuvre doit s'effectuer dans le respect du

---

[156] Par exemple, compétence exclusive pour l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur (art. 3 § 1 sous b) TFUE) ; compétence partagée dans le domaine de l'énergie (art. 4 § 2 sous i) TFUE).

[157] Pour une distinction entre la notion de compétence et la notion de pouvoir, voy. CONSTANTINESCO (V.), *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, Bibliothèque de droit international, Paris, L.G.D.J., Tome 74, 1974.

[158] DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « Préface », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1.

[159] BLANQUET (M.), *Compétences de l'union – Exercice des compétences*, Fasc. 175, septembre 2014. Des risques de débordement existent cependant, par exemple en usant d'instruments telle que la méthode ouverte de coordination, voy. DE LA ROSA (S.), *La méthode ouverture de coordination dans le système juridique communautaire*, Coll. Travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2007.

[160] Hans KELSEN a défini en son temps le champ d'application d'une norme comme son domaine de validité, voy. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduction EISENMANN (Ch.), Paris, Dalloz, 1962, p. 13.

[161] FINES (F.), « Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires ? », *R.A.E.*, n°1, 2003-2004, p. 37. C'est d'ailleurs sur le fondement de la dialectique champ d'application/compétence que certains auteurs se fondent pour attester de la spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international public, SIMON (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, Coll. S.F.D.I., Paris, Pedone, 2000, p. 200.

[162] AZOULAI (L.) « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 341-368 ; DE LA ROSA (S.), « Le traité de Lisbonne et la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Clarification ou régression ? », *A.D.U.E.*, 2006, pp. 101 et s. ; ZILLER (J.), *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Coll. Manuali. Diritto, Bologne, Il Mulino, 2013, pp. 125 et s.

droit de l'Union, notamment la libre circulation des personnes et le principe de non-discrimination[163].

43. L'obligation de service public n'existe formellement en droit de l'Union qu'au sein de la politique des transports, à l'article 93 du TFUE, sous l'expression de « servitudes inhérentes à la notion de service public »[164]. Cette qualification a toutefois débordé ce domaine de compétence. Elle se retrouve ainsi dans le cadre de la politique de concurrence à travers les usages de l'article 106 § 2 TFUE qui permet, sous certaines conditions, aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général de bénéficier de dérogations aux principes des traités[165]. Elle se retrouve également à l'échelle du marché intérieur dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau[166] et dans des actes de droit dérivé fondés sur l'article 114 TFUE[167].

44. Le débordement de l'obligation de service public au-delà du périmètre initial des transports peut s'expliquer par son absence de rattachement à un domaine de compétence. Au contraire, son usage se révèle transversal, ainsi que l'illustre la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE. Son champ matériel doit, dès lors, être envisagé en procédant à une délimitation des services d'intérêt général pertinents **(Titre 1)** et en identifiant les mesures de rapprochement contenues dans les actes législatifs qui se rapportent à l'obligation de service public **(Titre 2)**.

---

[163] Concl. A.G. WATHELET (M.), 11 janvier 2018, *Relu Adrian Coman e.a.*, aff. C-673/16, EU:C:2018:2, pts. 36-38 ; CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a.*, aff. C-673/16, EU:C:2018:385.

[164] Pour rappel, le règlement 1191/69/CEE est à l'origine de ce truchement, voy. Règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin1969, p. 1.

[165] Par exemple, récemment CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843, relatif à l'imposition d'obligations de service public à la profession de ramoneurs en Autriche.

[166] Par exemple, dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55.

[167] Par exemple, dir. 92/25/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° L 113 du 30 avril 1992, p. 1.

Titre 1

L'IDENTIFICATION PAR LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

45. Rattaché à la politique de concurrence, l'article 106 § 1 TFUE énonce que « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Il précise, en son paragraphe 2, que « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites 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 l'Union ».

46. Le caractère globalement imprécis et peu clair de ces termes[168], l'absence de prise de position claire du Conseil et de la Commission sur leur portée[169], ou encore le caractère peu

[168] RODRIGUES (S.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Paris, Tec & Doc, 2000, p. 294 ; PESCATORE (P.), *Public and private aspects of community law*, Barry Hawk Editor, New York, 1986, pp. 381-430.

[169] A la différence des articles relatifs aux libertés de circulation, pour lesquels la Commission a rapidement présenté un programme, DE LA ROSA (S.), « L'écriture des libertés de circulation », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), *L'unité des libertés de circulation*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9-39.

opératoire des travaux préparatoires pour éclairer leur interprétation[170] sont autant de raisons qui ont conduit la Cour de justice à préciser leur portée et à devoir situer la fonction de l'article 106 § 2 TFUE. Une première tentative de systématisation du recours à l'article 106 § 2 TFUE ressort, en 1991, de l'affaire *Merci convenzionali poro di genova Spa,* dans laquelle la Cour a indiqué qu'il suppose qu'une « […] entreprise ait été investie par les pouvoirs publics de la gestion d'un service d'intérêt économique général, mais il faut encore que l'application des règles du traité fasse échec à l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette entreprise et que l'intérêt de la Communauté ne soit pas affecté […][171] ». Cette méthode se retrouve en filigrane dans la plupart des contentieux soumis à la Cour de justice, bien qu'elle ne soit pas systématiquement rappelée eu égard à la technique de l'économie de moyen[172]. Elle est centrale pour comprendre la délimitation du champ de l'obligation de service public. Son champ a été progressivement révélé par la construction, par le juge, d'une approche systématique de l'article 106 § 2 TFUE **(Chapitre 1)**, puis, plus largement, par la notion de services d'intérêt général **(Chapitre 2)**.

[170] Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Reyners*, l'Avocat général MAYRAS a souligné : « Mais, Messieurs, les États signataires du traité de Rome ont eux-mêmes exclu tout recours aux travaux préparatoires », Concl. A.G. MAYRAS (G.), 28 mai 1974, *Jean Reyners contre Belgique*, aff. 2/74, *Rec.* p. 665 ; NAVEL (L.), « Les travaux préparatoires dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.D.P.*, n°5, Septembre 2016, pp. 1547 et s. : l'auteur montre que la Cour de justice a historiquement fait preuve de défiance à l'encontre des travaux préparatoires.

[171] CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali poro di genova Spa et Siderurgica Gabrielli Spa*, aff. C-179/90, *Rec.* p. I-5889, pt. 26 ; Voy. également, Concl. A.G., LÉGER (P.), 10 juillet 2001, *J. C. J. Wouters e.a. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, *Rec.* p. I-1577, pt. 157.

[172] GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité », in AUBY (J.-B), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Coll. Administrative law - Droit administratif, Bruxelles, Brylant, 2ème ed., 2014, p. 513.

Chapitre 1

Un champ révélé dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE

47. Les services d'intérêt économique général renvoient à des activités d'une grande hétérogénéité, dans les domaines tels que la santé publique[173], de l'énergie[174], des transports[175], de l'environnement[176], de la sécurité sociale[177], des postes[178], de certaines activités bancaires[179], de l'audiovisuel[180], ou encore du conseil en matière fiscale[181]. Dans la mesure où l'Union dispose d'une compétence exclusive dans « l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur[182] », l'on pourrait admettre que les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG sont régies par cette compétence au termes de l'article 106 § 2 TFUE. La réalité est pourtant plus complexe. Pour G. GODIVEAU, « Si l'on s'en tient au droit spécifique des SIEG, il apparaît à géométrie variable : alors que

---

[173] Trib., 7 novembre 2012, *CBI contre Commission*, aff. T-137/10, EU:T:2012:584.

[174] CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477.

[175] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747.

[176] CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. contre Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, aff. C-203/96, *Rec.* p. I-4075.

[177] CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser et Macrotron GmBH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-197.

[178] CJCE, 19 mai 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2563.

[179] CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de Espan&a SA et Ayuntamiento de Valencia*, aff. C-387/92, *Rec.* p. I-877.

[180] CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE e.a.*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925.

[181] CJCE, 30 mars 2006 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl e.a.*, aff. C-451/03, *Rec.* p. I-2941.

[182] TFUE, art. 3 § 1 sous b).

l'article 106, § 2, relève en principe d'une compétence partagée, certains espaces de compétence exclusive semblent pouvoir être identifiés[183] ». Bien que cette lecture puisse surprendre – la politique de concurrence au sein de laquelle est rangé l'article 106 § 2 TFUE suppose une compétence exclusive de l'Union –, elle révèle toute la difficulté à appréhender les SIEG par la seule analyse du droit primaire. La notion de SIEG n'est en effet pas exclusive à la politique de concurrence contrairement aux notions d'aide d'État, d'entente, ou d'abus de position dominante. L'affaire *Commission contre Belgique*[184] relative à une entrave à la libre circulation des capitaux dans le domaine de l'énergie en constitue une illustration (contentieux sur les *golden shares*). La Cour de justice juge que le contrôle par l'État de l'affectation et du changement de destination des actifs pour certaines installations gazières matérialisé par des obligations de service public doit être appréhendé dans le champ de la libre circulation des capitaux et considère comme superflu le recours à l'article 106 § 2 TFUE[185].

48. Que la notion de SIEG ne soit pas exclusive de la politique de concurrence résulte d'une lente construction jurisprudentielle sur la délimitation du champ et des fonctions de l'article 106 § 2 TFUE. Délaissant toute interprétation exégétique, et après en avoir établi les conditions d'applicabilité **(Section 2),** la Cour de justice lui a dénié une quelconque autonomie en le consacrant comme un instrument de renvoi et de limitation à l'application des règles du droit de l'Union **(Section 1)**. En ce sens, c'est donc le contentieux de l'article 106 § 2 TFUE qui a permis de « révéler » le champ des SIEG. L'enjeu est ici d'importance pour se saisir de la notion d'obligation de service public : en tant que représentation matérielle des SIEG – mais pas uniquement[186] –, l'identification du champ des SIEG est indispensable la construction de la notion juridique de l'obligation de service public.

---

[183] GODIVEAU (G.), « La place des services d'intérêt économique général (SIEG) parmi les valeurs de l'Union européenne », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 379-413.

[184] CJCE, 4 juin 2002, *Commission contre Belgique*, aff. C-503/99, *Rec.* p. I-4809.

[185] *Ibid.*, pt. 56.

[186] Voy. *Infra*. Partie 3, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

Section 1. **UN INSTRUMENT DE RENVOI ET DE LIMITATION AUX TRAITÉS**

49. L'affaire *Port de Merter* a pu, un temps, accréditer l'idée d'une autonomie de l'article 106 § 2 TFUE par rapport aux règles générales énoncées dans le traité[187]. Les décisions ultérieures rendues par la Cour de justice ont toutefois infirmé cette possibilité en affirmant qu'« il résulte des termes clairs de l'article 106, paragraphes 1 et 2, TFUE que celui-ci n'a pas de portée autonome, en ce sens qu'il doit être lu en combinaison avec les autres règles pertinentes du traité FUE[188] ». L'absence d'autonomie de cet article suppose de rechercher les justifications de son intégration au sein des règles communes de concurrence **(§1)**. S'il est le fruit d'un compromis d'ordre politique lors de la négociation du traité CEE, l'article 106 § 2 TFUE nécessite pourtant d'être combiné à d'autres articles, ce qui explique que son application ait débordé au-delà de la politique de concurrence **(§2)**.

§1. LES JUSTIFICATIONS DE L'ARTICLE 106 TFUE AU SEIN DES RÈGLES COMMUNES DE CONCURRENCE

50. L'article 3 du traité CEE conférait à la Communauté pour mission d'établir « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun[189] ». Cet objectif général fut concrétisé par la mise en place au sein des règles de concurrence de plusieurs articles portant sur les rapports entre entreprises[190], les pratiques de dumping[191], et les aides d'État[192]. L'article 90 du traité CEE, devenu ultérieurement 86 CE, puis 106 § 2 TFUE apparaît comme le fruit d'un compromis entre la France et la République fédérale d'Allemagne permettant d'admettre des dérogations aux exigences concurrentielles **(A)** au regard de la spécificité de certaines entreprises titulaires de droit spéciaux ou exclusifs **(B)**.

---

[187] CJCE, 14 juillet 1971, *Hein*, aff. 10/71, *Rec*. p. 723. La Cour ne s'est pas intéressée, avant de rejeter l'effet direct de l'actuel 106 § 2 TFUE, au lien de rattachement des faits avec les autres dispositions des traités. Elle a immédiatement recherché si l'actuel 106 § 2 TFUE pouvait être invoqué. L'absence d'effet direct ne permet pour autant pas de conclure avec certitude que la Cour a entendu donner une autonomie à cette disposition par rapport aux autres règles des traités.

[188] CJCE, ord., 3 février 2015, *Equitalia Nord SpA contre CLR di Camelliti Serafino & C. Snc*, aff. C-68/14, EU:C:2015:57, pt. 21.

[189] TCEE, art. 3 sous f).

[190] *Ibid*., art. 85 et s.

[191] *Ibid*., 91 et s. (supprimé depuis).

[192] *Ibid*., art. 92 et s.

A. Le compromis recherché par le traité CEE

51. Le contexte de la négociation de l'article 90 TCEE met en évidence une divergence entre la République fédérale d'Allemagne (RFA) et la France sur la question des monopoles. Les ordolibéraux allemands sont fermement hostiles à l'instauration et la pérennisation des monopoles, dont l'Allemagne a subi les effets jusqu'à la fin de la république de Weimar (1918-1933), connue comme « *le pays des cartels*[193] », à l'image de la Cour suprême du Reich de 1897 validant les contrats établissant des cartels[194] et de la tolérance des juges de première instance en matière de contrats restrictifs de concurrence[195]. Le pouvoir détenu par les entreprises en situation de monopole est d'ailleurs tel qu'une loi sur du 2 novembre 1923 visant à lutter (sans les interdire) contre les cartels n'a produit aucun effet[196]. Cette conclusion est observée par certains des fondateurs de la pensée ordolibérale allemande ; Franz BÖHM, fort d'une expérience au ministère de l'économie dans le département des cartels et d'une thèse consacrée aux monopoles[197], et Alexander RÜSTOW, impuissant à endiguer les monopoles lors de son passage au même ministère de l'économie[198]. Se développe alors une véritable défiance des ordolibéraux vis à vis des monopoles[199] octroyant aux entreprises un pouvoir de marché, c'est à dire une « capacité à s'extraire de toute concurrence sans subir des pertes mais avec profitabilité[200] », « conduisant au totalitarisme, en ce qu'il permettrait à des opérateurs inefficaces de s'octroyer des profits au détriment des consommateurs[201] ». Cette position est ralliée par Alfred MÜLLER-ARMACK, chef de la

---

[193] COMMUN (P.), *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Coll. Penseurs de la Liberté, Paris, Les belles lettres, 2016, p. 86 ; BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 88, et les références citées. Les auteurs soulignent qu'autour de 1929, 3000 cartels sont estimés.

[194] MONGOUACHON (C.), « Les débats sur la constitution économique en Allemagne », *R.F.D.C.*, n°90, avril 2012, pp. 303-337.

[195] COMMUN (P.), *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, op. cit., p. 88.

[196] BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, op. cit., pp. 87 et 88 : les auteurs expliquent que cette loi a obligé tout cartel à être enregistré et à faire l'objet d'un suivi par des experts. Cependant, le contrôle a été neutralisé dans les faits compte tenu du pouvoir discrétionnaire détenu par le politique, qui s'est laissé convaincre par les industriels de la nécessité des cartels en vue d'éviter une fragilisation de l'économie allemande par la concurrence internationale.

[197] BÖHM (F.), *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftsordnung*, Sinzheim, Nomos, 2010 (réédition).

[198] COMMUN (P.), *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, op. cit., p. 169.

[199] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibl. de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 285, 2015, pp. 296-300, *spéc.* p. 297.

[200] PRIETO (C.), « Loyauté du commerce et droit européen de la concurrence », *R.A.E.*, n°2, 2011, pp. 299-312.

[201] MONGOUACHON (C.), *Abus de position dominante et secteur public*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 48 et 49.

délégation allemande durant les négociations du traité de Rome, et proche conseiller du ministre de l'économie Ludwig ERHARD. Cela explique que la lutte contre les monopoles, en particulier consécutifs aux ententes, est très présente durant ces négociations du traité CEE[202]. Inversement, les français ne vouent pas une telle opposition aux monopoles. Des économistes réputés tels que Jacques RUEFF et Louis BAUDIN considèrent que les monopoles permettent d'assurer un optimum de concentration, c'est à dire des avantages technologiques ou encore des économies substantielles[203]. Par ailleurs, pour reprendre une observation du Pr. BRACONNIER, le monopole est le mode de gestion privilégié des services publics en France, auquel elle est attachée[204] et dont la remise en cause inconditionnelle est inenvisageable. Cette position explique le dépôt par la France, au cours des travaux menés par P.-H. Spaak, d'une proposition auprès du « groupe du marché commun[205] » visant à protéger certains monopoles intitulée « Entreprises publiques – Services publics – Monopoles d'État»[206].

52. L'article 90 du traité CEE est le résultat de cette divergence entre la France et la RFA sur la place des monopoles dans la construction de la CEE. Elle s'est soldée par un compromis aux termes duquel les monopoles *de fait* donnant lieu à un abus de position dominante ou à une des formes d'ententes sont prohibés. Dans la continuité, le rôle des États en faveur des monopoles n'est pas non plus éludé. Selon les ordolibéraux en effet, et en particulier Alexander RÜSTOW, « en fournissant à un groupe de producteurs donnés, des subventions étatiques et des avantages publics dont les coûts devaient être portés par la collectivité des consommateurs et des autres producteurs, l'État favorisait la naissance des monopoles[207] ». L'article 106 § 1 TFUE (ex 90 § 1 CEE) selon lequel « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux

---

[202] MÜLLER-ARMACK a par exemple souhaité que les ententes soient soumises à une procédure d'enregistrement, voy. WARLOUZET (L.), *Le choix de la CEE par la France*, Paris, I.G.P.E., 2011. Cela fait écho à la loi allemande du 2 novembre 1923 mentionnée qui a prévu la même obligation pour les cartels.

[203] COMMUN (P.), *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, op. cit., p. 160.

[204] BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, Coll. Thémis, Paris, P.U.F., 2007, p. 71.

[205] BRACQ (S.), « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? », *R.T.D. eur.*, n°3, 14 novembre 2011, pp. 517 et s. : pour un aperçu historique des travaux préparatoires sur l'article 106 TFUE. Le Groupe marché commun est un ensemble de personnes qualifiées n'exerçant pas de fonction politique et qui a été chargé de la rédaction du traité.

[206] Archives historiques du Conseil (conservées à l'Institut universitaire européen de Florence), MAE 14F/57, CM3 NEGO 153, 224, 237, 266.

[207] COMMUN (P.), *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, op. cit., p. 169.

règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus » est le résultat de cette doctrine. Au contraire, l'article 106 § 2 TFUE (ex 90 § 2 CEE) selon lequel « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites 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 » a cherché à satisfaire la position française en faveur des monopoles pour les services publics.

53. À l'issue de la négociation, l'article 90 CEE est inséré dans la section de la politique de concurrence consacrée aux règles applicables aux entreprises. Cet article se cantonne de régir le comportement de l'entreprise sur le marché et ne s'applique pas *a contrario* aux mesures étatiques prises par l'État membre. Le modèle de la gestion des services publics par monopole en France est donc préservé puisque les principales entreprises publiques françaises chargées d'un service public disposent à cette période d'un monopole *de droit,* essentiellement pour les activités de réseau[208], et non des monopoles de fait. L'article 90 est en conséquence un article destiné à préserver les monopoles octroyés par les États à des entreprises en échange de la gestion d'un service public[209]. Et s'il est vrai que l'article 37 CEE (actuel 37 TFUE) prévoit l'obligation d'aménagement des monopoles et de l'interdiction d'édicter toute nouvelle mesure contraire au principe de non-discrimination dans le cadre de la libre circulation des marchandises, l'impact d'une telle obligation se révèle en réalité limité en ce qui concerne les services publics : l'activité des entreprises qui en ont la charge est pour l'essentiel en dehors du champ d'application de la libre circulation des marchandises[210].

---

[208] SNCF a été créé par le décret-loi du 31 août 1937 relatif à l'approbation et la publication de la convention du 31 août 1937 réorganisant le régime des chemins de fer, *J.O.R.F.* du 01 septembre 1937, pp. 10065 et s., en regroupant les six grandes compagnies ferroviaires sous la forme d'une société anonyme et non pas d'un EPIC comme cela est le cas depuis la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1982, pp. 4004 et s. ; EDF et GDF ont été créés par la Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité du gaz, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, pp. 2951 et s., qui leur a octroyé un monopole. Enfin, les télécommunications et les postes ont été fournies par un service de l'État, en l'occurrence le ministère des travaux publics (devenu en 1959 un ministère à part entière), qui a détenu également un monopole. Le monopole des postes est ancien, il permettait au Roi de contrôler les missives envoyées sur son territoire. L'apparition des télégraphes et des télécommunications a donné lieu à un élargissement du monopole.

[209] CHUNG (C.-M.), *The Application of EC Law to Public Enterprises: article 90 of the Treaty of Rome*, Oxford, Oxford University, 1995, p. 41.

[210] CJCE, 10 décembre 1968, *Commission contre Italie*, aff. 7/68, *Rec.* p. 619 : « que par marchandises au sens de cette disposition, il faut entendre les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transaction commerciales ». Le juge préfèrera au besoin se référer à une nomenclature établie

54. Les expressions de monopoles et de services publics utilisées dans les travaux préparatoires n'ont pas été reprises dans la version finale du traité. Les terminologies de « droits exclusifs ou spéciaux » et de « service d'intérêt économique général » ont été préférées. Si le contexte de la négociation de l'article 90 CEE (actuel 106 TFUE) montre que les services publics n'ont été appréhendés qu'à travers les monopoles[211], les précisions apportées sur les notions de droit exclusifs et spéciaux ont pourtant produit des effets au-delà des seuls monopoles, participant à l'identification du champ de la notion de SIEG.

B. Une disposition destinée à assurer le contrôle de droits spéciaux ou exclusifs

55. Les notions de « droits spéciaux » et « droits exclusifs » contenues à l'article 106 § 1 TFUE ne sont pas définies par les traités[212]. Si elles ont été conçues en référence à la situation de monopole[213] - ce qu'illustrent les premières décisions de la Cour de justice[214] - elles ne sont pas formellement circonscrites à celle-ci. Bien qu'il soit plébiscité, le monopole n'est pas l'unique mode de gestion des SIEG[215]. Les notions de « droits spéciaux » et « droits exclusifs » présentent l'intérêt de s'adapter à d'autres formes de l'intervention publique affectant la concurrence[216]. La distinction entre les deux terminologies est en revanche plus énigmatique et a amené la Cour dans l'arrêt *France contre Commission*[217] à annuler partiellement la directive 88/301/CEE relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications prise sur le fondement de l'actuel article 106 § 3 TFUE au motif qu' « il convient de constater que ni les dispositions de la directive ni ses

---

par la Commission, voy. CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre Italie*, aff. C-158/94, *Rec.* p. I-5789, pt. 17, dans laquelle la Cour souligne que l'électricité constitue une marchandise au sens de la nomenclature combinée de la Communauté [Union] (servant à établir la tarif douanier commun).

[211] COLLIARD (C.-A.), « Le régime des entreprises publiques », in GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.-J.) (dir.), *Droit des communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 858.

[212] Pour une présentation, DUBOUIS (L.), BLUMANN (Cl.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Coll. Domat –Droit public, Paris, Montchrestien, 6ème ed., 2012, pp. 652-654.

[213] COLLIARD (C.-A.), « Le régime des entreprises publiques », art. cit.

[214] CJCE, *Hein*, préc. : monopole d'exploitation de services portuaires ; CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 411 : un monopole d'émissions de télévision ; CJCE, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior (dit aussi BRT I)*, aff. 127/73, *Rec.* p. 313.

[215] Le rapporteur public VEROT dans l'affaire *APREI* l'a d'ailleurs souligné en affirmant que « le monopole n'est pas toujours nécessaire à l'organisation d'un service public » ; concl. R.P. VÉROT (C.), 22 février 2007, *APREI*, n°264541.

[216] CHUNG (C.-M.), *The Application of EC Law to Public Enterprises: article 90 of the Treaty of Rome*, op. cit., pp. 18-19.

[217] CJCE, 19 mars 1991, *France contre Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-125.

considérants ne précisent le type de droits qui est concrètement visé et en quoi l'existence de ces droits serait contraire aux différentes dispositions du traité[218] ».

56. Ce manque de précision a été comblé dans la directive 90/388/CEE dans laquelle la Commission présente les droits spéciaux ou exclusifs comme « les droits octroyés par un État membre ou une autorité publique à un ou plusieurs organismes publics ou privés au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif leur réservant la fourniture d'un service ou l'exploitation d'une activité déterminée[219] ». Présentées comme synonymes, les deux notions sont le reflet d'une même situation dont l'avocat général JACOBS a précisé que lorsque l'exploitation du réseau est octroyée à une entreprise, celle-ci est titulaire d'un droit exclusif tandis que lorsqu'elle est octroyée à plusieurs entreprises, celles-ci sont titulaires de droits spéciaux[220]. Reprise par la suite[221] et emportant le consensus de la majorité de la doctrine[222], cette lecture a le mérite de distinguer les termes de manière simple et claire.

57. Souhaitant adopter une approche dépassant le seul cadre des télécommunications, la Commission a de nouveau proposé une définition des termes dans la directive 2006/111/CE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises. Les droits exclusifs y sont définis comme « des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, règlementaire et administratif qui, lui réservent le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné[223] », et les droits

---

[218] *Ibid*., pt. 45.

[219] Dir. 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, pp. 10-16, art. 1 § 1. PLATTEAU (K.), « Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case », *E.C.L.R.*, 1991, pp. 105-112.

[220] Concl. A.G. JACOBS (F.-G.), 20 mai 1992, *Espagne, Belgique et Italie contre Commission*, aff. C-271, 281, et 289/90, *Rec.* p. I-5833, pt. 50.

[221] Dir. 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *J.O.U.E.* n° L 268 du 19 octobre 1994, pp. 15-21, art. 1.

[222] MIGUEL PAIS ANTUNES (L.), « L'article 90 du Traité CEE », *R.T.D. eur.*, n°2, 14 juin 1991, pp. 187 et s. CHUNG (C.-M.), *The Application of EC Law to Public Enterprises: article 90 of the Treaty of Rome*, op. cit., pp. 51-52. L'auteur est favorable à une autre approche selon laquelle, tout en étant indistinctement applicables à une ou plusieurs entreprises, les droits exclusifs renverraient à l'exclusivité d'exploitation tandis que les droits spéciaux renverraient à des avantages telles que des taxes, des facilités pour obtenir des donnée. L'auteur admet cependant qu'il serait assez rare en pratique de pouvoir effectuer une différence entre les deux.

[223] Dir. 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.* n° L 318 du 17 novembre 2006, pp. 17-25, art. 2 sous f).

spéciaux comme « des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, règlementaire et administratif qui, sur un territoire donné : (i) limite à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou à exercer une activité, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires ; ou (ii) désigne, selon de tels critères, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité ; ou (iii) confère à une ou plusieurs entreprises, selon de tels critères, des avantages légaux ou règlementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes[224] ». Les droits spéciaux et exclusifs sont ici distingués en fonction du nombre d'entreprises réalisant l'activité[225] et du champ des droits accordés[226]. Cette lecture présente l'inconvénient de complexifier inutilement la distinction des termes[227] si bien que la Cour de justice continue d'appréhender les notions de manière analogue[228] afin de préserver la cohérence du droit de l'Union[229]. Leur dissociation ne semble d'ailleurs plus présenter de véritable enjeu : outre que la Commission s'affranchit de sa propre distinction des termes[230], l'on observe également une tendance de la Cour de justice à ne plus y faire référence - au

[224] *Ibid*., art. 2 e). HOUYET (Y.), « Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs et spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics », *R.T.D. eur.*, n°2, 15 juin 2007, pp. 253 et s. : Il s'agit selon l'auteur du premier exercice de définition entrepris par la Commission sur les deux notions. Or, on retrouve en substance une démarche identique dans la directive 94/46/CE précitée. La directive 2006/111/CE s'appréhende davantage comme un texte qui vient généraliser l'approche des notions de droits spéciaux ou exclusifs et compléter les définitions existantes.

[225] *Ibid*., art. 2 sous e) sous i et ii), art. 2 sous f).

[226] *Ibid*., art. 2 sous e) sous iii). Les droits spéciaux ont un champ plus large que le droit d'exploitation (droit exclusif).

[227] NICINSKI (S.), « Les droits exclusifs », *R.F.D.A.*, n°3, 12 juillet 2018, pp. 479 et s.

[228] CJUE, 12 décembre 2013, *Ministero dello Sviluppo economico e.a.*, aff. C-327/12, EU:C:2013:827, pt. 41 : « une mesure étatique peut être considérée comme attribuant un droit exclusif ou spécial au sens de l'article 106, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elle confère une protection à un nombre limité d'entreprises et qu'elle est de nature à affecter substantiellement la capacité des autres entreprises à exercer l'activité économique en cause sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes ». La Cour de justice reprend ici l'article 2 f) de la directive 2006/111 qui ne concerne pourtant que les droits spéciaux, et non les droits exclusifs, ce qui caractérise un désintérêt de la dissociation.

[229] AZOULAI (L.), « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in MBONGO (P.) et VAUCHEZ (A.) (dir.), *Dans la fabrique du droit européen*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 153-169, *spéc.* p.164. L'auteur souligne qu'il n'est pas rare que la Cour de justice use d'arrangements dans les formules de façon à assurer une cohérence du droit.

[230] Alors que le règlement OSP définit la notion de « droit exclusif » par renvoi à un droit d'exploitation accordé à une seule entreprise, les lignes interprétatives du règlement proposées par la Commission explicite le « droit exclusif » comme l'octroi d'un tel droit d'exploitation à une ou plusieurs entreprises. Certes, l'interprétation de la Commission vise ici probablement, dans un souci de cohérence, à pallier une lacune définitionnelle de la part du Conseil et du Parlement, il n'en demeure pas moins que le résultat reste le même.

moins formellement – ainsi que le montrent les affaires *Gebhart Hiebler* et *ANODE*[231]. Peu importe en conséquence de savoir dans quel cas l'entreprise sera titulaire d'un droit exclusif ou d'un droit spécial, seul compte l'identification d'un droit affectant d'une manière ou d'une l'autre l'exercice de l'activité économique par une autre entreprise normalement garanti par les traités et le droit dérivé.

§2. UNE MISE EN OEUVRE COMBINÉE AVEC LES RÈGLES DES TRAITÉS

58. L'article 106 TFUE est significatif de la prise en compte par les rédacteurs du traité CEE des spécificités de certaines entreprises dont l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux ne doit pas de principe affecter les règles de concurrence **(A)**. Ceci étant, tant le §1 que le §2 de l'article 106 § 2 TFUE prévoient que les entreprises disposant de tels droits sont soumises « aux règles des traités » dont les règles de concurrence ne constituent qu'une manifestation. La Cour de justice a largement usé de cette écriture, de sorte que l'article 106 TFUE produit des effets au-delà de la politique de concurrence **(B)**.

A. Le respect de l'octroi des droits spéciaux ou exclusifs avec les règles de concurrence

59. L'interdiction des droits spéciaux ou exclusifs prévue à l'article 106 § 1 TFUE n'est pas absolue. Elle concerne les situations dans lesquelles ils s'opposeraient aux exigences concurrentielles. Or, les pratiques anticoncurrentielles et les aides d'États ne sont pas toutes interdites. Dans ce contexte, les droits spéciaux ou exclusifs peuvent être conservés, mais leur légalité est fonction du droit applicable aux pratiques anticoncurrentielles et aux aides d'État **(1)**, ce qui vaut également pour les entreprises chargées d'un SIEG **(2)**.

1) Des droits soumis aux interdictions des pratiques anticoncurrentielles et des aides d'État

60. L'article 106 § 1 TFUE énonce que « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Bien qu'il soit rangé dans

[231] CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843 ; CJUE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier ministre e.a.*, aff. C-121/15, EU:C:2016:637.

la catégorie des règles applicables aux comportements d'entreprise[232], l'article 106 § 1 vise essentiellement les mesures étatiques, c'est à dire des règlementations nationales[233] octroyant les droits exclusifs ou spéciaux. Envisagés seuls, les articles 101 et 102 TFUE ne s'appliquent pas aux mesures étatiques[234]. Or, l'abus de position dominante ou l'entente peut provenir d'une mesure étatique[235]. Afin de ne pas priver l'effet utile de ces dispositions, le juge s'est fondé sur l'exigence de coopération loyale aujourd'hui prévue à l'article 4 § 3 TUE ou sur l'article 106 § 1 TFUE pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE à de telles situations[236]. Si l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux enfreignant les règles de concurrence est interdit, le droit de l'Union en tolère néanmoins l'existence[237]. La Cour a en effet jugé que « l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde des droits exclusifs n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86[238] ». Ceci étant, l'examen empirique de la situation conduit presque automatiquement à constater l'abus (théorie de l'abus automatique de position dominante)[239]. Tel n'est pas le cas d'une situation dans laquelle l'entreprise est amenée à enfreindre le droit de la concurrence, par exemple par une politique d'émission discriminatoire en faveur de ses propres programmes télévisés[240].

61. La même interdiction de l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux vaut toutes les fois où elle constitue une aide d'État interdite par l'article 107 TFUE[241]. Contrairement aux abus de position dominante ou aux ententes, cette situation concerne cependant essentiellement

---

[232] TFUE, Titre VII Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations, Chapitre 1 Les règles de concurrence, Section 1 Les règles applicables aux entreprises. Le Titre VII comporte également une Seconde 2 consacrée aux aides accordées par les États.

[233] IDOT (L.), « Concurrence et libre circulation », *R.A.E.*, n°3, 2005, pp. 391 et s.

[234] IDOT (L.), « Concurrence et libre circulation », art. cit. ; BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 400.

[235] CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. contre Commission*, aff. 40/73, *Rec.* p. 1663.

[236] BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 401.

[237] CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 409, pt. 14 ; On notera par ailleurs que la solution est cohérente avec l'article 37 TFUE imposant aux États membres d'aménager les monopoles commerciaux dans le cadre de la libre circulation des marchandises.

[238] CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925, pt. 38.

[239] CHARBIT (N.), « l'entente "automatique" », *Concurrences*, n°2, 2006, pp. 44-60 ; CHARBIT (N), *Le droit de la concurrence et secteur public*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 271-290 : il s'agit d'une création d'origine doctrinale qui « postule que l'existence même d'un monopole d'origine étatique conduit nécessairement à la commission d'abus de position dominante. En d'autres termes, l'abus est considéré comme inhérent ou consubstantiel à la création ou au maintien des monopoles étatiques ».

[240] *Ibid.*

[241] De tels droits réunissent en effet les conditions de qualification de l'aide d'État, à savoir un avantage sélectif au moyen de ressources de l'État (en nature en l'occurrence, il ne s'agit pas d'une subvention financière) et menaçant d'affecter la concurrence.

les entreprises chargées d'un SIEG, ce qui pose plus généralement la question de l'interaction entre les articles 106 § 1 et 106 § 2 TFUE.

2) L'articulation des articles 106 § 1 et 106 § 2 TFUE

62. Contrairement à l'article 106 § 1 TFUE, l'article 106 § 2 est formellement cantonné aux comportements des entreprises et non aux mesures étatiques[242]. La Cour a initialement jugé que les interdictions prévues par l'article 106 § 1 TFUE s'appliquent aux mesures étatiques des entreprises chargées d'un SIEG « sauf si l'application de l'article 86 [actuel 102 TFUE] fait échec à la mission particulière qui lui a été impartie[243] ». L'utilisation du vocable de l'article 106 § 2 TFUE – l'échec à la mission particulière impartie – sous 106 § 1 TFUE a dès lors confirmé la distinction mesures étatiques/comportements d'entreprises au sein de l'article 106 TFUE. Si une telle solution a emporté la conviction[244] et est privilégiée par une partie de la doctrine[245], la Cour a par la suite envisagé des mesures étatiques sous l'article 106 § 2 TFUE[246]. Dès lors, ainsi que le souligne le Pr. CHÉROT, « l'interprétation étroite de l'article 90, § 2, selon laquelle seuls des comportements anticoncurrentiels des entreprises chargées de la gestion d'une mission d'intérêt économique général peuvent bénéficier de la dérogation qu'il prévoit, doit être rejetée[247] ». Cette lecture de l'article 106 TFUE est cohérente car, si l'on peut imaginer que des entreprises chargées d'un SIEG commettent seules des abus de position dominante ou des ententes, elles n'agissent pas de manière totalement autonome au regard de l'acte de puissance publique, sur lequel nous reviendrons, la chargeant d'une telle mission. Si le comportement de l'entreprise est pour une part liée à cet acte de mandatement de l'État, il sera appréhendé par l'article 106 § 2 TFUE et non de manière autonome à travers les articles 101 et 102 TFUE.

---

[242] CJCE, *Giuseppe Sacchi*, préc., pt. 15.

[243] CJCE, *ERT*, préc., pt. 38.

[244] C'est en ce sens que conclut l'Avocat général TESAURO dans l'affaire *Corbeau*, voy. Concl. A.G. TESAURO (G.), 9 février 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2533, *spéc.* 2556.

[245] BERLIN (D.) *Politiques de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Traités, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 337 et 343.

[246] CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2 du traité de Rome et les entreprises de réseau », *A.J.D.A*, n°3, 20 mars 1996, pp. 171 et s. En l'occurrence, l'auteur fait référence à des aides d'État au regard de l'arrêt CJCE, 15 mats 1994, *Banco Exterior de España*, aff. C-387/12, *Rec.* p. I- 877 : « Cette compétence de la Commission s'étend également aux aides d'État accordés aux entreprises visées à l'article 90, paragraphe 2, notamment celles que les États membres ont chargées de la gestion de services d'intérêt économique général » (pt. 17).

[247] *Ibid.*

63. À l'instar de l'article 106 § 1 TFUE, l'article 106 § 2 constitue une règle de renvoi aux dispositions des traités puisque les entreprises en charge d'un SIEG sont « soumises aux règles des traités, notamment de la concurrence ». Les mêmes interdictions aux abus, ententes, aides d'État et violations du principe de non-discrimination valent pour ces entreprises. Leur spécificité – la mission d'intérêt général – est cependant prise en compte (contrairement aux autres entreprises appréhendées par l'article 106 § 1 TFUE). Cette soumission aux règles des traités ne vaut que « 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 ». L'article 106 § 2 TFUE constitue, au regard de son positionnement dans les traités, un moyen de déroger aux règles de concurrence et au principe de non-discrimination structurant le droit de l'Union[248]. Contrairement à l'article 106 § 1 TFUE, il est en effet une source de légitimation des abus de position dominante, ententes, et aides d'État (et de concentration bien qu'il n'en existe à ce jour aucun exemple[249]). En prévoyant cependant que les entreprises chargées d'un SIEG sont soumises, *notamment* au droit de la concurrence, l'article 106 § 2 TFUE est en réalité une source de légitimation de dérogations dépassant la seule politique de concurrence.

B. L'élargissement des justifications au-delà des règles de concurrence

64. Le rejet de toute interprétation exégétique de l'article 106 § 2 TFUE et les confusions volontaires entretenues par les négociateurs du traité CEE expliquent que les relations entre cette disposition et les autres règles des traités aient été source d'incertitudes et de prudence **(1)**, que l'arrêt *Corbeau* a permis de lever **(2)**.

1) Une articulation incertaine avec les règles des traités

65. Si l'article 106 interagit avec les règles du droit de la concurrence[250], il est rédigé de telle façon à pouvoir produire des effets au-delà puisque les entreprises chargées d'un SIEG sont « soumises aux règles des traités ». Il constitue alors « un principe général de

[248] Hypothèse illustrée très tôt dans l'arrêt CJCE, *Sacchi*, préc., pts. 14 et 15.

[249] Il n'existe à ce jour aucun exemple de relation entre 106 § 1 ou § 2 et le contrôle des concentrations. C'est un constat qu'a déjà effectué S. RODRIGUES à la fin des années 1990, voy. RODRIGUES (S.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Paris, Tec & Doc, 2000.

[250] *Ibid.* ; DRIJBER (B.-J.), « Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services », in LOUIS (J.-V.), RODRIGUES (S.) (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 65-97, *spéc.* p. 79.

conformité que les États doivent respecter[251] » particulièrement pragmatique. L'octroi de droits exclusifs ou spéciaux pose en effet des interrogations dépassant largement le seul cadre du droit de la concurrence. Bien qu'elle n'ait pas porté sur l'actuel 106 TFUE, la célèbre affaire *Dassonville* relative aux rapports entre droits exclusifs d'importation et de commercialisation et libre circulation des marchandises en est probablement l'une des plus marquantes illustrations[252].

66. Ce pragmatisme est loin d'être spécifique à l'article 106 TFUE. Il repose de façon générale sur le constat qu'il existe, entre les catégories juridiques du droit de l'Union, de nombreuses relations à l'image de l'ELSJ et de la PESC[253], ou, en ce qui nous concerne, de l'appréhension des mesures étatiques par la politique de concurrence et le marché intérieur[254]. C'est ainsi que dans l'affaire *Campus oil* la Cour de justice a jugé que l'article 106 § 2 TFUE « n'exempte cependant pas l'État membre qui a chargé une entreprise d'une telle gestion [d'intérêt économique général] de l'interdiction de prendre, en faveur de cette entreprise et afin de protéger son activité, des mesures qui entravent, contrairement à l'article 30 du traité, les importations des autres États membres[255] ». Si le champ de l'article 106 § 2 dépasse ici le droit de la concurrence, la Cour de justice n'exploite pas son caractère dérogatoire[256] .

67. Dans l'arrêt *ERT*, la Cour de justice considère sous l'angle de la libre prestation de services que le droit de l'Union s'oppose à un monopole de diffusion d'émissions propres et de retransmission d'émissions qui « entrainent des effets discriminatoires au détriment des émissions en provenance d'autres États membres, à moins que cette règlementation ne soit justifiée par l'une des raisons indiquées à l'article 56, auquel renvoie l'article 66 du traité[257] ». Elle analyse ce même monopole sous l'angle du droit de la concurrence et juge qu'il y a un

---

[251] BERLIN (D.), *Politiques de l'Union européenne*, op. cit., p. 337.

[252] CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837.

[253] Concl. A.G. BOT (Y.), 30 janvier 2014, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-659/11, EU:C:2014 :41, pt. 118.

[254] KOVAR (R.), POILLOT-PERUZZETTO (S.), *Politique de concurrence*, Encycl. Dalloz, août 2016, pt. 13 ; IDOT (L.), « Concurrence et libre circulation », art. cit, et les références citées.

[255] CJCE, 10 juillet 1984, *Campus oil*, aff. 72/83, *Rec.* p. 2727, pt. 19. À noter que l'Avocat général SLYNN n'aborde pas ce point dans ses conclusions (présentées le 10 avril 1984).

[256] CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau », art. cit. L'Avocat général COSMAS a repris également cette idée dans ses conclusions relatives à l'affaire *Commission contre France*, (Concl. A.G. COSMAS (G.), 26 novembre 1996, *Commission contre France*, aff. C-157 à 160/94, *Rec.* p. I-5699, pt. 89). CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali poro di genova Spa et Siderurgica Gabrielli Spa*, aff. C-179/90, *Rec.* p. I-5889, pt. 27.

[257] CJCE, *ERT*, préc., pt. 26

abus de position dominante dès lors qu'il est susceptible d'amener l'entreprise à pratiquer « une politique d'émissions discriminatoires en faveur de ses propres programmes, sauf si l'application de l'article 86 fait échec à la mission particulière qui lui a été impartie[258] ». Aucun rapport explicite entre les articles relatifs au marché intérieur et au droit de la concurrence n'est effectué. La Cour n'explique pas non plus si l'abus de position dominante pourrait être justifié sur les mêmes fondements qu'en matière de libre circulation des services, ou s'il peut s'agir d'autres motifs[259]. Et si la Pr. BERROD et Mme WACHSMANN ont proposé une hiérarchisation « des causes de justification[260] » selon laquelle l'*existence* du monopole serait envisagé sous l'angle du marché intérieur tandis que l'*exercice* de celui-ci serait envisagé sous l'actuel 106 § 2 TFUE, les deux auteures concluent à la difficulté de cette solution compte tenu de la confusion opérée par la Cour de justice entre mesures étatiques et comportements d'entreprise au sein des dispositions du marché intérieur et des règles de concurrence. On observe alors à quel point les relations entre l'article 106 TFUE et les autres règles des traités ont été à l'origine de nombreuses incertitudes nécessitant d'être clarifiées.

2) La consécration de l'article 106 § 2 TFUE en tant que base juridique transversale à l'ensemble des domaines de compétences

68. La clarification des rapports entre l'article 106 TFUE et les autres règles des traités à obéit à un mouvement en deux temps, l'un, ancien et désormais bien ancré, l'autre, plus récent et appelant à être confirmé. D'abord, les arrêts *Corbeau* et *Commission contre France* ont fait œuvre clarificatrice en affirmant que l'article 106 § 2 TFUE permet des dérogations à l'ensemble des règles des traités, et non uniquement aux règles de la concurrence[261]. La

---

[258] *Ibid.*, pt. 38.

[259] CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. contre Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, préc. : l'affaire concerne d'une part des droits exclusifs dont dispose une entreprise nationale en matière de surveillance, de contrôle des transferts de déchets à l'entrée à la sortie de l'Union, leur élimination sur le territoire des Pays-Bas, et d'autre part l'interdiction d'exportation des déchets de la part des entreprises sauf si l'élimination est de meilleure qualité que celle effectuée aux Pays-Bas. Des liens existent entre les deux, puisque l'interdiction d'exportation s'explique par la détention des droits exclusifs d'élimination par l'entreprise nationale, ainsi que le note la Cour (pt. 53). Pourtant, elle envisage les deux hypothèses de manière séparée en prenant soin de ne pas croiser les règles de concurrence et les règles en matière de libre circulation.

[260] WACHSMANN (A.), BERROD (F.), « Les critères de justification des monopoles. Un premier bilan après l'affaire *Corbeau* », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 1994, pp. 30 et s. ; VAN DER WOUDE (M.), « article 90: Competing for Competence », *E.L. Rev.*, 1992, pp. 60 et s.

[261] CJCE, *Corbeau*, préc., pt. 13 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre France*, aff. C-159/94, *Rec.* p. I-5815, pt. 49. Voy. CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du Traité CE après les arrêts de la Cour

Cour a affirmé en effet que « […] le paragraphe 2 [106 § 2 TFUE] peut être invoqué pour justifier l'octroi, par un État membre, à une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général, de droits exclusifs contraires notamment à l'article 37 du traité[262] [actuel 37 TFUE] […] ». L'article 106 § 2 TFUE constitue dans cette perspective une moyen supplémentaire de justification à des entraves toutes les fois où les dérogations expressément prévues et les raisons impératives/impérieuses ne suffisent pas. L'hypothèse est cependant restée restreinte : outre que plusieurs arrêts ont pointé le moyen surabondant tiré de l'article 106 § 2 TFUE[263], ce dernier a surtout été utilisé pour justifier des mesures à caractère économique au soutien d'un objectif d'intérêt général[264]. Au-delà de la politique de concurrence, l'article 106 TFUE a donc une visée essentiellement sécurisante pour la mission d'intérêt général et confirme en cela que le champ des SIEG dépasse les seuls articles 101 à 109 TFUE.

69. Plus récemment, les affaires *Federutility*[265], *Commission contre Pologne*[266], et *ANODE*[267] relatives à la fixation de prix de référence dans les secteurs de l'électricité et du gaz (tarifs règlementés en France) témoignent d'une interaction nouvelle entre l'article 106 § 2 TFUE et les autres règles des traités. Ces affaires ont porté sur des dérogations aux règles

---

de justice des communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité », *R.F.D.A.*, n°1, 9 février 1998, pp. 135 et s.

[262] CJCE, *Commission contre France*, préc., pt. 49, et également les points 41 et 42 qui montrent que l'actuel 106 § 2 TFUE peut être utilisé pour déroger à l'actuel 36 TFUE (dérogations express à la libre circulation des marchandises). La Cour suit les conclusions de l'Avocat général COSMAS (Concl. A.G. COSMAS (G.), *Commission contre France*, préc., pt. 89).

[263] CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Post AG et Citicorp Kartenservice GmbH*, aff. C-147/97 et C-148/97, *Rec.* p. I-825 : La Cour a ainsi souligné dans l'affaire *Deutsche Post AG* que « à supposer même que l'article 25, paragraphe 3, de la CPU puisse être considéré, eu égard à ses effets lorsqu'il est mis en œuvre par une entité telle que la Deutsche Post, comme de nature à constituer une entrave à la libre circulation des services, l'article 90 du traité ne s'opposerait pas non plus à une telle disposition [conférer aux services postaux d'un État-membre le droit de frapper les envois de leurs taxes intérieures dans le cas où des expéditeurs domiciliés dans cet État déposent ou font déposer des envois en grande quantité auprès des services postaux d'un autre État membre aux fins de les expédier vers le premier État membre] ; CJCE, 4 juin 2002, Commission contre Belgique, aff. C-503/99, *Rec.* p. I-4809, pts. 55 et 56 : « Dans ces conditions [une réglementation constituant une entrave à la libre circulation des capitaux justifiée par l'objectif de garantir la sécurité des approvisionnements en énergie en cas de crise], il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen tiré d'un principe déduit de l'article 90, paragraphe 2, du traité, que le gouvernement invoque à titre subsidiaire ». Plus récemment, voy. Concl. A.G. BOT (Y.), 14 octobre 2008, *Santa Casa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-7633. Not. PÉRALDI LENEUF (F.), « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 2010, pp. 7 et s. L'avocat général souligne que le recours à l'actuel article 106 § 2 TFUE n'aurait pas permis une solution différente et aurait donné lieu à un examen identique.

[264] Voy. *Infra*., Partie 3 Chapitre 1.

[265] CJUE, Gde chbr., 20 avril 2010, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377.

[266] CJUE, 10 septembre 2015, *Commission européenne contre République de Pologne*, aff. C-36/14, EU:C:2015:570.

[267] CJCE, *ANODE e.a.*, préc.

des traités justifiées par la sécurité d'approvisionnement énergétique, laquelle constitue un motif de sécurité publique permettant de déroger aux libertés de circulation[268]. Ne mettant pas en jeu la justification de mesures économiques au soutien d'un objectif d'intérêt général, la Cour de justice a pourtant ici fait référence à l'article 106 § 2 TFUE comme un motif général de justification d'une entrave. Il en résulte une consolidation de l'insertion des SIEG et de l'article 106 § 2 TFUE au-delà donc de la politique de concurrence. Et si le contentieux ne nous offre pour l'instant que de nouvelles interactions avec le marché intérieur, ka reconnaissance de cet article comme base juridique transversale à tous les domaines de compétences de l'Union lui offre, à l'avenir, la possibilité de tisser des liens avec d'autres catégories juridiques des traités. Bien que cohérent avec la rédaction de l'article 106 § 2 TFUE, ce mouvement s'explique également par une volonté d'augmenter les contraintes pesant sur les entreprises en charge d'un SIEG.

Section 2. **UN INSTRUMENT DE CONTRÔLE ET D'ACCROISSEMENT DES CONTRAINTES PESANT SUR LES ENTREPRISES MISSIONNÉES PAR UN ÉTAT**

70. L'étude du champ d'application d'une notion ne peut, il est vrai, faire l'économie de l'étude des domaines matériels avec lesquelles le droit de l'Union l'appelle à interagir. Encore faut-il que la notion juridique repose sur des critères de qualification clairs. Or, l'applicabilité de l'article 106 § 2 TFUE – et par conséquent l'identification de son champ – a nécessité que l'on s'accorde sur l'expression d' « entreprise chargée d'un SIEG », dont la systématisation **(§2)** a été largement favorisée par la reconnaissance de la justiciabilité de l'article 106 § 2 TFUE **(§1)**. Certes, ces sujets sont désormais balisés[269] et constituent « l'œuvre du juge de l'Union[270] ». Leur participation à l'éclosion de la notion d'obligation

[268] CJUE, 29 juillet 2019, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-411/17, EU:C:2019:622, pt. 155 ; CJUE, 22 octobre 2013, *Pays-Bas contre Essent e. a.*., aff. C-105/12, EU:C:2013:242, pt. 59.

[269] NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, Coll. Domat-Droit public, Paris, LGDJ, 2014, 4ème ed., pp. 330-334 ; CHARBIT (N), *Le droit de la concurrence et secteur public*, op. cit., pp. 19-52 ; THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 790 p.

[270] BERTRAND (B.), *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 348. L'auteure utilise cette expression pour la détermination de la notion de SIEG, mais elle vaut également pour la détermination des notions d'entreprise et d'acte de puissance publique.

de service public est pourtant peu abordée, en particulier s'agissant de la qualification de l'acte de puissance publique.

§1. LA JUSTICIABILITÉ DE L'ARTICLE 106 § 2 TFUE

71. Notion cardinale du droit de l'Union, l'effet direct renvoie usuellement à l'aptitude d'une norme de droit de l'Union à créer, par elle-même, directement des droits ou des obligations dans le chef des particuliers. L'effet direct est moins uniforme que ne l'est le principe de primauté et fait parfois l'objet de présentations sous l'angle de son intensité. En ce sens, P. Graig et G. de Burca l'envisagent sous une double dimension : «In a broad sense it means that provisions of binding EU law which are sufficiently clear, precise, unconditionnal to be considered justiciable can be invoked and relied on by individuals before national courts. There is also a « narrower » or classical concept of direct effect, which is defined in terms of capacity of a provision of Union law to confer rights on individuals»[271] . La question de l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE s'est posée dès les premières affaires soumises à la Cour de justice. Sa reconnaissance s'est heurtée à de nombreux obstacles **(A)** ayant alimenté des controverses **(B)**.

A. Les obstacles à l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE

72. Consacré par l'arrêt *Van Gend en Loos*[272], l'effet direct reconnaît « virtuellement la capacité d'engendrer des droits et le cas échéant des obligations dans le patrimoine juridique des justiciables[273] ». Une partie de la doctrine l'a d'ailleurs présenté comme une marque de spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international public classique, qui n'admet que sous des conditions très restrictives l'effet *self executing* des traités. Pour Pierre PESCATORE, qui considérait ce principe comme étant « existentiel » au droit communautaire (devenu de l'Union européenne), « the Treaty has created a Community not only of States but also of peoples and persons and the therefore not only Member States but also individuals must be visualised as being subjects of Community […]. Far from it ; the Community calls for participation of everybody, with the result that private individuals are

---

[271] CRAIG (P.), DE BÚRCA (G.), *EU LAW. Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 180 et s.

[272] CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. I.

[273] SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., 3ème ed., 2001, pp. 391-392, *spéc.* p. 389 ; DONY (M.), *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5ème ed., 2014, pp. 279-290.

note anly liable to brudens and obligations, but that they have also prerogatives and rights which must be legally protected[274] ».

73. Plus restreint que l'invocabilité[275], l'effet direct du droit de l'Union suppose que la règle soit claire, précise, inconditionnelle, et qu'aucune mesure complémentaire ou d'exécution soit nécessaire par l'autorité compétente[276]. La Cour de justice apprécie ces critères souplement de façon, par exemple, à reconnaître l'effet direct d'une norme sur laquelle le pouvoir des États membres est discrétionnaire[277]. De cette façon, la Cour de justice en a élargi les effets[278].

74. Si, pour reprendre Gaston Jèze, le recours pour excès de pouvoir a été la plus merveilleuse création des juristes et a tant servi à construire le droit administratif, une conclusion similaire vaut indéniablement pour les SIEG. La reconnaissance de l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE se heurte à plusieurs obstacles. En tant que règle de renvoi et de justification à des dérogations aux principes des traités, il est tributaire de l'effet direct des autres règles avec lesquelles il sera confronté. Impossible dès lors d'envisager l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE sans qu'il en soit de même pour les libertés de circulation ou les règles en matière de concurrence. Une des raisons avancées par la Cour de justice pour reconnaître l'effet direct dans l'arrêt *Van gend and Loos* est la clarté et l'inconditionnalité de l'interdiction des droits douanes et taxes d'effet équivalent[279]. Au contraire, la formulation de l'article 106 § 2 TFUE est volontairement confuse[280] par l'usage de notions telles que « services d'intérêt économique général », « entreprises chargées », ou encore

---

[274] PESCATORE (P.), « The Doctrine of « Direct Effect » : An Infant Desease of Community Law », *C.M.L. Rev.*, 1983, pp. 453 et s.

[275] L'invocabilité renvoie à la capacité de la norme « à être une source de légalité en vigueur dans l'ordre juridique national », ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 9ème ed., 2006, p. 268 ; BLANQUET (M.), *Effet direct du droit communautaire*, Rep. dr. eur., 2008, pt. 13. : « une norme reconnue comme ayant un effet direct pourra se prévaloir de toutes ces dimensions de l'invocabilité : l'effet direct est donc à présenter comme un invocabilité complète du droit communautaire »

[276] SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 389.

[277] CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners contre Belgique*, aff. 2/74, *Rec.* p. 631. Not. « KARPENSCHIF (M.) NOURISSAT (C.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Coll. Themis, Paris, Puf, 2ème ed., 2014, pp. 73-77.

[278] CRAIG (P.), DE BÚRCA (G.), *EU LAW. Text, Cases, and Materials*, op. cit., pp. 186-187.

[279] Pour un exposé des libertés de circulation, FALLON (M.) « Faut-il réécrire les libertés de circulation ? », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.) (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 413-448. Sur la finalité de la libre circulation des marchandises et sur sa contextualisation, voy. DE LA ROSA (S.), « L'écriture des libertés de circulation », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), *L'unité des libertés de circulation*, op. cit., pp. 24-25.

[280] Voy. *Supra*., Introduction.

« dans les limites où l'application des règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière ». Ces obstacles ne favorisent guère la reconnaissance de l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE, ce que les premières affaires soumises au juge de l'Union ont mis en évidence.

B. Une reconnaissance controversée

75. La Cour de justice s'est prononcée sur l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE dès l'affaire *Hein* (Port de Merter). Après avoir constaté que « […] le paragraphe 2 de cet article [actuel 106 § 2 TFUE] n'énonce pas une règle inconditionnelle[281] » et « que cette appréciation relève des objectifs de politique économique générale poursuivis par les États sous la surveillance de la Commission[282] », elle juge « qu'en conséquence, et sans préjudice de l'exercice par la Commission des pouvoirs prévus au paragraphe 3 de l'article 90, le paragraphe 2 du même article n'est pas, au stade actuel, susceptible de créer des droits individuels que les juges nationaux doivent sauvegarder[283] ». L'usage de l'expression « au stade actuel » montre que cette position n'est pas figée. Elle suit en cela la position de l'Avocat général DUTHEILLET DE LAMOTHE, concluant cependant à l'absence d'effet direct non pas sur l'inconditionnalité, mais sur l'absence de clarté et de précision de l'article 106 § 2 TFUE[284].

76. Alors qu'aucun changement en fait et en droit n'est entre temps intervenu, la Cour de justice a quelques années plus tard opéré un revirement jurisprudentiel. Jugeant « superflue[285] » la question de savoir si « les dispositions de l'article 90, paragraphe 2, du traité, engendrent, au profit des particuliers, des droits que le juge national doit sauvegarder[286] », elle souligne dans l'affaire *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior* (dit aussi BRT II)

---

[281] CJCE, *Hein*, préc., pt. 13.
[282] *Ibid*., pt. 15.
[283] *Ibid*., pt. 16.
[284] Concl. A.G. DUTHEILLET DE LAMOTHE (A.), 1er juillet 1971, *Hein*, préc., p. 741 : « En d'autres termes, les entreprises visées par l'article 90, paragraphe 2, doivent en principe respecter le traité ; elles peuvent cependant ne pas se soumettre aux règles qu'il édicte si ces règles font échec en droit ou en fait à leur mission, mais seulement dans la limite où le non-respect de ces règles n'affecte pas les échanges dans une mesure contraire aux intérêts de la Communauté. On ne peut vraiment pas dire qu'il s'agit là d'une obligation précise et sans réserve. Sa mise en œuvre nécessite donc l'intervention des autorités communautaires, prévue d'ailleurs par le troisième paragraphe de l'article 90 ».
[285] CJCE, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, préc, pt. 24.
[286] *Ibid*., pt. 17.

« qu'il appartient donc au juge national de rechercher si une entreprise qui invoque les dispositions de l'article 90 § 2, pour se prévaloir d'une dérogation aux règles du traité, a été effectivement chargée par l'État membre de la gestion d'un service d'intérêt économique général[287] ». Si la Cour ne fait pas une mention expresse de l'effet direct, le fait de charger « le juge national d'opérer les vérifications nécessaires[288] » en constitue une reconnaissance implicite[289]. La Cour de justice ne suit en revanche pas les conclusions de l'Avocat général MAYRAS proposant de s'en tenir à la solution dégagée par l'affaire *Hein*[290]. Une « controverse » [291] apparaît donc sur la portée de l'article 106 § 2 TFUE sans que l'on puisse déterminer la ou les raison(s) ayant motivé la Cour à modifier sa position. Confirmée peu après dans l'affaire *Giuseppe Sacchi* dans une formulation plus claire : « […] même dans le cadre de l'article 90, les interdictions de l'article 86 ont un effet direct et engendrent, pour les justiciables, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder[292] », l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE est ensuite définitivement acté dans l'affaire *Gerhard Züchner*[293]. Ni la Cour, ni l'Avocat général SLYNN[294] n'y font référence et recherchent directement si les instituts chargés d'effectuer des transferts de fonds de leur clientèle d'un État membre à un autre sont chargés d'un SIEG.

77. La reconnaissance de l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE a continué à alimenter des controverses. Dans l'affaire *Inter-Huiles e.a.,* la Cour de justice a jugé « quant au paragraphe 2 de l'article 90 [actuel 106 § 2 TFUE], la Cour a déjà affirmé que celui-ci n'est pas susceptible au stade actuel de créer des droits individuels que les juges nationaux doivent

---

[287] *Ibid.*, pt. 22.

[288] CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau, *A.J.D.A.*, n°3, 20 mars 1996, pp. 171 et s., ainsi que les références citées.

[289] *Ibid.*, Voy également BERLIN (D.), « L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises, *R.T.D. eur.*, 1991, pp. 1-5.

[290] Concl. A.G. MAYRAS (G.), 12 février 1974, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, préc., p. 328 : « La réserve que vous avez pris soin de faire en vous référant au paragraphe 3 de cet article et qui justifie l'emploi de l'expression « au stade actuel » implique seulement que vous vous êtes réservé de modifier votre interprétation dans l'hypothèse où la Commission viendrait à expliciter le contenu de l'article 90, paragraphe 2, par les décisions d'application qu'elle est en droit de prendre en vertu du paragraphe 3. Tel n'a pas été, à notre connaissance, le cas jusqu'à présent »

[291] BRACQ (S.), « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 2004, pp. 33 et s.

[292] CJCE, *Giuseppe Sacchi*, préc., pt. 18. Il ne ressort de l'arrêt et des conclusions de l'Avocat général REISCHL aucune mention relative la divergence entourant l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE, Concl. A.G. REISCHL (G.), 20 mars 1974, *Giuseppe Sacchi* préc., pp. 446-447 ; l'Avocat général n'a pas abordé la problématique de l'effet direct et n'a pas fait référence à la jurisprudence antérieure.

[293] CJCE, 14 juillet 1981, *Gerhard Züchner contre Bayerische Vereinsbank AG*, aff. 172/80, *Rec.* p. 2021.

[294] Concl. A.G. SLYNN (G.), 3 juin 1981, *Gerhard Züchner contre Bayerische Vereinsbank AG*., préc.

sauvegarder[295] ». Elle reprend ici la solution affirmée dans l'affaire *Hein* sans faire de référence aux décisions ultérieures jugeant du contraire[296]. C'est uniquement à partir de l'arrêt *Ahmed Seed Flugreisen*[297] que l'effet direct est définitivement consacré[298]. Cet arrêt est d'ailleurs considéré par une partie de la doctrine comme le point de départ de l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE[299] alors que la Cour de justice l'a antérieurement consacré dans l'affaire *BRT II*. Il est vrai qu'aucune précision sur la mise en œuvre de cette disposition n'a été donnée avant l'affaire *Ahmed Seed*, ce qui compliquait la tâche du juge national. L'arrêt *Ahmed Seed Flugreisen* a en conséquence mis fin à la controverse entre juges et avocats généraux[300].

78. En tant que règle de renvoi et de limitation, l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE était subordonné à l'effet direct des libertés de circulation et des dispositions relatives aux ententes, et aux abus de position dominante[301], lesquelles ont bénéficié de la souplesse de la jurisprudence en matière d'effet direct du droit de l'Union[302]. La reconnaissance de l'effet

---

[295] CJCE, 10 mars 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" e.a.*, aff. 172/82, *Rec.* p. 555, pt. 15.

[296] La Cour de justice ne suit pas la position de l'Avocat général ROZÈS, Concl. A.G. ROZÈS (S.), 10 février 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" e.a.*, préc., p. 581. L'avocat général ne s'est pas interrogé sur l'effet direct.

[297] CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Seed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH*, aff. 66/86, *Rec.* p. 803.

[298] Contrairement à la position de l'Avocat général OTTO LENZ qui s'en est tenu à la solution de l'affaire *Inter-Huiles*, Concl. A.G. OTTO LENZ (C.), 29 avril 1988, *Ahmed Seed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH*, préc., p. 829. Lors d'un entretien avec Monsieur LENZ le 7 juillet 2016, l'Avocat général nous a indiqué avoir justifié sa position au regard de la complexité de l'ancien article 90 TCEE à cette période, en particulier sur la portée des notions.

[299] Concl. A.G. DARMON (M.), 8 février 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477 : « l'arrêt *Ahmed Seed* marque un tournant dans l'histoire de cette jurisprudence » ; BERLIN (D.), « L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises, *R.T.D. eur.*, 1991, pp. 1-5 ; CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau », art. cit.

[300] Au demeurant, les divergences au sein des arrêts de la Cour de justice peut aussi s'expliquer par la composition différente des juges dans les affaires, en dehors du juge MACKENZIE qui se retrouve tant dans l'affaire *Sacchi* que dans l'affaire *Inter-Huiles*. L'Avocat général SLYNN (partisan de l'effet direct dans l'affaire *Gerhard Züchner*), devenu juge par la suite, fait partie de la composition des juges dans l'affaire *Ahmed Seed* ; Concl. A.G. JACOBS (F.-G.), 15 janvier 1991, *Höfner*, préc. : l'avocat général est le premier à avoir retracé les affaires soumises à la Cour pour montrer les incertitudes ayant entouré l'effet direct.

[301] L'article 106 § 2 TFUE est une règle de renvoi et de justification de dérogations aux règles des traités. Il nécessite, comme on l'a vu, d'être combiné avec d'autres règles. Aussi, il aurait été inopérant de reconnaître son effet direct sans que les règles auxquelles il renvoie et entend déroger ne bénéficiaient pas également de l'effet direct. CJCE, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, préc. : tentative de justification d'un abus de position dominante ; CJCE, *Guiseppe Sacchi*, préc. : tentative de justification d'un abus de position dominante ; CJCE, *Gerhard Züchner contre Bayerische Vereinsbank AG*, préc : tentative de justification d'une entente ; CJCE, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" e.a.*, préc : tentative de justification d'une entrave à la libre circulation des marchandises.

[302] BLUMANN (Cl.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 6ème ed., 2016, pp. 596-597 ; SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, op. cit., pp. 389-390.

direct de l'article 106 § 2 TFUE a pourtant généré des réserves[303], notamment au regard de la compétence exclusive de la Commission pour apprécier si le développement des échanges est affecté d'une manière contraire à l'intérêt de l'Union[304]. Pour S. BRACQ « la jurisprudence ultérieure ne permet pas d'affirmer que l'article 86, § 2, CE [actuel 106 § 2 TFUE] dispose dans sa globalité ou dans tous les cas de figure d'un effet direct ». Afin de régler ce dilemme, le Pr. CHÉROT a proposé une lecture par analogie avec l'encadrement juridique des ententes : le juge national devra tenir compte de la possibilité de la Commission d'infirmer sa décision sur le fondement de l'affectation des échanges[305], et ne doit pas déborder sur une autre compétence exclusive de la Commission telle la compatibilité avec les traités d'une aide d'État destinée à financer un SIEG[306]. En tout état de cause, la reconnaissance de l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE peut s'analyser comme un moyen d'inciter la Commission, le Conseil, et le Parlement à ne plus rester inactifs sur la portée de cet article. En l'absence de réaction cependant, elle s'est affirmée comme un outil de politique jurisprudentielle dont la Cour de justice a largement usé pour affiner les contours de la notion « d'entreprise chargée d'un SIEG ».

§2. LA SYSTÉMATISATION D'ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES ASSOCIÉES À UN ACTE DE PUISSANCE PUBLIQUE

79. La Cour de justice a dégagé de l'expression « entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général » trois critères généraux pour apprécier l'applicabilité de l'article 106 TFUE : une entreprise, un acte de puissance publique, et un service d'intérêt économique général. Faute de précisions sur ces termes, le juge a suivi une approche

---

[303] BRACQ (S.), « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », art. cit., *spéc.* nbp. 140 ; CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau », art. cit.

[304] C'est d'ailleurs sur ce fondement que la Cour a refusé dans l'affaire *Hein* de reconnaître l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE.

[305] CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau », art. cit. : Cette prise en compte peut se matérialiser en pratique par la saisine de la Commission pour avis, ou bien la saisine de la Cour de justice par renvoi préjudiciel.

[306] CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international e.c. contre La Poste*, aff. C-39/94, *Rec.* p. I-3547, pt. 52 ; CJCE, 5 septembre 2006, *Transalpine Olleintung*, aff. C-368/04, *Rec.* p. I-9957, pts. 35-46. Not. DONY (M.), *J.D.E.*, 2007/5, n° 139, pp. 140-150 : ces arrêts retracent les compétences du juge national et de la Commission en matière d'État. Pour une application récente en droit français, voir l'épilogue de l'affaire Vent de Colère ! dans l'arrêt CE, 15 avril 2016, *Association Vent de colère ! Fédération nationale*, req. n° 393721. Not. FITZJEAN O COBHTHAIGH (A.), « Affaire Vent de colère ! : épilogue ? », *Energie Environnement Infrastructures*, n°11, novembre 2016, comm. 73.

fonctionnelle des notions d'entreprise **(A)** et d'acte de puissance publique **(B)**, c'est à dire de « notions ouvertes prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur[307] » .

A. La notion d'entreprise bénéficiant de l'insuffisance de marqueurs sur le champ du droit de l'Union

80. Les fonctions de la notion d'entreprise ont été déterminées dans le cadre du droit de la concurrence et sont, ainsi que l'a relevé la Pr. IDOT, l'appréciation de certains éléments constitutifs de l'entente et de l'abus de position dominante, l'application des règlements d'exemption, l'imputabilité de l'infraction[308], ou encore le calcul de l'amende[309]. La fonction principale de la notion d'entreprise est toutefois d'identifier le champ du droit de la concurrence[310], et plus encore son champ *ratione personae*[311]. L'approche fonctionnelle de la notion se désintéresse de la forme sociale de l'entité. Elle lui permet de se superposer aux notions homonymiques dans les droits nationaux **(1)** en se concentrant sur la présence d'une activité économique **(2)**. À cet égard, la notion d'entreprise bénéficie des « flottements » sur l'identification du champ du droit de l'Union, se traduisant par l'accroissement toujours plus important du nombre d'activités qu'elle englobe.

1) Le choix d'une approche fonctionnelle fondée sur l'inopérance de la forme sociale de l'entreprise

81. L'absence de définition de la notion d'entreprise est remarquée très tôt par l'Avocat général DUTHEILLET DE LAMOTTE note dans l'affaire *Hein* dans laquelle il note que celle-ci « ne pourra se dégager que peu à peu de votre jurisprudence qui, progressant cas par cas, en cernera les contours, ainsi que, sous votre contrôle, des règlements, directives ou décisions communautaires[312] ». L'Avocat général MAYRAS y consacre des développements

---

[307] VEDEL (G.), « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *J.C.P. G.*, 1948, I. 682.

[308] Elle est ici centrale pour appliquer la théorie de l'unité économique permettant de déterminer si la société mère est responsable des agissements d'une filiale. Pour une étude, voy. DEROUDILLE (A.), « La notion d'unité économique en droit de l'Union européenne », *R.D.U.E.*, 2016, n°3/4, pp. 555-577.

[309] IDOT (L.), « La notion d'entreprise », *Rev. Soc.*, n°2, 13 juillet 2001, pp. 191 et s.

[310] BERNARD (E.), « L '« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *R.I.D.E.*, n°3, 2009, pp. 148 et s.

[311] NISTOR (L.), *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, Springer, La Haye, 2011, p. 142.

[312] Concl. A.G. DUTHEILLET DE LAMOTTE, *Hein*, préc., Rec. p. 738.

plus étoffés dans l'affaire *BRT*[313]. Il se réfère à la doctrine pour l'apprécier et fait siens les propos du Pr. GOLDMAN : l'entreprise est « un ensemble coordonné de personnes et de biens, constitué dans un but déterminé et dont l'activité est dirigée vers la réalisation de ce but[314] ». Il lie cette définition à l'arrêt *Mannesmann* de la Haute autorité sous le visa de l'article 80 du traité CECA aux termes duquel « l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé[315] ». Quelques éléments permettant d'apprécier l'entreprise sont esquissés : « le moule juridique[316] » de l'entreprise est sans importance, et l'entreprise implique une activité économique, « c'est à dire se livrant à tout échange non gratuit de biens ou de services[317] ».

82. La Cour de justice n'a pas repris les propositions des avocats généraux et s'est contentée d'affirmer laconiquement et tautologiquement qu'une entreprise est une entreprise au sens de l'actuel article 106 § 2 TFUE[318]. À partir de l'affaire *Commission contre Italie* portant sur la première directive transparence[319], elle note que la directive a pour but de distinguer à travers les entreprises publiques lorsque l'État agit en tant que pouvoir public ou en tant que propriétaire[320]. En tant que propriétaire, l'État exerce une activité économique, c'est à dire « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché[321] ».

83. Ces tentatives ont laissé place à partir de l'affaire *Klaus Höfner et Fritz Elser et Macrotron GmbH* relative à une entité offrant offre des services gratuitement[322] au principe désormais établi qu' : « […] il y a lieu de préciser, dans le contexte du droit de la concurrence, que, d'une part, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une

---

[313] Concl. A.G., MAYRAS (G.) *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior,* préc.

[314] *Ibid.*

[315] Cour. CECA, 13 juillet 1962, *Mannesmann AG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. C-19/61, Rec. p. 675, *spéc.* p. 705. Cet arrêt a permis à la haute autorité d'affiner la notion d'entreprise de l'article 80 CECA, voy. IDOT (L.), « La notion d'entreprise », art. cit.

[316] Concl. A.G., MAYRAS (G.), *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior,* préc., p. 323.

[317] *Ibid.*

[318] CJCE, *Hein,* préc., pt. 11 ; CJCE, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, préc., pt. 20.

[319] Dir. 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E* n° L195 du 29 juillet 1980, pp. 35-37.

[320] CJCE, 16 juin 1987, *Commission contre Italie*, aff. 118/85, *Rec.* p. 2599, pt. 6.

[321] *Ibid.*, pt. 7.

[322] BOLZE (Ch.), « Entreprise, Définition et élément, Service public de l'emploi », *R.T.D. com.*, n°3, 16 septembre 1991, pp. 512 et s.

activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement[323] ».

84. La Cour de justice dénie à la notion d'entreprise une approche conceptuelle, c'est à dire « une définition complète selon les critères logiques habituels [dont] le contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes[324] ». Elle adopte ici une lecture fonctionnelle[325]. Trouvant sa source dans l'application du principe de neutralité prévu par l'article 345 TFUE aux termes duquel « les traités ne préjugent en rien le régime de propriété dans les États membres[326] », la Cour de justice se désintéresse de la forme sociale de l'entité[327]. Les droits nationaux sont en effet caractérisés par une extreme diversité des notions d'entreprise ainsi que le relève. L. NISTOR[328]. Sans remettre en cause les categories juridiques nationales, tout l'enjeu a été pour le juge de construire la notion d'entreprise au regard des finalités propres du droit de l'Union axées la preservation d'un cadre concurrentiel libre et non faussé.

---

[323] CJCE, *Klaus Höfner et Fritz Elser et Macrotron GmBH*, préc., pt. 17. La Cour a ainsi repris les propositions de l'Avocat général MAYRAS dans l'affaire *BRT II*. Celles-ci sont d'ailleurs brièvement abordées par l'Avocat général JACOBS, Concl. A.G. JACOBS (F.-G.), *Klaus Höfner et Fritz Elser et Macrotron GmBH*, préc., pt. 22.

[324] VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P. G.*, 1950, I. 851. Voy. également, TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *R.F.D.A.*, n°4, 10 juillet 2009, pp. 641 et s.

[325] L'Avocat général JACOBS est le premier avocat général à avoir souligné que la notion d'entreprise est fonctionnelle, voy. Concl. A.G. JACOBS (F.-G.), 28 janvier 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.* p. I-5751, pt. 214 : « Ensuite, l'interprétation fonctionnelle du terme « entreprise », adoptée par la Cour dans sa jurisprudence, conduit au même résultat [visant à exclure que l'entreprise puisse s'entendre comme un travailleur salarié]. S'agissant d'organismes publics, la Cour se demande si l'activité en cause est exercée – ou, à tout le moins, est susceptible d'être exercée – par des opérateurs privés offrant des biens ou des services sur le marché. […] Nous trouvons, sous-jacente à ces arrêts de la Commission, l'idée selon laquelle les entités en cause accomplissaient les « fonctions » d'une entreprise ». L'avocat général a ensuite poursuivi ses développements pour proposer une approche plus ordonnée, Concl. A.G. JACOBS (F.-G.) 22 mai 2003, *AOK-Bundesverband e.a. contre Ichthyol-Gesellschaft Cordes, hermani & co e.a., aff. C-264/01*, 306/01, 354/01, 355/01, Rec. p. I-2493, pt. 25 : « En ce qui concerne le statut des caisses de maladie, la Cour, pour décider si une certaine entité est une entreprise au sens des règles communautaires de concurrence, suit une approche que l'on peut qualifier de fonctionnelle, dans la mesure où elle s'attache au type d'activité accomplie, et non aux caractéristiques des acteurs de cette activité, à l'objectif social qui y est associé ou aux modalités de régulation ou de financement auxquelles cette entité est soumise dans un État membre particulier. Dès lors qu'une activité revêt un caractère économique, les personnes qui y sont engagées relèvent du droit communautaire de la concurrence ». Cette formulation est reprise par l'Avocat général JÄÄSKINEN, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Commission contre Pologne*, Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.) 14 avril 2011, *Commission contre Pologne*, aff. C-271/09, *Rec.* p. I-13613, pt. 68 et nbp. 23.

[326] Un tel principe est ancien, on en retrouve des traces dans le discours de Robert SCHUMAN du 9 mai 1950 : « L'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises ».

[327] Une association sans but lucratif peut ainsi être qualifiée d'entreprise au sens du droit de l'Union.

[328] NISTOR (L.), *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, op. cit., p. 145. Version traduite : « Il pourra souvent être dénué de pertinence que l'activité soit gérée par une entreprise publique car il y aura un voisin chez qui l'activité peut être gérée par une entreprise privée à la recherche de profit ».

2) L'accroissement des activités couvertes par la notion d'entreprise

85. À propos de l'arrêt *Höfner*, le Pr. BOLZE en a tiré la conclusion que « en extrapolant cette jurisprudence, il est possible de considérer que de nombreuses activités relèvent de l'économie (professions de santé, action sociale, secteur associatif, etc.), et qu'il apparaît plus simple d'énumérer les fonctions qui participent directement de la puissance publique et échappent encore à l'emprise du droit communautaire de l'entreprise[329] ». Cette démarche ressort de la pratique contentieuse, non d'ailleurs sans générer certaines réserves : la pratique se traduit par un accroissement continu du nombre d'activités couvertes par la notion **(a)**, parfois au prix d'une complexification du raisonnement juridique **(b)**.

a) La qualification d'activité non économique obéissant à des conditions de plus en plus rigoureuses

86. Bien que le juge n'explicite pas toujours pourquoi il retient la qualification juridique de l'entreprise[330], il a dégagé deux grandes séries de cas de figure dans lesquels elle est exclue. La qualification de l'entreprise est dès lors acquise toutes les fois où elle n'entre pas dans l'une ou l'autre.

87. Il s'agit, en premier lieu, de la participation de l'entité à l'autorité publique. L'article 51 TFUE prévoit que les règles relatives à la liberté d'établissement ne s'appliquent pas pour les activités participant à l'exercice de l'autorité publique[331]. Appelée à se prononcer sur sa portée dans l'affaire *Reyners*, la Cour de justice a jugé que les prestations des avocats concourant au fonctionnement des juridictions n'y participent pas car elles sont indépendantes du « libre exercice du pouvoir juridictionnel[332] ». L'autorité publique s'apprécie selon l'avocat général MAYRAS par renvoi à l'impérium de l'État et l'usage de prorogatives exorbitantes de droit commun, de privilèges de puissance publique, de pouvoir de coercition qui s'imposent aux citoyens[333]. Cette lecture, comme on le sait, a par la suite

[329] BOLZE (Ch.), « Entreprise, Définition et élément, Service public de l'emploi », art. cit.

[330] IDOT (L.), « La notion d'entreprise », art. cit. C'est un constat qui n'est pas spécifique au droit de la concurrence. Lorsque la qualification ne présente pas de difficulté, il n'est pas rare que le juge pratique l'économie de moyens.

[331] TFUE, art. 51 : « Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ».

[332] CJCE, *Jean Reyners contre Belgique*, préc., pts. 51 à 53.

[333] Concl. A.G. MAYRAS (G.), 28 mai 1974, *Jean Reyners contre Belgique*, préc.

servi à clarifier les liens entre le marché intérieur et les professions règlementées (notaires par exemple), dont les États ont tenté de justifier leur exclusion du droit de l'Union. C'est sur la base de ses développements sur le champ de la liberté d'établissement que la Cour s'est attachée, dans le champ du droit de la concurrence cette fois, à tracer les contours des activités exclues de la notion d'entreprise.

88. Dans l'affaire *SAT contre Eurocontrol* portant sur le refus de SAT de payer les redevances à Eurocontrol, organisme assurant le contrôle et la police de l'espace aérien, SAT a estimé qu'en établissant des tarifs différents pour des prestations similaires, Eurocontrol abuse de sa position dominante d'une manière contraire aux articles 86 (actuel 102 TFUE) et 90 (actuel 106 TFUE) du traité CEE. Dans ses conclusions, l'Avocat général TESAURO s'appuie sur l'affaire *Reyners* pour illustrer les activités de puissance publique : administration générale et fiscale, justice, sécurité, défense nationale[334]. Sur cette base, il conclut qu'Eurocontrol exerce une mission de police aérienne et rejette la qualification d'entreprise. Cette lecture est suivie par la Cour de justice, laquelle conclut que « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives […] qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique[335] ».

89. Cette posture de la Cour de justice s'est confirmée à plusieurs reprises et ne présente aujourd'hui plus de réelle difficulté. L'affaire *Selex* – parfois nommée Eurocontrol II – a confirmé l'arrêt *SAT contre Eurocontrol* et la solution pour l'activité d'assistance exercée par Eurocontrol au profit des administrations nationales[336]. De même dans l'affaire *Diego Calì*, la Cour de justice a jugé que « la surveillance antipollution que SEPG a été chargée d'assurer dans le port pétrolier de Gênes constitue une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État en matière de protection de l'environnement du domaine maritime […] qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique[337] […] ». De

---

[334] Concl. A.G. TESAURO (G.), 10 novembre 1993, *SAT et Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* p. I-43.

[335] CJCE, 19 janvier 1994, *SAT contre Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* p. I-43, pts. 27 à 30. Not. BOLZE (Ch.), *R.T.D. com.*, 15 septembre 1994, pp. 606 et s.

[336] CJCE, 26 mars 2009, *Selex contre Commission et Eurocontrol*, aff. C-113/07 P, *Rec.* p. I-2207, pts. 71 et 72.

[337] CJCE, 18 mars 1997, *Diego Calì contre SEPG*, aff. C-343/95, *Rec.* p. I-1547, pts. 22 et 23.

manière générale, la mission de surveillance[338] et les pouvoirs détenus par l'autorité[339] constituent les indicateurs utilisés par le juge pour réfuter la qualification d'entreprise. On relèvera pourtant que cette exclusion n'est pas inconditionnelle car un État pourra toujours décidé d'externaliser l'exercice de ces missions en usant du droit de la commande publique[340]. C'est pourquoi le juge s'attache à rechercher l'intention de l'État de soustraire l'activité au marché[341]. De façon générale, on relèvera que l'exercice d'une activité rattachée à l'autorité publique peut certes être exclue du champ du droit de l'Union, mais cette exclusion dépend également du de son mode de gestion, point que les études habituelles de la notion d'entreprise n'envisagent pas.

90. En second lieu, une activité ne sera pas économique si elle renvoie à certaines activités dans le domaine social[342], et dont le contentieux sur la qualification de l'entreprise a essentiellement porté sur les conditions d'affiliation à un organisme de sécurité sociale[343]. Les activités sociales constituent des « zones grises[344] », naviguant entre activité économique et non économique. Bien qu'il n'y ait pas de critère inconditionnel établi par la Cour, les débats se concentrent autour de quatre indicateurs : la poursuite d'objectifs sociaux, l'existence d'un haut degré de solidarité, l'absence de recherche de profits, l'implication étatique[345]. Une activité sociale n'est donc pas *de jure* une activité non

---

[338] Trib., 16 juillet 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung contre Commission*, aff. T-309/12, EU:T:2014 :676, pts. 48 à 67, à propos de l'élimination des carcasses d'animaux (épizootie).

[339] CJUE, 12 juillet 2012, *Compass-Datenbank GmbH contre Autriche*, aff. C-138/11, EU:C:2012:449, pt. 40 : « une activité de collecte de données relatives à des entreprises, sur le fondement d'une obligation légale de déclaration imposée à ces dernières et des pouvoirs coercitifs y afférents, relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique ».

[340] Dans ce cas et malgré l'existence de pouvoirs de coercition par exemple, il n'est pas acquis que l'activité soit exclue du champ du droit de l'Union.

[341] ECKERT (G.), « La distinction entre les services d'intérêt économique général et les services d'intérêt général non économiques », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en Europe*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 4-21, *spéc.* pp. 10-13. Par exemple dans l'affaire *Eurocontrol*, si l'organisme avait le pouvoir de moduler le montant de la redevance en fonction de critères tels que de l'horaire de passage des aéronefs, la conclusion du juge aurait surement été différente.

[342] Pour une étude approfondie de l'ensemble de la jurisprudence portant sur la notion d'entreprise au regard de l'activité sociale, voy. NISTOR (L.) *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, op. cit., pp. 147-173.

[343] Contrairement à un organisme régional ou national mis en place par l'État, les organismes n'agissant pas au nom de l'État disposent d'une latitude pour accepter et refuser d'assurer des personnes physiques et morales. Cette latitude permet de refuser la couverture de personnes à haut risque (personnes âgées, travailleurs exposés à des risques psychosociaux élevés, etc.), ce qui a un impact sur le montant des cotisations.

[344] IDOT (L.), « Entreprise sociale et concurrence », *Concurrences*, n°1, 2013.

[345] NISTOR (L.), *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education* Services, op. cit., pt. 146-147.

économique. La qualification juridique est « une question de degré[346] » nécessitant l'étude d'une multitude d'indicateurs[347]. L. NISTOR note à ce titre très justement que « […] the mere fact that one condition is fulfilled will not be sufficient to remove an activity from the scope of competition rules[348] ». La jurisprudence sur l'activité sociale est un exemple de l'intérêt fonctionnel de la notion d'entreprise. La Cour de justice ne cherche pas à déterminer une méthodologie fondée sur des critères préétablis pour qualifier un organisme œuvrant dans le domaine social. Chaque cas est spécifique et difficilement dupliquable.

91. Dans l'arrêt *Poucet et Pistre*, la Cour a dénié la qualité d'entreprise à trois organismes au motif qu'ils remplissent « une fonction de caractère exclusivement social[349] », tirée du principe de solidarité nationale, de l'absence de but lucratif, et de l'absence de lien entre les prestations et le montant des cotisations. L'exclusion de la qualification d'entreprise se justifie sur le motif que les organismes de sécurité sociale ne fonctionnent pas selon la même logique que les entreprises œuvrant librement sur le marché[350]. À cet égard, l'uniformité des prestations sans rapport avec le montant des contributions, le financement des pensions de retraite par la population active, la participation des régimes excédentaires au financement des régimes en difficulté, l'affiliation obligatoire constituent autant d'indicateurs pour la Cour pour statuer en ce sens[351]. Dans l'arrêt *FFSA*, la Cour a retenu la qualification de l'entreprise malgré son but non lucratif en se fondant sur la présence d'un régime facultatif, destiné à compléter le régime de base obligatoire, agissant selon le principe de capitalisation, et sur le lien entre les prestations et le montant des cotisations ainsi que les investissements réalisés[352]. Dans l'arrêt *Albany*, la qualification est acquise au motif que le fond de pension fonctionne selon le principe de la capitalisation et détermine lui-même le montant des cotisations, que le montant des prestations dépend des résultats financiers des placements,

---

[346] BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, op. cit. p. 378.

[347] CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal*, aff. C-218/00, *Rec.* p. I-691, pt. 37.

[348] NISTOR (L.), *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, op. cit., p. 149. Traduction : « […] le simple fait qu'une des conditions est remplie ne suffira pas à exclure une activité du champ des règles de concurrence ».

[349] CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et 160/91, *Rec.* p. I-637, pt. 18.

[350] Concl. A.G. JACOBS (F.-G.-, *Höfner*, préc.. L'avocat général montre ainsi que les entreprises fonctionnent sur la base de la capitalisation soumettent les affiliés à des conditions, et poursuivent des objectifs qui diffèrent du principe de solidarité tel que matérialisé par les trois organismes de sécurité sociale en cause.

[351] CJCE, *Poucet et Pistre*, préc., pt. 9, 10, 12, et 18.

[352] CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA*, aff. C-244/94, *Rec.* p. I-4013, pt. 17 à 22.

et qu'il existe des cas de dispense d'affiliation[353]. Enfin, dans l'affaire *AG2R*[354], bien qu'ayant un but non lucratif, qu'il soit impossible de dénoncer l'adhésion d'une entreprise pour défaut de paiement, que l'affiliation soit obligatoire, que l'assurance soit uniforme pour tous les salariés indépendamment du risque, qu'il n'y ait pas de lien entre les prestations et le taux de cotisation, il n'y a cependant ni d'obligation légale de la part des partenaires sociaux de choisir AG2R en tant qu'organisme de complémentaire santé, ni d'obligation de la part d'AG2R d'accepter. La Cour de justice a dès lors enjoint la juridiction nationale à rechercher si le choix des partenaires sociaux de recourir à AG2R s'est fait sur la base de conditions économiques et financières parmi d'autres entreprises concurrentes[355]. Le juge national a conclu à l'activité économique de AG2R par une formulation laconique[356].

92. Bien que ce sujet soit désormais balisé, l'actualité récente invite à effectuer plusieurs observations nouvelles sur les relations entre activités sociales et la qualification d'entreprise. L'arrêt *Dôreva contre Commission* portant sur le système d'assurance maladie en Slovaquie témoigne en effet que l'exclusion des conditions de qualification d'entreprise en matière sociale obéit à des conditions de plus en plus rigoureuses. Le Tribunal a jugé que l'absence de but lucratif ne suffit pas à exclure la qualification d'activité économique, dès lors qu'il existe des entreprises ayant un but lucratif et une concurrence entre organismes sur la qualité et l'offre financière[357]. Dans le contexte de disette budgétaire que l'on connaît, les États ont de plus en plus recours au marché pour assurer, soit sous leur contrôle, soit en

---

[353] CJCE, *Albany*, préc., pts. 81 à 84.

[354] CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc. Not. GIACOBBO-PEYRONNEL (V.), FOUQUET (T.), SLADIC (J.), VANHAM (E.), *J.D.E.*, n°186, février 2012, pp. 45-55 ; CLÉMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.), MAYEUR-CARPENTIER (C.), *R.F.D.A.*, n°6, 10 janvier 2012, pp. 1225 et s. ; ARHEL (P.), *L.P.A.*, n°131, 4 juillet 2011, pp. 5 et s ; AUBERT (M.), BROUSSY (E.), DONNAT (F.), *A.J.D.A.*, n°18, 23 mai 2011, pp. 1007 et s. ; IDOT (L.), *Europe*, n°5, mai 2011, comm. 180.

[355] CJUE, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc., pts. 43, 52, 62 et 65. Certains auteurs ont analysé la position de la Cour comme concluant à l'activité économique de AG2R, et ainsi à sa qualité d'entreprise, voy. KESSLER (F.), « L'obligation d'affiliation aux régimes des professions libérales : des difficultés sans fin ? », *R.D.S.S.*, n°2, 30 avril 2012, pp. 213 et s. Il est vrai que le renvoi à la juridiction nationale le soin d'apprécier l'activité de AG2R laisse peu de place pour une conclusion différente, voy. IDOT (L.), « Notion d'entreprise et affiliation à un régime complémentaire de soins de santé », art. cit. Il apparaitra en effet difficile de rejeter la qualification d'entreprise d'un organisme de prestations sociales en concurrence avec d'autres organismes sur des critères. Compte tenu de la nature du recours (renvoi préjudiciel), la Cour ne conclut pas formellement au caractère économique de l'activité mais en renvoie l'appréciation au juge national.

[356] CE, 8 juillet 2016, *Beaudout Père et fils*, req. n°357115, *cons.* 6 : « que, d'ailleurs, dans son arrêt C-437/09 du 3 mars 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que si AG2R Prévoyance devait être regardée comme une entreprise exerçant une activité économique en tant qu'elle gère le régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé du secteur de la boulangerie artisanale française, ce qui est vérifié en l'espèce, elle détiendrait un monopole sur une partie substantielle du marché intérieur ».

[357] Trib., 5 février 2018, *Dôvera contre Commission*, aff. T-216/15, EU:T:2018:864, pts. 65 et 69.

laissant les opérateurs agir de manière autonomes, des missions poursuivant un objectif d'intérêt général. Cette complexification des modes d'exercice de telles activités est à l'origine d'un durcissement progressif des conditions dans lesquelles la qualification d'entreprise est exclue. À mesure que ce durcissement s'opère, de plus en plus d'activités entrent dans le champ du droit de l'Union et avec lui, la soumissions aux contraintes du droit de la concurrence.

b) La qualification d'activité économique par « effet de contamination »

93. La présentation de la notion d'activité économique et activité non économique a le défaut de réduire la qualification d'entreprise a une vision binaire qui n'est pas toujours adaptée à la réalité. Une même entité peut en effet dans certains cas exercer des activités économiques et non économiques[358]. Le juge cantonne alors l'application du droit de la concurrence uniquement à l'activité économique, ce qui génère des limites dans la pratique. Dans L'arrêt *CBI contre Commission* relatif au financement de centres hospitaliers en Belgique, la Cour distingue pour un même organisme des prérogatives de puissance publique, des segments d'activités à caractère exclusivement social échappant à la qualification d'activité économique, et une activité économique pour le restant[359]. L'imbrication des activités amène pourtant la Commission à décider « pour des raisons d'économie procédurale » de les inclure dans le champ du droit de la concurrence[360]. Suivie par le juge, cette solution peut être rapprochée du contentieux sur la notion d'organisme de droit public en droit européen de la commande publique[361]. Lorsqu'il est en effet difficile de séparer les activités d'intérêt général et des activités purement commerciales du fait de l'interdépendance des relations dans l'entreprise, la Cour applique la « théorie dite de la contamination » en soumettant l'ensemble des activités aux règles de passation des marchés publics[362]. *In fine*, il en résulte un élargissement du champ du droit de l'Union.

---

[358] Dans le domaine du sport par exemple, CJUE, 1er juillet 2008, *MOTOE contre Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, EU:C:2008:376.

[359] Trib., 7 novembre 2012, *CBI contre Commission*, aff. T-137/10, EU:T:2012 :584, pt. 91.

[360] *Ibid.*

[361] Pour un exposé. Voy. DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 134-149. Il s'agit « d'organisations juridiques indépendantes qui sont étroitement liées à l'État et qui se comportent fondamentalement comme des entités publiques », pp. 134-135.

[362] CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, aff. C-44/96, *Rec.* p. I-102 : dans cet arrêt, la qualification d'organisme de droit public est retenue pour une imprimerie nationale exerçant tant des activités d'intérêt

94. Une autre facette de cet « effet de contamination » en droit de la concurrence s'illustre dans l'affaire *SIC contre Commission* relative au financement de la mission de radiodiffusion de service public au Portugal. Le Tribunal a noté que « […] s'il est vrai que le service public de la radiodiffusion est considéré comme un SIEG et non comme un service d'intérêt général non économique, il faut cependant relever que cette qualification de SIEG s'explique par l'impact que la radiodiffusion de service public produit, *de facto*, sur le secteur, par ailleurs concurrentiel et marchand, de la radiodiffusion, que par une prétendue dimension marchande de la radiodiffusion de service public[363] ». La « spécificité de la radiodiffusion de service public[364] » justifie de s'écarter de la méthodologie usuelle retenue pour qualifier l'activité d'économique. Plutôt que de se référer à la nature, l'objet, et les règles auxquelles sont soumises l'activité en cause, le Tribunal qualifie l'activité d'économique au regard des effets sur le secteur concerné et élargit à nouveau le champ de la notion d'entreprise. L'activité de radiodiffusion de service public n'est donc pas intrinsèquement économique, mais extrinsèquement économique. Confirmée par la suite[365], cette solution est circonscrite à la radiodiffusion de service public et n'a pas fait l'objet d'une confirmation par la Cour[366]. Elle est cependant pleinement intégrée par la Commission – au même titre que le financement des activités des hôpitaux – dans le cadre de du droit des aides d'État.

95. Les conséquences de cet « effet de contamination » peuvent être illustrée en droit français, ainsi qu'illustre le décret du 2 novembre 2010 relatif aux obligations de service public incombant aux sociétés de courses de chevaux[367]. Ces sociétés – qui sont soit des entreprises régies par le code de commerce, soit des associations régies par la loi de 1901 – disposent d'une mission de service public relative à l'élaboration et tenue des codes de courses, l'organisation des courses, les conditions d'attribution des subventions et des

public que des activités purement commerciales. DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, op. cit., pp. 141-142.

[363] TPICE, 26 juin 2008, *SIC contre Commission*, aff. T-442/03, *Rec.* p. II-1161, pt. 153.

[364] *Ibid.* pt. 154.

[365] TPICE, 1 juillet 2010, *M6 et TF1 contre Commission*, aff. T-568/08 et T-573/08, *Rec.* p. II-3397, pt. 123.

[366] Seul l'arrêt *M6 et TF1 contre Commission* a fait l'objet d'un pourvoi, cependant rejeté par ordonnance sans examen de cette méthode, CJUE, ord., 9 juin 2011, *TF1 et M6 contre Commission*, aff. C-451/10 P, *Rec.* p. I-85.

[367] Décret n°2010-1314 du 2 novembre 2010 relatif aux obligations de service public incombant aux sociétés de courses de chevaux et aux modalités d'intervention des sociétés mères, *J.O.R.F.* n°256 du 04 novembre 2010, pp. 19742 et s.

compétences, de régulation des courses, du financement et d'entretien des équipements, de sélection des chevaux, et de formation professionnelle[368]. Elles disposent à ce titre de pouvoirs de sanction[369]. Le juge national a considéré que cette organisation ne porte pas une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprendre[370], supposant alors le caractère économique de l'activité. Or, les différences statutaires des sociétés, alliées à certaines missions telles que la mise en place d'un code des courses, des pouvoirs de sanctions, sont autant d'indicateurs montrant que des activités non économiques sont exercées par les sociétés de courses de chevaux. La complexité de l'encadrement juridique rend ainsi difficile de séparer l'économique du non économique[371]. La notion d'entreprise est dans ce contexte une contrainte qui, dans une telle hypothèse, élargit le champ d'application du droit de l'Union aux SIG.

96. Enfin, de manière plus anecdotique, la notion d'entreprise est à l'origine d'une « zone d'ombre » témoignant des limites de l'approche fonctionnelle de la notion d'entreprise. Dans l'affaire *Wouters* portant sur les rapports entre ordres professionnels et droit de la concurrence, la Cour de justice a dû déterminer si le règlement d'un ordre interdisant le rapprochement entre avocats et experts comptables est conforme au droit de la concurrence. Après avoir jugé que les avocats exercent une activité économique susceptible de constituer une association d'entreprise dont l'ordre professionnel est la manifestation[372], elle affirme que l'ordre n'exerce ni une mission sociale, ni des prérogatives de puissance publique, mais « apparaît comme l'organe de régulation d'une profession dont l'exercice constitue une activité économique[373] ». Elle conclut alors que « faute d'exercer une activité économique, l'ordre néerlandais des avocats n'est pas une entreprise au sens de l'article 86 du traité[374] [actuel article 106 TFUE] ». Une telle dialectique sur la notion d'activité économique paraît surprenante[375] et semble appeler à des clarifications plus générales[376]. En n'étant ni rattachée à l'existence de prérogatives de puissance publique, ni à une activité sociale, doit-on

---

[368] *Ibid.*, art. 1 et Annexe.

[369] CAA Nantes, 5 février 2015, *M.B.*, req. n°13NT02217, relative à une contestation d'une sanction disciplinaire et d'une interdiction d'entrainer et de monter pendant une durée d'un an.

[370] *Ibid.*, *cons.* 12.

[371] Cela montre les limites de la théorie de l'acte détachable, déjà soulignées.

[372] CJCE, *J.CJ. Wouters e.a.*, préc., pts. 56 à 71.

[373] *Ibid.*, pt. 58.

[374] *Ibid.*, pt. 112.

[375] POILLOT-PERUZZETTO (S.) « Décision d'association d'entreprises d'avocats et d'experts comptables », *R.T.D. com.*, n°2, 14 juin 2002, p. 389.

[376] LAMBERT (C.), BELORGEY (J.-M.), GERVASONI (S.), *A.J.D.A.*, n°4, 20 avril 2002, pp. 326 et s.

considérer qu'il s'agit d'un autre motif d'exclusion à la qualification de l'entreprise ? De manière prudente, on se contentera de souligner qu'il s'agit probablement d'une décision opportune et spécifique aux professions règlementés ne remettant pas en cause l'architecture générale des catégories d'exclusion de la notion d'entreprise. Elle n'a pas d'influence dans l'étude des SIEG et de l'obligation de service public. L'activité n'est en effet pas d'intérêt économique général, tout au plus présente-t-elle un lien avec l'acte de puissance publique matérialisant les relations entre une entreprise et un État.

B. La qualification d'acte de puissance publique facilitée par l'usage de l'obligation de service public

97. Par l'usage de l'expression « entreprise chargée d'un SIEG », l'article 106 § 2 TFUE suppose un « mandat[377] » entre l'État et l'entreprise, qui ne doit pas être totalement confondu avec son homonyme en droit français[378]. Dès 1970, P. SCHINDLER a émis l'hypothèse que cette expression renvoie à l'existence d'un acte de souveraineté[379], ce que la Cour de justice a confirmé dès l'affaire *Hein*. Relève alors de l'article 106 § 2 TFUE « une entreprise qui, jouissant de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement chargée et entretenant à cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics[380] […] ». Il faut attendre l'arrêt *BRT*[381] pour que la Cour regroupe cette explication sous la notion d' « acte de puissance publique », dont l'usage est à l'époque récent et ne s'illustre que dans certaines conclusions de l'Avocat général ROEMER[382].

---

[377] KARPENSCHIF (M.), *Droit européen des aides d'État*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 151-152.

[378] Ainsi que l'a noté S. ZIANI, la notion de mandat en droit de l'Union porte sur la dévolution d'un acte permettant à une entreprise de réaliser une prestation et de représenter l'autorité publique, alors qu'en droit français, le mandat renvoie uniquement à une opération de représentation en droit privé et en droit public, ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., pp. 336-339, pts. 697-703, *spéc.* 698-699. Voy. également pour la notion de mandat en droit administratif français, CANEDO (M.), *Le mandat en droit administratif*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, Tome 215, 2001.

[379] SCHINDLER (P.), « Public enterprises and the EEC Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1970, pp. 57-71.

[380] CJCE, *Hein*, préc., pt. 11

[381] CJCE, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, préc., pt. 20. Voy. plus récemment, Trib., 15 décembre 2016, *Espagne contre Commission*, aff. T-808/14, EU:T:2016:734, pt. 98.

[382] Concl. A.G. ROEMER (K.), 28 octobre 1969, *Società « Eridania »*, aff. C-10/68, *Rec.* p. 492 ; Concl. A.G. ROEMER (K.), 18 septembre 1973, *Werhahn contre Conseil et Commission*, aff. C-63 à 69/72, *Rec.* p. 1275. On note une légère évolution teminologique : l'expression acte de la puissance publique de l'arrêt *BRT* de 1974 à l'arrêt *Commission contre France* de 1997, et dans l'arrêt CJCE, *MOTOE contre Elliniko*, préc., pts. 45 et 46, puis d'acte de puissance publique dans l'affaire TPICE, 13 juin 2000, *EPAC*, aff. T-204 et 270/97, *Rec.* p. II-67, et de manière régulière depuis l'arrêt TPICE, 11 juin 2009, *ASM Brescia contre Commission*, aff. T-189/03, *Rec.* p. II-1831.

98. La formalisation des relations entre les États et les entreprises peut différer d'un État à l'autre de la même façon qu'il existe, pour la notion européenne d'entreprise, une multitude de catégories juridiques nationales. Tout l'enjeu pour le juge a été sur le plan méthodologique de pouvoir se saisir de la diversité des manifestations de l'acte de puissance publique sur lesquelles les États membres disposent d'une large marge d'appréciation[383]. La Cour de justice a dès lors reconnu qu'une acte de puissance publique peut résulter d'une loi – ordinaire[384] ou organique[385] – un règlement, un contrat de la commande publique sous forme de concession ou de marché public[386], des plans stratégiques décidés par les actionnaires qui se trouvent être les pouvoirs publics[387], impulsés par l'État directement ou être pris par lui sur demande de personnes physiques ou morales[388]. Il en résulte une reconnaissance de la diversité des formes de l'acte de puissance publique et la prise en compte du choix, par l'État membre, du mode d'organisation d'une activité d'intérêt général. La juge impose en revanche qu'il existe expressément – c'est à dire matériellement – un acte de puissance publique. Dans l'affaire *BRT II*, la Cour a dénié l'existence d'un tel acte à une entreprise assurant la protection de droits de propriété intellectuels eux-mêmes protégés par la loi[389].

99. La difficulté posée par la qualification de l'acte de puissance publique est, à l'instar de la notion d'entreprise, qu'elle manque de praticité. Dans une économie libérale, un État ne cesse jamais d'intervenir sur le marché, même si des différences peuvent exister sur le degré de cette intervention. L'État de droit – entendu comme la protection de « l'ensemble des règles de conduite humaine, édictées et sanctionnées par l'Etat et destinées à faire régner dans les relations sociales, l'autorité et la liberté[390] » – suppose en effet que l'État exerce

---

[383] Trib., *CBI*, préc., pt. 107 : « dans la mesure où les États membres ont une large appréciation dans la définition des SIEG, il en est de même pour l'acte de mandatement ».

[384] CJCE, *Deutsche Post AG contre GZS Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH et Citicorp Kartenservice GmbH*, préc., pt. 45.

[385] Trib., *CBI*, préc, pts. 113-118.

[386] CJCE, 21 décembre 2011, *Enel Produzione SpA contre Autorità per l'energia elettrica e il gas*, aff. C-242/10, *Rec.* p. I-13665, pt. 52.

[387] Trib., *CBI*, préc., pts. 113-118.

[388] CJCE, *Albany*, pré., pts. 9 et 98 à 111 : l'acte de puissance publique, en l'occurrence une loi rendant obligatoire l'affiliation à un fond sectoriel est le fruit d'une demande des partenaires sociaux. Cet acte de puissance publique, provenant en définitive d'une action non impulsée par l'État, a été interprété comme donnant à large interprétation de l'acte de puissance publique., voy. Concl. A.G. LÉGER (P.), *Wouters*, préc., pt. 160.

[389] CJCE, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, préc., pt. 23.

[390] GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions publiques*, Coll. Domat Droit public, Paris, Montschrestien, 21ème éd., 2007, p. 17.

une contrainte sur les entreprises dont la relation peut résulter d'un acte (autorisation préalable à l'exercice d'une activité par exemple). Pour reprendre l'affaire *Wouters*, l'ordre des avocats est chargé par le droit national d'assurer la régulation de la profession. Est-elle pour autant chargée d'un SIEG ? Si la question n'a pu être tranchée faute de qualification d'entreprise, cette affaire montre que l'acte de puissance publique est susceptible de s'illustrer bien delà de la seule question des SIEG. Certes, le juge exige un contrôle de l'État sur la mission de service public réalisée par l'entreprise afin de distinguer les relations qui entrent dans le champ de l'article 106 § 2 TFUE[391] et celles, plus globales, qui n'en sont pas spécifiques[392] . Il n'y a donc pas d'analogie entre l'acte de puissance publique et l'existence de contraintes administratives pesant sur l'exercice d'une activité[393]. Ceci étant, comment distinguer l'acte de puissance publique de contraintes purement administratives ?

100. La standardisation de l'expression de la relation entre l'État et l'entreprise chargée d'un SIEG par voie contractuelle a contribué à dépasser cette limite de l'acte de puissance publique. Cette standardisation résulte essentiellement de la construction d'un droit européen de la commande publique[394] tendant à ériger le contrat comme principale matérialisation de l'acte de puissance publique[395]. Il reste cependant que la diversité des formes de l'acte de puissance publique est, encore aujourd'hui, préservée. L'absence de contrat au profit d'une régulation de l'activité d'intérêt général pour la voie de l'autorisation

---

[391] Dans l'affaire *Foster contre Bristish Gas* relative à une question préjudicielle posée par la chambre des lords sur l'invocabilité d'une directive à l'encontre d'un distributeur de gaz, la Cour juge que l'effet direct des directives vaut pour les entreprises chargées « en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers, CJCE, 12 juillet 1990, *A. Foster e.a. contre Bristish Gas plc*., aff. C-188/89, *Rec.* p. I-3313, pt. 22.

[392] CJCE, 2 mars 1983, *GVL contre Commission*, aff. 7/82, *Rec.* p. 483, pt. 31, Cour a conclu que « la législation allemande ne confie pas la gestion des droits d'auteurs et des droits voisins à des entreprises déterminées mais qu'elle définit de manière générale les règles applicables aux activités de sociétés qui se proposent d'assurer l'exploitation collectives de tels droits ».

[393] *Ibid.* pts. 30 et 32. Concl. A.G. REISCHL (G.), 11 janvier 1983, *GVL contre Commission*, préc., p. 524 ; Concl. A.G. LÉGER (P.), 25 mai 2004, *Åklagaren contre Krister Hanner*, aff. C-438/02, *Rec.* p. I-4551, pt. 138.

[394] Par exemple, voy. Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *J.O.U.E.* n° L 343 du 14 décembre 2012, pp. 32-77, art. 30 et annexe 5 : les relations entre l'État et les gestionnaires d'infrastructure dans le secteur ferroviaire (entreprises en charge de la construction, de la maintenance du réseau, et des missions de surveillance attachées) doivent faire l'objet d'un contrat décrivant les objectifs à atteindre, coûts, durée, etc.

[395] Règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, *J.O.U.E.* n° L 315 du 03 décembre 2007, p. 1-13, art. 2 sous i). La modification du règlement en 2016 n'a pas changé ce point.

préalable est ainsi directement prévue par la directive services[396]. De plus, le contrat présente en tant que tel certaines limites puisqu'il suppose bien souvent une exclusion partielle ou totale de la concurrence. Constitutif d'une entrave, il peut dans le contrôle de proportionnalité constituer un moyen de parvenir à l'objectif recherché ne réussissant pourtant pas le test de nécessité[397].

101. Face à la difficulté d'isoler l'acte de puissance publique dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE, force est de constater qu'il n'en constitue plus un critère autonome. En effet, dans l'arrêt *Altmark*, la Cour de justice a posé la règle, inchangée et dupliquée en droit dérivé et dans la pratique décisionnelle de la Commission, que le terme « chargée » suppose la définition claire et transparente d'obligations de service public[398]. En conséquence de quoi, la qualification d'acte de puissance publique s'acquiert désormais par l'identification, par quelque type d'acte que ce soit, d'une mission d'intérêt général matérialisée par un ensemble clair et transparent d'obligations de service public. L'acte de puissance publique a donc en pratique été absorbé par le critère de la mission d'intérêt général dont est directement issue la notion d'obligation de service public.

---

[396] CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843.

[397] Voy. *Infra*. Partie 3, Titre 1, Chapitre 1.

[398] Dans l'affaire *Altmark*, la Cour a considéré qu'une mesure financière destinée à financer un SIEG n'est pas une aide d'État pouvant éventuellement être compatible avec 106 § 2 TFUE si l'entreprise est chargée d'obligations de service public, CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747, pt. 95. La jurisprudence renvoie à ce titre expressément cette condition à l'acte de puissance publique prévue par l'article 106 § 2 TFUE, TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p. II-81 : le Tribunal écrit expressément entre les points 160 et 161 "Sur l'existence d'une missions SIEG de la première condition énoncée dans l'arrêt altmark et de l'article 86, paragraphe 2, CE [actuel 106 § 2 TFUE] ». Voy. également le pt. 162, et plus récemment CJCE, 11 juillet 2013, *Femarbel*, aff. C-57/12, EU:C:2013:517, pt. 49.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

102. Bien qu'elle soit l'essence de tout SIEG, la notion de d'obligation de service public a succédé à un long mouvement de détermination du champ de l'article 106 TFUE au sein duquel elle a pour l'essentiel pris racine. Si ce mouvement s'est échelonné sur plusieurs décennies, c'est d'abord parce que le Conseil n'en voulait pas, ensuite que la Commission l'a délaissé au profit d'actions plus urgentes (agriculture notamment), enfin que le juge a pris le temps, étape par étape, d'en tracer le champ et les conditions d'applicabilité. Malgré son insertion en droit de la concurrence, l'article 106 TFUE sert de paramètre d'interprétation à une diversité de situations relevant de l'un ou l'autre des domaines visés par les traités. Son usage s'est pour l'instant observé au sein des règles de concurrence et du marché intérieur, mais il n'est pas exclu que des interactions avec d'autres domaines des traités puissent s'observer à l'avenir. Le champ de l'obligation de service public dépasse en conséquence très largement celui du droit de la concurrence.

103. La détermination du champ de l'article 106 § 2 TFUE a amené par ailleurs le juge à systématiser les activités économiques associées à un acte de puissance publique, en l'occurrence par la technique de l'attraction et de préemption[399]. Un tel mouvement n'est pas sans générer certaines réserves dépassant le seul champ du droit de la concurrence. On sait en effet depuis le contentieux des libertés de circulation que, en usant très largement des notions fonctionnelles, la Cour de justice et la Commission n'ont pas tracé une ligne particulièrement claire du champ du droit de l'Union et des compétences qui lui sont attachées. Nombreuses sont en effet les activités régaliennes (défense, justice, police, administration fiscale) façonnées pour une part par le droit des entraves. De même, le droit de la concurrence a servi à influencer des domaines, en premier lieu la santé publique et le social, pour lesquelles soit les compétences sont résiduelles, soit fortement encadrées – exclusion de certains pans des activités, ou soumission à la procédure législative spéciale –. C'est la raison pour laquelle, afin de rassurer les États en matière de SIEG, la « codification » de la jurisprudence et la multiplication des garanties sont à l'origine d'un accroissement des usages de la notion de SIEG, ayant parachevé l'éclosion de l'obligation de service public.

[399] AZOULAI (L.), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, n°1, mars 2008, pp. 29 et s.

Chapitre 2

UNE GÉNÉRALISATION PARTIELLE DU RECOURS À L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

104. La pérennisation de l'effet direct en 1989[400], les précisions sur la notion d'entreprise en 1991[401] et sur l'acte de l'acte de puissance publique[402] montrent que la Cour de justice a cherché progressivement à rationaliser le recours à l'article 106 § 2 TFUE. Le dernier point d'orgue de cette entreprise, la qualification d'un SIEG, n'a pas totalement suivi le même mouvement car elle n'a pas obéi pendant plusieurs décennies à une méthode particulièrement explicite. La sensibilité du sujet – engager un contrôle sur les services publics nationaux – explique en effet que la Cour de justice n'ait pas souhaité, ou peu, déterminer une méthode uniforme fondée sur des les critères figés – à l'image par exemple de la notion de mesures d'effet équivalent dans le champ de la libre circulation des marchandises –. La Cour de justice a préféré dégager plusieurs approches systématisées par le Pr. CHÉROT: une approche objective aux termes de laquelle une activité est intrinsèquement d'intérêt général, et une approche subjective aux termes de laquelle une activité ne devient d'intérêt général qu'au regard des contraintes imposées par l'État[403]. Cette dernière a finalement prévalu et a

---

[400] *Supra.* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1.

[401] *Supra.* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2,

[402] CJCE, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, préc.

[403] CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du Traité CE après les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité », *R.F.D.A.*, n°1, 9 février 1998, pp. 135 et s.

été consacrée par la Cour de justice comme méthodologie générale d'identification des SIEG **(Section 1)**.

105. L'avènement de cette méthode d'identification des SIEG est intervenu à une période durant laquelle la Commission a introduit la notion de service d'intérêt général par la voie de plusieurs communications[404]. Cette pratique n'est à cet égard pas inhabituelle puisque la Commission use d'actes atypiques pour proposer une synthèse du droit positif, particulièrement en présence de pratiques nouvelles[405]. Présentés par la doctrine comme « une méta-catégorie[406] », la notion de service d'intérêt général à partir d'une communication de 1996 renvoie à plusieurs « sous-catégories[407] » : les services d'intérêt économique général fournis par les grandes industries de réseau, les autres services d'intérêt économique général, jes services non économiques et les services sans effet sur le commerce[408]. Cette tentative générale de catégorisation des SIEG ne s'est pas accompagnée d'une multiplication des références à l'obligation de service public et donc de son champ. Cette généralisation est en effet dépendante de l'intérêt fonctionnel de la notion – justifier des dérogations –, dont le contrôle dépend du domaine dans lequel est rattaché l'activité d'intérêt général **(Section 2)**.

Section 1. LA MULTIPLICATION DES MÉTHODES D'IDENTIFICATION D'UN SIEG

106. Tant la contextualisation de l'article 106 § 2 TFUE que les silences du législateur de l'Union et de la Commission ont amené le juge à « l'autocensure[409] » et à soumettre le contrôle de la qualification juridique du SIEG à l'erreur manifeste, supposant alors une

---

[404] Une communication est un acte extérieur à la nomenclature de l'article 288 TFUE. Elle n'a pas d'effet contraignant mais pourra être considérée comme un acte normatif si elle créé des effets juridiques. En matière de SIEG, voy. par exemple l'usage des lignes directrices applicables au financement des réseaux à haut débit, Trib., 16 septembre 2013, *Iliad e.a. contre Commission*, aff. T-325/10, EU:T:2013:472.

[405] BLUMANN (Cl.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexisnexis, 6ème ed., 2016, pp. 604-606, pts. 764-765. DERO-BUGNY (D.), « « Le livre vert » de la Commission européenne », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 2005, pp. 81 et s.

[406] MARTUCCI (F.), « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? », BERTRAND (B.) (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 334.

[407] Les services d'intérêt général en Europe, 11 septembre 1996, COM(96) 443 final, p. 2.

[408] Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM(2003) 270 final, pt. 32.

[409] Pour emprunter une formule la Pr. DEGUERGUE à propos du contrôle restreint du juge administratif français, DEGUERGUE (M.), « Un controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Le droit administratif entre convergences et permanences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 377-397, *spéc.* p. 377.

erreur « évidente, c'est à dire grave, grossière, éclatante au point qu'elle soit visible par le non-juriste[410] ». Destinée à préserver le pouvoir discrétionnaire des États membres[411], ce contrôle explique que le juge explicite peu les éléments qui l'amènent à accueillir ou réfuter la qualification du SIEG **(§1)**. Le recours à l'obligation de service public a atténué cette tendance, dont la généralisation a permis d'uniformiser cette qualification juridique **(§2)**.

§1. L'APANAGE DE MÉTHODES CASUISTIQUES

107. La multiplication des méthodes de qualification d'un SIEG a témoigné de la volonté, par la Cour de justice, de ne pas s'enfermer dans une unique posture et de la difficulté à déterminer les critères uniques par renvoi à des formules stables (à l'image de la notion de « mesures d'effet équivalent »). La motivation des juges, c'est à dire « l'exposé, dans le jugement, des motifs de fait et de droit qui justifient le dispositif et non l'ensemble des raisons, des mobiles, qui, dans l'esprit du juge, dans le cours de la discussion du délibéré, les poussent à prendre le jugement[412] », se révèle bien souvent laconique. Elle est d'ailleurs parfois poussée à l'extrême lorsque la qualification juridique du SIEG obéit à logique axiomatique, c'est à dire lorsqu'il s'agit d'« une vérité admise par tous sans discussion[413] », et « […] un point de départ d'un raisonnement considéré comme non démontrable, évident[414] » **(A)**. Progressivement délaissée, la Cour de justice a par la suite cherché à qualifier le SIEG par renvoi à ses spécificités **(B)**.

A. L'intérêt général présupposé

108. L'usage de la méthode axiomatique pour qualifier un SIEG résulte de nombreuses affaires soumises à la Cour de justice. Dans l'affaire *Hein*, elle a jugé « que peut relever de cette dernière disposition [actuel article 106 § 2 TFUE] une entreprise qui, jouissant de

---

[410] SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *A.J.D.A.*, 1971, p. 35.

[411] Pour une revue du pouvoir discrétionnaire en droit de l'Union, voy. RITLENG (D.), « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *A.J.D.A.*, n°9, 20 septembre 1999, pp. 645 et s. Sur la distinction entre marge d'appréciation et pouvoir discrétionnaire, voy. BOUVERESSE (A.), *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Coll. Droit de l'union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 50-66. L'auteure souligne cependant que cette distinction n'est pas automatique dans la jurisprudence.

[412] RITLENG (D.), « Commentaires », in RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Coll. Contentieux International, Paris, Pédone, 2008, p. 157.

[413] Disponible sur www.larousse.fr. Il existe plusieurs axiomes en droit : voy. FABRE-MAGNAN (M.), « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, pp. 31 et s., qui souligne que la dignité est vue comme l'axiome premier du système juridique.

[414] *Ibid.*

certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement chargée et entretenant à cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics, assure le débouché le plus important de l'État intéressé pour le trafic fluvial[415] ». Dans l'arrêt *BRT*, après avoir souligné qu'il appartient au juge national de rechercher si une société chargée de l'administration des droits d'auteur est chargée d'un SIEG, la Cour conclut avec prétérition « que tel ne peut être le cas pour une entreprise que l'État n'a chargée d'aucune mission **et** qui gère des intérêts privés, même s'il s'agit de droits de propriété intellectuelle protégés par la loi[416] ». Dans les affaires *Saachi* et *Radio Telefis Eireann contre Commission* relatives au financement de l'entreprise nationale RAI disposant d'un monopole sur les activités télévisées (publicité et programmes), la Cour de justice s'est contentée de prendre acte que l'entreprise est chargée d'un SIEG[417]. Dans l'arrêt *Höfner*, elle souligne que l'office fédéral pour l'emploi dont la mission est « dans le cadre de la politique économique et sociale du gouvernement fédéral, [de] réaliser et [de] maintenir un haut niveau d'emploi, [d'] améliorer constamment la répartition des emplois et à promouvoir ainsi la croissance de l'économie […] est chargé […] de la gestion de services d'intérêt économique général[418] […] ». Enfin dans l'arrêt *Dusseldorp BV* portant sur les droits exclusifs et spéciaux d'une entreprise nationale détenue majoritairement par les Pays-Bas et la commune de Rotterdam, dont la mission est l'élimination des déchets sur le territoire des Pays-Bas, la Cour de justice a uniquement affirmé que « Or même si la tâche confiée à cette entreprise pouvait constituer une tâche d'intérêt économique général[419] […] ».

109. L'absence d'indication sur les éléments ayant amené le juge à accepter la qualification juridique du SIEG pourrait s'analyser comme une économie de moyens : dès lors qu'elle ne pose guère de difficulté, la Cour de justice ne s'attarde pas sur cette opération

---

[415] CJCE, 14 juilelt 1971, *Hein*, aff. 10/71, *Rec.* p. 723, pt. 11. Dans ses conclusions, L'avocat général conclut également à la qualification du SIEG au motif qu'il s'agit d'un port public et qu'il intéresse l'activité économique générale de l'État, Concl. A.G. DUTHEILLET DE LAMOTHE (A.), 1er juillet 1971, *Ministère public luxembourgeois contre Madeleine Muller, veuve J. P. Hein e.a. (dite Port de Merter)*, préc.

[416] CJCE, 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, pt. 23. L'Avocat général MAYRAS (G.) ne s'est pas prononcé sur la qualification du SIEG car il a estimé que la société n'a pas été chargée d'un SIEG, Concl. A.G. MAYRAS (G.), 12 février 1974, *BRT contre SV SABAM et NV Fonior*, préc.

[417] CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 409, pts. 14 et 15 ; TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann contre Commission*, préc., pt. 82.

[418] CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser et Macrotron GmBH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-197, pts. 1 et 24.

[419] CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, aff. C-203/96, *Rec.* p. I-4075, pt. 67.

juridique. Au demeurant, les affaires en cause – gestion portuaire, retour à l'emploi, déchets, transmission des émissions télévisées – sont largement considérées comme des activités de service public par les États membres. Les conclusions des avocats généraux confortent cette hypothèse. Dans l'affaire *Höfner*, l'Avocat général JACOBS souligne que « nous ne voyons aucune objection à admettre que [l'office fédéral pour l'emploi] est […] une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général[420] […] ». De même dans ces conclusions dans l'affaire *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a*, il avance qu' « Il nous semble qu'une fonction de gestion de déchets pourrait bien être considérée comme constituant un service d'intérêt économique général[421] […] ». Des éléments d'explication supplémentaires peuvent être trouvés dans les conclusions de l'Avocat général REISCHL dans l'affaire *Sacchi*. Selon lui, il n'est pas pertinent de s'intéresser à la qualité d'entreprise ou encore de rechercher s'il y a un bien intérêt économique général[422]. Au contraire indique-t-il, « Ce qui, à notre avis, est décisif, c'est que l'idée de base de l'article 90, paragraphe 2 [actuel 106 § 2 TFUE] […] est seule apte à s'appliquer au domaine « télévision »[423] ». Certains domaines seraient alors prédestinés à être régis par l'article 106 § 2 TFUE. Cette position apparaît cependant isolée et iconoclaste[424]. Au mieux peut-on en filigrane supposer que les avocats généraux recherchent si le service bénéficie directement à la collectivité[425] ou encore qu'il réponde aux besoins essentiels de la population[426].

---

[420] Concl. A.G. JACOBS (F.-G.), 15 janvier 1991, *Höfner*, préc..

[421] Concl. A.G. JACOBS (F.-G.), 23 octobre 1997, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, préc., pt. 103.

[422] Concl. A.G. REISCHL (G.), 20 mars 1974, *Giuseppe Sacchi*, préc..

[423] *Ibid.*

[424] Notons cependant que la position de l'Avocat général REISCHL intervient dans le contexte naissant de la jurisprudence portant sur l'article 106 § 2 TFUE (3ème affaire soumise à la Cour depuis 1957). A la lumière des jurisprudences ultérieures, la Cour s'est toujours attachée à la notion d'entreprise et par la suite a cherché à délimiter l'intérêt général. Elle n'a jamais développé l'idée selon laquelle certains domaines étaient prédestinés à être régis par l'article 106 § 2 TFUE.

[425] Concl. A.G. VAN GERVEN (W.), 19 septembre 1991, *Merci convenzionali poro di genova Spa*, préc. Cette justification a également été reprise par l'Avocat général DARMON dans ses conclusions sur l'affaire *Almelo*, Concl. A.G. DARMON (M.), 8 février 1994, *Almelo*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477, pt. 137.

[426] Concl. A.G. LA PERGOLA (A.), 4 mars 1999, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Mircrosystemps Limited et Oy Transatlantic Sofware Limited contre Procureur de district et État finlandais*, aff. C-124/97, *Rec.* p. I-6067, pt. 30, et nbp. 58 : l'avocat général souligne qu'il n'existe aucune raison de considérer que le jeu faisant appel aux machines à sous constitue un service d'intérêt économique général. Cette position ne semble cependant pas partagée par tous. L'histoire du droit et la régulation actuelle des jeux en ligne tend à montrer le contraire. Voy respectivement DE CARBONNIÈRES (L.), « Introduction. Le contrat de jeu ou petite histoire d'un contrat mal aimé » in PERALDI LENEUF (F.) (dir.), *Jeux et paris en ligne*, Coll. Code économique européen, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 13-28, et SEE (A.), « Le réseau modèle de régulation », *Energie-Environnement-Infrastructures*, n°10, octobre 2016, dossier 25. En droit français, de longue date, les liens entre service public et casino ont été consacrés par l'arrêt CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, *Rec.* p. 237. Voy.

110. Que le recours à l'économie de moyens explique l'absence d'éléments sur les critères de qualification du SIEG est une hypothèse certes séduisante, mais pas convaincante. Cette technique est par exemple largement utilisée dans le contrôle de proportionnalité portant sur la léglité d'une entrave. Si, en effet, un des stades du contrôle ne présente pas d'enjeu, il n'est pas rare que le juge n'y fasse pas mention. Cependant, l'économie de moyens a ici succédé à la répétition des contentieux par lesquels la Cour de justice a progressivement balisé sa méthodologie. Or, tel n'est pas le cas en matière de SIEG puisqu'elle n'avait pas entrepris antérieurement de déterminer ses critères de qualification. Moins que l'économie de moyens, il résulte davantage des affaires une réticence de la part des juges à exposer les motifs conduisant à la qualification juridique d'un tel service. Le recours à la méthode axiomatique apparaît davantage comme un moyen de valoriser une lecture casuistique ne reposant pas sur des critères préétablis. Elle n'est plus aujourd'hui utilisée par la Cour justice, laquelle a progressivement cherché à qualifier le SIEG par renvoi à ses spécificités.

B. L'intérêt général identifié par ses spécificités

111. Parallèlement au recours à la méthode axiomatique, la Cour de justice a entrepris de dégager une autre méthode pour qualifier un SIEG. Dans l'affaire *Merci convenzionali poro di genova Spa* relative à des droits exclusifs portant sur l'exécution d'opérations de débarquement de marchandises dans le port de Gênes, elle a jugé « qu'il ne ressort ni des pièces du dossier transmis par la juridiction nationale ni des observations déposées devant la Cour que les opérations portuaires revêtent un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités économiques[427] […] ». Dans le cas contraire ainsi que l'avance l'Avocat général VAN GERVEN, cela reviendrait à admettre que la notion de SIEG pourrait « couvrir pratiquement toutes les activités économiques[428] ». C'est pourquoi la Cour insiste désormais sur les caractéristiques de l'activité. L'affaire *Corsica Ferries* en fournit à cet égard une illustration. Les services de lamanage constituent un SIEG présentant « des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités économiques […] [car] les lamaneurs sont tenus de fournir à

également, CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, req. n°341562. Not. ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°5, mai 2012, comm. 157.

[427] CJCE, *Merci convenzionali poro di genova Spa et Siderurgica Gabrielli Spa*, préc., pt. 27. Solution confirmée par CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link A/S et De Danske Statsbaner (DSB)*, aff. C-242/95, *Rec.* p. I-4449, pts. 53-54.

[428] Concl. A.G. VAN GERVEN (W.), *Merci convenzionali porto di genova Spa*, préc.

tout moment et à tout usager un service universel de lamanage, et ce pour des raisons de sécurité dans les eaux portuaires[429] ». Présentent également de telles caractéristiques la fourniture à l'ensemble de la population danoise d'une programmation variée et satisfaisant aux exigences de qualité, d'universalité, et de diversité[430], ou l'accès aux services de très haut débit pour l'ensemble de la population du département[431]. La lecture du juge n'est cependant pas toujours explicite, en particulier lorsqu'elle rejette la qualification du SIEG en n'en exposant pas les raisons[432].

112. Pour retenir la qualification du SIEG, les juges ont dans ces différentes affaires mis en avant la plus-value et/ou les contraintes attachées au service par rapport aux activités du secteur : les obligations de TV2 « [...] conditionnent l'activité télévisuelle de TV2 dans son ensemble, et ce de façon plus contraignante que ne le font les obligations minimales prévues par la loi danoise pour l'octroi d'une autorisation de radiodiffusion[433] ». Dans les affaires *Corsica Ferries*, et *Colt Télécommunications France contre Commission,* c'est respectivement le service universel de lamanage[434] et l'accès au haut débit à l'ensemble de la population[435] qui est utilisé par le juge pour faire ressortir les spécificités de l'activité. Les spécificités d'une activité s'évaluent en conséquence à la lumière du secteur concerné[436]. Cette solution présente cependant des limites ainsi qu'en témoigne l'affaire *CBI contre Commission* dans laquelle Tribunal note que c'est l'ensemble du secteur hospitalier qui est frappé des mêmes contraintes[437], rendant difficile l'identification de spécificités.

---

[429] CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France SA*, aff. C-266/96, *Rec.* p. I-3981, pt. 45.

[430] TPICE, 22 octobre 2008, *TV2 e.a. contre Commission*, aff. T-309, 317, 329, 336/04, *Rec.* p. II-2935, pt. 121 ; CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK LTD contre Commission*, aff. C-660/15 P, EU:C:2017:178. Not. CARTIER-BRESSON (A.), *Journal européen et international de droit Média-Art-Culture*, n°3, 19 juin 2018, p. 223 et s.

[431] Trib., 16 septembre 2013, *Colt Télécommunications France contre Commission*, aff. T-79/10, EU:T:2013:463, pts. 121 et 123.

[432] CJUE, 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, aff. C-1/12, EU:C:2013:127, pt. 105 : rejet de la qualification de SIEG pour la formation obligatoire des experts-comptables ; Trib., 16 juillet 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung contre Commission*, préc, pts. 122 à 124. Un pourvoi a été formé devant la Cour, qui l'a rejeté par ordonnance, CJUE, ord., 12 mars 2015, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung contre Commission*, aff. C-447/14 P, non publié : rejet de la qualification de SIEG malgré l'obligation de prévoir des surcapacités d'élimination des cadavres d'animaux pour faire face à une éventuelle épizootie (épidémie frappant des animaux). Lorsque la Cour rejette la qualification, elle n'en explique ainsi pas les raisons.

[433] TPICE, *TV2 e.a. contre Commission*, préc., pt. 121.

[434] CJCE, *Corsica Ferries France SA*, préc., pt. 45.

[435] Trib., *Colt Télécommunications France contre Commission*, préc., pts. 121 et 123.

[436] Cela apparaît à la lecture de l'expression « qu'il ne ressort ni des pièces du dossier transmis », montrant que l'intérêt général n'est pas apprécié de manière abstraite et qu'une étude de terrain est effectuée.

[437] Trib., 7 novembre 2012, *CBI contre Commission*, aff. T-137/10, EU:T:2012 :584, pts. 165 à 167.

113. Dès lors, le juge a en définitive fait coexister la qualification juridique du SIEG tant par le recours à une méthode abstraite (axiome) que par renvoi à des éléments casuistiques (spécificités). Le renvoi a la spécificité de l'activité d'intérêt général dont la formule est encore aujourd'hui rarement utilisée a préfiguré la consécration de l'obligation de service public comme méthode uniforme de qualification du SIEG.

§2. LA MATÉRIALISATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL PAR L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

114. La notion d'obligation de service public se retrouve de manière parcellaire au sein de quelques actes législatifs, circonscrits sectoriellement, avant de pénétrer formellement le contentieux des SIEG[438]. Cette immixtion a en partie servi d'inspiration à la Cour de justice pour identifier matériellement de tels services et affiner le contrôle des dérogations fondées sur l'article 106 § 2 TFUE. Apparue d'abord en filigrane à partir de l'affaire *Corbeau* **(A)**, le recours à l'obligation de service public s'est depuis généralisée **(B)**.

A. Une utilisation latente la notion à partir de l'arrêt *Corbeau*

115. Évoquée antérieurement par plusieurs avocats généraux[439], l'obligation de service public – c'est à dire l'identification matérielle du SIEG – apparaît en filigrane à partir des arrêts *Corbeau* et *Almelo*. Ces affaires ont fait l'objet d'abondants commentaires et constituent, en matière de SIEG, un passage obligé sur lequel il ne s'agira ici pas de revenir. Tout au plus, on se contentera de rappeler que l'affaire *Corbeau* est la première dans laquelle la Cour de justice détermine une méthode pour apprécier les dérogations motivées par l'article 106 § 2 TFUE, et, en ce qui nous concerne plus directement, amorce un mouvement d'identification des SIEG par les obligations concrètes pesant sur les entreprises qui en ont

---

[438] Par exemple, Règlement (CEE) 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, préc. ; dir. 92/25/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° L 113 du 30 avril 1992, p. 1.

[439] Concl. A.G. VAN GERVEN (W.), 16 octobre 1991, *Royaume des Pays-Bas, Koninklijke PTT Nederland NV et PTT Post BV contre Commission*, aff. C-48 et 66/90, *Rec.* p. I-625. L'expression n'est pas de l'avocat général, il reprend celle à la décision de la Commission contestée, Déc. 90/16/CEE de la Commission du 20 décembre 1989 relative à la prestation aux Pays-Bas du service de courrier rapide, *J.O.C.E.* n° L 10 du 12 janvier 1990, pp. 47-52, *cons.* 7 et 18 ; Concl. A.G. LUÍS DA CRUZ VILAÇA (J.), 14 mai 1987, J., *Openbaar Ministerie contre Nertsvoederfabriek Nederland BV*, aff. C-118/86, *Rec.* p. 3901 ; Concl. A.G. OTTO LENZ (C.), 22 novembre 1984, *ADBHU*, aff. C-240/83, Rec. p. 531 ; Concl. A.G. ROZÈS (S.), 10 février 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles"*, aff. 172/82, *Rec.* p. 555.

la charge. L'arrêt *Almelo*, quant-à-elle, a bénéficié d'une surexposition doctrinale pas nécessairement justifiée : elle n'a fondamentalement rien apporté de nouveau, mais présente l'intérêt d'avoir conforté la méthode dégagée dans l'arrêt *Corbeau*. Les deux affaires sont donc en réalité d'un intérêt différent.

116. L'affaire *Corbeau* a concerné le monopole du secteur postal en Belgique dont la violation constitue à cette période un délit sur la base duquel Paul CORBEAU est poursuivi, en l'occurrence, pour avoir proposé dans la ville de Liège de prélever le courrier aux domiciles de particuliers et d'en assurer le transport et la distribution au plus tard le lendemain avant midi[440]. À cette occasion, le Tribunal correctionnel de Liège a saisi la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en interprétation sur la question de 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[441] ». Avant de déterminer la légalité du droit exclusif, la Cour de justice a entrepris de qualifier le SIEG et observe qu' « 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[442] ». Les conclusions de l'Avocat général TESAURO précisent que ces exigences du service postal matérialisent la fonction sociale de celui-ci, au motif qu'en permettant « […] aux personnes de communiquer entre elles, [il] répond à un besoin vital de la communauté[443] ».

117. Contrairement aux affaires antérieures dans lesquelles la qualification SIEG s'est opérée par la méthode de l'axiome ou de la spécificité de l'activité, l'arrêt *Corbeau* montre que le juge cherche désormais à identifier matériellement et plus finement le SIEG. Il ne s'agit pas pour lui de se substituer aux États membres pour apprécier l'intérêt général car

---

[440] CJCE, 19 mai 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2563, pt. 4.
[441] *Ibid.*, pt. 7.
[442] *Ibid.* pt. 15.
[443] Concl. A.G. TESAURO (G.), 9 février 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, préc.

cette appréciation « relève des objectifs de politique économique général poursuivis par les États[444] ». Il s'agit de vérifier que cette politique se matérialise par des obligations concrètes pesant sur l'entreprise. Dès lors ainsi que le résume le Pr. PICOD, ce sont les caractéristiques de la mission d'intérêt général qui sont déterminantes pour la Cour de justice depuis cet arrêt[445].

118. La solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Corbeau* préfigure l'apanage d'une méthode que la doctrine de l'époque, en particulier le Pr. HAMON, a anticipé[446]. La Cour de justice a réitéré sa méthodologie l'année suivante dans l'arrêt *Almelo* dans le secteur de l'énergie[447]. L'affaire a porté sur un litige aux Pays-Bas opposant la Commune d'Almelo, distributeur local d'électricité et d'autres distributeurs locaux à une entreprise de distribution régionale d'électricité (ci-après IJM)[448]. Les entreprises de distributions locales ne peuvent pas en vertu d'une clause d'achat exclusif, importer de l'électricité autrement que via IJM[449], ce qu'elles ont contesté lorsque cette dernière a décidé de facturer une majoration afin de compenser les écarts de coûts de distribution entre les zones rurales et les zones non rurales[450]. Estimant que le droit exclusif de distribution d'électricité par l'entreprise IJM lui a permis de facturer ce supplément de facturation, la juridiction nationale a saisi la Cour de justice est saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation portant sur la légalité d'un tel droit à la lumière, entre autres, de l'article 106 TFUE[451]. Après avoir affirmé que l'entreprise IJM « s'est vue conférer, par une concession de droit public non exclusive, la mission d'assurer

---

[444] CJCE, *Hein*, préc., pt. 15. Voy. DE LA ROSA (S.), « De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés. A propos de l'intervention étatique sous de forme de prix réglementés sur le marché du gaz », *R.A.E.*, 2016/3, pp. 529-537, *spéc.* p. 534.

[445] PICOD (F.), « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in *A man for all treaties, Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 767-782, *spéc.* p. 772.

[446] HAMON (F.), « Portée du monopole postal : conditions dans lesquelles un opérateur économique établi dans un État membre peut offrir certains services spécifiques dissociables du service d'intérêt économique général », *A.J.D.A.*, n°12, 20 décembre 1993, pp. 856 et s. : l'auteur a relevé en effet que les obligations ne sont pas propres au secteur postal puisqu'« elles sont plus importantes encore dans des secteurs tels que l'électricité et le gaz, où la sécurité des approvisionnements et l'adaptation de l'offre à la demande posent des problèmes particulièrement délicats ».

[447] CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477.

[448] CJCE, *Almelo*, préc., pt. 2.

[449] *Ibid.*, pts. 6 à 12.

[450] *Ibid.*, pt. 11.

[451] *Ibid.*, pt. 20. On notera que l'Avocat général DARMON ne s'est pas particulièrement intéressé à la définition du SIEG, mais davantage au régime juridique des SIEG et aux impératifs à respecter dans le cadre de l'ouverture à la concurrence – en cours à l'époque – du marché de l'électricité, Concl. A.G. DARMON, *Almelo*, préc., pts. 152 à 171.

la fourniture d'énergie électrique dans une partie du territoire national[452] », la Cour de justice a qualifié le SIEG en usant de la même méthode que dans l'affaire *Corbeau*. Elle a relevé « qu'une telle entreprise doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients[453] ». La Cour justice a identifié dans un premier temps la mission d'intérêt général – la fourniture ininterrompue d'énergie électrique sur une partie du territoire national –, puis dans un second temps les obligations mises en œuvre pour sa réalisation[454]. L'arrêt *Almelo* a en conséquence confirmé la méthode visant à matérialiser l'intérêt général par l'identification des obligations pesant sur l'entreprise.

119. Ces affaires témoignent d'un abandon de l'identification du SIEG par l'axiome ou par les références générales à ses spécificités[455]. Le mouvement d'ouverture à la concurrence des activités de réseau, à peine amorcé à cette période, n'est pas totalement étranger au recours à cette méthode par la Cour de justice. Dans leurs conclusions relatives aux affaires *Corbeau* et *Almelo*, les avocats généraux effectuent en effet de nombreuses références aux travaux préparatoires de la Commission sur les activités postales et le secteur de l'électricité faisant état des obligations pesant sur les entreprises de ces secteurs[456]. La notion d'obligation de service public, latente, n'est cependant pas encore consacrée formellement.

B. L'obligation générale de définition des SIEG par les obligations de service public

120. La notion d'obligation de service public est explicitement utilisée par la Cour de justice à partir de l'arrêt *Commission contre France* relatif aux droits exclusifs d'importation

---

[452] CJCE, *Almelo*, préc., pt. 47.

[453] *Ibid*., pts. 47 et 48.

[454] Dans l'arrêt *Corbeau*, la Cour n'a pas entrepris de séparer la mission d'intérêt général des obligations nécessaires à sa réalisation. Elle a contraire fusionné les deux.

[455] On rappelera que si la méthode par les spécificités de l'activité d'intérêt général préfigure en partie l'apparition de l'obligation de service public, elle s'en distingue néanmoins. Elle ne présente en effet pas la même exhaustivité puisque dans les affaires dans lesquelles la Cour a usé de cette formule, elle n'a – sauf quelques exemples récents – fait entrepris de lister exhaustivement les obligations de l'entreprise, mais s'est contentée de brèves références.

[456] Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux, 11 juin 1992, COM(91) 476 final. Concl. A.G. TESAURO (G.), *Corbeau*, préc., pts. 15 à 18 ; Concl. A.G. DARMON (M.), *Almelo*, préc., pts. 161 à 172.

et d'exportation de l'électricité et du gaz détenus respectivement par EDF et GDF[457]. La définition du SIEG doit se matérialiser par l'existence d'obligations qui « présentent un lien avec l'objet du service d'intérêt économique général en cause et […] visent directement à la satisfaction de cet intérêt[458] ». À cet égard, elle identifie la fourniture de l'énergie, la continuité de l'approvisionnement, et l'égalité de traitement entre les clients ou abonnés comme « des obligations de service public dont le gouvernement français a démontré l'existence[459] ».

121. Les arrêts postérieurs ont confirmé la centralité de l'obligation de service public pour appréhender la substance d'un SIEG, mettant ainsi la notion au cœur de la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE. Dans l'arrêt *Corsica Ferries*, la Cour de justice se réfère en effet au service public de lamanage par renvoi aux obligations relatives à l'universalité, la continuité, la réglementation, et la surveillance[460]. Dans l'arrêt *Albany*, le juge fait référence à l'indépendance des cotisations par rapport au risque encouru, l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, l'obligation de fournir les prestations même en cas de non versement des cotisations, la prise en charge par l'employeur de l'arriéré de cotisation dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier, et l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur[461]. Dans l'affaire *Firma Ambulanz Glöckner*, la Cour qualifie d'obligations de service public l'obligation de transport 24h/24h, sur la totalité du territoire identifié, la mise en œuvre de tarifs uniformes, l'exigence de qualité similaire, l'absence de prise en compte des situations particulière et de la rentabilité de chaque opération individuelle[462].

122. La systématisation du recours de l'obligation de service public pour appréhender le SIEG n'est à cette période pas encore totalement parachevée. Dans l'affaire *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion contre Københavns Kommune*, la Cour de justice souligne sans précision que l'entreprise a l'obligation de recevoir et traiter les déchets

---

[457] CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre France*, aff. C-159/94, préc., not. JAN SLOT (P.), « Cases C-157/94, Commission v. Netherlands; C-158/94, Commission v. Italy; C-159/94, Commission v. France; C-160/94, Commission v. Spain; C-189/95, Harry Franzén; judgments of 23 October 1997, Full Court, [1997] ECR I-5699, I-5789, I-5815, I-5851, I-5909 », *C.M.L. Rev.*, 1998, pp. 1183–1203.

[458] *Ibid*., pt. 68.

[459] *Ibid*., pt. 89.

[460] CJCE, *Corsica Ferries*, préc., pt. 60.

[461] CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, aff. C-57/96, *Rec*. p. I-5751, pt. 109.

[462] CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contre Lankreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, *Rec.* p. I-8089, pts. 53 à 55.

en vue de leur réutilisation[463]. Elle ne suit pas l'Avocat général LÉGER qui considère en se fondant sur la jurisprudence antérieure que les parties n'ont pas défini le contenu des obligations et contraintes impartie à l'entreprise[464]. De la même façon dans l'arrêt *Deutsch Post AG*, le juge souligne de manière laconique qu' « un État membre ne saurait supporter en même temps les frais que comporte l'accomplissement du service d'intérêt économique général d'acheminement et de distribution des envois internationaux[465] », alors que l'Avocat général LA PERGOLA a en effet procédé à une recherche particulièrement détaillée des obligations imparties à l'entreprise[466].

123. C'est véritablement à partir de l'affaire *Altmark*[467] que le recours à la notion d'obligation de service public devient automatique. L'affaire porte sur l'octroi de licences de services réguliers de transport par autocar par le gouvernement de la région de Magdebourg (Allemagne) à la société Altmark, laquelle n'exerce pas ses services de manière rentable et bénéficie de subventions dont la compatibilité est à l'origine d'un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice[468]. La Cour de justice a jugé que toute autorité chargeant une entreprise de la gestion d'un SIEG[469] doit définir matériellement l'activité par des obligations de service public. Confirmé à de nombreuses reprises[470], cette contrainte imposée par la Cour de justice a visé initialement à déterminer les conditions dans lesquelles de telles subventions peuvent échapper à la qualification d'aide d'État – et donc au besoin d'user de l'article 106 § 2 TFUE comme justification d'une telle aide –. Or, plus tard, cette

---

[463] CJCE, 23 mai 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, aff. C-209/98, *Rec.* p. I-3743, pt. 76.

[464] Concl. A.G. LÉGER (Ph.), 21 octobre 1999, CJCE, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, préc., pt. 104. L'avocat général ne donne cependant pas d'informations sur les raisons qui l'ont amené à tirer cette conclusion.

[465] CJCE, 10 février 2000, *Deutsch Post AG et Citicorp Kartenservice GmbH*, aff. C-147/97 et C-148/97, *Rec.* p. I-825, pt. 51.

[466] Concl. A.G. LA PERGOLA (A.), 1er juin 1999, *Deutsche Post AG*, aff. C-147/97 et C-148/97, *Rec.* p. I-825, pts. 25 à 27. L'avocat général n'utilise pas l'expression obligation de service public, mais obligation de service universel. Il énonce pour qualifier le service d'intérêt économique général que l'entreprise doit pratiquer des prix uniformes, desservir tout le territoire, respecter des délais d'acheminement et de fiabilité définis.

[467] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747.

[468] *Ibid*., pt. 31. L'enjeu de cette affaire s'observe par la présence de conclusions par deux Avocats généraux et par un temps de délibéré anormalement long.

[469] L'arrêt *Altmark* préfère l'expression service public à celle de SIEG car l'affaire porte sur la politique des transports qui préfère également cette expression.

[470] Par exemple, CJCE, 30 mars 2006 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl e.a.*, aff. C-451/03, *Rec.* p. I-2941 ; TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen SA contre Commission*, aff. T-17/02, *Rec.* p. II-2031.

même exigence de définition matérielle du SIEG a été reprise dans les contentieux portant sur la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE[471].

124. Il résulte de ce long cheminement une obligation générale pesant sur les États (et leurs démembrement) de définir les SIEG par des obligations de service public, au-delà du seul article 106 § 2 TFUE. L'apanage de cette méthode d'identification des SIEG n'est pas anodin et n'est pas le fruit d'une quelconque excentricité. Il répond en effet à un besoin de justification des droits spéciaux ou exclusifs et des aides octroyés par les États aux entreprises chargées de SIEG. Les modes de gestion de tels services sont en effet à cette période largement discutés, d'abord par l'Union européenne avec l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau, sur laquelle nous reviendrons, ensuite plus généralement par les opérateurs économiques. Avec ces contestations est né un besoin accru de justifications des droits octroyés par les États, dont l'obligation de service public est le résultat et que la Commission a tenté d'exporter, avec un succès relatif, au-delà des SIEG.

Section 2. **LA PRÉSENCE RELATIVE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC DANS LE PROCESSUS DE CATÉGORISATION DES SIG**

125. En ayant attrait dans le champ du droit de la concurrence des situations pour lesquelles l'Union ne dispose pas formellement de compétences, la notion d'entreprise est à l'origine de certaines incertitudes : des mêmes activités peuvent en effet, selon les circonstances, être assujetties à des contraintes supplémentaires[472] – une position similaire vaut d'ailleurs à propos des entraves, typiquement à travers l'éducation[473] –. Au-delà de la politique de concurrence, le champ du droit de l'Union est une notion dynamique par laquelle la Commission et le juge ont tenté d'influer sur des domaines pour lesquelles les compétences de l'Union sont résiduelles ou fortement encadrées. La Commission a tenté

---

[471] L'arrêt *BUPA* est à cet égard particulièrement explicite : « sur l'existence d'une mission SIEG au sens de la première condition énoncée dans l'arrêt Altmark et de l'article 86, paragraphe 2, CE », TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p. II-95, entre les pts. 160-161.

[472] CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et 160/91, *Rec.* p. I-637 ; CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/09, *Rec.* p. I-973. NISTOR (L.) *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, Springer, La Haye, 2011, pp. 147-173.

[473] CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86, *Rec.* p. 5365. Dans le premier cas, l'intention de l'État est de répondre à un besoin collectif sans considération fondée sur le profit, à la différence du second, DONY (M.), « Les notions de « services d'intérêt général » et « services d'intérêt économique général » », in LOUIS (J.-V.), RODRIGUES (S.) (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, op. cit., *spéc.* pp. 12-13. Le droit de l'Union s'adapte ainsi aux modèles tels que ceux de la France et du Royaume Uni.

d'apaiser les réserves émises par les États, en particulier sur l'avenir de leurs services publics, par l'introduction de la notion de service d'intérêt général **(§1)**. Progressivement décomposée en un ensemble de sous-catégories, cette notion cardinale du droit de l'Union n'est pas en l'état le résultat d'une véritable catégorisation ainsi qu'en témoignent les faibles références à l'obligation de service public **(§2)**.

§1. DES CHOIX MÉTHODOLOGIQUES À L'INITIATIVE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

126. Le service d'intérêt général n'est pas une notion figurant historiquement en droit primaire. Si elle ressort pourtant rapidement de plusieurs textes épars à partir de 1963, son utilisation est confuse et ne semble pas renvoyer à une réalité juridique précise. Au contraire, l'introduction de l'expression dans la communication du 11 septembre 1996 par la Commission montre une volonté de combler une lacune des traités dans le contexte de la réalisation du marché intérieur (A). L'œuvre se révèle cependant inachevée. Moins que l'introduction d'une notion juridique aux contours précis, le service d'intérêt général est une expression introduite pour rassurer les États sans qu'une définition en soit donnée (B).

A. Le rejet d'une définition matérielle du service d'intérêt général

127. Bien avant qu'elle soit formalisée par la Commission européenne, l'expression de service d'intérêt général se retrouve dans plusieurs textes peu explicites s'échelonnant entre 1963 à 1996. Elle est considérée comme une branche d'activité en 1963 dans le cadre d'une analyse du Bureau européen sur la libre circulation des travailleurs[474] et en 1978 dans le cadre de la proposition d'une aide nouvelle du Fonds Social Européen en faveur des jeunes[475], mais également en 1993 comme une catégorie distincte du professionnel et du consommateur[476]. Petit à petit, l'expression est de plus en plus évoquée par renvoi à des activités réalisant un objectif d'intérêt général. Plusieurs textes font ainsi état d'inquiétudes

[474] Bilan annuel de compensation et de placement dans la Communauté économique européenne, 28 mars 1963, COM(63) 111 final, pp. 23 et 24. La notion n'est utilisée que pour évoquer les secteurs d'activité de la Belgique et l'Allemagne. Pour cette dernière, le document évoque « les services en général » comprenant les services publics et les transports.

[475] Proposition de règlement (CEE) du Conseil relatif à la création d'une aide nouvelle du Fonds social européen en faveur des jeunes, 10 avril 1978, *J.O.C.E.* n° C 100 du 25 avril 1978, pp. 4-5 : « les emplois nouvellement créés dans le cadre d'activités ou de services d'intérêt général ».

[476] Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social relatif au programme Impact, 19 avril 1993, COM(93) 156 final, p. 16.

des mutations technologiques dérèglementant plusieurs secteurs[477] tels que la santé publique, les procédures administratives, l'organisation des services postaux ou encore l'éducation publique[478]. D'autres textes enfin font références à la notion de manière synonyme à d'autres notions figurant dans les traités. Une proposition de règlement du Conseil en 1971 relative à l'assainissement des entreprises de chemin de fer souligne qu'il doit être tenu compte des services d'intérêt général réalisés par ces entreprises[479], de même que la Commission l'utilise également pour répondre à une question parlementaire sur la suppression du service de bagages accompagnés au sein des chemins de fer italiens[480]. Enfin, l'expression est utilisée par analogie avec celle de services d'intérêt économique général dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE à travers plusieurs moyens avancés par des parties[481].

128. Les usages de l'expression de service d'intérêt général ne témoignent historiquement d'aucune rigueur particulière. Au mieux peut-on faire état d'un rattachement plus ou moins direct avec des activités qualifiées de services publics en droit nationaux. Dans ce contexte, la communication de 1996 de la Commission sur les services d'intérêt général met un terme à ces usages peu explicites de la notion et vient, pour la première fois, proposer une approche générale des liens entre droit de l'Union et services publics. Outre un contentieux s'accroissant autour de l'article 106 § 2 TFUE, plusieurs actions ont été entreprises pour

---

[477] Résolution sur la mise en œuvre de la cohésion économique et sociale, 22 novembre 1989, *J.O.C.E.* n° C 323 du 27 décembre 1989, pp. 34-84, *spéc.* p. 56, pt. 11. Proposition de règlement du Conseil relatif au programme-cadre des actions communautaires de recherche et de développement technologique (1987-1991), COM(86) 430 final, pt. 3.2 ; Résolution du Conseil concernant l'électronique et les technologies de l'information et de la communication, 18 novembre 1991, *J.O.C.E.* n° C 325 du 14 décembre 1991, pp. 2-4.

[478] Livre vert sur l'innovation, 10 décembre 1995, COM(95) 688 final, p. 4.

[479] Proposition de décision du Conseil relative à l'assainissement de la situation des entreprises de chemin de fer et à l'harmonisation des règles régissant les relations financières entre ces entreprises et les États, Proposition d'un règlement du Conseil modifiant le règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer, 28 juillet 1971, COM(71) 817 final, pp. 1 et 5. Voy. également, Avis sur la communication de la Commission sur une politique ferroviaires commune, 4 juillet 1990, *J.O.C.E.* n° C 225 du 10 septembre 1990, pp. 27-34, pt. 3.4.1.

[480] Réponse donnée par M. OREJA au nom de la Commission, 20 septembre 1994, *J.O.U.E.* n° C 24 du 30 janvier 1995, pp. 1-54, *spéc.* p. 28.

[481] CJCE, 3 octobre 1985, *CBEM contre CLT et IPB*, aff. 311/84, *Rec.* p. 3261, pt. 12 ; TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann contre Commission*, aff. T-69/89, *Rec.* p. II-485, pt. 81 ; Concl. A.G. VAN GERVEN (W.), 19 septembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, *Rec.* p. I-5889, pt. 27 ; CJCE, 27 avril 1994, *Almelo*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477, pt. 47. ; Déc. de la Commission, Aide d'État n° NN 135/92, *J.O.U.E.* n° C 262 du 7 octobre 1995, pp. 11-15 : La Commission réécrit d'ailleurs l'actuel article 106 § 2 TFUE : « par ailleurs, l'article 90 paragraphe 2 du traité prévoit que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général […] » ».

ouvrir/préparer l'ouverture à la concurrence des transports terrestres[482], maritimes[483], aériens[484], des télécommunications[485], des postes[486], de l'électricité[487], du gaz[488], et des usages des médicaments[489]. Le contexte politique est également tendu, de nombreux États – dont la France – reprochant à l'Union et en premier lieu la Commission de tenter de brider leurs interventions sur le marché.

129. Alors que les services publics ont été longtemps ignorés par le droit de l'Union européenne, plusieurs résolutions du Parlement européen préalablement à la conférence intergouvernementale de 1996 préparant la future révision d'Amsterdam insistent sur la nécessité « de définir dans le traité un rôle pour les services publics d'intérêt général dans les domaines social et économique et mettre sur pied un droit universel d'accès à ces services d'intérêt général[490] ». La communication de la Commission de 1996, et les autres qui suivirent, apparaissent alors essentiellement comme un moyen d'élargir l'approche naissante et sectorielle des SIEG. Les services d'intérêt général y sont présentés comme une valeur commune « à toutes les sociétés européennes[491] » dont le droit de l'Union doit désormais

[482] Règlement (CEE) 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin1969, p. 1-7.

[483] Règlement (CEE) 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transports aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 8-14.

[484] Règlement (CEE) 3577/92 du Conseil du 07 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, *J.O.C.E.* n° L 364 du 12 décembre 1992, pp. 7-10.

[485] Plusieurs directives à partir de Dir. 86/361/CEE, du 24 juillet 1986 du Conseil concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications, *J.O.C.E.* n° L 217 du 05 août 1986, p. 21-25.

[486] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, pp. 14-25.

[487] Dir. 96/92/CE du 19 décembre 1996 du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.* n° L 27 du 30 janvier 1997, pp. 20-29.

[488] Dir. 98/30/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 204 du 21 juillet 1998, pp. 1-12.

[489] Dir. 92/25/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° L 113 du 30 avril 1992, p. 1-4.

[490] Résolution sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 – Mise en œuvre et développement de l'Union, A4-0102/95, *J.O.U.E.* n° C 151 du 19 juin 1995, p. 56, pt. 10.xi ; Résolution sur l'ordre du jour de la Conférence intergouvernementale de 1996 en vue du Conseil européen de Madrid, B4-1563/95, *J.O.U.E.* n° C 17 du 22 janvier 1996, p. 149, pt. 6.

[491] Avis de la Commission, Renforcer l'Union politique et préparer l'élargissement, 28 février 1996, COM(96) 90, pt. 8.

pleinement prendre la mesure en identifiant, dans son champ, « l'étendue de la liberté des États pour définir démocratiquement leurs choix de politique publique[492] ».

B. Une méthodologie fréinée par les domaines de compétences du droit de l'Union

130. Dans sa communication du 11 septembre 1996, la Commission envisage les SIG comme « les activités de service, marchand ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public[493] ». Reprise en 2000 en des termes pratiquement identiques [494], la Commission n'a pas indiqué clairement si elle entend donner une définition du service d'intérêt général. Tel ne semble pas être le cas, malgré l'existence d'opinions contraires[495]. Elle note en effet que les SIG « […] désignent les activités de service […][496] ». Or, le recours au terme « désigne », c'est à dire « montrer, indiquer[497] » tend à rejeter l'exercice de définition, c'est à dire « énoncer la nature, les qualités, les propriétés essentielles de l'être ou de la chose que le mot désigne[498] ». Moins qu'une définition, la notion de SIG est appréhendée par renvoi à la notion d'entreprise en droit de la concurrence et la dichotomie des activités économiques et non économiques.

131. Dans ses communications de 2003 et 2004, la Commission énonce plus clairement l'absence de définition des SIG et fait usage de formules peu explicites : « Elle [L'expression SIEG] n'est pas définie dans le traité ou dans le droit dérivé. Cependant, dans la pratique communautaire, on s'accorde généralement à considérer qu'elle se réfère aux services de

---

[492] CARPANO (E.), « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *A.D.U.E.*, 2016, p. 45, reprenant CHÉROT (J.-Y.), « Constitution et économie », in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Coll. Traités Dalloz, Paris, Dalloz, Tome 3, 2012, p. 553.

[493] COM(96) 443 final, préc., p. 2.

[494] Les services d'intérêt général en Europe, 20 septembre 2000, COM(2000) 580 final, annexe II : « Mentionnés dans le traité à l'article 90 [actuel 106 § 2 TFUE], ils désignent les activités de service marchands ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques et soumises pour cette raison à des obligations de service public » ; À noter que l'article 90 mentionné était déjà devenu l'article 86 TCE à cette période. Cette lecture est reprise dans le rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken : Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, Les services d'intérêt général, 17 octobre 2001, COM(2001) 598 final, annexe unique.

[495] Pour une opinion contraire, voy. DELZANGLES (B.), « La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire », *R.D.P.*, n°4, 1 juillet 2009, pp. 1115 et s. L'auteure évoque pour sa part que la Commission a recouru à une définition extensive de la notion de service d'intérêt général.

[496] COM(2000) 580 final, préc.

[497] Disponible sur http://www.larousse.fr.

[498] *Ibid.*

nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général[499] ». Certes, la Commission énonce en 2007 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[500] ». L'usage du terme « définis » ne doit cependant pas tromper. Le rejet d'un concept européen de service d'intérêt général reste prégnant[501]dès lors que l'expression SIG est envisagée de manière tautologique : est considéré comme un service d'intérêt économique général un service marchand ou non et remplissant une mission d'intérêt général.

132. A l'inverse de la Commission, ni le Parlement, ni le Conseil ne se sont essayés à la tentative générale d'identification des SIG. La Cour de justice et le Tribunal en prennent d'ailleurs acte et se sont gardés de pallier cette lacune. Dans l'affaire *BUPA*, le Tribunal souligne que « Force est de constater que, en droit communautaire et aux fins de l'application des règles de concurrence du traité CE, il n'existe ni de définition réglementaire claire et précise de la notion de mission SIEG, ni de concept juridique établi fixant, de manière définitive, les conditions qui doivent être réunies pour qu'un État membre puisse valablement invoquer l'existence et la protection d'une mission SIEG, soit au sens de la première condition énoncée dans l'arrêt Altmark[502] ». Ce défaut d'approche systématique a amené l'Avocat général RUIZ JARABO COLOMER à évoquer un concept non univoque et imprécis[503].

133. La communication de 2011 de la Commission relative à un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe a introduit éléments nouveaux sur la qualification juridique d'un SIG, en particulier s'agissant des SIEG : « Les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence

---

[499] COM(2003) 270 final, préc., pt. 17 ; Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004, COM(2004) 374 final, annexe 1.

[500] Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 final, p. 4.

[501] COM(2003) 270 final, préc., pt. 49.

[502] TPICE, *BUPA*, préc., pt. 165.

[503] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), 20 octobre 2009, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377, pt. 53.

d'une intervention de l'État. L'obligation de service public est imposée au prestataire par mandat, sur la base d'un critère d'intérêt général garantissant la fourniture du service à des conditions lui permettant de remplir sa mission[504] ». La Commission évoque plusieurs composantes matérielles du service d'intérêt économique général et énonce qu'il s'agit de services mis en œuvre par l'État pour pallier l'absence d'intervention autonome des opérateurs économiques (on se gardera de l'assimiler pour l'instant à une défaillance de marché[505]). Particulièrement bienvenu, cet essai de définition témoigne d'une volonté de la Commission de tracer plus distinctement les traits des SIEG que lors des précédentes communications. Il répond à un besoin, déjà souligné, de justification des dérogations aux règles des traités dans l'intérêt de certaines activités d'intérêt général. Or, ce besoin de justification dépend très largement du champ du droit de l'Union car les contraintes pesant sur ces activités diffèrent selon le domaine dans lequel elle est rattachée. Cela explique, d'une part, que la Commission se soit limitée à une définition des SIEG, et non de l'ensemble des SIG, et d'autre part, que les références à l'obligation de service public soient essentiellement circonscrites aux premiers.

§2 LA PRÉSENCE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC DANS LES SIG SUBORDONNÉE À SON INTÉRÊT FONCTIONNEL

134. Moins qu'une définition des services d'intérêt général, la Commission a cherché dans ses différentes communications à identifier leur diversité à partir de la notion d'entreprise. Sous l'impulsion de la DG concurrence et de la DG emploi, affaires sociales et inclusion, elle a respectivement au sein des SIG distingué les SIEG des services non économiques d'intérêt général (ci-après SNEIG) et des services sociaux d'intérêt général (ci-après SSIG). Présentés comme une catégorie d'exclusion de la notion d'entreprise, les SNEIG n'échappent pourtant pas au champ d'application du droit de l'Union **(A)**. Quant aux SSIG, ils constituent une catégorie qui n'est pas autonome de celle des SNEIG et des SIEG **(B)**. Dans les deux cas, les références à l'obligation de service public sont marginales et hétérogènes si la qualification d'activité économique fait défaut. Contrairement aux SIEG en effet, son usage s'est révélé dans ce contexte essentiellement inutile.

---

[504] Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, 20 décembre 2011, COM(2011) 900 final.

[505] Voy. *Supra*., Partie Seconde, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

A) L'absence de référence dans les SNEIG

135. Apparue pour la première fois dans une communication de 2000, l'expression SNEIG est utilisée par la Commission pour exclure l'application du droit de la concurrence de certains services d'intérêt général[506]. En les considérant comme non marchands, la Commission reprend la solution rendue par la Cour de justice dans l'arrêt *Eurocontrol*[507] et les considèrent comme des activités résultant « typiquement des prérogatives de puissance publique[508] ». Aucune précision n'est apportée, la Commission se contentant simplement d'en donner plusieurs exemples dans sa communication de 2007 : « ces services, qui comprennent par exemple les prérogatives étatiques traditionnelles, telles que la police, la justice et les régimes légaux de sécurité sociale[509] […] ». Les SNEIG sont conçus comme une catégorie d'exclusion des règles de concurrence.

136. L'expression est par la suite identifiée dans la directive services[510], les dernières directives marchés publics[511], et la directive concession[512] pour les exclure de leur champ. De même, le protocole 26 sur les services d'intérêt général instauré dans le cadre de la révision de Lisbonne a repris l'expression[513]. Son article 2 prévoit que « Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général ». Il présente une certaine redondance puisque les domaines dans lesquels le recours au SNEIG est susceptible d'être observé répond à des compétences d'appui, de coordination, ou de complément, c'est à dire des compétences qui ne permettent pas aux législateurs de l'Union de porter atteinte « à la compétence des États pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général[514] ». C'est le cas pour la culture, l'éduction, la formation

---

[506] COM(2000) 580 final, préc., annexe I ; COM(2003) 270 final, préc.
[507] CJCE, 19 janvier 1994, *SAT contre Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* p. I-43.
[508] *Ibid.*, pt. 30.
[509] COM(2007) 725 final, préc., p. 5.
[510] Dir. 2006/123/CE, préc., art. 2 § 2 a).
[511] Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 243-374, art. 1 § 6 ; Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 65-242, annexe XVI.
[512] Dir. 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 1-64, annexe 4.
[513] TFUE, Protocole 26, art. 2 : « Les dispositions des traités ne portent pas atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter, et organiser des services non économiques d'intérêt général ».
[514] Protocole 26, art. 2.

professionnelle, la jeunesse et le sport, la protection civile[515]. Dans des cas plus rares, l'exercice de compétences partagées peut contribuer à faire évoluer un SNEIG, par exemple par l'élargissement des bénéficiaires de la sécurité sociale[516]. Les SNEIG illustrent en conséquence la lecture du Pr. AZOULAI selon laquelle « qu'un secteur relève du domaine des compétences réservées des États membres, il ne s'ensuit pas que l'application du droit communautaire sera écartée. Il suffit qu'une réglementation nationale soit le support d'une forme d'intégration économique ou sociale pour considérer qu'elle relève du cadre communautaire[517] ».

137. Si l'expression SNEIG est destinée à être affinée dans des contentieux extérieurs à l'article 106 § 2 TFUE, il faut reconnaître cependant qu'elle n'a guère eu d'écho probant devant la Cour de justice et dans la pratique décisionnelle de la Commission. Il faut attendre les arrêts *SIC contre Commission* et *M6 et TF1 contre commission* pour que le Tribunal y fasse une première référence[518], reprise par la suite dans l'arrêt *Allemagne contre Commission*[519] ; tandis que la Cour de justice n'y fait référence que depuis l'arrêt *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer* relatif à la possibilité d'apporter des limitations à la profession de ramoneurs fondées sur une lecture combinée de la directive services[520]. L'Avocat général SHARPSTON y a consacré de très brefs développements respectivement dans les affaires *OSA contre Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*[521] et *Femarbel contre Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale*[522] relatif au droit exclusif d'une société de gestion collective des droits d'auteur pour conclure des accords de licence et percevoir les redevances au nom des auteurs des œuvres. En l'occurrence, les sociétés de

---

[515] TFUE, art. 5.

[516] BOISSARD (B.), « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *R.D.P.*, n°5, 01 septembre 2006, pp. 1301 et s.

[517] AZOULAI (L.), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, n°1, mars 2008, pp. 29 et s. ; CHALTIEL (Fl.), « Traité de Lisbonne : le service public », *L.P.A.*, n° 109, 30 mai 2008, pp. 6 et s.

[518] TPICE, 26 juin 2008, *SIC contre Commission*, aff. T-442/03, *Rec.* p. II-1161, pt. 153 ; TPICE, 1 juillet 2010, *M6 et TF1 contre Commission*, aff. T-568/08 et T-573/08, *Rec.* p. II-3397, pt. 123.

[519] Trib., 12 septembre 2013, *Allemagne contre Commission*, aff. C-347/09, EU:T:2013:418, pt. 54.

[520] CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843, pt. 44. La Cour se contente de rappeler que la directive services ne s'applique pas aux services d'intérêt général non économiques, pt. 44.

[521] CJUE, 27 février 2014, *OSA contre Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, aff. C-351/12, EU:C:2013:749 ; Concl. A.G. SHARPSTON (E.), 14 novembre 2013, *OSA contre Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, préc., EU:C:2013:749.

[522] CJUE, 11 juillet 2013, *Femarbel contre Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale*, aff. C-57/12, EU:C:2013:517 ; Concl. A.G. CRUZ VILLALÓN (P.), 14 mars 2013, *Femarbel*, préc., EU:C:2013:171.

gestion collective ne sont pas considérées comme exerçant des services non économiques d'intérêt général car elles perçoivent une rémunération pour couvrir les coûts administratifs et de personnel[523]. Enfin, l'expression est utilisée dans la pratique décisionnelle de la Commission dans une affaire relative à une aide d'État octroyée par la Belgique en faveur de la restructuration de la criée d'Ostende[524]. La Commission indique que AGVO – entreprise communale créée pour éviter de fermer la criée – est en charge d'activités non économiques – en l'occurrence l'inspection du poisson débarqué destiné à la consommation, les vérifications visant à établir si le poisson débarqué était soumis aux exigences en matière de TVA, et des fonctions de relations publiques – qui ne sont pas prises en compte dans le montant de l'aide d'État devant être récupérée[525].

138. Ces exemples, peu nombreux, illustrent les faibles références en droit de l'Union aux services non économiques d'intérêt général. Ce désintérêt s'explique par l'intérêt essentiellement fonctionnel de la notion de SIG et des notions rattachées. Il ne s'agit pas, en réalité, de définir conceptuellement ce qu'est un SIG. Il s'agit – et le contexte de la communication de 1996 le montre amplement – d'informer les États sur les relations entre leurs services publics et le droit de l'Union. Or, ces relations sont particulièrement fortes toutes les fois où une activité est économique car elle entre dans le champ du droit de la concurrence. À défaut, l'emprise du droit de l'Union reste marginale, avec elle le besoin de recourir à l'obligation de service public pour justifier des dérogations octroyées par les États.

B) Les références dans les SSIG présentant un caractère économique

139. La DG emploi, affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission a effectué une référence à l'expression services sociaux d'intérêt général à partir de 2006. Elle identifie deux catégories de services sociaux : d'une part les régimes légaux et complémentaires de protection sociale ; d'autre part, les services à la personne regroupant l'aide à la personne (l'endettement, le chômage, la toxicomanie, la rupture familiale), l'insertion sociétale à travers la formation professionnelle et personnelle, les services à long

[523] Concl. A.G. SHARPSTON (E.), *OSA contre Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, préc., pts. 57-60.

[524] Déc. 2010/607/UE de la Commission du 27 avril 2010 concernant l'aide d'État mise à exécution par la Belgique en faveur de la restructuration de la criée d'Ostende, *J.O.U.E.* n° L 274 du 19 octobre 2010, pp. 103-138.

[525] *Ibid.* pt. 335.

terme touchant le handicap et la santé, et enfin le logement social[526]. D'autres exemples sont donnés la même année dans le cadre de la directive services : logement social, aide à l'enfance et aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin[527]. À cet égard, le législateur précise que si ces services sont assurés par l'État ou par des associations caritatives, ils sont exclus de son champ d'application[528] aux motifs, peu convaincants, de « garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines » et parce qu'ils « sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité[529] ».

140. Dans ses communications ultérieures, la Commission a repris la jurisprudence de la Cour de justice sur les activités sociales. Elle souligne que les services sociaux d'intérêt général concernent « à la fois des activités économiques et des activités non économiques[530] » et « que le caractère social d'un service n'est pas, en soi, suffisant pour considérer ledit service comme une activité non économique[531] ». Elle n'entend pas proposer un encadrement différent des services d'intérêt général que ceux qui découlent de la notion d'entreprise. Par exemple, l'établissement public à caractère administratif Pôle emploi est en France soumis à des « obligations de service public en matière d'information, d'orientation, de formation et d'accompagnements des demandeurs d'emploi[532] ». Tout en étant un service social d'intérêt général, il est rangé dans la catégorie des SNEIG car il a une fonction exclusivement sociale non lucrative et qu'il est financé majoritairement par l'État. La particularité des SSIG – l'absence de qualification automatique d'activité économique – s'illustre également dans l'affaire *Femarbel*. Cherchant à catégoriser l'activité d'intérêt

---

[526] Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, 26 avril 2006, SEC(2006) 516, pt. 1.1. On notera cependant que la notion de « services d'intérêt culturel et social général » est utilisée de manière isolée en 1971 par la Commission, voy. RODRIGUEZ (S.), « services d'intérêt économique général et l'Union européenne – Acquis et perspectives », in LOUIS (J.-V.), RODRIGUES (L.) (dir.), L*es services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 421-440, *spéc.* p. 433 ; Déc. 71/224/CEE de la Commission du du 2 juin 1971, G.E.M.A. *J.O.C.E.* n° L 134 du 20 juin 1971, pp. 27 et s. :

[527] Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* n° L 376 du 27 décembre 2006, pp. 36-68, art. 2 §2 sous j). Voy. DELZANGLES (B.), « La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire », art. cit., pour un état des lieux.

[528] PICOD (F.), « Le champ d'application de la directive n°2006/123/CE », *Europe*, n°6, juin 2007, dossier 8.

[529] *Ibid.*, *cons.* 27.

[530] COM(2011) 900 final, préc.

[531] COM(2011) 900 final, préc.

[532] CAA Paris, 20 juin 2016, *M.A.*, req. n°15PA01325 ; CAA Paris, 15 juin 2017, *M. D.*, req. n°16P100077, *cons.* 1.

général, l'Avocat général CRUZ VILLALÓN relève qu' « il ne fait aucun doute que les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit constituent des activités économiques dans la mesure où leur fonction consiste à offrir des services sur un marché régi par un principe de libre concurrence[533] ».

141. S'ils ont un temps été présentés par la doctrine comme une véritable sous-catégorie de SIG au regard de certains éléments tels que la solidarité, l'absence de but lucratif, la participation des bénévoles qui caractériseraient leur autonomie[534], ces mêmes auteurs ont fini plus tardivement par conclure le contraire[535]. Les SSIG ne constituent pas comme véritable catégorie juridique distincte des SIEG et des SNEIG[536], puisque selon les caractéristiques de l'activité, elle appartiendra à l'une ou à l'autre. Elle n'est pas pour autant dénuée de tout intérêt. Tant le droit dérivé[537] que le droit des entraves leur prévoient des règles spécifiques[538] manifestant une approche sectorielle des SIEG. La contribution des SSIG à l'identification de l'obligation de service public est en conséquence résiduelle : en tant que SNEIG, les références à l'obligation de service public seront inutiles, tandis qu'en tant SIEG, elles seront cette fois bien présentes et serviront à justifier les dérogations aux règles des traités.

---

[533] Concl. A.G. CRUZ VILLALÓN (P.), 14 mars 2013, *Femarbel contre Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale*, préc., pt. 39. La Cour de justice a renvoyé la question au juge national qui n'y a cependant guère attaché de développements, Cour. Const., 23 janvier 2014, n°6/2014.

[534] DELZANGLES (B.), La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire », art. cit.

[535] DELZANGLES (B.), « La typologie européenne des activités d'intérêt général : construction et déconstruction », in *Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Alain-Serge Mescheriakoff*, Paris, L.G.D.J., 2013., pp. 71-85.

[536] On rejoint en cela la position majoritaire de la doctrine, VAN RAEPENBUSCH (S.), « Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social », in LOUIS (J.-V.), RODRIGUES (S.) (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, op. cit. pp. 99-161 ; ECKERT (G.), « La distinction entre les services d'intérêt économique général et les services d'intérêt général non économiques », in POTVIN-SOLIS (L.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en Europe*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 4-21 ; ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 285, 2015, pp. 173-180 ;

[537] Dir. 2014/25/UE, préc., Titre III, Chapitre 1, art. 91 à 94 ;

[538] Voy. *Infra*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

142. Dans son entreprise de systématisation du recours à l'article 106 § 2 TFUE, la Cour de justice a progressivement fait émerger l'obligation de service public pour matérialiser le contenu des services d'intérêt économique général. Succédant à plusieurs méthodes d'identification des tels services, sa généralisation a moins répondu à un essai de définition d'un ensemble d'obligations communes aux SIEG qu'à un besoin, sur le plan fonctionnel, de justifier des dérogations aux traités. L'obligation de service public a en conséquence servi à préserver les choix, par les États, des modes de gestion des SIEG dont la compatibilité avec le droit de l'Union a été questionnée tant par l'Union européenne elle-même que les opérateurs économiques.

143. La généralisation de l'obligation de matérialiser les SIEG par l'obligation de service public est à l'origine d'un débordement de la notion au-delà du champ de l'article 106 § 2 TFUE, notamment sous l'impulsion de l'arrêt *Altmark*. La consécration de la notion de service d'intérêt général aurait d'ailleurs pu participer à élargir son champ aux activités non économiques. « Meta-catégorie » reposant sur un équilibre fragile et peu opératoire[539] qui n'emporte pas la conviction[540], la notion de SIG regroupe des services économiques et non économiques et résulte d'une amplification de la notion d'entreprise. Par sa consécration, la Commission a cependant davantage cherché à « faire disparaître certaines craintes quant à la prétendue volonté de l'Union de libéralisation tout azimut[541] » et satisfaire l'intention des États de préserver certaines activités sensibles[542], que servir une méthodologie transversale d'identification des tels services par l'obligation de service public.

---

[539] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), « Le droit, comme la langue, vit dans la conscience populaire », *A.J.D.A.*, n°22, 23 juin 2008, pp. 1169 et s. ; TRUCHET (D.), « Renoncer à l'expression « services public » », *A.J.D.A.*, n°11, 24 mars 2008, p. 553.

[540] DELZANGLES (B.), « La typologie européenne des activités d'intérêt général : construction et déconstruction », art. cit. Mme. DELZANGLES revient d'ailleurs sur sa première approche envisagée après le traité de Lisbonne, DELZANGLES (B.) « La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire », art. cit.

[541] JACQUÉ (J.-P.), Questions à l'Europe, questions sur l'Europe », *R.D.P.*, n°3, 01 mai 2008, pp. 822 et s.

[542] Concl. A.G. POIARES MADURO (M.), 10 novembre 2005, *FENIN*, *Rec.* p. I-6295, pt. 52 ; ADALID (S.), « Les dix ans de la directives « services » ou les apories du marché intérieur », *A.D.U.E.*, 2016, pp. 3-20 , *spéc.* p. 7.

CONCLUSION DU TITRE 1

144. Les services d'intérêt général s'appréhendent comme l'objet d'un pouvoir des États membres par lequel ils concourent à la réalisation d'un objectif considéré comme d'intérêt général[543]. Ils ont initialement dans la construction européenne renvoyé aux services d'intérêt économique général de l'article 106 § 2 TFUE. Peu utilisé, ou alors avec prudence jusqu'à la fin des années 1980 et la Cour de justice a progressivement été contrainte d'identifier ses usages et ses fonctions, faute d'interventions du Conseil agissant alors en qualité de législateur et de la Commission. C'est dans ce contexte que les références à l'obligation de service public se sont progressivement multipliées dans la motivation des arrêts, afin d'établir un support matériel pour l'activité d'intérêt général et de la substantifier. Au fil des décisions, les références à l'obligation de service public se sont accumulées, à tel point que sa présence dans les arrêts est automatique et inhérente aux formules utilisées par la Cour dans la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE et dans l'analyse des dérogations aux règles des traités.

145. En tant qu'instrument de renvoi et de limitation à l'application des règles des traités, l'article 106 § 2 TFUE a mis en évidence qu'une activité d'intérêt général n'appartient *a priori* à aucun domaine de compétence déterminé par les traités, ce qui vaut *a fortiori* pour l'obligation de service public. Son usage dépend alors du domaine auquel elle est rattachée, et conséquemment des compétences dont disposent l'Union[544]. Cette transversalité potentielle de l'obligation de service public ne s'est pourtant pas matérialisée. Il existe en effet de nombreuses activités d'intérêt général qui, soit sont hors du champ du droit de l'Union, soit, supposent des compétences limitées des institutions européennes rendant désuet le recours à la notion. Se dessine alors progressivement l'idée que l'obligation de service public est Gwendestinée à être encadrée dans le cadre d'une approche sectorielle, ce qu'illustrent les interventions du législateur et de la Commission européenne.

---

[543] MARTUCCI (F.), « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? », BERTRAND (B.) (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 335 et s.

[544] Déc. 573/2014/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'amélioration de la coopération entre les services publics de l'emploi, *J.O.U.E.* n° L 159 du 28 mai 2014, pp. 32-3 : l'Union dispose d'une compétence de coordination dans le domaine de l'emploi (TFUE, art. 149) et a, à ce titre, mis en place un réseau de coopération entre les services publics de l'emploi.

Titre 2

LE RENFORCEMENT DE L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR LES MESURES DE RAPPROCHEMENT

146. L'essor de l'obligation de service public s'est réalisée dans le cadre de la méthode dite de l'intégration négative visant à mettre en œuvre le droit de l'Union par voie contentieuse[545]. Elle se révèle cependant limitée dans la mesure où d'une part, « la sanction jurisprudentielle est toujours tardive, et le juge ne doit pas se transformer en législateur[546] » ; d'autre part, elle n'est pas propice à la détermination d'un régime juridique exhaustif portant sur un domaine matériel du droit de l'Union. Le secteur de l'énergie en est un exemple dès lors que l'élimination des entraves et des pratiques anticoncurrentielles voulues par la Commission n'a pas suffi à assurer une concurrence libre et non faussée dans le secteur[547].

147. Pour pallier les lacunes de la méthode de l'intégration négative, les révisions successives des traités ont facilité l'adoption de mesures de rapprochement. L'expression " rapprochement des législations » figure dans l'intitulé du titre VII du TFUE[548] et à l'article

---

[545] BERNARD (N.), « The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity », *C.M.L. Rev.*, 1996, pp. 633-666.

[546] DUBOUIS (L.), BLUMANN (Cl.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Coll. Domat – Droit public, Paris, Montchrestien, 6ème ed., 2016, p. 337.

[547] DESTAILLEUR (Th.), « La sécurité d'approvisionnement énergétique : une contribution contrastée à l'émergence d'un droit de la régulation des flux », *A.D.U.E.*, 2016, pp. 97-125.

[548] Le Titre VII du TFUE est intitulé "Règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations".

114 du TFUE. Centrale dans la version initiale du traité CEE[549], cette formule renvoie à un objectif général de mise en cohérence des législations internes et de limitation concomitante de leur diversité. Le rapprochement se concrétise par le recours à des méthodes de rapprochement, qui se rattachent principalement à trois techniques complémentaires : l'unification, la coordination et l'harmonisation[550]. Bien qu'elles aient pu être considérées comme similaires à l'origine[551], ces méthodes reposent sur des formes d'intensité normatives variables et emportent des changements plus ou moins substantiels sur les droits nationaux[552]. La coordination renvoie à « l'ensemble des démarches qui visent à faire coexister et s'interconnecter les systèmes juridiques des États membres en organisant une gestion technique de la diversité normative[553] ». L'unification vise l'intégration parfaite des systèmes juridiques en ignorant la marge nationale et implique une disparition de la source nationale du droit au profit d'une source commune[554]. L'harmonisation, quantitativement plus fréquente, vise l'établissement d'une équivalence substantielle entre les droits nationaux. Elle implique une intégration normative incomplète en ce qu'elle préserve, en principe, les traditions nationales et la marge d'appréciation des États membres[555]. Ces trois procédés se retrouvent nommément dans l'action du législateur sans rigueur si bien, par exemple, que le terme harmonisation est utilisé comme un synonyme des trois notions par les institutions européennes[556].

---

[549] L'article 2 du traité CEE contenait expressément une référence au rapprochement comme finalité générale de l'action de la Communauté: « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit ».

[550] DER ELST (R.), « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », in M. WAELBROECK (dir.), *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1976, pp. 1-14 ; MOLINIER (J.), « Les méthodes en droit communautaire », in POILLOT-PERUZZETO (S.) (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 111-120.

[551] Par exemple, RODIÉRE (R.), « L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la CEE », *R.T.D. eur.*, 1965, pp. 350 à 357 ; MONACO (R.), « Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen », *R.I.D.C.*, 1960, pp. 61-80.

[552] HO-DAC (M.), *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012 p. 392.

[553] HO-DAC (M.), *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, op. cit., 2012, p. 393.

[554] *Ibid.*

[555] DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, pp. 951 et s.

[556] DER ELST (V.), « Les notions de coordination, d'harmonisation et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne », art. cit. ; PEIFFERT (O.), *L'application du droit des aides d'États aux mesures de protection de l'environnement*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles,

148. Les mesures de rapprochement des législations sont intervenues dans des secteurs et domaines hétérogènes, en vue de réaliser le marché intérieur. La politique des transports, la politique de concurrence, et la technique d'harmonisation des législations introduite par l'Acte unique européen constituent les trois domaines comprenant des références à la notion d'obligation de service public, auxquels de nombreux autres pourraient être mobilisés **(Chapitre 1)**. D'autres bases juridiques pourraient également enrichir le recours à la notion, en particulier celles qui ont été introduites en droit primaire avec les traités d'Amsterdam et de Nice. Elles restent cependant inutilisées et en l'état inutilisables **(Chapitre 2)**.

Bruylant, 2015, pp. 298-300 ; DINTILHAC (F.), « Rapprochement des législations », *Rep. dr. européen*, Dalloz, août 2006, pts. 201-259.

Chapitre 1

Les bases juridiques exploitées

149. Le recours à des mesures de rapprochement pour encadrer l'obligation de service public s'est fondé sur différents domaines qui sont chacun le théâtre de compétences propres, diverses, ayant participé à l'extension du champ de l'obligation de service public. En partie « indéfinissable dans laquelle le flou prédomine et où toutes les interprétations sont possibles[557] », l'exercice des compétences partagées par l'Union (soumis aux deux conditions du principes de subsidiarité sont identifiées[558]) s'est particulièrement illustré dans le domaine des transports et du marché intérieur par la technique de rapprochement des législations. Au-delà, l'obligation de service public a également été façonnée par la multiplication des actes adoptés dans le champ du droit de la concurrence sur laquelle l'union dispose d'une compétence exclusive[559]. Le Conseil détient d'ailleurs une place privilégiée puisque les actes législatifs en matière d'entente, d'abus de position dominante, et d'aide

---

[557] BLUMANN (Cl.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexisnexis, 6ème ed., 2016, p. 460, citant GUILLARD (C.), « La lecture étatique des compétences non exclusives de l'Union européenne », *R.U.E.*, n°3, mars 2012, pp. 159 et s.

[558] *Ibid.*, pp. 499 et s. Il s'agit d'abord de l'insuffisance du niveau étatique, puis d'une plus-value de l'intervention au niveau de l'Union.

[559] TFUE, art. 3 § 2 sous b). Cela ne signifie pas que l'Union dispose d'une telle compétence pour l'intégralité du champ du droit de la concurrence. Pour un exemple en matière d'aide d'État : CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international e.c. contre La Poste*, aff. C-39/94, *Rec.* p. I-3547, pt. 52 ; CJCE, 5 septembre 2006, *Transalpine Olleintung*, aff. C-368/04, *Rec.* p. I-9957, pts. 35-46.

d'État relèvent de la procédure législative spéciale[560]. La Commission dispose également de pouvoirs d'exécution[561] en exemptant ou autorisant par exemple certains accords ou en établissant les règles applicables à certaines catégories d'actes sur habilitation du Conseil[562]. L'encadrement de l'obligation de service public dans le cadre de la politique de concurrence ne s'est pourtant fondé ni sur l'un, ni sur l'autre. En tant que « gardienne des traités[563], la Commission a davantage usé de son pouvoir de surveillance de la bonne application du droit de l'Union par les institutions de l'Union, des États membres, et des personnes physiques et morales[564] pour façonner la notion.

150. Ensemble, la tryptique marché intérieur, transports, et concurrence constituent les trois domaines principaux d'expression de l'obligation de service public **(Section 1)**. Si ce constat est encore largement vérifié aujourd'hui, on note néanmoins une tendance à diversifier les méthodes de traitement de l'obligation de service public. A côté de cette tryptique en effet, les institutions européennes ont multiplié les méthodologies d'appréhension de l'obligation de service public, utilisant tous les outils à leur disposition

---

[560] TFUE, art. 101, 102, 103, 109.

[561] TUE, 17 § 1 La Commission « exerce des fonctions de coordination, d'exécution et de gestion conformément aux conditions prévues par les traités ». La question de savoir s'il s'agit d'une délégation ou d'une habilitation est débattue, voy. GAUTIER (Y.), *La délégation en droit communautaire*, Strasbourg, thèse dactyl., 1995. Pour un résumé des enjeux, voy. BLUMANN (Cl.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 388-390 ; JACQUÉ (J.-P.), « La Commission européenne après Lisbonne. Déclin ou changement de paradigme ? », in *Europe(s), Droit(s) européen's) – Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 241-266, *spéc.* pp. 252-253. Pour un exemple d'acte d'exécution *strico sensu*, Règlement d'exécution 2017/2324/UE de la Commission du 12 décembre 2017 renouvelant l'approbation de la substance active « glyphosate » conforémment au règlement (CE) n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et modifiant l'annexe du règlement d'exécution (UE) n° 540/2011 de la Commission, *J.O.U.E.* n° L 333 du 15 décembre 2017, pp. 10-16.

[562] Pour les ententes, TFUE, lecture combinée de l'article 105 § 3 avec l'article 103 § 2 sous b) ; BELLIS (J.-F.), *Droit européen de la concurrence*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 46-55 ; BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 549-553 ; Pour les aides d'État, TFUE, art. 109, lu en combinaison avec les articles 108 § 4 et 107.

[563] Cette expression a été utilisée par le Conseil et le Parlement avant d'être reprise par la Cour de justice, voy. respectivement CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes*, aff. 138/79, *Rec.* p. 3333 ; CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg contre Parlement européen*, aff. 230/81, *Rec.* p. 258 ; CJCE, 18 juin 1998, *Commission contre Italie*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-3851, pt. 26.

[564] TUE, art. 17 § 1. Ainsi que le souligne la Pr. BERNARD, « la Commission n'a d'équivalent ni dans les ordres juridiques nationaux ni dans l'ordre juridique international », voy. BERNARD (E.), *Commission européenne*, *Rep. dr. européen*, Dalloz, juin 2016, pt. 1. Ce qui explique que la théorie de la séparation des pouvoirs, pensée à travers la notion d'État, ne permet pas de comprendre suffisamment la répartition des compétences en droit de l'Union, JACQUÉ (J.-P.), « La Commission européenne après Lisbonne. Déclin ou changement de paradigme ? », art. cit.

pour influencer la notion dans une multitude de domaines au sein desquels elle peut prendre racine **(Section 2)**.

Section 1. **LA CONSOLIDATION DU RECOURS AUX DOMAINES DES TRANSPORTS, MARCHÉ INTÉRIEUR, ET CONCURRENCE**

151. L'essentiel des références à l'obligation de service public s'illustre aujourd'hui dans trois domaines du TFUE que sont les transports, le marché intérieur, et la politique de concurrence. Cette trypique n'a cependant pas été appréhendée de façon identique par les institutions européennes, illustrant une certaine diversité méthodologique de l'appréhension de l'obligation de service public. En l'occurrence, c'est essentiellement par l'exercice des compétences partagées que les transports et le marché intérieur ont été utilisées par façonnés la notion **(§1)**, tandis que dans le champ du droit de la concurrence, c'est le pouvoir de surveillance de la Commission qui est davantage sollicité **(§2)**.

§1. L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC FAÇONNÉE PAR L'EXERCICE DE COMPÉTENCES PARTAGÉES

152. L'exercice des compétences partagées fait ressortir un traitement de l'obligation dans une démarche plus globale d'ouverture la concurrence, essentiellement des secteurs en réseau. Moins qu'une appréhension transversale à l'ensemble des activités économiques, l'obligation de service public a été façonnée de manière sectorielle. La politique des transports **(A)** et la technique de rapprochement des législations prévue à l'article 114 TFUE **(B)** se sont rapidement imposés, après la levée de plusieurs réserves, comme les deux principaux fondements utilisés à cette fin.

A. La mise en œuvre tardive de la politique des transports

153. Bien que l'obligation de service public existe formellement au sein de la politique des transports, elle est restée longtemps délaissée. Un tel délaissement trouve son origine dans des justifications générales dépassant la seule question de la place des services publics au sein de l'Union. Si on lui doit le célèbre arrêt *AETR* sur la théorie des compétences externes implicites, la politique des transports est pourtant dès l'origine indéterminée **(1)**.

Malgré de brèves interventions du Conseil durant les années soixante[565], elle est restée inactive jusqu'à la suppression de plusieurs freins institutionnels et matériels **(2)**.

1. Une politique indéterminée mais indispensable à la construction européenne

154. Dans une formule passée à la postérité, Robert SCHUMAN a affirmé dans le célèbre discours de l'Horloge que « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait ». Les transports trouvent pleinement leur place dans ces solidarités concrètes. Ils sont envisagés comme un moyen d'établir le marché commun de l'acier et du charbon et de réorienter les industries dans ces secteurs du militaire vers le civil. Plus généralement, ils sont indispensables à la réalisation de l'économie de marché qui « n'existe qu'à partir du moment où elle relie suffisamment de bourgs et de villes pour commencer déjà à organiser la production, à orienter et commander la consommation[566] ». Les propos du député français Charles de BÉRIGNY dans une intervention devant la chambre des députés le 27 juin 1833 (monarchie de Juillet) montrent au demeurant que les transports n'ont pas uniquement un intérêt économique[567] : « L'importance des chemins de fer est incontestable […] car les distances considérables disparaitraient […] les voyages se multiplieraient, les connaissances s'étendraient, les préjugés s'effaceraient […] et bientôt il n'y aurait réellement qu'une patrie[568] ». Ils sont donc associés au sentiment d'appartenance des individus et enrichissent les éléments constitutifs de l'État[569].

---

[565] Règlement (CEE) 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin 1969, p. 1-7.

[566] Propos tirés de la thèse du Pr. MADDALON, voy MADDALON (Ph.), *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 253, 2007, pp. 7-8. Sur les relations entre la construction européenne et l'économie de marché, NEERGAARD (U.), « Services of General (Economic) Interest and the Services Directive - What is Left Out, Why and Where to Go ? », in NEERGAARD (U.), NIELSEN (R.), ROSEBERRY (L.-M.) (dir.), *The services directive. Consequences for the welfare State and the European Social Model*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2008, pp. 65-120.

[567] MERLIN (P.), *Géographie, économie et planification des transports*, Coll. Fondamental, Paris, P.U.F.,, 1991, p. 34 ; MARTIN (S.), *Les transformations contemporaines des services publics de transport*, Bordeaux, Université Montesquieu – Bordeaux IV, thèse dactyl., 2010, pp. 1-6 ; PIEDELIÈVRE (S.), TANDONNET-GENCY, (D.), *Droit des transports*, Coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 1-10.

[568] Ces propos sont repris par PICARD (A.), *Les chemins de fer français*, Paris, J. Rothschild, tome 1,1884, p. 18 (disponible sur la base de donnée Gallica de la BNF), et par BEZANÇON (X.), « Histoire d'une ambition publique et d'une réalisation privée » in VIDELIN (J.-Ch.) (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire*, Coll. Colloques et débats, Paris, LexisNexis, 2013, p. 5.

[569] L'approche fonctionnelle de l'État retenue par Carré de Malberg fait du sentiment d'appartenance un élément indispensable à l'identification d'une population, elle-même un des éléments constitutifs de l'État,

155. La suppression des droits de douane et d'autres mesures plus ponctuelles[570] dans le cadre du traité CECA, les règles dans la CEEA relatives à l'approvisionnement en matières fissiles[571] et sur la réglementation des véhicules[572], ainsi que la politique des transports dans le traité CEE constituent autant d'exemples attestant de l'intérêt des transports dans la construction européenne. Constituant l'une des trois politiques initiales inscrites dans le traité CEE[573] », la politique des transports porte sur les transports de voyageurs et les transports de marchandises[574] et concerne tant les transports terrestres – à savoir les transports routiers et les transports ferroviaires – et que les transports par voie navigable[575]. Les transports maritimes et aériens y sont *a priori* exclus[576], ce qui s'explique par le contexte technologique et géographique de l'époque[577].

156. Les moyens destinés à la réalisation de la politique des transports sont dès l'origine indéterminés[578] et ne se matérialisent pas par « un ensemble de moyens au service d'un ou plusieurs buts relatifs à l'organisation interne de la communauté (ici l'Union européenne) ou à ses relations avec d'autres ensembles[579] ». L'étude menée en 1968 par Jean ROBERT

---

voy. CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, CNRS, 1962, disponible sur la base de donnée Gallica de la BnF.

[570] TCECA, Chapitre 9, art. 70 (article unique).

[571] Traité EURATOM, Chapitre 6.

[572] *Ibid*., Annexe IV.

[573] Actuel art. 90 TFUE, inchangé depuis 1957.

[574] RODIÈRE (R.), *Droit des transports, Transports terrestres et aériens*, Paris, Sirey, 2ème ed., 1977, préf. n°3.

[575] Art. 100 § 1 TFUE (ancien art. 86 § 1 TCEE).

[576] Art. 100 § 2 TFUE (ancien art. 86 § 2 TCEE) : le Parlement européen et le Conseil peuvent néanmoins décider de les inclure au sein de la politique des transports.

[577] Un tel choix s'explique par la part résiduelle de ces modes de transport à l'époque du traité CEE. Il a fallu attendre plusieurs décennies encore pour que le transport maritime domine le transport international de marchandises et que le transport aérien de passagers se soit généralisé. La possibilité d'insérer les deux modes dans la politique transport s'explique par la volonté de lui donner une certaine flexibilité en vue de l'adapter aux changements économiques, sociaux, et aux mutations technologiques. C'est une situation que l'on retrouve également à propos de la libre circulation des marchandises, davantage définie dans le traité CEE au regard de l'importance du secteur industriel à cette période, alors que la libre circulation des services est plus évasive. La rédaction aurait probablement été différente aujourd'hui avec la domination des secteurs tertiaires. Voy. DE LA ROSA (S.), « L'écriture des libertés de circulation », In MAITROT DE LA MOTTE (A.), DUBOUT (E.), *L'unité des libertés de circulation*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 11-39.

[578] STABENOW (W.), « The Common Market for Transport in the European Economic Community », *C.M.L. Rev.*, 1963, pp. 391-405 ; RIPHAGEN (W.), The Transport Legislation of the European Communities its relationships to International Treaties and its effect in Member States », *C.M.L. Rev.*, 1966, pp. 291-325 ; ROBERT (J.), « Doubts on a Common Transport Policy », *C.M.L. Rev.*, 1968, pp. 193-207 ; BLONK (W.-A.-G.), « Applying Rules of Competition to Transport by Rail, Road, and Inland Waterway », *C.M.L. Rev.*, 1969, pp. 451-465.

[579] Selon la définition du terme « politique » donnée par le Pr. BERLIN, voy. BERLIN D., *Politiques de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Traités, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 8. Après avoir

se révèle éclairante puisqu'elle note que les débats et commentaires sur la politique agricole commune sont abondants durant les négociations alors qu'ils sont presque inexistants pour la politique des transports[580]. À l'issue des travaux préparatoires, onze articles, dont la formulation est restée pratiquement inchangée, figurent dans le traité CEE. L'article 91 TFUE prévoit que cette politique porte sur (i) l'établissement des règles communes applicables aux transports internationaux exécutés au départ ou à destination du territoire d'un État membre, ou traversant le territoire d'un ou de plusieurs États membres[581] ; (ii) les conditions d'admission de transporteurs non-résidents aux transports nationaux dans un État membre[582] ; (iii) les mesures permettant d'améliorer la sécurité des transports[583] ; (iv) toutes autres dispositions utiles[584]. Les formulations sont imprécises[585] et apparaissent éparses. Si la possibilité de légiférer « sur toutes autres dispositions utiles » pourrait donner une lecture dynamique de cette politique, elle atteste ici des incertitudes sur la mise en œuvre de la politique.

157. Le caractère indéterminé de la politique des transports a généré de plusieurs questionnement : comment comprendre ces articles alors que leur écriture est peu éclairante ? Quelle est la consistance d'une telle politique alors que les transports sont connectés à des niveaux plus globaux que le territoire de l'ancienne Communauté ? Constitue-t-elle une *lex specialis* par rapport aux règles des traités, en particulier du marché intérieur et de la concurrence[586] ? Les deux premières interrogations n'ont guère pas soulevées de réelles difficultés. Tandis que les techniques d'interprétation permettent de

---

envisagé les définitions que l'on donne classiquement au terme « politique », l'auteur en retient une acception qu'il appelle fonctionnelle.

[580] ROBERT (J.), « Doubts on a Common Transport Policy », art. cit

[581] Art. 91 § 1 a) TFUE (ancien art. 75 TCEE).

[582] Art 91 § 1 b) TFUE.

[583] Art. 91 § 1 c) TFUE.

[584] Art. 91 § 1 d) TFUE.

[585] GRARD (L.), « Titre V Les transports », in PINGEL (I.), *De Rome à Lisbonne, Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing Lichtenhahn/Dalloz/Bruylant, Munich/Paris/Bruxelles, 2ème ed., 2010, pp. 653 et s. La Cour de justice l'a également souligné, CJCE, 22 mai 1985, *Parlement contre Conseil*, aff. 13/83, *Rec.* p. 1513, pt. 50.

[586] ROBERT (J.), « Doubts on a Common Transport Policy », art. cit. Au demeurant, on notera que ce n'est pas une question qui intéresse uniquement les transports, voy. récemment CJUE, Gde. chb., 14 décembre 2017, *Président de l'Autorité de la concurrence contre APVE e.a.*, aff. C-671/15, EU:C:2017:860, Not. IDOT (L.), *Europe*, n°1, janvier 2018, comm. 17 ; BOMBARDIER (J.), *Droit rural*, n°460, février 2018, étude 1.

combler les lacunes des textes[587], le caractère global des transports n'a pas empêché une imbrication du droit de l'Union avec le droit international privé[588].

158. En revanche, le rapport entre la politique des transports et les autres règles des traités a présenté une interrogation plus sérieuse. L'article 91 TFUE prévoit que la poursuite des objectifs des traités par la politique européenne des transports doit prendre en compte les « aspects spéciaux des transports ». Cette spécificité renvoie selon le Pr. GREAVES à l'utilisation des transports en tant qu'instrument de politique économique, à leur caractère accessoire mais indispensable à la réalisation d'autres activités, à la diversité modale, à la soumission à des obligations de service public, aux liens avec l'État, ou encore à leur caractère transfrontalier[589]. Si certaines spécificités identifiées méritent d'être discutées, l'enjeu, ainsi que l'a souligné très tôt le Pr. RIPHAGEN, se situe sur la valeur attachée au principe de concurrence et à son application dans le domaine des transports[590]. À cet égard, la politique des transports justifie que les règles d'autres domaines du droit de l'Union soient adaptées. En constituant une exception à l'interdiction des aides d'État pour les aides répondant aux besoins de la coordination des transports ou au remboursement des obligations de service public[591] », l'article 93 en fournit une illustration. Toutes ces interrogations ont été progressivement corrigées par la levée de plusieurs matériels et institutionnels qui freinaient la mise en œuvre de cette politique.

2. La suppression des freins matériels et institutionnels

159. Bien que les jalons de la politique des transports furent progressivement apposées dans le cadre de la libéralisation des différents secteurs en réseau[592], il a été nécessaire au

---

[587] PESCATORE (P.), « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Mélanges W.J. van der Meersch, Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professons édita,* Tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 325-363.

[588] Voy. par exemple, CACHARD (O.), *Le transport international aérien de passagers*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, 2015. Pour les transports aériens en particulier, GRARD (L.), *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire. Contribution à l'étude du droit positif et prospective juridique*, Bordeaux, Université Bordeaux I, (2 tomes), 1992.

[589] GREAVES (R.), *Transport Law of the European Community*, Londres, Athlone, 1991, pp. 2-3.

[590] RIPHAGEN (W.), The Transport Legislation of the European Communities its relationships to International Treaties and its effect in Member States », art. cit.

[591] TFUE, art. 93, inchangé depuis 1957.

[592] GRAND (E.), « Les transports et l'énergie. Des politiques construites par la libéralisation », in JOUNO (Th.) (dir.), *Questions européennes, Le droit et les politiques de l'Union*, Coll. Major, Paris, PUF, 2009, pp. 513 et s. ; PERU-PIROTTE (L.), DUPONT-LEGRAND (B.), LANDSWEERDT (Ch.), *Le droit du transport dans tous ses états : réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*, Coll. Code

préalable de lever les verrous neutralisant sa mise en œuvre. Institutionnellement, l'imprécision et la largesse des dispositions de la politique transport peuvent être difficilement traduites par des mesures opératoires ou balisée par le juge. Or, de telles mesures nécessitent l'adoption d'actes législatifs par le Conseil, cependant restreint par la règle de l'unanimité,[593]. Ajouté à l'existence de monopoles historiques contrôlés par les différents gouvernements, il en a résulté un *statut quo* matérialisé par l'inaction du conseil. Plusieurs facteurs ont toutefois contribué à renverser cette situation d'inertie.

160. Le recours en carence engagé par le Parlement contre le Conseil pour son inaction[594], accueilli par la Cour de justice, a permis de mettre en exergue que « pour les parties, il est constant qu'il n'y a pas encore un ensemble cohérent de règlementations qui peut être qualifié de politique commune des transports au sens des articles 74 et 75 du traité. Cette conclusion peut être fondée soit sur le défaut de cadre cohérent pour la mise en œuvre d'une telle politique, défaut invoqué par le Parlement, soit sur la circonstance mise en lumière par la Commission que les problèmes essentiels dans le domaine des transports subsistent, soit sur le manque d'exécution, rappelé par le Conseil, des décisions de 1965 et 1967 fixant le calendrier des travaux dans cette matière, soit enfin sur la persistance des entraves à la libre prestation de services en matière de transport, comme l'a souligné le gouvernement néerlandais[595] ». Si elle a rejeté la demande du Parlement tendant à une condamnation plus générale du Conseil pour absence de mise en œuvre de la politique des transports, la Cour de justice a cependant jugé que le Conseil n'avait pas pris les mesures nécessaires visant à assurer « la libre prestation de services en matière de transports internationaux et de fixer les conditions de l'admission des transporteurs non-résidents aux transports nationaux d'un État membre[596] ».

161. La condamnation du Conseil et la reconnaissance du pouvoir de saisine de la Cour de justice par le Parlement ont participé à « l'instrumentalisation politico-institutionnelle des

économique européen, Bruxelles, Larcier, 2012, 319 p. ; PAULIN (Ch.), *Droit des transports*, Litec, Paris, LexisNexis, 2005 ; MERCADAL (B.), *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis, Paris, Dalloz, 1996.

[593] GRARD (L.), « Titre V Les transports », art. cit., pp. 653 et s. On rappelera que l'Assemblée commune n'a à cette époque qu'un rôle consultatif.

[594] CJCE, 22 mai 1985, *Parlement contre Conseil*, aff. 13/83, *Rec.* p. 1513.

[595] *Ibid.*, pt. 46.

[596] *Ibid.*, pts. 54 à 70. Ces obligations sont prescrites à l'actuel article 91 § 1 sous a) et b).

voies de droit […] fondé sur le principe de l'équilibre institutionnel[597] » et ont ouvert la possibilité pour les institutions européennes d'exercer entre-elles une pression sur le respect des obligations dont elles sont imparties au titre des traités. La revalorisation de la place du Parlement européen engagée d'abord par la Cour avec l'arrêt *Roquette*[598], puis par les révisions successives du droit primaire[599] ont contribué à ériger l'institution en véritable législateur. Il en a résulté un rééquilibrage des pouvoirs législatifs mettant fin à la position privilégiée du Conseil et soumettant la politique des transports à la procédure législative ordinaire[600].

162. L'arrêt *Nouvelles frontières* a enfin définitivement mis fin à la pratique du *statut quo*. À l'occasion de plusieurs poursuites pénales en Italie contre des responsables de compagnies aériennes et d'agences de voyages ayant pratiqué des tarifs de vente de billets non homologués ou inférieurs aux prix homologués, la Cour de justice a jugé que « les transports aériens restent, au même titre que les autres modes de transport, soumis aux règles générales du traité, y compris celles en matière de concurrence[601] ». Elle s'est à cet égard reposée sur la politique agricole commune pour noter que contrairement à celle-ci, aucune disposition ne suspend l'applicabilité des règles de concurrence à une intervention du législateur[602]. Cette solution n'est pas sans effet sur le plan institutionnel car elle a permis à la Commission d'utiliser son pouvoir de surveillance en matière de concurrence pour intervenir dans le

---

[597] BERTRAND (B.), *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 605-610, *spéc.* 608.

[598] CJCE, *Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes*, préc., pt. 33 : « La consultation prévue par l'article 43, paragraphe 2, alinéa 3, comme par d'autres dispositions parallèles du traité, est le moyen qui permet au Parlement de participer effectivement au processus législatif de la Communauté. Cette compétence représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité. Elle est le reflet, bien que limité, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative. La consultation régulière du Parlement dans les cas prévus par le traité constitue dès lors une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de l'acte concerné ».

[599] L'article 71 § 1 TCE a introduit l'ancienne procédure de codécision pour la mise en œuvre de la politique européenne des transports, mais l'article 71 § 2 a laissé au Conseil la possibilité d'intervenir seul lorsque « les dispositions portant sur les principes du régime des transports et dont l'application serait susceptible d'affecter gravement le niveau de vie et l'emploi dans certaines régions, ainsi que l'exploitation des équipements de transport ». Cette réserve de compétence au Conseil a été supprimée par la révision de Lisbonne, l'article 91 du TFUE prévoit désormais que la politique des transports est régie uniquement par la procédure législative ordinaire.

[600] TFUE, art. 91 § 1. L'effectivité d'un tel rééquilibrage est déniée par certains, C'est en particulier un constat régulièrement mis en avant par le député européen Dominique RIQUET. Cette position a été soulignée lors d'une intervention à l'Université de Valenciennes le mercredi 11 juin 2014.

[601] CJCE, 30 avril 1986, *Ministère public contre Asjès e.a.*, aff. 209 à 212/84, *Rec.* p. 1457, pts. 27 à 45. Not. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), *R.T.D. eur.*, 1986, pp. 511 et s.

[602] *Ibid.*, pt. 40.

domaine des transports. L'insertion de la politique transport dans son calendrier de travail relatif à l'achèvement du marché intérieur[603] et la proposition de plusieurs paquets législatifs[604] est caractéristique de l'activisme dont elle entend à cette fin faire preuve. Le Conseil n'est plus la seule institution à intervenir dans le domaine des transports, ce qui explique que les références à obligation de service public soient peu après devenues récurrentes dans les différents actes législatifs, notamment pour les transports aériens[605] et maritimes[606].

B. Le débordement du champ de l'obligation de service public à travers le processus d'harmonisation du marché intérieur

163. « Mécanisme propre à l'Union européenne, participant à son originalité[607] », le rapprochement des législations (article 114 TFUE) est parfois assimilé à une « politique de rapprochement des législations nationales[608] » tant son utilisation est récurrente. Il s'agit davantage d'une technique à l'appui d'un objectif de l'Union et non une fin en soi[609]. Présent dès le traité CEE, son usage s'intensifie par l'introduction de l'article 100A avec l'Acte unique européen, destiné à réaliser le marché intérieur impulsé par livre blanc publié en 1985 par la Commission[610]. Qualifié de « base juridique universelle[611] » destinée à réaliser un espace économique homogène[612], l'article 114 TFUE vise à prendre des « mesures relatives

---

[603] Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, 14 juin 1985, COM (85) 310 final, pp. 28 et s et 38 et s.

[604] RAPOPORT (C.), DE LA ROSA (S.), « Enjeux et réalités d'un espace ferroviaire unique européen », in RAPOPORT (C.) (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 1-23, *spéc.* p. 3.

[605] Règlement (CEE) 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transports aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 8-14.

[606] Règlement (CEE) 3577/92 du Conseil du 07 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre ciruclation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, *J.O.C.E.* n° L 364 du 12 décembre 1992, p. 7-10.

[607] VIAL (Cl.), Bilan de vingt ans de rapprochement des législations nationales : le marché intérieur des marchandises se porte bien », *R.A.E.*, n°1, 2012, pp. 14 et s. ; SWARTZ (I.-E.), « De la conception du rapprochement des législations dans la communauté économique européenne », *R.T.D. eur.*, 1967, pp. 241 et s. ; MICHEL (V.), *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 238.

[608] POILLOT (E.), RUEDA (I.), *Les frontières du droit privé européen*, Coll. de la faculté de droit, d'économie et de finance de l'université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 106.

[609] DINTILHAC (F.), *Rapprochement des législations*, Rep. droit. eur., août 2006, pt. 1. DONY (M.), *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2014, 5ème ed., pp. 431-438.

[610] *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur*, 14 juin 1985, COM (85) 310 final.

[611] Citation de l'Avocat général TIZZANO, reprise par MICHEL (V.), « La compétence de la Communauté en matière de santé publique », *R.A.E.*, n°2, 2003-2004, p. 163.

[612] BERGÉ (J.-S)., HARNAY (S.), « Le non-rapprochement des droits dans le contexte de l'UE comme hypothèse de concurrence normative : les apports croisés de l'économie et du droit », in CARPANO (E.),

au rapprochement les règles législatives, règlementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »[613] **(1)**. Appréhendé comme un outil transversal comprenant pléthore de règles, cette base juridique a favorisé le débordement de l'obligation de service public au-delà de la politique des transports **(2)**.

1. Les conditions de déclenchement de l'article 114 TFUE

164. Le Traité CEE a donné au Conseil le pouvoir de prendre des directives votées à l'unanimité destinées à rapprocher les dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres[614]. L'Acte unique européen, au contraire, a assoupli ces conditions par la mise en place d'une procédure dérogatoire permettant au Conseil d'adopter des mesures (dépassant donc la seule directive) à la majorité qualifiée[615]. Cette procédure dérogatoire est d'ailleurs devenue dans la pratique la plus utilisée si bien que la révision de Lisbonne l'a érigée comme la procédure de principe. Signe de la valorisation de la place du Parlement européen, la mise en œuvre de l'article 114 TFUE obéit désormais à la procédure législative ordinaire[616]. Dès lors aux termes de l'article 114 TFUE, « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». La possibilité pour le

---

CHASTAGNARET (M.), MAZUYER (E.) (dir.), *La concurrence règlementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 40.

[613] Devant la Cour de juste, l'expression mesures de rapprochement demeure essentiellement associée à des mesures d'harmonisation, voy. CJUE, 4 mai 2016, *Pologne contre Parlement et Conseil*, aff. C-358/14, EU:C:2016:323, pt. 64: « par l'expression "mesures relatives au rapprochement" figurant à l'article 114 TFUE, les auteurs du traité ont voulu conférer au législateur de l'Union, en fonction du contexte général et des circonstances spécifiques de la matière à harmoniser, une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement la plus appropriée afin d'aboutir au résultat souhaité, notamment dans des domaines qui se caractérisent par des particularités techniques complexes. En fonction des circonstances, ces mesures peuvent consister à obliger l'ensemble des États membres à autoriser la commercialisation du ou des produits concernés, à assortir une telle obligation d'autorisation de certaines conditions, voire à interdire, provisoirement ou définitivement, la commercialisation d'un ou de certains produits ».

[614] TCEE, art. 100.

[615] AUE, art. 100A, devenu, TCE, art. 95 § 1. Le Conseil n'arrête plus des « directives », mais des « mesures » relatives au rapprochement des législations.

[616] TFUE, art. 114 § 1.

Conseil d'intervenir par la procédure législative spéciale demeure[617], mais il s'agit davantage d'un « vestige d'un passé révolu[618] ».

165. La mise en œuvre de la technique de rapprochement des législations suppose d'identifier une disparité existante ou vraisemblable entre États[619] et s'oppose donc à la suppression de mesures motivées par la simple constatation d' « un risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence[620] ». Il ne s'agit pas d'un outil visant à supprimer toutes mesures législatives, règlementaires et administratives qui diffèrent entre les États membres, d'autant qu'une telle diversité est inhérente aux rapports entre l'Union et les États membres (ainsi qu'en atteste typiquement le recours à la directive). L'article 114 TFUE n'a ainsi pas pour but de corriger « la simple constatation de disparités entre les règlementations nationales[621] ». Ces disparités doivent avoir un effet sensible sur le fonctionnement du marché intérieur pour que l'intervention du législateur se justifie[622]. À défaut, « la compétence du législateur n'aurait pratiquement pas de limites », ce qui serait contraire au principe des compétences d'attribution. Signe de l'originalité de l'article 114 TFUE, le législateur peut autant prendre des mesures pour supprimer les obstacles aux échanges que déterminer des règles identiques relatives aux entraves. Tel est le cas de la directive tabac de 2014 qui interdit que l'étiquetage du paquet de cigarettes fasse la

---

[617] TFUE, art. 115 : si le un consensus unanime se dégage en son sein, le Conseil peut intervenir par la procédure législative spéciale en soumettant alors le Parlement européen à un rôle consultatif.

[618] MATTERA (A.), « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnanssace mutuelle », *R.D.U.E.*, n°4, 2010, pp. 679 et s.

[619] CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne contre Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.* p. I-8419, pt. 86. Not. GOSALBO BONO (R.), *R.T.D. eur.*, n°4, 14 décembre 2001, p. 785 et s. La Cour de justice en donne un exemple : « S'agissant, par exemple, des revues, magazines et journaux qui contiennent de la publicité des produits du tabac, il est vrai que, comme la requérante l'a démontré, aucune entrave n'existe à l'heure actuelle à l'importation de tels produits de la presse dans les États membres qui interdisent cette publicité. Toutefois, compte tenu de l'évolution des législations nationales dans un sens toujours plus restrictif quant à la publicité des produits du tabac, qui correspond à la conviction que cette publicité entraîne une augmentation sensible de la consommation du tabac, il est vraisemblable que des obstacles à la libre circulation des produits de la presse surgiront dans l'avenir » (pt. 97).

[620] *Ibid.*, pt. 84.

[621] *Ibid.*

[622] CJUE, 3 septembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami c. Commission*, aff. C-398/13 P, EU:C:2015:535, pt. 26: "Les mesures visées à l'article 95 [114 TFUE], paragraphe 1, CE doivent effectivement avoir pour objet d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur. Si la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales et du risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence n'est pas suffisante pour justifier le choix de l'article 95 CE comme base juridique, le législateur de l'Union peut y recourir notamment en cas de divergences entre les réglementations nationales lorsque celles-ci sont de nature à entraver les libertés fondamentales et à avoir ainsi une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ou à créer des distorsions de concurrence sensibles. Le recours à cette disposition est également possible en vue de prévenir l'apparition de tels obstacles aux échanges résultant de l'évolution hétérogène des législations nationales. Toutefois, leur apparition doit être vraisemblable et la mesure en cause doit avoir pour objet leur prévention".

promotion du tabac[623]. Cette originalité, alliée à l'absence de domaine de rattachement unique de l'obligation de service public, ont facilité la multiplication des textes en assurant la promotion et l'encadrement.

2. La multiplication des usages de l'article 114 TFUE relatifs à l'obligation de service public

166. Le règlement 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable a pour objet « l'élimination des disparités qui se manifestent par l'imposition aux entreprises de transport par les États membres d'obligations inhérentes à la notion de service public et qui sont de nature à fausser substantiellement les conditions de concurrence[624] ». Par analogie, le recours à l'article 114 TFUE peut se justifier autant pour supprimer les obligations de service public que, de manière plus intéressante, pour uniformiser le cadre juridique permettant d'y recourir. Le procédé de l'harmonisation (plutôt que la coordination et l'unification) propose un choix équilibré au législateur : il peut déterminer un ensemble de règles applicables à un secteur tout en préservant le pouvoir des États membres dans l'utilisation des entreprises à des fins de politique économique et sociale par le procédé de l'obligation de service public. Cette méthode s'observe dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie. La détermination de règles d'accès à la production d'électricité s'est accompagnée de références et de renforcement du pouvoir des États dans la détermination des obligations de service public[625].

167. L'article 114 TFUE se révèle un formidable outil d'harmonisation de tout un secteur compte tenu de sa transversalité. Outre qu'elle a offert à l'Union européenne des interventions sur des sujets ne faisant pas l'objet d'une politique – et donc d'un ou plusieurs objectifs clairement identifiés dans certains secteurs –, cette base juridique peut classiquement être mobilisée pour réaliser une multitude d'objectifs accessoires à celui de la

[623] Dir. 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente de produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, *J.O.U.E.* n° L 127 du 29 avril 2014, pp. 1-38, art. 13 § 1.

[624] Règlement (CEE) 1191/69, préc. *cons.* 1.

[625] Dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55-93.

réalisation du marché intérieur[626]. Le contentieux des bases juridiques a en effet depuis de nombreuse années maintenant renforcé la possibilité pour le législateur d'adopter des règles relatives aux libertés de circulation s'accompagnant de mesures plus ponctuelles touchant des objectifs compris dans d'autres politiques. Par exemple, la détermination des règles relatives à la fourniture du service universel des communications électroniques par la directive 2002/22/CE s'accompagne de mesures relatives à la protection du consommateur telles que les obligations pesant sur le changement d'opérateur ou sur la présence de certaines clauses contractuelles[627]. L'article 114 TFUE illustre alors l'insertion dans un même texte des règles d'accès au service universel tout en intervenant au soutien de la politique de protection du consommateur[628]. Il se manifeste en conséquence comme un formidable outil consensuel utilisé pour la réalisation de plusieurs objectifs prévus par les traités.

168. Tout en illustrant la porosité des domaines des traités (et donc des catégories juridiques)[629], il s'est progressivement imposé comme la base juridique à l'origine de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau et de la multiplication des références à l'obligation de service public. L'article 114 TFUE s'est révélé essentiel pour faciliter le débordement de l'obligation de service public au-delà de la politique des transports et de la politique de concurrence. Les télécommunications, les communications électroniques, le gaz, l'électricité, les postes, la distribution en gros de médicaments, et plus récemment des activités d'intérêt général entrant dans le champ de la directive services sont autant de secteurs pour lesquels le droit de l'Union use et façonne l'obligation de service public par le recours à l'article 114 TFUE.

---

[626] EHLERMANN (C.), « Compétition entre systèmes réglementaires », *R.M.C.U.E.*, n°387, 10 avril 1995, pp. 220 et s.

[627] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, pp. 51-77, Annexe II.

[628] TFUE, art. 169.

[629] MICHEL (V.), « Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité », in *L'identité du Droit de l'Union, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015 , pp. 231-246 ; voy sur un autre sujet que le marché intérieur, Concl. A.G. BOT (Y.), 30 janvier 2014, *Parlement contre Conseil*, aff. C-658/11, EU:C:2014:41, pt. 118.

§2. L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC FAÇONNÉE PAR LE POUVOIR DE SURVEILLANCE DE LA COMMISSION

169. La Commission dispose d'un pouvoir de surveillance de la bonne application du droit de l'Union par les institutions de l'Union, les États membres, et les personnes physiques et morales[630], ce qui en fait « la gardienne des traités[631] ». Elle détient à ce titre une multitude de pouvoirs allant notamment de la demande de communications de documents, de pouvoirs d'investigation, d'adoption de recommandations, de sanctions. Si cette mission est répressive[632], la Commission en use également pour accompagner les États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Ses interventions portant sur les SIEG, et plus généralement sur l'ouverture à la concurrence des activité de réseau à travers l'article 106 § 3 TFUE **(A)**, en constituent l'une des manifestations **(B)**.

A. LA reconnaissance d'un pouvoir de surveillance étendu

170. L'interdiction pour les États de maintenir des droits spéciaux ou exclusifs (106 § 1 TFUE) et la soumission des entreprises chargées d'un SIEG aux règles de la concurrence (106 § 2 TFUE) s'effectuent sous la surveillance de la Commission. À ce titre et aux termes de l'article 106 § 3 TFUE, elle prend des décisions et directives lui permettant d'intervenir de manière répressive mais également de manière préventive **(1)**. La portée de l'article 106 § 3 TFUE a dans ce contexte conduit à s'interroger sur les obligations pesant sur la Commission et son rôle dans l'élargissement du champ de l'obligation de service public **(2)**.

1. La consécration d'un pouvoir répressif et préventif dans le cadre de l'article 106 § 3 TFUE

171. À bien des égards, la Commission européenne a contribué à délimiter le champ de l'obligation de service public et les pouvoirs dont disposent à ce titre les institutions européennes. Les décisions prises par la Commission sur la légalité des droits spéciaux ou

---

[630] TUE, art. 17 § 1.

[631] Cette expression a été utilisée par le Conseil et le Parlement avant d'être reprise par la Cour de justice, voy. respectivement CJCE, *Roquette*, préc.., et CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg contre Parlement européen*, aff. 230/81, *Rec.* p. 258, CJCE, 18 juin 1998, *Commission contre Italie*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-3851, pt. 26.

[632] Pour un exemple en matière de concurrence, voy. TFUE, art. 105 relatif à l'adoption d'une amende ou d'une astreinte, voy. BERNARDEAU (L.), CHRISTIENNE (J.-Ph.), *Les amendes en droit de la concurrence*, Coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2013.

exclusifs et sur les dérogations accordées aux entreprises chargées d'un SIEG sont fondées sur l'article 106 § 3 TFUE aux termes duquel « 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 ». L'usage de l'expression « veille à l'application » que l'on retrouve plus largement à l'article 17 § 1 TUE fait de cet article une manifestation sectorielle du pouvoir de surveillance de la Commission[633].

172. Le pouvoir d'adopter des décisions et des directives, atypique dans le TFUE en particulier pour ces dernières, a généré un contentieux devant la Cour de justice, laquelle a jugé que « la Commission [a] le pouvoir de constater par une décision qu'une mesure étatique déterminée est incompatible avec les règles du traité et d'indiquer les mesures que l'État destinataire doit adopter pour se conformer aux obligations découlant du droit communautaire[634] ». Plus précisément pour reprendre les conclusions de l'Avocat général RESICHL dans l'affaire *France contre Commission*, l'actuel 106 § 3 TFUE donne à la Commission « la mission d'agir non seulement en réaction, mais aussi de manière prophylactique, pour empêcher des violations du traité […] à caractère général et abstrait[635] ». La Commission assure alors dans ce cadre une mission de surveillance se matérialisant tant par un versant répressif que par un versant préventif[636], dont la mise en œuvre a nécessité d'en clarifier les rapports avec les pouvoirs législatifs du Parlement et du Conseil.

173. La portée de l'article 106 § 3 TFUE a en effet conduit l'Avocat général TESAURO dans une autre affaire *France contre Commission* à inciter la Cour de justice à clarifier les compétences de la Commission, en particulier sur le versant préventif[637]. L'affaire a porté sur la validité de la directive 88/301/CEE visant à supprimer les droits exclusifs ou spéciaux dans les marchés de terminaux de télécommunication[638]. L'affaire est à l'origine d'une controverse sur le cadre opératoire de l'article 106 § 3 TFUE. Si dans ses conclusions

---

[633] Concl. A.G. REISCHL (G.), 20 mars 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 433. CJCE, 20 mars 1985, *Italie contre Commission*, aff. 41/83, *Rec.* p. 880, pt. 30.

[634] TPICE, 8 juillet 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV contre Commission européenne*, aff. T-266/97, *Rec.* p. II-2329, pt. 34.

[635] Concl. A.G. RESICHL (G.), 4 mai 1982, *France contre Commission*, aff. 188 à 190/80, *Rec.* p. 2583.

[636] CJCE, 6 juillet 1982, *Italie contre Commission*, aff. 188 à 190/80, *Rec.* p. 2547, pt. 13.

[637] Concl. A.G. TESAURO (G.), 13 février 1990, *France contre Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-1239, pt. 1 ; PAIS ANTUNES (L.-M.), « L'article 90 du Traité CEE », *R.T.D. eur.*, n°2, 14 juin 1991, pp. 187-210.

[638] Dir. 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L. 131 du 27 mai 1988, pp. 73-77.

l'avocat général reconnait à la Commission un pouvoir normatif lui permettant de contribuer à mettre en œuvre son pouvoir de surveillance, il lui dénie la possibilité de l'utiliser en vue « d'éliminer les préalables mêmes de l'accomplissement de ce devoir[639] ». Il considère que la Commission ne peut pas user de la directive, instrument d'ordre général, pour réprimer des comportements contraires au droit de l'Union et conclut dès lors à un détournement de procédure[640] malgré la référence à cet instrument dans la lettre de l'article 106 § 3 TFUE[641]. Non suivie par la Cour de justice, laquelle a jugé que la directive a été utilisée pour préciser les obligations pesant sur les États membres[642], la distinction entre les pouvoirs du législateur et les pouvoirs de la Commission reste *in fine* évitée du contentieux de cette disposition.

174. Dans plusieurs arrêts ultérieurs[643], la Cour de justice a confirmé sa position et a jugé que la Commission dispose « dans l'exercice de son pouvoir normatif, qui lui est conféré par l'article 90, paragraphe 3 du traité [actuel 106 § 3 TFUE], d'édicter des règles générales précisant les obligations résultant du traité[644] […] ». Elle rejette définitivement la position selon laquelle l'article 106 § 3 TFUE limite le pouvoir de la Commission « à la simple surveillance de l'application des règles communautaires déjà existantes[645] » et lui donne la possibilité de réprimer une situation, de se doter d'outils visant à faciliter les contrôles, de prévenir des situations contraires au traité en façonnant un secteur donné[646]. On en conclut

---

[639] *Ibid*., pt. 51.

[640] *Ibid*., pts. 32. Il réitère son propos avec plus de précision au point 39 relatif à l'exigence de motivation de la Commission.

[641] Le malaise sur la portée de cet article est d'ailleurs patent puisque de son aveu, l'avocat général ne parvient pas à situer l'article 106 § 3 TFUE au regard des autres procédures des traités, pts. 30-32.

[642] CJCE, 19 mars 1991, *France contre Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-125, pts. 16-18. Not. COMBREXELLE (J.-D.), HONORAT (E.), SOULARD (C.), *A.J.D.A.*, n°4, 20 avril 1993, pp. 247 et s. ; NEDJAR (D.), « Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques », *R.F.D.A.*, n°2, 10 mars 1992, pp. 291 et s ; On comprend alors la position de la Cour de justice selon laquelle les termes « directives » et « décisions » de l'article 106 § 3 TFUE renvoient « à la catégorie générale des directives et décisions prévues à l'article 189[642] [actuel 288 TFUE relatif à la typologie des instruments juridiques de l'Union] », CJCE, 30 juin 1988, *Commission contre Grèce*, aff. 226/87, *Rec.* p. 3620, pt. 11.

[643] CJCE, 17 novembre 1992, *Espagne, Belgique et Italie contre Commission*, aff. C-271, 281, 289/90, *Rec.* p. I-5833, pt. 12.

[644] CJCE, 27 octobre 1993, *Corbeau*, aff. C-49/90 et C-93/91, *Rec.* p. I-5320, pt. 36.

[645] CJCE, *Espagne, Belgique et Italie contre Commission*, préc., pt. 12.

[646] À cet égard, la décision apparaît davantage rattachée au pouvoir répressif de la Commission tandis que la directive à son pouvoir normatif, BRACQ (S.), « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? », *R.T.D. eur.*, n°3, 14 novembre 2011, pp. 517 et s. Pourtant, la Commission a ainsi eu recours à la décision pour préciser les obligations des États membres portant sur le financement des SIEG dans le cadre des paquets *Monti-Kroes* et *Almunia* Par exemple, Déc., 2005/842/CE, du 28 novembre 2005, de la Commission concernant l'application de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° L 312 du 29 novembre 2005, pp. 67-73, ; Déc., 2012/21/UE, du 20 décembre 2011, de la Commission relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le

que la Commission peut déterminer les règles relatives à l'abolition et l'aménagement des droits spéciaux ou exclusifs dans des secteurs tels que ceux en réseau. Or, cet encadrement est intrinsèquement lié à la place des obligations de service public en droit de l'union européenne puisque de tels droits interviennent essentiellement au soutien de leur mise en œuvre. Une telle lecture, non modifiée à ce jour, conduit alors à octroyer à la Commission un pouvoir dont les bornes sont peu explicites par rapport au Parlement et au Conseil.

2. L'absence d'obligation d'agir pesant sur la Commission

175. La reconnaissance d'un pouvoir de surveillance au profit de la Commission a dans plusieurs contentieux datant de la fin des années quatre-vingt-dix posé la question des obligations pesant sur elle, dans la mesure où l'article 106 § 3 TFUE dispose que la Commission « adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ». À cette fin, le recours à l'hypothèse a été plusieurs fois utilisé dans la jurisprudence[647], attestant d'une volonté du juge d'avoir pleinement recours à une approche juridictionnelle en anticipant les interrogations portant par cette disposition[648].

176. Plus précisément, c'est l'ouverture du recours en carence contre la Commission qu'a posé la lecture de l'article 106 § 3 TFUE[649]. La carence implique qu'une institution s'abstienne de statuer en ne prenant pas un règlement, une directive, ou une décision[650]. Elle

---

fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° L 7 du 11 janvier 2012, pp. 3-10. Un tel usage n'est pas surprenant et illustre la position précitée de la Cour de justice dès lors que l'article 288 TFUE effectue une distinction entre la décision en tant qu'instrument d'ordre général (utilisation à des fins normatives) et en tant qu'instrument visant un ou plusieurs États membres (utilisation à des fins répressives)

[647] TPICE, 27 octobre 1994, *Ladbroke contre Commission*, aff. T-32/93, *Rec.* p. II-1018, pt. 40 ; TPICE, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH contre Commission*, préc. Not. ARHEL (P.), « Activités des juridictions communautaires en droit de la concurrence (janvier-février 2002), *L.P.A.*, n° 71, 9 avril 2002, pp. 9 et s. « Par ailleurs et à supposer même que la Commission ait été tenue d'adopter à l'égard de la République française un acte au titre de l'article 90, paragraphe 3, du traité, cet acte ne serait adressé qu'à cet État membre ».

[648] BERTRAND (B.), « La Cour de justice et l'hypothèse », *C.D.E.*, n°2, 2013, pp. 445 et s. Le recours à l'hypothèse s'observe par la formule « à supposer que » signifiant que le juge adopte une lecture qui dépasse les faits de l'affaire pour déterminer l'interprétation de la règle à des faits autres. L'objectif est ici d'anticiper les questions futures qui peuvent se présenter et d'y répondre. Le juge de l'Union se situe ici dans sa mission d'interprétation du droit de l'Union, et au demeurant participe à éviter un engorgement des affaires devant la Cour de justice.

[649] Sur le recours en carence, voy. CAZET (S.), *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012.

[650] TFUE, art. 265 ; CJUE, 23 novembre 2017, *Bionorica contre Commission*, aff. C-596/15 P et C-597/15 P, pt. 52: « L'article 265 TFUE vise la carence par l'abstention de statuer ou de prendre position. À cet égard, le recours en carence peut être formé non seulement contre l'omission d'adopter un acte produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci, mais également contre l'omission d'adopter un acte préparatoire, s'il constitue

nécessite d'identifier une obligation d'agir ; la recevabilité du recours étant en outre subordonnée à l'absence de prise de position d'une institution consécutivement à une mise en demeure. En matière de concurrence, si la Commission a l'obligation de répondre à une plainte formée devant elle, tel n'est pas le cas pour l'opportunité d'engager des poursuites dont l'appréciation lui revient[651]. Par analogie avec l'article 106 § 3 TFUE, la Commission a l'obligation de répondre à une plainte formée devant elle contestant les dérogations accordées à une entreprise chargée d'un SIEG. La question de savoir si elle a l'obligation de prendre une décision s'est révélée plus délicate, d'autant plus qu'une telle décision peut dépasser le seul champ du droit de la concurrence. Après avoir affirmé dans l'affaire *Ladbroke contre Commission* que la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de concurrence, d'autant plus important sous l'angle de l'article 106 § 3 TFUE que les États membres disposent tout autant d'un large pouvoir d'appréciation en matière de SIEG[652], le Tribunal a jugé qu' « il revient à cette dernière d'apprécier, au vu des formes diverses des entreprises publiques dans les différents États membres et de la diversité de la complexité de leurs relations avec les pouvoirs […] s'il convient d'intervenir non pas par voie de décisions adressées à un ou plusieurs États membres, mais par la voie de directives[653] ». Cette lecture n'est pas spécifique à l'article 106 § 3 TFUE dès lors en effet que le juge rejette systématiquement la carence lorsque l'institution européenne dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

177. La position de la Cour de justice vis-à-vis du recours en carence a connu quelques vicissitudes. Sur le fondement du droit à un recours juridictionnel effectif, elle a admis dans l'affaire *Bundesverband der Bilanzbuchhalter* « qu'il puisse exister des situations exceptionnelles où un particulier ou, éventuellement, une association constituée pour la défense des intérêts collectifs d'une catégorie de justiciables a la qualité pour agir en justice contre un refus de la Commission d'adopter une décision dans le cadre de sa mission de surveillance prévue à l'article 90, paragraphes 1 et 3 [actuels article 106 § 1 et 2 TFUE][654] ».

---

le préalable nécessaire au déroulement d'une procédure devant déboucher sur un acte produisant des effets juridiques obligatoires ».

[651] TPICE, 9 septembre 1999, *UPS Europe SA*, aff. T-127/98, *Rec.* p. II-2633. CAZET (S.), *Le recours en carence en droit de l'Union*, op. cit., pp. 193 et s.

[652] CJCE, 27 octobre 1994, *Ladbroke contre Commission*, préc., pt. 37.

[653] *Ibid*., pt. 44. Une telle position a été réaffirmée dans l'affaire TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV contre Commission*, aff. T-111/96, *Rec.* p. II-2941, pt. 97 ;

[654] CJCE, 20 février 1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter e.a. contre* Commission, aff. C-107/95 P, *Rec.* p. I-947, pt. 25. Dans cette affaire néanmoins, la situation exceptionnelle n'a pas été reconnue dans la mesure où la requête a visé à contraindre indirectement un État membre à prendre un acte de portée générale

Cependant, dans l'affaire *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH contre Commission,* elle a de nouveau modifié sa position en jugeant que le refus de donner suite à une plainte n'ouvre pas de droit à contestation dans la mesure où l'acte de refus ne créé pas des effets juridiques[655], fermant ainsi le recours en carence fondé sur 106 § 3 TFUE[656].

178. L'absence d'ouverture du recours en carence contre l'inaction de la Commission participe à expliquer le *statut quo* dont l'obligation de service public a fait l'objet pendant de nombreuses décennies, fermant ainsi un peu plus les opportunités de mieux identifier les pouvoirs de la Commission dans le cadre de l'article 106 § 3 TFUE, en particulier au regard du Conseil et du Parlement européen, non d'ailleurs sans générer certaines frictions sur les services d'intérêt économique général dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau.

B. L'usage du pouvoir de surveillance au soutien des États membres

179. La Commission a utilisé son pouvoir de surveillance pour ouvrir à la concurrence le secteur des télécommunications. La légitimité de son intervention a généré de nombreuses réserves de la part des États membres, du Conseil et du Parlement. C'est pourquoi la Commission s'est finalement résolue à cantonner la mise en œuvre de son pouvoir de surveillance dans son versant préventif **(1)**, qu'elle use désormais uniquement pour accompagner les États dans le financement des SIEG et non plus pour ouvrir un secteur à la concurrence **(2)**.

1. Le cantonnement volontaire par la Commission de son pouvoir de surveillance

180. L'ouverture à la concurrence des télécommunications s'est révélé un formidable loaboratoire d'analyse des rapports entre la Commission et les autres institutions européennes. Dans l'arrêt *France contre Commission,* la Cour de justice a jugé que « l'objet

---

suite à une décision de la Commission prise sur le fondement de l'actuel 106 § 3 TFUE (pt. 28). Une telle notion a suscité quelques réserves en ce que son application dans l'affaire *TF1 contre Commission* a laissé penser à un rapprochement avec la notion d'acte individuellement concerné, voy. TPICE, 3 juin 1999, *TF1 contre Commission*, aff. T-17/96, *Rec.* p. II-1761, pt. 46 et BELORGEY (J.-M.), GERVASONI (S.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, n°20, 30 mai 2005, pp. 1108 et s. ; CHAVRIER (H.), HONORAT (E.), DE BERGUES (G.), *A.J.D.A.*, n°10, 20 octobre 1997, pp. 772 et s.

[655] CJCE, 22 février 2005, *Commission contre T-Mobile Austria GmbH*, aff. C-141/02 P, *Rec.* p. I-1316, pt. 70.

[656] C'est une jurisprudence qui a depuis été confirmée, voy. ; Trib., ord., 23 septembre 2011, *Vivendi contre Commission*, aff. T-568/10, *Rec.* p. II-319 ; Trib., ord., 24 juin 2016, *Onix Asigurări SA contre Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles*, aff. T-590/15, EU:T:2016:374.

de la compétence conférée à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, est différent est plus spécifique que celui des compétences attribuées au Conseil par l'article 100 A [actuel 114 TFUE], d'une part, et par l'article 87 [actuel 107 TFUE], d'autre part[657] ». Cette position n'a en doctrine pas emporté la conviction[658] dès lors, en effet, que la seule mention de cette spécificité ne suffit pas à appréhender en pratique les pouvoirs de la Commission. Par exemple, en tant que règle de renvoi et de dérogation aux règles des traités, la mise en œuvre de l'article 106 § 3 TFUE est conditionnée par l'exercice des compétences dans les domaines du droit matériel. Dès lors que l'article 106 § 2 TFUE n'est plus invocable lorsqu'un acte de droit dérivé procède à une harmonisation totale[659], il en est en toute logique de même pour l'article 106 § 3 TFUE. Une zone d'ombre demeure cependant dans l'hypothèse où la Commission souhaiterait user de l'article de 106 § 3 dans une situation régie partiellement par un acte de droit dérivé. Pourrait-elle prendre une décision ou une directive destinée à suppléer ou compléter l'acte ? On imagine aisément les frictions qu'une telle action pourrait générer.

181. C'est en définitive le secteur des télécommunications qui a permis de mettre fin aux tensions générées par la portée de l'article 106 § 3 TFUE. Ainsi que l'a observé le Professeur et juge NIHOUL en effet, « deux institutions, ou groupes d'institutions, régulaient les mêmes problématiques, dans le même secteur, au moyen de règles parallèles ! Une telle situation devait conduire à des contradictions avec, pour conséquence, la difficile question de déterminer quelle directive devrait se voir accorder une primauté[660] ». Plusieurs directives d'exécution ont été prises par la Commission dans le champ des télécommunications, allant de l'harmonisation technique des équipements, leur interopérabilité, la délimitation des différents marchés, la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, la

---

[657] CJCE, *France contre Commission*, préc., pt. 25.

[658] LE MIRE (P.), « Modalités d'exercice de la compétence de la Commission des Communautés européennes », *A.J.D.A.*, n° 7-8, 20 juillet 1991, pp. 538 et s. L'auteur souligne que la Cour se montre particulièrement laconique par le renvoi de l'actuel 106 § 3 TFUE à une *lex specialis* sans en préciser ses relations avec les autres dispositions des traités.

[659] CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie e.a.*, aff. C-17/03, *Rec.* p. I-5016, pts. 57 à 63 et 89-90. Not. Not. IDOT (L.), « Exécution de contrats antérieurs en cours et accès au réseau électrique », *Europe*, n°8-9, août 2005, comm. 292 ; VEROT (C.), « L'utilisation non discriminatoire des interconnexions s'applique aux contrats en cours », *R.J.E.P.*, n°645, août 2007, comm. 8. C'est une position qui a été mise en avant par le Pr. CHÉROT dans les années 1990, voy. CHÉROT (J.-Y.), « L'article 90, paragraphe 2, du Traité CE après les arrêts de la Cour de justice des communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité », *R.F.D.A.*, n°1, 9 février 1998, pp. 135 et s.

[660] NIHOUL (P.), « Les relations entre libéralisation et protection des consommateurs. Une analyse fondée sur l'étude du cadre règlementaire relatif aux communications électroniques dans la Communauté européenne », *R.E.D.C.*, n° 2, 2009, pp. 439-467,

suppression et le maintien des droits exclusifs ou spéciaux, la détermination d'un service universel (dans une version peu élaborée)[661]. Elles montrent que la portée du pouvoir de surveillance de la Commission est considérable dès lors qu'il lui permet au sein d'un secteur comprenant des droits spéciaux ou exclusifs d'intervenir sur l'accès aux biens et services, d'identifier les activités pour lesquelles des droits spéciaux ou exclusifs sont justifiés par réalisation d'obligations de service public. Un comparatif avec l'usage de l'article 114 TFUE montre que de nombreux textes pris par le Parlement et le Conseil portent sur les mêmes objets[662]. Or, les actes de la Commission n'entrent pas dans la typologie des actes législatifs et non législatifs car elle n'intervient ici ni en tant que législateur, ni en tant qu'exécutif, mais en tant qu'organe de surveillance de la bonne application du droit de l'Union. Et si une partie de la doctrine a supposé que les interventions de la Commission pourraient se rattacher à la catégorie des actes non législatifs[663], l'article 106 § 3 est davantage le signe que la typologie des actes est perfectible[664].

182. Craignant que la Commission libéralise les marchés postaux en évitant de consulter le Parlement européen et les partenaires sociaux[665], la mise en œuvre de l'article 106 § 3 TFUE a suscité plusieurs questions écrites des députés VERBEEK (V) et MOTOTOLA (PPE)

---

[661] Dir. 88/301/CEE, préc. ; Dir. 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, pp. 10-16 ; Dir. 94/46/CEE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellites, *J.O.U.E.* n° L 268 du 19 octobre 1994, pp. 15-21 ; Dir. 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *J.O.U.E.* n° L 256 du 26 octobre 1995, pp. 49-54 ; Dir. 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, *J.O.U.E.* n° L 20 du 26 janvier 1996, pp. 59-66 ; Dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 74 du 22 mars 1996, pp. 13-24.

[662] Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* n° L 376 du 27 décembre 2006, pp. 36-68 ; Règlement 648/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels, *J.O.U.E.* n° L 201 du 27 juillet 2012, pp. 1-59 ; Règlement (UE) 528/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, *J.O.U.E.* n° L 167 du 27 juin 2012, pp. 1-123 ;

[663] BRACQ (S.), « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? », art. cit.

[664] La typologie des actes législatifs et non législatifs obéit à une réflexion sous l'angle d'un critère organique (Conseil et/ou Parlement) et d'un critère procédural (procédure législative ordinaire/spéciale) qui font ici défaut. Inversement en France, la distinction pouvoir législatif et exécutif obéit à une distinction sous un angle organique, procédural, et matériel. Une loi a ainsi cette qualité par renvoi à la procédure législative dirigée par le Parlement sur un des champs matériels prévu à l'article 34 de la Constitution.

[665] Questions écrites à la Commission des Communautés européennes, n°2142/91 de M. Herman VERBEEK (V) (26 septembre 1991), et n_2185/91 de M. Giuseppe MOTTOLA (PPE) (4 octobre 2991), *J.O.C.E.* n° C 162 du 29 juin 1992.

en 1991. Après avoir répondu que « Ces mesures [libéralisation des marchés postaux] pourraient être mises en œuvre par le biais de directives communautaires fondées sur les articles 100 ou 100A du Traité CEE [actuel 114 TFUE] pour ce qui est des aspects généraux de l'harmonisation et sur l'article 90(3) du Traité [actuel 106 § 3 TFUE] pour ce qui est des aspects concurrentiels[666] », la Commission a cependant indiqué « qu'elle ne peut se soustraire à la tâche qui lui est attribuée par l'article 90(3) du Traité de prendre, en tant que de besoin, des décisions à l'égard des États membres qui adopteraient ou maintiendraient en vigueur des mesures contraires aux règles du Traité CEE, notamment en matière de concurrence[667] ». Par cette réponse, la Commission a mis un terme à son projet d'user de l'article 106 § 3 TFUE pour ouvrir un secteur à la concurrence ainsi qu'en atteste les travaux préparatoires des directives énergie[668]. La réserve dont fait preuve la Commission a reçu des échos positifs. La mise en place d'un SIEG est une décision d'ordre politique portant sur les garanties qu'un État entend donner à sa population. Il semble difficile d'imaginer que le Parlement et le Conseil puissent être exclus des discussions y afférentes. Une telle attitude n'est pas spécifique aux SIEG et s'est également observée à propos du traité CETA. La Commission a souhaité faire du traité un accord mixte nécessitant tant la ratification par l'Union européenne que par les États membres afin d'apaiser les réactions de certains États[669]. Dans le cadre des SIEG, une partie de la doctrine a également avancé qu'il « semble préférable, du point de vue de l'équilibre institutionnel et démocratique, qu'il revienne au Parlement européen et au Conseil de s'atteler à l'œuvre normative en ce domaine[670] ». Une telle lecture est séduisante, mais elle se fonde sur une appréhension du principe de l'équilibre institutionnel qui n'est pas celle retenue par les traités. Ce principe a en effet pour fonction

---

[666] Réponse Commune aux questions écrites n°2142/91 et 2185/91 donnée par Sir Leon BRITTAN au nom de la Commission, 7 février 1992, *J.O.C.E.* n° C 162 du 29 juin 1992., pp. 13 et 14.

[667] *Ibid.*

[668] Envisagé à l'origine dans le cadre de l'actuel 106 § 3 TFUE, les directives ont finalement été prises sur le fondement de l'article 1114 TFUE, JAN SLOT (P.), « Energy and Competition », *C.M.L. Rev.*, 1994, pp. 511-547.

[669] SIMON (D.), « Relations UE/CANADA : zone de turbulences ? », *Europe*, N°11, Novembre 2016, repère 10. l'auteur a souligné que la Cour recadrerait surement cette pratique dans le cadre de son avis 2/15 sur l'accord entre l'UE et Singapour, ce qui s'est effectivement produit, CJUE, 16 mai 2017, avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, avis 2/15, EU:C:2017:376. SIMON (D.), « L'avis 2/15 sur l'accord de libre-échange entre l'Union et le Singapour : un apport majeur pour les modalités de conclusions des accords ultérieurs « de nouvelle génération » (CETA, TAFTA, nouveau « partenariat » avec le Royaume-Uni) », *Europe*, n°7, juillet 2017, Étude 7.

[670] RODRIGUES (S.), « Les services d'intérêt (économique) général et le Traité de Lisbonne. Ou comment assumer pour l'Union européenne et les États membres une responsabilité commune à l'égard des consommateurs », *R.E.D.C.*, n° 3/4, 2010, pp. 679-697, *spéc.* p. 686. Voy. également pour une position similaire BRACQ (S.), « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? », art. cit.

« de préserver la répartition des compétences entre les institutions de l'Union et au-delà à conforter l'architecture institutionnelle conçue par les pères fondateurs[671] ». Il vise au maintien de l'équilibre tel qu'il est posé par les traités et non la définition d'un équilibre idéal et abstrait[672]. Or dans le cadre de l'article 106 § 3 TFUE, la Cour de justice a reconnu à la Commission le pouvoir de prendre des mesures ouvrant à la concurrence un secteur qui se révèlent très proches de certaines directives adoptées par le Parlement et le Conseil et portant sur le même objet. Il n'y avait en conséquence pas de la part de la Commission une violation de la répartition des compétences prévue par le TFUE lorsqu'elle a adopté plusieurs directives dans le secteur des télécommunications la conduisant notamment à s'immiscer sur la question sensible du service universel et donc des obligations de service public.

183. En définitive, le cantonnement par la Commission de son pouvoir de surveillance se présente probablement, sur la question des services publics, comme une œuvre plus respectueuse des principes démocratiques. Son contexte présente également l'avantage d'avoir forcé le Parlement et le Conseil à ne plus éviter la traiter de la place des services publics en droit de l'Union, au risque d'abandonner des questions essentielles à la seule appréciation de la Commission européenne. Ces vicissitudes sur la portée de l'article 106 § 3 TFUE peuvent dès lors paraître aux premiers abords éloignées de l'obligation de service public. En réalité pourtant, ces controverses sur le droit institutionnel de l'Union ont directement participé à favoriser la multiplication de ses références au sein des actes législatifs qui se sont succédés à travers l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau. Cela ne signifie en revanche nullement que la Commission ait abandonné tout usage de l'article 106 § 3 TFUE à des fins préventifs.

---

[671] BLUMANN (Cl.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 212-218 ; LE BOT (F.), *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, Paris, Université Paris II, thèse dactyl., 2012. Pour une application récente, CJUE, 25 octobre 2017, *Commission contre Conseil*, aff. C-687/15, EU:C:2017:803, pts. 36 à 59 : l'affaire porte sur des conclusions prises par le Conseil à l'occasion de la conférence mondiale des radiocommunications de l'Union internationale des télécommunications. La Cour a jugé que l'adoption de conclusions alors que l'article 218 § 9 TFUE prévoit l'adoption d'une décision prise sur proposition de la Commission porte atteinte à ce principe.

[672] CONSTANTINESCO (V.), « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2007, pp. 481-490, spéc., p. 484.

2. L'affirmation d'une fonction d'accompagnement du pouvoir de surveillance de la Commission

184. Il résulte de la contextualisation de l'article 106 § 3 TFUE que la Commission utilise son pouvoir de surveillance pour prendre des décisions par lesquelles elle autorise, interdit, sanctionne l'usage de dérogations aux règles des traités pour les entreprises chargées d'un SIEG. Cette manifestation du pouvoir de surveillance de la Commission est ici classique en droit de la concurrence ainsi qu'en témoignent les décisions en matière d'entente, d'abus de position dominante, de contrôle des concentration ou encore d'aides d'État.

185. De manière tout à fait originale, la Commission use également l'article 106 § 3 TFUE, non à des fins répressives, mais pour « codifier » des solutions jurisprudentielles et en amplifier la portée. En attestent les paquets de textes pris respectivement en 2005 (paquet *Monti-Kroes*) et 2012 (paquet *Almunia-Barnier*) qui ont suivi l'arrêt *Altmark*, sur lequel nous reviendrons, et comprenant des décisions et des communications relatives aux interactions entre aides d'État et compensations de service public[673], les lignes directrices sur le financement des réseaux à haut débit[674] et encore la communication portant sur le financement des services publics de radiodiffusion[675]. Ces différentes décisions et actes atypiques présentent tous la particularité de chercher, avec une pédagogie plus ou moins réussie, à aider les États à appréhender le droit des aides d'État lorsqu'ils financent des obligations de service public. L'abandon progressif par la Commission des compétences qu'elle dispose au titre de l'article 106 § 3 TFUE a en conséquence participé à redessiner son rôle dans l'encadrement de l'obligation de service public, laquelle s'est révélé alors un prisme intéressant d'analyse des rapports entre la Commission, le Parlement et le Conseil, mais aussi entre la Commission et les États.

Section 2. **LA DIVERSIFICATION DES METHODES DE TRAITEMENT DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

186. La multiplication des politiques sectorielles de l'Union offrent davantage de champs dans lesquels l'obligation de service public peut trouver un terrain d'expression. Ils restent

---

673 Voy. *Infra*., Partie 3, Titre 2, Chapitre 1.

674 Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseau de communication à haut débit, *J.O.U.E.* n° C 25 du 26 janvier 2013, pp. 1-26.

675 Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, *J.O.U.E.* n° C 257 du 27 octobre 2009, pp. 1-14.

pourtant en l'état peu sollicités. Les institutions européennes préfèrent en effet dans le champ du marché intérieur, des transports, et de la politique de concurrence, davantage réaliser les objectifs de ces politiques que d'adopter sur leurs fondements des actes juridiques **(§1)**. L'adoption de tels actes est d'ailleurs pour certains domaines limitée tant les compétences sont résiduelles, amenant les institutions européennes à user d'autres techniques pour influencer les droits nationaux. Il en résulte de nouvelles manifestations de la technique d'attraction et de préemption de l'obligation de service public par le droit de l'Union **(§2)**.

§1. LA RÉALISATION D'OBJECTIFS TRANSERVERSAUX CONTENUS DANS LES POLITIQUES SECTORIELLES

187. La multiplication des références à l'obligation de service public alliée à la multiplication des politiques de l'Union invite, dans une vision plus prospective, à envisager les domaines qui pourraient à l'avenir être mobilisés. À cet égard, les politiques sectorielles fournissent une myriade possibilités mais présentent le défaut de manquer d'attractivité **(A)**, Par renvoi à l'exigence de cohérence des actions de l'Union, ce sont davantage les objectifs de ces politiques sectorielles qui sont/seront sollicités dans le cadre de la tryptique – concurrence, marché intérieur, transports – **(B)**.

A. Le manque d'attractivité des politiques sectorielles

188. L'obligation de service public est susceptible d'être sollicitée dans de nouvelles politiques consacrées. La politique de l'énergie est à ce titre un exemple topique. De nombreuses interventions du législateur prises sur le fondement de l'article 114 TFUE ont donné lieu à un cadre juridique dense applicable à l'énergie, en particulier à l'électricité et le gaz[676]. L'action européenne en matière énergétique s'est ainsi avec le traité de Lisbonne autonomisée par la consécration d'une politique de l'énergie[677] sur le fondement de laquelle plusieurs directives sont en cours de négociation[678]. Ainsi que le note la Pr. NEFRAMI, « Cette action [en matière énergétique] ayant été initialement considérée comme l'expression d'un aspect des compétences attribuées, a donné lieu à l'attribution d'une compétence propre, autour d'un objectif autonomisé, à savoir le développement du

[676] Voy. *Infra*., Partie 2, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

[677] TFUE, titre XXI, art. 194 TFUE. BLUMANN (Cl.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2012.

[678] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur le marché intérieur de l'électricité (refonte), 23 février 2017, COM (861) final, préc.

marché intérieur de l'énergie. C'est ainsi par la dynamique des objectifs qu'un aspect de compétence a été développé dans les limites du principe d'attribution, lequel risquait toutefois d'être dépassé si une nouvelle attribution n'avait pas lieu, consacrant l'autonomisation d'un objectif sous-jacent[679] ». La dynamique du rapport entre objectifs et compétences participe alors au débordement de l'obligation de service public au-delà de la politique des transports (93 TFUE) et de la politique de concurrence (106 § 2 TFUE). On peut dans la continuité s'attendre à une conclusion similaire dans la perspective de l'introduction d'une politique numérique dans les traités. L'article 114 TFUE est donc un vecteur de la multiplication des domaines du droit de l'Union, et avec eux, du champ de l'obligation de service public. On mesure alors que le thème du service public, « ignoré par le droit de l'Union » pour reprendre une célèbre formule du Conseil d'État, est désormais largement investi.

189. D'autres politiques pourraient également être à l'origine d'interventions portant sur les SIEG et l'obligation de service public, telles que dans la politique de l'environnement, des réseaux[680], de la protection du consommateur[681], de la cohésion économique, sociale et territoriale[682], de la santé publique[683], de la culture[684], ou encore de l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport[685]. L'étendue de l'intervention dépendra du trypique – pouvoir, compétence, objectifs –. Le tribunal l'a mis en évidence dans l'affaire *BUPA* en affirmant que « le secteur de la santé relève d'une compétence quasi exclusive des États membres. Dans ce secteur, la Communauté ne peut procéder, en vertu de l'article 152, paragraphes 1 et 5, CE, qu'à des actions juridiquement non contraignantes tout en respectant pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux. Il s'ensuit que la détermination d'obligations SIEG dans ce contexte relève également, à titre principal, de la compétence des États membres[686] ». En d'autres termes, l'arrêt illustre de quelle façon la diversité des compétences attribuées à l'Union européenne n'est pas un frein à l'extension du champ de

[679] NEFRAMI (E.), « Le rapport entre objectifs et compétences : de la structuration et de l'identité de l'Union européenne », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, op. cit., p. 13.
[680] TFUE, art. 170 et s.
[681] TFUE, art. 169.
[682] TFUE, art. 174.
[683] TFUE, art. 168.
[684] TFUE, art. 167.
[685] TFUE, art. 165 et s.
[686] TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p.II-81, pt. 167.

l'obligation de service public. En effet, rien n'empêche dans la politique de santé d'user d'actes de *soft law* pour tenter de mettre en évidence des problématiques communes aux États sur certains aspects des différents services publics identifiés.

190. Que ces politiques n'aient pas été sollicitées jusqu'à présent pour façonner les SIEG s'explique. Si elles ont servi à élargir le champ du droit de l'Union, les actes de l'Union européenne privilégient le recours à des bases juridiques plus globales, typiquement l'article 114 TFUE. L'ouverture à la concurrence d'un secteur nécessite d'harmoniser de nombreux domaines tels que ceux de la concurrence, marché intérieur, ou encore de la protection du consommateur, environnement. Bien que l'obligation de service public ne déborde en conséquence pas ou peu des domaines classiques – transports, concurrence, marché intérieur –, cela ne signifie pas pour autant que les autres politiques ne l'influencent pas, en particulier en usant des objectifs de ces autres politiques sectorielles.

B. Une appropriation transversale des objectifs sectoriels

191. Moins que l'adoption d'actes législatifs, l'Union use d'autres techniques pour mobiliser ces différentes politiques sectorielles non sollicitées jusqu'à présent. L'extension du champ de l'obligation de service public résulte également de techniques par lesquelles les institutions européennes mènent des actions transversales aux différents domaines prévus par les traités. En d'autres termes, dans le champ de la politique des transport, le marché intérieur et la politique de concurrence, les institutions européennes ont adopté des actes législatifs façonnant l'obligation de service public en cherchant à réaliser des objectifs dépassant strictement ces seuls domaines de compétences. Cette méthode renvoie à l'exigence de cohérence des actions de l'Union[687].

192. Bien que l'ouverture à la concurrence des activités de réseaux se soit fondée principalement sur l'article 114 TFUE, l'on note plusieurs références à l'obligation de service public portant sur la protection du consommateur[688], la protection sociale[689], la

[687] POTVIN-SOLIS (L.), « Le caractère fluctuant du rapport aux objectifs matériels dans la délimitation des compétences partagées », in NEFRAMI (E.) (dir.*), Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 32-62.

[688] Dir. 2009/73/CE, du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, pp. 94-136, art. 3.

[689] Règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69

protection de l'environnement[690], ou encore la protection de personnes vulnérables[691], autant d'objectifs faisant l'objet de politique sectorielles. L'obligation de service public intervient alors ici comme une formulation permettant d'établir une passerelle entre l'objectif principal poursuivi par un acte législatif et la prise en compte de finalités plus générales[692]. Signe de la transversalité des catégories juridiques, l'obligation de service public concourt typiquement par l'insertion de clauses d'intégration (ou clauses transversales)[693] à la réalisation d'objectifs d'un domaine du droit de l'Union au sein d'un acte fondé sur une base juridique d'un autre domaine.

193. Cette même influence s'observe sur le plan contentieux. Dans l'affaire *CBI* relative au financement des hôpitaux privés à but non lucratif en Belgique, le Tribunal a jugé que : « Il convient de relever, en outre, que l'application de l'article 86, paragraphe 2, CE, dans le secteur hospitalier concerné doit tenir compte du respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux, cette considération résultant notamment de l'article 152, paragraphe 5, CE[694] ». De manière tout à fait intéressante, le juge s'est appuyé sur la politique de santé – sur laquelle les compétences des institutions européennes sont résiduelles – pour apprécier la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE. De la même manière dans l'arrêt *ANODE*, le juge évalue l'imposition de tarifs règlementés à l'aune de l'objectif de sécurité d'approvisionnement énergétique que l'on retrouve au sein de la politique énergétique[695], et enfin dans l'affaire *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*

---

et (CEE) n° 1107/70, *J.O.U.E.* n° L 315 du 03 décembre 2007, p. 1, *cons.* 17, et sa version modifiée : Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22 et s., art. 4 modifié.

[690] Dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, pp. 55-93, art. 3.

[691] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, pp. 51-77, *cons.* 13.

[692] Il faudra cependant que l'obligation de service public poursuive un objectif accessoire à celui du texte afin d'éviter un contentieux portant sur le choix de la base juridique. Pour un exemple : CJCE, 23 février 1999, *Parlement contre Conseil*, aff. C-42/97, *Rec.* p. I-869, pts. 39 et 40. Not. GADBIN (D.), *R.T.D. eur.*, n° 2, p. 321.

[693] MICHEL (V.), « Les objectifs à caractère transversal », NEFRAMI (E.) (dir.*), Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, op. cit. pp. 177-209 ; BLANQUET (M.), *Compétences de l'union – Architecture de l'Union*, Fasc. 170, janvier 2012, pt. 45 ; DE LA ROSA (S.), *Politique de cohésion économique, sociale, et territoriale. - Cadre juridique et organisation générale*, Fasc. 2210, 30 juin 2012, pt. 56 ;

[694] Trib., 7 novembre 2012, *CBI contre Commission*, aff. T-137/10, EU:T:2012:584, pt. 92.

[695] CJCE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier Ministre e*.a., *préc.*

contre Commission, le Tribunal a considéré que le principe pollueur contenu dans la politique environnementale[696] s'oppose à un SIEG portant sur l'élimination des cadavres d'animaux au motif qu'il revient aux abattoirs de supporter ces coûts[697]. Ici, les références aux objectifs contenus dans les traités changent la perspective de l'article 106 § 2 TFUE dès lors que ceux-ci contribuent à « un passage progressif d'une vision essentiellement dérogatoire à une approche plus positive de la compétence des États pour la poursuite de leurs objectifs[698] ».

194. Cette démarche reste embryonnaire mais gagnerait à s'affirmer dans la mesure où elle permet de concrétiser l'exigence de cohérence de l'action de l'Union, en l'occurrence en préservant les spécificités des politiques tout en montrant leur complémentarité[699]. Elle est loin d'être anodine pour apprécier l'extension du champ de l'obligation de service public. Les institutions européennes ont en effet participé à la diffusion de la notion, laquelle se retrouve de plus en plus associée à la multitude des objectifs contenus dans les différents domaines des traités et permet de dépasser les limites que pose l'exercice des compétences dans certains domaines. Il restera à observer si cette démarche se confirme à l'avenir, ce qui est loin d'être certain tant, on le verra, le ralentissement de l'intégration des politiques de l'Union en constitue la principale limite. Ce ralentissement ne doit cependant pas occulter que le mouvement continu de diversification des méthodes de traitement de l'obligation de service public continu de s'observer.

§2. LES NOUVELLES MANIFESTATIONS DE LA TECHNIQUE D'ATTRACTION ET DE PRÉEMPTION

195. Nombreux sont les services publics nationaux pour lesquels l'Union ne peut avoir qu'une influence limitée, notamment lorsqu'il s'agit de services non économiques d'intérêt général et/ou de services pour lesquels les compétences de l'Union sont fortement encadrées. Ces réserves n'ont pas empêché les institutions européennes de faire preuve de créativité

---

[696] TFUE, article 191 § 2 1°.

[697] Trib., 16 juillet 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung contre Commission*, aff. T-309/12, EU:T:2014 :676, pts. 120-121.

[698] NEFRAMI (E.), « La portée différenciée de la fonction de légitimation des compétences partagées par les objectifs matériels », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, op. cit., p. 81.

[699] Pour reprendre le constat formulé par l'Avocat général BOT dans l'affaire *Parlement contre Conseil*, Concl. A.G. BOT (Y.), 30 janvier 2014, *Parlement contre Conseil*, aff. C-658/11, EU:C:2014:41, pt. 24.

pour influencer ces activités d'intérêt général par des mécanismes de coopération **(A)**. Cette créativité s'illustre même, et de manière novatrice, par des tentatives d'inclusion des références à l'obligation de service public dans les accords internationaux **(B)**.

A. Le dépassement des compétences résiduelles de l'Union grâce aux mécanismes de coopération

196. Il existe de nombreuses politiques de l'Union pour lesquelles les institutions européennes ne disposent que de compétences résiduelles et qui portent pourtant, au sein des États membres, sur des domaines faisant l'objet de nombreuses obligations de service public. Cette limite n'est que l'expression même du principe d'attribution des compétences aux termes duquel l'Union ne peut agir que dans un cadre déterminé par les rédacteurs des traités.

197. C'est le cas, typiquement, de la politique de l'emploi sur laquelle les compétences octroyées à l'Union européenne sont réduites. Le Parlement et le Conseil ne peuvent pas adopter d'actes législatifs harmonisant les droits nationaux et ne peuvent que se limiter à l'adoption de lignes directrices, de recommandations et de mesures de coopération[700], notamment pour les services publics de l'emploi[701]. Certes, l'arrêt *Höfner* (organisation du système nationale de retour à l'emploi) a illustré de quelle façon ces limites peuvent être dépassées sur le plan contentieux toutes les fois où les politiques nationales des États en matière d'emploi entrent dans le champ du droit de la concurrence[702]. Ceci étant, la politique de l'emploi n'offre pas l'opportunité d'envisager des actions analogues à celles de l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau[703]. Cette dialectique entre champ et compétences s'illustre également dans le domaine de la santé. Dans le cadre de la politique de santé publique en effet, l'article 168 TFUE prévoit que le Parlement et le Conseil ne peuvent adopter que des mesures d'encouragement[704]. Ici aussi encore pourtant, l'arrêt *CBI contre Commission* (financement des centres hospitaliers) a illustré que ces limites peuvent être dépassées sur le plan contentieux par le rattachement à d'autres champs, notamment au

[700] TFUE, articles 148, 149, et 150.

[701] Déc. 573/2014/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'amélioration de la coopération entre les services publics de l'emploi, *J.O.U.E.* n° L 159 du 28 mai 2014, pp. 32-39

[702] CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser et Macrotron GmBH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-197.

[703] Voy. *Infra*., Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[704] Pour une présentation de la politique de santé, voy. DE GROVE VALDEYRON (N.), *Droit européen de la santé*, Coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 2018, 2ème ed., pp. 35 et s.

droit des États[705]. Il n'en demeure pas moins que les mesures d'harmonisation pouvant être adoptées par l'Union sur les obligations de service public entrant, tant dans le cadre de la politique de l'emploi que dans la politique de santé publique, restent limitées. Si convergence il y a, celle-ci restera alors marginale.

198. Ces limites posées par le principe d'attribution des compétences a amené les institutions européennes, notamment la Commission, à rechercher des voies alternatives pour agir sur ces différents domaines. Les fonds structurels[706], et plus récemment, le groupement de coopération territoriale (GECT)[707], constituent à cet égard deux méthodes particulièrement attractives. Les fonds structurels de l'Union[708] sont des instruments de financement concourant à un objectif général de renforcement de la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union[709]. Ils sont constitués du fonds européen de développement régional (FEDER), le fonds de cohésion, et le fonds social européen (FSE)[710]. Le GECT est quant-à lui un outil destiné à faciliter la coopération transfrontalière[711] dont la création fait l'objet d'un enregistrement auprès du Comité des régions. Concrètement, des États, les collectivités locales et régionales, des organismes de droit public, et depuis 2013, des entreprises publiques, et des entreprises chargées d'un SIEG[712], concernant au moins deux

[705] Trib., 7 novembre 2012, *CBI contre Commission*, aff. T-137/10, EU:T:2012:584.

[706] TFUE, articles 174 et 175.

[707] Règlement (UE) n ° 1302/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n ° 1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de groupements de ce type, J.O.U.E. n° L 347 du décembre 2013, pp. 303-319.

[708] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 289, 2015, pp. 86-89. Pour une présentation, voy. également la chronique annuel du Pr. Stéphane DE LA ROSA dans l'Annuaire de droit de l'Union européenne.

[709] L'article 174 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que, pour renforcer sa cohésion économique, sociale et territoriale, l'Union vise à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions ou îles les moins favorisées, et qu'une attention particulière soit accordée aux zones rurales, aux zones où s'opère une transition industrielle et aux régions qui souffrent de handicaps naturels ou démographiques graves et permanents. L'article 175 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit plusieurs instruments financiers pour réaliser les objectifs de l'article 174: le Fonds européen d'orientation de garantie agricole (FEADER), le Fonds social européen (FSE), le Fonds européen de développement régional (FEDER), auxquels s'ajoutent les dispositifs de financement de la BEI et d'autres instruments financiers (dont le Fonds de cohésion et le Fonds pour les affaires maritimes et la pêche, FEAMP, qui ne sont pas formellement identifiés par le traité comme des Fonds structurels).

[710] Le fonds européen et de garantie agricole n'est pas concerné.

[711] Voy. les différentes contributions, BACHOUÉ PEDROUZO (G.), COLAVITTI (R.) (dir.), *Les organismes de coopération territoriale*, Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2018.

[712] Règlement, (CE) n° 1082/2006 modifié, art. 3.

États membres peuvent décider de s'associer afin de réaliser un ou plusieurs objectifs d'intérêt public[713].

199. Les fonds structurels et le GECT constituent un cadre opératoire par lequel les institutions européennes influencent, notamment, les obligations de service public décidées par les États membres. Ils offrent aux États des moyens supplémentaires afin de réaliser des objectifs nationaux identifiés également comme des objectifs de l'Union européenne. L'efficacité et l'influence de ces outils sur les obligations de service public peuvent s'illustrer par de nombreux exemples. L'article 9 du règlement 1303/2013 sur l'objectif de promotion de l'emploi prévoit par exemple que le fonds social de l'emploi est ouvert aux États souhaitant moderniser leurs services publics de l'emploi[714]. L'octroi des ressources du fonds est conditionné à la mise en place de plusieurs objectifs de la part des États sur l'efficacité des services publics de l'emploi, notamment sur les qualités des conseils et du suivi des personnes souhaitant retrouver un emploi. Sans agir directement sur la détermination des obligations de service public, les fonds structurels vont néanmoins avoir des effets sur leur mise en œuvre, en l'occurrence sur leur efficacité. Les fonds structurels illustrent alors le mouvement d'attraction et de préemption du droit de l'Union[715]. Ils vont en effet attraire dans le champ du droit de l'Union des services publics pour lesquels les compétences de l'Union sont résiduelles, puis, grâce aux règles de financement, influencer leur exécution et soumettre les États à des obligations concrètes.

200. Concernant par ailleurs le domaine de la santé, le GECT ayant créé l'Hôpital de Cerdagne à l'initiative de la France et de la Catalogne est le premier hôpital transfrontalier au sein de l'Union européenne[716]. Il offre des soins dans le plateau de Cerdagne (Pyrénées orientales) aux populations française et espagnole limitrophes qui devaient, auparavant, parcourir plusieurs dizaines, voire centaines de kilomètres pour accéder à de telles prestations. L'Hôpital de Cerdagne est en conséquence astreint à plusieurs obligations de service public matérialisées dans la convention franco-espagnole (service d'urgence, etc.) dont la détermination et la mise en œuvre ont été facilités par le droit de l'Union européenne.

---

[713] De manière tout à fait intéressante, un GECT peut également associer un pays tiers. Il offre ainsi l'opportunité de répondre à des besoins de populations de plusieurs États membres limitrophes à un État tiers (Suisse par exemple).

[714] Règlement (UE) 1303/2013, préc., art. 9 et l'annexe XI.

[715] AZOULAI (L.), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, n°1, mars 2008, pp. 29 et s.

[716] Pour une présentation, voy. le site internet du centre hospitalier de Cerdagne : http://hcerdanya.eu.

Le GECT accrédite en conséquence l'idée d' « un service public européen[717] » et se révèle comme les fonds structurels un moyen concret d'extension du champ de l'obligation de service public dans des domaines pour lesquels les actions de l'Union européenne restent limitées.

201. Tant les fonds structurels que le GECT s'imposent comme un cadre opératoire par lesquels la Commission, le Parlement, et le Conseil ont contourné les limites posées par le principe d'attribution des compétences. L'extension du champ de l'obligation de service public se réalise cette fois, non par des mesures classiques d'harmonisation des législations, mais par des outils facilitant la coopération transfrontalière présentant l'avantage de respecter la volonté des États. Il se dessine alors une multiplication des méthodes pour parvenir à l'extension de ce champ, récemment illustrée de manière tout à fait novatrice par le recours aux accords internationaux.

B. Les accords internationaux, nouvelle source d'extension du champ de l'obligation de service public ?

202. S'il existe de manière isolée quelques travaux sur les rapports entre services d'intérêt général et droit international public[718], force est de reconnaître qu'il s'agit d'un sujet largement délaissé tant par les institutions que par la doctrine. Ce constat ne fait d'ailleurs pas exception dans le champ de l'action extérieur de l'Union, et particulièrement de la politique commerciale commune[719]. La question des services publics est en effet une question prioritairement nationale, progressivement et difficilement intégrée à l'échelle de l'action interne de l'Union. Leur intégration dans un cadre plus global portant sur l'action externe de l'Union n'est pourtant pas posé, notamment car il s'agit d'un sujet qui dépend du degré d'intégration des droits nationaux, c'est à dire de l'existence de règles et obligations communes entre les États. Quelques actes récents invitent cependant à infléchir cette

[717] DE GROVE VALDEYRON (N.), « Le service public européen : un concept en devenir », in POILLOT PERUZZETTO (S.) (dir.), *Vers une culture juridique européenne*, Centre de droit des affaires de l'université Toulouse 1, Paris, Montchrestien, 1998.

[718] KRAJEWSKI (M.) (ed.), *Services of General Interest Beyond the Single Market. External and Internal Law Dimensions*, La Haye, Springer, 2015.

[719] NEFRAMI (E.), *L'action extérieure de l'Union européenne : fondements, moyens, principes*, Droit – Systèmes, Paris, LGDJ, 2010.

constatation, particulièrement aux regard de la conclusion d'accords dits de nouvelle génération (*New European Free Trade Agreements*).

203. La particularité des accords de nouvelle génération, à l'image du CETA, de traité conclu avec le Japon, Singapour, la Corée du Sud, ou encore le Vitenam, est de porter sur une multitude de domaines dépassant très largement la seule question douanière ou des investissements. Ce sont notamment l'agriculture, la protection des données, les coopérations administratives, les marchés publics, les règles environnementales qui font l'objet d'engagements réciproques. Inévitablement, l'extension des objets couverts par ces accords a invité les parties à s'interroger sur les conséquences potentielles sur leurs services d'intérêt général respectifs et sur les potentialités qu'ils offrent. Ce sujet reste pourtant délaissé par la doctrine, les accords de nouvelle génération soulevant en effet des questions plus urgentes sur la répartition des compétences en droit de l'Union, la participation citoyenne, et plus récemment sur la Charte ainsi que l'a illustré l'avis 1/17 de la Cour de justice portant sur la compatibilité du chapitre 8 du CETA (investissements) avec le droit de l'Union[720].

204. Il n'en demeure pas moins que l'on trouve ci et là des références aux services d'intérêt général dans les accords internationaux de nouvelle génération. Particulièrement, ce sont le CETA et l'accord conclu avec Singapour qui contiennent le plus de références en la matière, essentiellement dans le domaine des communications électroniques[721]. L'article 15.3 du CETA prévoit par exemple l'obligation de donner accès aux services publics de télécommunications dans des conditions raisonnables. Plus explicitement, l'article 15.8 du CETA et l'article 8.40 de l'accord avec Singapour font directement référence au service universel des communications électroniques[722]. Ils prévoient la liberté pour chaque partie d'en définir la consistance et font référence à l'obligation de fournir un annuaire (qui est une composante du service universel au sein de l'UE). S'ils n'ajoutent aucune nouveauté pour

[720] CJUE, 30 avril 2019, *avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, avis 1/17, EU:C:2019:41.

[721] Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *J.O.U.E.* n° L 11 du 14 janvier 2017, pp. 23–1079 ; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, *J.O.U.E.* n° L 294 du 14 novembre 2019, pp. 3-755.

[722] Pour une présentation, voy. *Infra*., Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

le service universel en droit de l'Union européenne, les accords entreprennent cependant d'en sécuriser l'existence et les modalités dans le cadre des accords de nouvelle génération.

205. L'insertion de références aux services d'intérêt général dans les accords internationaux conclu par l'Union européenne et éventuellement les États membre reste en l'état nouvelle, et il restera à observer si cette pratique continue à s'illustrer dans les accords ultérieurs. Néanmoins, cette pratique offre plusieurs réflexions nouvelle sur l'obligation de service public. D'abord, et cela est particulièrement novateur, les accords internationaux de nouvelle génération illustrent l'immixtion de la notion dans le champ de la politique commerciale commune et participe à l'extension du champ de la notion. Cette extension s'accompagne également d'un renforcement de certaines actions européennes sur les services d'intérêt général. Cette immixtion s'accompagne de références à l'obligation de service public propres aux réalités de la politique commerciale commune, c'est à dire par des règles consensuelles prenant soin de ne pas accroître les contraintes pesant sur les États en matière de services d'intérêt général (contrairement par exemples aux actes adoptés sur le fondement de l'article 114 TFUE). Par ailleurs, par la détermination d'obligations concrètes dans les accords internationaux, lesquels ont une valeur juridique supérieure aux actes de droit dérivé, le droit de l'Union consolide un peu plus les règles adoptées dans certaines secteurs par des actes de droit dérivé, notamment dans les communications électroniques. L'extension du champ de l'obligation de service public s'accompagne ici d'un renforcement de ses protections et consolident en conséquence sa place dans l'ordre juridique de l'Union.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

207. Au-delà de l'article 106 § 2 TFUE et de la politique de concurrence, l'extension du champ de l'obligation de service public s'illustre par la multiplication des références au sein d'actes de droit dérivé adoptés sur les fondements du marché intérieur et des transports. Il est à cet égard important de constater que l'extension du champ de la notion ne s'est réalisée qu'aux prix de nombreuses tensions sur les plans matériels et institutionnels qu'il a été indispensable dépassées. Outre la suppression de nombreux freins sur l'interprétation de certaines dispositions (article 114 TFUE notamment), une clarification des compétences et obligations des institutions européennes, au regard du principe de l'équilibre institutionnel notamment, a été nécessaire. L'extension du champ de l'obligation de service public s'est en conséquence révélée un formidable laboratoire d'analyse des rapports et des tensions entre les institutions et les États membres, dont la résolution a directement influé sur la multiplication des références à la notion.

208. Le terrain d'expression désormais classique de l'obligation de service public au sein de la tryptique transports, marché intérieur, et concurrence, s'est depuis, et de façon moins connue, étendu par la multiplication des méthodes de traitement de la notion. Le recours à l'obligation de service public de façon transversale pour réaliser des objectifs contenus dans des politiques sectorielles, l'usage de mécanismes de coopération et l'inclusion de la notion récemment dans les accords internationaux sont autant d'illustrations de l'extension de son champ. Il en a résulté un débordement de l'obligation de service public au-delà de ses domaines initiaux de rattachement et renforçant l'idée que la notion est façonnée au gré des besoins sectoriels. Ce débordement aurait d'ailleurs pu connaître une consolidation et une consécration par l'usage des références aux services d'intérêt général contenues dans le droit primaire. Ces références restent cependant en l'état inexploitables et attestent des ambiguïtés persistantes des relations entre ces services et le droit de l'Union.

Chapitre 2

Les bases juridiques inexploitables

209. La valorisation des services d'intérêt général par les traités d'Amsterdam et de Nice[723] s'est traduite par une multiplication des références à la notion en droit primaire. Le TFUE, la Charte, et les annexes des traités ont tous trois été mobilisés à cette fin.

210. Dans le détail, l 'article 16 du traité CE, introduit par le traité d'Amsterdam, prévoyait que « Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». Devenu l'article 14 du TFUE, la disposition s'est enrichie avec le traité de Lisbonne. Elle prévoit désormais que « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les

[723] Voy. *Supra*., Introduction.

États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ».

211. L'élévation des SIEG au rang de valeurs communes de l'Union – qui viennent donc s'ajouter à celles de l'article 2 TUE[724] – a été perçue par la doctrine comme un moyen d'assurer leur valorisation[725]. L'article 14 TFUE s'accompagne du Protocole 26 sur les services d'intérêt général, lequel fournit une liste non exhaustive de valeurs auxquelles ils contribuent, à savoir « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire 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 ». Enfin, pour parfaire l'entreprise de valorisation des services d'intérêt général en droit de l'Union, c'est enfin la Charte des droits fondamentaux qui contient des références à la notion. L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux prévoit en l'occurrence que « L'union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».

212. Si René CHAPUS a pu en son temps regretter que l'on ne « se sent[e] plongé dans une atmosphère de service public[726] » lorsque l'on rapporte la notion au droit de l'Union, cette multiplication des références aux services d'intérêt général en droit primaire

---

[724] TUE, art. 2 : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

[725] SIMON (D.), « Les fondations : L'Europe modeste ? Symboles, valeurs et objectifs », *Europe*, n°7, juillet 2008, dossier 4 ; MICHÉA (F.), « La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics », in FLAESCH-MOUGIN (C.) (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 105-151, s*péc.* p. 107-108 ; RODRIGUES (S.), *Les services publics locaux face au droit communautaire. Les exigences du marché intérieur*, Paris, La documentation française, 2007.

[726] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Coll. Domat droit public, Paris, Montchrestien, Tome 1, 15ème ed., 2001, p. 575.

l'amènerait probablement, aujourd'hui, à avoir une lecture plus nuancée. Encore qu'il cette relecture supposerait que la multiplication des références prenne une dimension concrète, ce qui est encore loin d'être le cas. Bien que le législateur puisse désormais prendre des actes fondés sur l'article 14 du TFUE, il s'agit en réalité d'une disposition qui est aujourd'hui neutralisée **(Section 1)**. De la même façon, alors que la Charte aurait pu être un formidable véhicule des valeurs intrinsèques aux services d'intérêt général, elle reste en l'état purement décorative. Le droit primaire offre en conséquence un paysage contrasté sur la place des services d'intérêt général en droit de l'Union, ce qui explique qu'il n'ait pas été un moteur de la multiplication des références à l'obligation de service public et appelant alors à une réflexion nouvelle sur l'insertion des services d'intérêt général en droit primaire **(Section 2)**.

Section 1. **LA NEUTRALISATION DE L'ARTICLE 14 TFUE**

213. Dans sa communication du 11 septembre 1996 relative aux services d'intérêt général, la Commission expose, à titre liminaire, que « simultanément, par ses politiques, elle [l'Union] contribue à renforcer la cohésion économique et sociale entre les États membres, et à réduire certaines inégalités[727] ». Elle a milité pour l'insertion des SIEG en droit primaire, à l'instar du Parlement européen et du Conseil européen lors l'ouverture de la CIG de Turin[728]. Après avoir été envisagé au titre des objectifs de l'Union ou comme un droit attaché à la citoyenneté[729], les services d'intérêt général sont finalement associés aux valeurs communes de l'Union. Les apports effectifs d'une telle consécration méritent pourtant d'être discutés. L'article 14 TFUE n'apporte pas de réelle nouveauté **(§1)** et reste, en l'état, peu sollicité **(§2)**.

§1. UNE DISPOSITION CONFORTATIVE

214. Considérés comme un frein à la réalisation du marché intérieur, les SIEG sont à l'origine réduits par le traité CEE à une technique juridique « laissant à la Cour de Justice de l'Union Européenne à se prononcer sur des questions qui mériteraient pourtant d'être

[727] Les services d'intérêt général en Europe, 11 septembre 1996, COM(96) 443 final.
[728] Pour une étude de la génèse, voy. RODRGIGUES (S.), « Les services publics et le Traité d'Amsterdam », *R.M.C.U.E.*, n°414, 10 janvier 1998, pp 37 et s.
[729] *Ibid.*

clarifiées par le législateur conformément au principe de responsabilité démocratique[730] ». L'article 14 TFUE a dès lors avant tout une finalité symbolique[731] en ayant pour objet pour les institutions européennes ayant une légitimité démocratique de récupérer un sujet longtemps laissé entre les mains de techniciens du droit. Qu'il ne résulte de l'article 14 TFUE aucun apport sur le plan juridique n'est pas dans ce cas contexte surprenant. L'article se contente de redondances sur la répartition des compétences **(A)** et sur le pouvoir discrétionnaire des États membres **(B)**.

A. Des redondances sur la répartition des compétences

215. Rangé au sein de la politique de la concurrence, l'article 106 § 2 rattache les SIEG à la politique de concurrence alors qu'ils n'appartiennent *ab initio* à aucun domaine de compétences. Sans aller jusqu'à conclure qu'il clarifie les responsabilités de l'Union[732], l'article 14 TFUE se révèle à première vue plus explicite sur ce point. D'une part, il prend place au sein des dispositions d'application générale[733] ; d'autre part, il prévoit que « l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». Une conclusion analogue résulte du protocole 26. Son article 2 dispose que « Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général ». Le protocole ne complète ou supplée les traités en n'ajoutant une nouvelle règle[734], mais se contente « de codifier » la jurisprudence de la Cour de justice sur la notion d'entreprise, laquelle a servi de cadre opératoire pour identifier le champ des services d'intérêt général. En l'occurrence, les SNEIG ne sont susceptibles d'être

---

[730] Avis du Comité des régions sur l' « Acte pour le marché unique », *J.O.U.E.* n° C 166 du 07 juin 2011, pp. 52-58, pt. 47. Les propos du comité s'appliquent à l'absence d'intervention du Parlement et du Conseil sur le fondement de l'article 14 TFUE, mais peuvent être empruntés pour illustrer notre propos.

[731] Ainsi qu'il a été souligné, voy. Concl. A.G. JACOBS (M.), 17 mai 2001, *Firm Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, pt. 175 ; Concl. A.G. ALBER (S.), 1er février 2001, *TNT Traco SpA contre Poste Italiane SpA e.a.*, aff. C-340/99, *Rec.* p. I-4109, pt. 94.

[732] Contrairement à la position défendue par le Comité économique et social européen, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Le traité de Lisbonne et le fonctionnement du marché unique » (avis d'initiative), *J.O.U.E.* n° C 44 du 11 février 2011, pp. 68-74, pt. 6.1 h).

[733] TFUE, Titre 2 Dispositions d'application générale, art. 7 à 17.

[734] BARBOU DES PLACES (S.), « Esquisse d'une typologie des actes annexés aux traités européens », in BARBOU DES PLACES (S.), (Dir.), *Aux marges du Traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant 2011, pp. 17-46.

observés que dans le cadre de compétences d'appui, de coordination, ou de complément, c'est à dire dans le cadre de compétences qui ne permettent pas aux législateurs de l'Union de porter atteinte « à la compétence des États pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général[735] ». S'agissant des SIEG, la référence au sein de l'article 14 TFUE « au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union[736] » semble les rattacher à la politique de cohésion économique, sociale et territoriale[737] et les soumettre à une compétence partagée[738]. Un tel rattachement est discutable dès lors, d'une part, que les SIEG n'appartiennent pas à un domaine spécifique de compétence et d'autre part, que leur encadrement repose également sur d'autres fondements et poursuit également des objectifs différents[739]. Par ailleurs, en érigeant en tant que valeur commune « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général », « la lecture du protocole laisse entrevoir, de façon erronée, une appréciation souveraine par les États des missions d'intérêt général relevant d'un SIEG[740] ». La réalité est en effet plus complexe. La marge d'appréciation des États dépend de l'étendue des compétences octroyées à l'Union et de leur exercice. Dans l'arrêt *BUPA*, le Tribunal a relevé que « dans ce secteur [santé], la Communauté ne peut procéder, en vertu de l'article

---

[735] Protocole 26, art. 2.

[736] TFUE, art. 14.

[737] TFUE, Titre XVIII, art. 174 et s. voy. NEFRAMI (E.), « Le caractère fluctuant du rapport aux objectifs matériels dans la délimitation des compétences partagées », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 32-62, *spéc.* pp. 46-47.

[738] TFUE, art. 4 §2 c) : La politique économique, sociale et territoriale est soumise à une compétence partagée ; RODRIGUES (S.), « Les services publics et le traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE », art. cit.

[739] C'est le cas du droit dérivé en matière énergétique par exemple. Voy les conclusions de l'Avocat général MENGOZZI dans l'arrêt ANODE qui montrent par exemple que les SIEG peuvent être motivés en vue d'assurer une sécurité d'approvisionnement énergétique sur un territoire donné. L'objectif de cohésion n'y est pas étranger, notamment lorsque l'on fait allusion à la sécurité d'approvisionnement pour les régions isolées. Cependant, la sécurité d'approvisionnement ne se confond pas uniquement avec cet objectif, elle peut lui être étranger lorsque l'objectif est de se protéger des influences externes au territoire, Concl. A.G. MENGOZZI (P.), 12 avril 2016, *ANODE contre Premier ministre*, aff. C-121/15, EU:C:2016:248 ; L'absence d'exclusivité au rattachement à la politique de cohésion est également explicite à la lecture du règlement (UE) 2017/352 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, dont le considérant 30 souligne que « des raisons d'intérêt général afin de garantir l'accessibilité du service portuaire à tous les utilisateurs, la disponibilité du service portuaire toute l'année, l'accessibilité économique du service portuaire à une certaine catégorie d'utilisateurs, la sûreté, la sécurité ou la viabilité environnementale des opérations portuaires et la cohésion territoriale » (voy. également l'article 1er), Règlement (UE) 2017/352 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 03 mars 2017, pp. 1-18.

[740] MICHÉA (F.), « La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics », art. cit., p. 111.

152, paragraphes 1 et 5, CE, qu'à des actions juridiquement non contraignantes tout en respectant pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux [et] que la détermination d'obligations SIEG dans ce contexte relève également, à titre principal, de la compétence des États membres[741] ». Inversement, cette large marge d'appréciation des États tendra à se réduire à mesure que « le droit dérivé de l'Union progresse matériellement[742] » dans des domaines au sein desquels les institutions disposent davantage de compétences.

216. Dans ce contexte, l'article 14 TFUE n'apporte aucune nouveauté et, au contraire, tend davantage à insérer des confusions sur les relations que les services d'intérêt économique général entretiennent avec les domaines de compétences identifiés dans le TFUE.

B. Une portée réduite par la méconnaissance du caractère fonctionnel de la notion de SIEG

217. L'article 14 TFUE prévoit que les SIEG « fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions » et que « le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ». La mention « fournir, de faire exécuter et de financer ces services » est ici d'importance. Elle signifie que l'article 14 TFUE ne porte que les modes de gestion des SIEG et le recours aux dérogations prévues par les traités[743]. Il exclut de son champ la définition d'un tel service[744]. En d'autres termes, l'article 14 TFUE ouvre la voie à des principes de fonctionnement applicables à l'ensemble des SIEG, mais exclut une compétence générale du Parlement et du Conseil au titre de

---

[741] TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p.II-81, pt. 167.

[742] MARTUCCI (F.), « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? », BERTRAND (B.), (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 337.

[743] Il nous semble que le terme financer ne renvoie pas uniquement au droit des aides d'État. Les pratiques anticoncurrentielles et les entraves participent également au financement des SIEG.

[744] Avis du Comité économique et social européen sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe » COM(2011) 900 final, *J.O.U.E.* n° C 229 du 31 juillet 2012, pp. 98-102, pt. 4.8.

l'article 14 TFUE pour déterminer le contenu de ces services, c'est à dire pour en identifier les obligations de service public.

218. L'exclusion du recours à l'article 14 TFUE pour définir les SIEG a récemment été illustrée par l'affaire *Constantini*[745]. En l'espèce, M. COSTANTINI est à l'origine d'une initiative citoyenne européenne (ICE) sur le fondement des articles 14 et 153 (politique sociale) TFUE invitant « l'Union européenne à proposer une législation qui protège le droit fondamental à la dignité humaine en garantissant une protection sociale adéquate et l'accès à des soins de longue durée, de qualité, supportables, au-delà des soins de santé[746] ». Le règlement 211/2011/UE relatif à l'initiative citoyenne européenne prévoit que la Commission n'enregistre l'ICE que si la proposition « n'est pas manifestement en dehors du cadre des attributions de la Commission en vertu desquelles elle peut présenter une proposition d'acte juridique de l'Union[747] ». Contrairement à l'ICE portant sur l'interdiction du glyphosate[748], la Commission a ici refusé un tel enregistrement car l'article 14 TFUE ne constitue pas une base juridique permettant de « proposer l'adoption d'un texte qualifiant les services de soins de longue durée de SIEG et excluant ces services de l'application des règles du marché intérieur[749] ». Si cette initiative citoyenne aurait pu marquer l'amorce d'une réflexion – attendue par la doctrine[750] – sur la définition des SIEG de manière ascendante, c'est à dire du citoyen vers les institutions européennes, force est de constater que la Commission a, à juste titre, fermer cette opportunité dans le cadre de l'article 14 TFUE. Une ICE devra à l'avenir se fonder sur l'un des domaines matériels du TFUE si elle entend proposer une définition d'un service d'intérêt général. La portée symbolique et l'intérêt pratique de l'article 14 TFUE s'en trouvent en conséquence fortement réduits.

219. En définitive, une lecture attentive de l'article 14 TFUE conduit à exclure toute intervention du législateur sur la qualification du SIEG au profit d'actes portant uniquement

---

[745] Trib., 19 avril 2016, *Bruno Costantini contre Commission européenne*, aff. T-44/14, EU:T:2016:223. Not. DUPONT-LASSALLE (J.), *Europe*, n°6, juin 2016, comm. 184 ; *Obs. Bxl.*, n° 105, 2016, pp. 77-79.

[746] *Ibid.*, pt. 1

[747] Règlement (UE) 211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne, *J.O.U.E.* n° L 65 du 11 mars 2011, pp. 1-22, art. 4 § 2 sous b).

[748] Communication de la Commission relative à l'initiative citoyenne européenne « Interdire le glyphosate et protéger la population et l'environnement contre les pesticides toxiques », 12 décembre 2017, COM(2017) 8414. La Commission a enregistré l'ICE, mais a refusé par la suite de soumettre un acte juridique.

[749] Trib., *Bruno Costantini contre Commission européenne*, préc., pt. 35.

[750] RODRIGUES (S.), « Les services d'intérêt (économique) général et le Traité de Lisbonne. Ou comment assumer pour l'Union européenne et les États membres une responsabilité commune à l'égard des consommateurs », *R.E.D.C.*, n° 3/4, 2010, pp. 679, p. 697.

sur son régime juridique. Ceci étant, une telle distinction présente des fragilités s'expliquant par le caractère fonctionnel de la notion de SIEG, lequel implique que le régime juridique contribue à la qualification juridique. Il est en effet difficile d'isoler totalement la notion de son régime juridique tant les deux sont imbriqués, ainsi que l'illustre le protocole 26. Les valeurs communes auxquels contribuent les SIEG concernent notamment leur caractère abordable. Or, l'abordabilité intervient tant au niveau du fonctionnement que de la définition du SIEG. Lorsque le législateur a défini le service universel des communications électroniques, l'abordabilité intervient au stade de sa définition (elle sert à déterminer le contenu du service en assurant à chacun l'accès au téléphone fixe et à internet) et de son fonctionnement (elle implique des contraintes sur la fourniture du service par l'entreprise et donc sur son fonctionnement). L'abordabilité est alors à la fois un élément de définition et du régime juridique d'un SIEG. Circonscrire l'action du législateur dans le cadre de l'article 14 TFUE uniquement à la détermination de principes de fonctionnement d'un tel service est en conséquence en pratique quelque peu artificiel.

§2. UNE DISPOSITION INUSITÉE

220. Alors le traité d'Amsterdam a entendu expliciter la place des services d'intérêt général en droit de l'Union, le traité de Lisbonne a franchir une étape supplémentaire en octroyant une compétence au Parlement et au Conseil pour agir sur le fondement de l'article 14 TFUE par l'adoption d'actes législatifs. Outre les difficultés pratiques mises en évidence, la portée d'une telle consécration est en l'état résiduelle. Aucune obligation ne pèse sur le législateur **(A)**, et l'absence de texte pris sur son fondement atteste du rejet d'une approche transversale des SIEG **(B)**.

A. L'absence d'obligations pesant sur le législateur

221. À l'instar de l'article 106 § 3 TFUE et de la politique des transports, l'article 14 TFUE n'a pas échappé à la question de savoir s'il fait peser une obligation d'intervention sur le Parlement et le Conseil. Sans en expliciter les raisons, certains ont avancé que cette disposition oblige l'Union à apporter directement un concours financier pour les SIEG[751].

[751] ANÍBAL AVILÉS PAGÁN (L.), « The Role of the European Union's Competition Rules in Shaping the Electric Energy Market in Europe », *Jur. U.P.R.*, n°1, 2013, p. 118 : L'auteur se prononce en l'occurrence sur les rapports entre marché intérieur de l'énergie et SIEG et souligne : « We read the last sentence of Article 14 TFEU: "The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish these principles and set these conditions without prejudice to the

D'autres sont parvenus à cette conclusion par renvoi aux conditions du recours en carence[752]. En se fondant sur l'arrêt *Parlement Contre Conseil* portant sur les obligations du Conseil en matière de transports S. RODRIGUES considère que « l'emploi du présent de l'indicatif [dans l'article 14 TFUE] (« le Parlement européen et le Conseil établissent... ») laisse à penser qu'il s'agit d'un sens impératif. La version en langue anglaise est encore plus claire en utilisant la formule « shall establish »[753] ». Le Parlement le Conseil auraient dès lors l'obligation de prendre un règlement portant sur l'article 14 TFUE.

222. Tant l'affaire *Parlement contre Conseil* que les conditions relatives au recours en carence tendent à une conclusion différente. L'usage d'une formule impérative comme « établissent » ou « shall establish » n'est pas suffisante pour engager le recours en carence. Des obligations dont « la portée peut être suffisamment définie pour qu'elles puissent être individualisées et faire l'objet d'une exécution au sein de l'article 176 CE[754] » doivent en effet être identifiées dans les traités. En dehors de l'obligation d'assurer la libre prestation de services en matière de transports internationaux et la fixation des conditions d'admission des transporteurs non-résidents aux transports nationaux dans un État membre, la Cour de justice a jugé en matière de transports, que les obligations sont imprécises et a majoritairement rejeté le recours en carence[755]. À l'égard de l'article 14 TFUE, la formule « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions [notamment économiques et financières] » renvoie à un haut degré de généralité. Qu'un recours en carence puisse en conséquence être accueilli apparaît dans ce contexte peu probable. L'opportunité d'intervenir sur le fondement de l'article 14 TFUE reste en conséquence à l'entière appréciation des institutions européennes, lesquelles continuent à privilégier des

---

competence of Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services" as giving the European Union a mandate to not only legislate, but to provide financial assistance in the ultimate formation of the internal energy market ».

[752] TFUE, art. 265.

[753] RODRIGUES (S.), « Les services d'intérêt (économique) général et le Traité de Lisbonne. Ou comment assumer pour l'Union européenne et les États membres une responsabilité commune à l'égard des consommateurs », art. cit. L'auteur se fonde sur l'arrêt CJCE, 22 mai 1985, Parlement européen contre Conseil, aff. 13/83, *Rec.* p. 1513 à propos de l'interprétation de l'ancien article 75 § 1 du Traité CEE énonçant que le Conseil « établit » des règles communes dans le secteur des transports : « la Cour avait alors précisé que le Conseil était « tenu, dans le cadre de son obligation d'établir une politique commune des transports, de faire l'ensemble des choix nécessaires pour arriver à la mise en place progressive d'une telle politique » (point 50) »

[754] CJCE, 22 mai 1985, *Parlement contre Conseil*, aff. 13/83, *Rec.* p. 1513, pt. 37 ; MOLINIER (J.), *Recours en carence*, fasc. 340, 31 mai 2011, pts. 72 et s.

[755] *Ibid.*

bases juridiques sectorielles et à éviter, sur son fondement, d'agir sur les SIEG par des actes transversaux.

B. Le rejet d'une approche transversale des SIEG

223. Aucun texte n'a jusqu'à présent été adopté sur le fondement de l'article 14 TFUE. À peine note-t-on une brève mention de l'article dans le règlement 1370/2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route[756], qui a d'ailleurs disparue dans sa version modifiée[757]. L'absence de référence dans la directive service universel 2002/22/CE[758] est dans la continuité plus significative encore de l'attention accordée à cette disposition. Ainsi que nous le verrons en effet, le service universel présente la particularité d'être pétri d'obligations pesant sur les entreprises et constituent en conséquence un terreau pour lequel l'article 14 TFUE aurait pu être sollicité.

224. La doctrine a cherché à expliquer et comprendre l'absence d'actes adoptés par les institutions européennes sur le fondement de l'article 14 TFUE. Pour la Pr. DONY, il s'agit d'un instrument peu propice à rendre compte de la « très grande variété des situations [qui] pourraient sans doute être mieux prises en compte dans une directive cadre[759] (ce que l'article ne permet pas car il ne permet que l'adoption de règlements). Et si la Commission a tenté de proposer un règlement cadre sur les SIEG, elle s'est heurtée aux résistances des États membres : « Il a été proposé d'aborder la question des services d'intérêt économique général dans un règlement-cadre horizontal. La consultation a cependant montré clairement qu'une proposition portant sur un règlement-cadre offrirait, au mieux, une valeur ajoutée limitée et que ses chances d'être adoptée seraient très faibles. À ce stade, il ne semble donc

---

[756] Règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, *J.O.U.E.* n° L 315 du 03 décembre 2007, pp. 1-13, *cons.* 1 ; KARPENSCHIF (M.), « Contrat de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essort ? », *J.C.P. A.*, 2008, 2038.

[757] Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, pp. 22-31.

[758] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, pp. 51-77.

[759] DONY (M.), « Les règles régissant le financement public des services d'intérêt économique général après la réforme de 2011 », *C.D.E.*, n° 1, 2014, pp. 96-159, *spéc.* p. 106-107 ; voy. également la position de Mme La Députée PERVENCHE, PERVENCHE (B), « Regards croisés. Droit européen du travail : récentes évolutions et perspectives », *Obs. Bxl.*, n°83, 2011, pp. 25-28.

pas approprié que la Commission présente une proposition de ce type[760] ». Plutôt qu'une législation transversale, la Commission a envisagé d'utiliser l'article 14 TFUE en matière bancaire et pour refondre la directive service universel (communications électroniques)[761]. Outre que cette démarche n'apporterait aucune valeur ajoutée par rapport à d'autres bases juridiques telle l'article 114 TFUE, elle est révélatrice du rejet d'une approche transversale des SIEG.

225. Au demeurant, le fonctionnement des SIEG est en l'état régi par une liste foisonnante de dispositions prises dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau, de textes de *soft law*, et par la consolidation du droit européen de la commande publique[762]. Si l'on peine à évaluer la plus-value d'une législation transversale prise sur le fondement de l'article 14 TFUE, elle ne serait à l'avenir pas totalement dénuée de tout intérêt. Plusieurs institutions ont manifesté leur souhait que les textes pris par la Commission sur le fondement de l'article 106 § 3 TFUE (politique de concurrence) répondent à une procédure plus démocratique[763]. Si l'article 14 TFUE pourrait se substituer à cet disposition pour fonder les initiatives de la Commission, une telle éventualité apparait peu probable. Elle impliquerait que la Commission consente à nouveau à réserver son pouvoir de surveillance[764].

226. L'intérêt résiduel de l'article 14 TFUE est enfin renforcé par la jurisprudence. S'il tend avec le protocole 26 à être cité de manière automatique par le juge[765], c'est au motif, ainsi que l'a souligné l'Avocat général MENGOZZI, que « selon une approche systématique

---

[760] Rapport au Président de la Commission européenne, Une nouvelle stratégie pour le marché Unique, 9 Mai 2010, p. 83.

[761] Rapport au Président de la Commission européenne, Une nouvelle stratégie pour le marché Unique, p. 84 ; CHARLES LE BIHAN (D.), « Services d'intérêt économique général et valeurs communes », *R.M.C.U.E.*, n°519, juin 2008, pp. 356 et s.

[762] DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne-Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2017. Dir. 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars.2014, pp. 1-64 ; Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 65-242 ; Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 243-374.

[763] Avis du Comité économique et social européen sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'État applicables aux services d'intérêt économique général » COM(2011) 146 final, *J.O.U.E.* n° C 248 du 25 mars 2011, pp. 149-152, pt. 1.5. ; DONY (M.), « Les règles régissant le financement public des services d'intérêt économique général après la réforme de 2011 », art. cit., p. 110.

[764] Voy. *Supra*., Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

[765] À partir de Trib., 11 juillet 2014, *DTS contre Commission*, aff. T-533/10, EU:T:2014:629.

et cohérente en droit de l'Union » l'interprétation du droit dérivé – et ajoutons, de toute situation entrant dans le champ d'application du droit de l'Union – doit s'effectuer à la lumière tant de l'article 106 § 2 TFUE que les autres dispositions des traités[766]. Il n'en a cependant résulté aucune inflexion jurisprudentielle. Ces renvois servent en l'occurrence uniquement à conforter le pouvoir discrétionnaire des États membres[767].

227. Ensemble, ces constatations expliquent que l'article 14 TFUE n'ait en l'état pas participé à la mise en œuvre d'une réflexion sur l'obligation de service public, laquelle n'a pour l'instant jamais été véritablement associée ou affinée sur son fondement. Au contraire, il contribue à affermir le rejet d'une approche transversale des SIG et, par analogie, de l'obligation de service public.

Section 2. **L'AFFERMISSEMENT DU REJET D'UNE APPROCHE TRANSVERSALE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

228. Outre l'article 14 TFUE et le protocole 26, le droit primaire contient une référence aux SIEG à l'article 36 de la charte. À l'instar d'autres références contenues dans la charte cependant[768], cet article est peu opératoire et ne produit en l'état pas d'effet sur les SIEG **(§1)**. Ensemble, ce paysage peu valorisant sur l'usage concret du droit primaire pour encadrer les SIEG, et plus largement les SIG, invite à s'interroger sur l'opportunité d'une modification des traités **(§2)**.

§1. LE RECOURS PEU OPÉRATOIRE À LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX

229. La Cour constitutionnelle allemande a constaté dans le célèbre arrêt *Solange I*[769] l'absence de prise en compte des droits fondamentaux dans le traité CEE, comblée par la

---

[766] Concl. A.G. MENGOZZI, 12 avril 2016, *ANODE contre Premier ministre*, aff. C-121/15, EU:C:2016:248 ; 27 juillet 2017, *ENI SpA*, aff. C-226/16, EU:C:2017:616, pt. 44. ; CJUE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier ministre e.a.*, aff. C-121/15, EU:C:2016:637, pt. 51.

[767] Trib., 1er juillet 2010, *M6 et TF1 contre Commission*, aff. T-568 et 573/08, *Rec.* p. II-3397, pt. 108 : CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843 ; pt. 42 ; Trib., *DTS contre Commission*, préc., pts. 122 à 127.

[768] DE LA ROSA (S.), « Les principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ? », *D.* 2014. pp. 705 et s.

[769] BverfGE 37, 271 et s. HANF (D.), « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du traité de Maastricht », *R.T.D. eur.*, n°3, pp. 391 et s.

Cour de justice par le recours aux principes généraux du droit[770]. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Nice s'illustre dans ce contexte comme la suite d'un mouvement continu d'incorporation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. Insérée parmi les instruments de droit primaire depuis le traité de Lisbonne[771], elle constitue un outil de protection structurant l'ordre juridique de l'Union européenne[772] auquel les SIEG participent **(A)**. À l'instar de l'article 14 TFUE, les bénéfices de la Charte restent cependant à parfaire **(B)**.

A. Le statut des SIEG dans la Charte

230. Aux termes de son article 51 § 2 : « la présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ». Elle s'adresse « aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union[773] ». La Cour de justice a précisé dans son arrêt *Åkerberg Fransson* que « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors[774] ». En conséquence, la charte ne peut pas servir

---

[770] BLUMANN (Cl.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 6ème ed., 2016, pp. 653-664. Le législateur s'y est également intéressé dans les années 1980-1990, mais de manière marginale, CARIAT (N.), *La charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2016. p. 718. L'auteur fait notamment référence à deux textes : Dir. 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.* n° L 298 du 17 octobre 1989, pp. 23-30, qui s'intéresse aux rapports entre liberté d'expression et services audiovisuels et Dir. 93/119/CE du Conseil du 22 décembre 1993 sur la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort, *J.O.C.E.* n° L 341 du 31 décembre 1993, pp. 21-34, qui a prévu des limitations à l'obligation d'étourdir les animaux ou de les abattre immédiatement au nom de la liberté religieuse.

[771] TUE, art. 6 § 1.

[772] Un exemple du caractère structurant et l'intérêt de la charte par rapport aux principes généraux du droit tient en l'incorporation automatique des droits fondamentaux dans l'étude des d'impact des législations, voy. pour un exposé PETIT (Y.), « Les respect des droits fondamentaux et le processus décisionnel : vers une mise en œuvre effective de la charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *Politiques de l'Union européenne et des droits fondamentaux*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 27-49, *spéc.* pp. 29-30.

[773] CDF, art ; 51 § 1.

[774] CJUE, 26 février 2013 (version rectifiée au 7 mai 2013), *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, EU:C:2013:105, pt. 19. Not. KRONENBERGER (V.), *R.A.E.*, n°1, 2013, pp. 147-159 ; AUBERT (M.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.), *A.J.D.A.*, n°20, 10 juin 2013, pp. 1154 et s. ; COPAIN (C.), *A.J. Pénal*, 28 mai 2013, pp. 270 et s.

à étendre le champ d'application du droit de l'Union[775]. Aussi, si « une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence[776] ». La charte n'est donc pas autonome et son applicabilité suppose un lien de rattachement avec les traités[777], de même qu'elle ne modifie pas la répartition des compétences entre l'Union et les États membres[778]. Lorsque les institutions de l'Union et les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, la Charte agit comme un paramètre d'interprétation ou de légalité de la réglementation européenne ou nationale, allant même à ces fins jusqu'à puiser dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[779].

231. La Charte n'effectue formellement qu'une unique référence aux SIEG, en l'occurrence dans le Titre IV sur la Solidarité. L'article 36 intitulé « Accès aux services d'intérêt économique général » prévoit que « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union[780] ». Les rapports entre la Charte et les SIEG ne se réduisent pourtant pas à l'article 36. La finalité des SIEG ne se concerne en effet pas uniquement la promotion de la cohésion sociale[781]. Ensuite, les SIEG sont susceptibles d'être associés à d'autres dispositions de la Charte puisqu'il n'appartiennent *ab*

---

[775] LENAERTS (K.), « The EU Charter of Fundamental Rights : Scope oe Application and Methods of Interpretation », in *mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 107-143.

[776] *Ibid*., pt. 22.

[777] CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, EU:C:2014:126.

[778] Cela ne signifie pas cependant qu'elle ne produit à cet égard aucun effet, NEFRAMI (E.), « Quelques réflexions sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution », in *l'identité du droit de l'Union européenne*, *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 431-445.

[779] Son article 52 § 3 impose qu'un droit garanti tant par la Charte que par la Convention européenne des droits de l'Homme doit avoir le même sens et la même portée que ceux donnés par la Cour européenne des droits de l'Homme, Sauf exception, art. 53 de la charte relatif au standard de protection. Cette liaison est à l'origine d'un dialogue entre les deux par lequel elles s'influencent réciproquement, LEPOUTRE (N.), « Le dialogue entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne par le mécanisme du renvoi préjudiciel », Lille, Université de Lille, thèse dactyl, 2016. On rappellera qu'à l'origine de la CEE, le projet EDEN a visé à les fusionner en une Cour européenne unique. Le projet n'a cependant pas eu lieu, notamment par l'opposition de l'Avocat général Maurice LAGRANGE

[780] Sur cet article, voy. DE BROUX (P.-O.), « article 36 », in PICOD (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article.*, Coll. Droit de l'Union européenne – Textes et commentaires, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 775-788.

[781] Voy. *Infra*., Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

initio à aucun domaine de compétence. Tel est le cas par exemple pour un SIEG qui assure le droit d'accès à un service gratuit de placement tel que garanti par l'article 29 de la Charte et mis en œuvre par la décision 573/2014/UE relative à l'amélioration de la coopération entre les services publics de l'emploi[782].

232. La Charte n'a jusqu'à récemment été mentionnée ni dans les différentes directives et règlement s'intéressant aux SIEG, ni dans les études d'impact alors même que la Commission l'utilise à cette fin déjà dans d'autres domaines[783]. Seul le récent règlement relatif à l'accès des services portuaires mentionne de manière très brève dans son dernier considérant que « le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[784] ». Si cette référence sert à indiquer que la Charte a été prise en compte dans l'étude d'impact[785], il est difficile d'observer si l'article 36 a eu une quelconque influence dans la confection du texte, à l'instar des négociations relatives à la mise en œuvre de l'Union de l'énergie[786].

233. Il reste que les SIEG, et plus largement les SIG et la Charte entretiennent des rapports finalement éloignés. Des références indirectes peuvent être trouvées, mais elles sont rares, tandis que l'article 36 n'a pour le moment produit aucun effet, ce que son absence de justiciabilité contribue à renforcer.

---

[782] Déc. 573/2014/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'amélioration de la coopération entre les services publics de l'emploi, *J.O.U.E.* n° L 159 du 28 mai 2014, pp. 32-39.

[783] DELILLE (T.), *L'analyse d'impact des règlementations dans le droit de l'Union européenne*, Coll. Droit des technologies, Bruxelles, Larcier, 2013. *Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission*, COM (2005) 172 final, 27 avril 2005.

[784] Règlement (UE) 2017/352, préc., *cons.* 57.

[785] On retrouve cette formule dans d'autres textes, par ex. : Dir. 2011/83/UE du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil let la directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement et du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 304 du 22 novembre 2011, pp. 64-88, *cons.* 66.

[786] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur le marché intérieur de l'électricité (refonte), 23 février 2017, COM (861) final ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (refonte), 23 février 2017, COM (2016) 863 final ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché de l'électricité (refonte), 21 avril 2017, COM (2016) 864 final/2 (dernières versions modifiées).

B. L'absence de justiciabilité de l'article 36

234. En prévoyant que l'Union et les États membres « respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives[787] », l'article 51 § 1 effectue une différence entre les droits/libertés et les principes contenus dans la Charte. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Association de médiation sociale*, l'Avocat général CRUZ VILLALÓN a mis en évidence que les droits/libertés s'attachent à la protection de la situation individuelle et sont invocables tandis que les principes ne constituent qu'une ligne de conduite des pouvoirs publics appelée à être progressivement mise en œuvre[788]. La Charte consacre tant un ensemble de droits intégrés dans l'ordre juridique de l'Union européenne qu'elle constitue un instrument formalisant des objectifs d'ordre politique[789]. Et si les droits doivent être observés tant par l'Union et les États membres dans l'exercice de leurs compétences respectives, il en est différemment des principes qui n'imposent aucune obligation positive à l'Union et les États membres[790]. Dès l'instant où l'Union et les États membres mettent en œuvre ces principes cependant, leur invocation est possible pour interpréter ou apprécier la légalité de l'acte[791], encore que la Cour semble à cet égard en avoir une lecture[792]. Les principes contenus dans la charte sont donc neutralisés tant qu'ils ne sont pas mis en œuvre.

235. La charte n'effectue pas toujours formellement une distinction entre droits/libertés et principes[793]. On tire de certaines dispositions des références aux termes de « principes[794] »,

---

[787] On retrouve également cette distinction dans le préambule de la charte en son dernier alinéa : « En conséquence, l'Union reconnaît des droits, les libertés et les principes énoncés ci-après ».

[788] Concl. A.G. CRUZ VILLALÓN (P.), 18 juillet 2013, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, EU:C:2013:491, pt. 50.

[789] WATHELET (M.), « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *C.D.E.*, n° 5-6, 2000, pp. 585-594, *spéc.* p. 584-586.

[790] CARIAT (N.), *La charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, op. cit., pp. 741-744, et les références citées.

[791] CDF, art. 52 § 5.

[792] CARIAT (N.), *La charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, op. cit., pp. 495-496 : l'auteur souligne que la Cour, d'une part, n'effectue un contrôle de l'acte que sur les dispositions comprenant directement ou expressément des mesures liées à l'article de la charte et, d'autre part, refuse que l'article de référence de la charte ne soit utilisé pour contourner l'absence de droit objectif invocable inhérent à la nature juridique des principes. En définitive, la mise en œuvre d'un principe semble souffrir d'une approche plus restrictive que l'expression plus générale de mise en œuvre du droit de l'Union visée à l'article 51 § 1 de la Charte.

[793] DUBOUT (E.), « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.T.D. eur.*, n°2, 8 août 2014, pp. 409 et s.

[794] CDF, art. 23 « Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté » ; art. 37 relative à la protection de l'environnement qui doit être assurée « conformément au principe du développement durable » ; art. 49 relatif

de « droit[795] », et de « libertés[796] ». Une lecture attentive conduit cependant à observer leur usage avec prudence : certains articles contiennent tant des occurrences à des droits qu'à des principes[797], et d'autres les utilisent de manière homonymique[798] ou en tant que synonymes[799]. Par ailleurs, certains droits identifiés comme tels doivent être considérés comme des principes[800], et certains articles n'utilisent aucune des trois terminologies[801]. Enfin, l'expression de principe renvoie en elle-même à une pluralité d'acceptions[802]. Seuls la Cour de justice et le Tribunal affinent pour l'instant la distinction entre les droits/libertés et principes. Et pourtant, les affaires *Association de médiation sociale*[803] ou encore

aux « principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines » ; art. 51 relatif au champ d'application de la charte qui fait référence « au respect du principe de subsidiarité » ; art. 52 relatif à la portée des droits garantis fait référence au principe de proportionnalité.

[795] Par ex. : CDF, art. 2 « Droit à la vie », art. « droit à l'intégrité de la personne », art. 14 « Droit à l'éducation »,

[796] Par ex. : CDF, art. 10 relatif à la « liberté de pensée, de conscience et de religion » ; art. 11 relatif à la « liberté d'expression et d'information » ; art. 12 relatif à la liberté de réunion et d'association.

[797] CDF, art 14 relatif au « droit à l'éducation », et qui implique « la liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques […] » ; art. 41 relative au droit à la bonne administration qui s'exerce « conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres ».

[798] Le principe de légalité des délits et des peines (art. 49) est ainsi un droit reconnu par la charte qui n'a rien à voir avec l'utilisation du principe de subsidiarité (art. 51) qui vise une règle d'arbitrage des compétences de l'Union autre qu'exclusive.

[799] Le chapitre II intitulé Libertés et qui consacre aux articles 6 à 9 un ensemble de droits (respectivement droit à la liberté et à la sureté, vie privée et familiale, protection des données à caractère personnel, droit de se marier et droit de fonder une famille. Il n'y a cependant pas d'impact ici en ce que les droits et libertés disposent tous d'un caractère normatif.

[800] C'est le cas de l'article 26 de la Charte, *supra.*

[801] *Ibid*., art. 1 relatif à la dignité humaine ; art. 4 relatif à l' « l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants » ; art. 5 relatif à l' « l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé ».

[802] ALEXY (R.), *A Theory of Constitutionnal Rights*, Oxford, OUP oxford, 2010.

[803] CJUE, gde. chb., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12 EU:C:2014:2. Not, HORDIES (J.-P.), *Obs. Bxl.*, n°97, 15 janvier 2014, pp. 48-50 ; LYON-CAEN (A.), *Rev. Trav.*, n°2, p. 77 ; AUBERT (M.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.) *A.J.D.A.*, n°6, 17 février 2014, pp. 336 et s. ; DITTERT (D.), *R.A.E.*, n°1, 2014, pp. 177-182 ; SIMON (D.), *Europe*, n°3, mars 2014, comm. 112 ; SURREL (H.), , *J.C.P. G.*, 2014. 319 ; DE LA ROSA (S.), « Les principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ? », art. cit. ; DUBOUT (E.), « Principes, droits et devois dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.T.D. eur.*, n°2, pp. 40 et s. ; CAVALLINI (J.), *J.C.P. S.*, 2014, 1232. Dans l'arrêt, la Cour n'aborde pas la qualification de droit ou principe à donner au droit à l'information et la consultation des travailleurs prévu à l'article 27 de la charte, ce qui selon une partie de la doctrine revient à ne pas trancher entre les deux, voy. BERTRAND (B.), « Les catégories juridiques après le traité de Lisbonne : un mal nécessaire ? » in BERTRAND (B.) (dir.), *Les catégories juridiques en droit de l'Union*, op. cit. Une autre partie de la doctrine considère que la Cour a indirectement tranché dans l'affaire CJUE, 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel contre Freistaat Bayern*, aff. C-356/12, EU:C:2014:350, Not. GRARD (L.), *R.T.D. eur.* 2015. 409, dans la mesure où elle consacre « le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté » consacré à l'article 26 de la charte en tant que principe en faisant référence à l'affaire Association de médiation sociale (pts. 74 à 79), voy. CARIAT (N.), *La charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, op. cit., p. 492.

Kamberaj[804] ou *Dominguez*[805] montrent que ces institutions évitent parfois à trancher. En tout état de cause, que ce soit au juge de déterminer cette distinction n'est pas satisfaisante, car cela revient à faire de la Charte des droits fondamentaux un instrument ayant essentiellement une portée juridictionnelle alors qu'il devrait également servir de fondements à la multiplication d'actes législatifs et d'exécution.

236. La distinction entre droits et principes ne semble pas causer des difficultés dans le cadre de l'article 36. Dans ses explications relatives à la Charte, la Commission souligne que « cet article est pleinement conforme à l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et ne créé pas de droit nouveau. Il pose seulement le principe du respect par l'Union de l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les dispositions nationales, dès lors que ces dispositions sont compatibles avec le droit de l'Union[806] ». Outre une certaine tautologie, ces explications invitent à la réserve : d'une part, l'idée de conformité avec l'article 14 TFUE introduit une hiérarchie des normes étonnante, pour ne pas dire fausse, au sein du droit primaire[807] ; d'autre part, les explications font référence aux rapports entre la Charte et le droit interne des États membres sans mentionner les liens avec l'exercice des compétences par l'Union.

237. Au-delà de ces réserves, l'absence de justiciabilité soulignée par la Commission se confirme à l'aune de la jurisprudence de la Cour de justice. Dans l'affaire *Glatzel* relative à la contestation des normes minimales portant sur la vision pour les conducteurs poids lourds fixées par la directive 2006/126/CE[808], la Cour de justice constate que si « l'article 26 de la Charte commande que l'Union respecte et reconnaisse le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures d'intégration, le principe consacré à cet article n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure

---

[804] CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, EU:C:2012:233 relatif à l'article 34 § 3 de la charte et en particulier le droit à l'aide sociale.

[805] CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, aff. C-282/10, EU:C:2012:33 relatif au statut de l'article à l'article 31 § 2 de la charte : « Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ».

[806] Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007/C 303/ 02, *J.O.U.E.* n° C 303/17 du 14 décembre 2007, pp. 17-35.

[807] La référence de la Commission relative à la conformité de l'article 14 TFUE pourrait vouloir faire œuvre didactique auprès des institutions peu familiarisées avec l'usage de la Charte.

[808] Dir. 2006/126/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 relative au permis de conduire, *J.O.U.E.* n° L 403 du 30 décembre 2006, pp. 18-60.

particulière[809] ». Elle en déduit alors qu'il ne confère pas « aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel[810] ». L'usage des termes « reconnaît », « respecte », « promouvoir » ont servi à ranger l'article 26 dans la catégorie des principes. Ces mêmes terminologies sont utilisées à l'article 36 relatif au SIEG, conduisant à identifier cet article comme un principe et non comme source de droits subjectifs. Au demeurant, il faut reconnaître que même l'expression « l'accès aux SIEG » est en elle-même porteuse de nombreuses interrogations fermant davantage encore l'identification de droits subjectifs : S'agit-il d'un accès pour tous ? Pour une partie ? Dans quelles conditions ? Comment l'objectif de cohésion peut-il être interprété à cet effet ? Peut-on user de l'article 36 si l'objectif poursuivi ne concerne pas la cohésion ?

238. Le rangement de l'article 36 dans la catégorie des principes peut trouver plusieurs explications. Dans la continuité des différentes communications de la Commission européenne, la multiplication des références aux SIEG et plus largement aux SIG en droit primaire a eu pour objet de rassurer et préserver la marge d'appréciation des États. De ce point de vue, les références auraient davantage pour objet d'éloigner et de circonscrire les interventions de l'Union européenne que d'être utilisées pour densifier le contenu et les conditions d'exécution de ces services. On perçoit dans cette hypothèse le jeu d'équilibriste qui a été réalisé puisqu'il a fallu trouver des formules préservant les États tout en évitant au juge et à la Commission de trouver, par ces nouvelles sources du droit primaire, de nouveaux moyens de contrôle des États. Dans la lignée de l'article 14 TFUE, cette constatation contribue elle aussi à expliquer pourquoi l'article 36 n'est pour l'instant pas non plus un véhicule des références à l'obligation de service public. Cette perspective pourrait cependant être amenée à changer si les traités optaient pour certaines modifications méthodologiques.

§2. ESSAI DE VALORISATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR LE DROIT PRIMAIRE

239. L'analyse des rapports entre l'obligation de service public et le droit primaire révèle de nombreuses lacunes invitant à s'interroger sur les aménagements qui pourraient être réalisés. Une des hypothèses, peu satisfaisante, pourrait être de laisser les choses en l'état et

---

[809] CJUE, *Wolfgang Glatzel contre Freistaat Bayern*, préc., pt. 78 ; CDF, art. 26 : « L'union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

[810] *Ibid.*

de ne donner aux articles 14 TFUE, le protocole 26, et l'article 36 de la Charte qu'une valeur déclarative. Ces différentes dispositions serviraient alors de guide pour les institutions de l'Union et les États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union[811]. De manière plus ambitieuse cependant, l'on pourrait envisager une méthodologie différente par laquelle tant la Charte **(A)** que les articles 14 et 106 § 2 TFUE **(B)** fassent l'objet de modifications substantielles destinées à valoriser davantage la place des services d'intérêt général en droit de l'Union. .

A. Une véritable constitutionnalisation des SIEG par la Charte

240. Les opportunités offertes par la Charte des droits fondamentaux en matière de SIG se révèlent, à bien y regarder, nombreuses et ne présuppose pas nécessairement une modification de l'article 36. on se souvient que dans l'affaire *Sky Österreich*, le juge a affirmé que « compte tenu, d'une part, de l'importance que revêtent la sauvegarde de la liberté fondamentale de recevoir des informations, la liberté ainsi que le pluralisme des médias garantis par l'article 11 de la Charte et, d'autre part, de la protection de la liberté d'entreprise telle que conférée par l'article 16 de celle-ci, il était loisible au législateur de l'Union d'adopter des règles telles que celles prévues à l'article 15 de la directive 2010/13, lesquelles comportent des limitations de la liberté d'entreprise tout en privilégiant, au regard de la nécessaire pondération des droits et des intérêts concernés, l'accès du public à l'information par rapport à la liberté contractuelle[812] ». Par analogie, l'article 36 pourrait être utilisé pour justifier des limitations à certains droits garantis par la Charte, notamment rattaché à la liberté d'entreprise, et plus généralement des libertés de circulation. On passerait alors d'une logique hiérarchique (l'article 106 § 2 TFUE est envisagé comme une dérogation aux règles des traités) à une logique constitutionnalisante fondée sur des conflits de règles similaires[813].

---

[811] Par exemple, Concl. A.G. POIARES MADURO (M.), *FENIN*, aff. C-205/03 P, *Rec*. p. I-6295, nbp. 35. L'Avocat général ne milite pas en faveur de la reconnaissance de cette valeur déclarative de l'article 14 TFUE, mais souligne qu'il doit servir à interpréter l'actuel 106 § 2 TFUE.

[812] CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, aff. C-283/11, EU:C:2013:28, pt. 66.

[813] AZOULAI (L.), « The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *C.M.L. Rev.*, 2008, pp. 1335–1355 : l'auteur tire une conclusion similaire à propos des arrêts *Viking* et *Laval* qui confronte la constitution économique du droit de l'Union à sa dimension sociale.

241. Cette logique constitutionnalisante de la Charte nécessiterait, dans une perspective ambitieuse, une densification de l'article 36, lequel comprendrait autant des principes que des droits subjectifs. En d'autres termes, on pourrait imaginer que l'article 36 soit composé de trois éléments essentiels : le principe général de l'accès au SIEG tels qu'il existe déjà, un sous-ensemble d'objectifs qu'il sous-tend, notamment pour mettre en avant la dimension sociale des services (accès à l'emploi), et enfin troisièmement il pourrait contenir un ensemble de services d'intérêt général auxquels l'Union européenne entend assurer la garantie d'accès – via des droits subjectifs – à l'ensemble des personnes physiques et éventuellement morales résidant dans l'un des États membres, typiquement comme le droit d'accéder à l'eau dans des conditions abordables.

242. De telles modifications de l'article 36 auraient trois conséquences : d'abord, elles permettraient plus facilement aux États de justifier des règles si discutées dernièrement, tels que les tarifs règlementés. Elles auraient la même valeur juridique que les libertés de circulation et permettraient de sérieusement atténuer le mythe du marché intérieur libéré de toute entrave ; ensuite, ces modifications obligeraient à une meilleure prise en compte de la Charte dans les actes de droit dérivés, lesquels pourraient d'ailleurs être annulés sur son fondement ; enfin, elles constitueraient des symboles particulièrement explicites des valeurs poursuivies par l'Union européenne, et éviteraient d'enfermer les SIEG uniquement dans un langage technique et peu accessible (équilibre économique du contrat de service public par exemple). De telles avancées sur l'article 36 ne sont pour autant pas exemptes de risques. On sait en effet que les États sont traditionnellement réfractaires à l'insertion de règles contraignantes sur les SIEG en droit de l'Union. Aussi, la détermination d'une liste d'activités essentielles d'intérêt général dans la Charte pourrait s'accompagner d'une valorisation de la règle selon laquelle « les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisées dans la présente Charte[814] ».

243. Cette expression renvoie aux articles qui contiennent cette référence[815] dont la majorité relève du Titre IV relatif à la Solidarité, et notamment de l'article 36 sur les SIEG.

---

[814] CDF, art. 52 § 6.

[815] La Charte utilise le vocable de « lois nationales » (par ex. art. 9 sur le droit de sa marier et de fonder une famille ; art. 10 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion) ou de « législations et pratiques nationales » (par ex. art. 30 sur la protection en cas de licenciement injustifié ; art. 35 sur la protection de la santé).

Aucune affaire pertinente ne s'est pour le moment intéressée à la portée de cette mention[816]. Dès lors cependant que l'accès aux SIEG est une question centrale dans les différents paquets de directives touchant les activités de réseau, l'article 36 pourrait s'imposer comme un moyen agissant sur le degré de détermination des obligations de service public et s'opposer à la mise en œuvre d'obligations précises imposant une approche unique de l'accès à un SIEG. Cela permettrait de justifier que le droit dérivé laisse majoritairement aux États membres le soin de déterminer les bénéficiaires des SIEG, par exemple lorsque le règlement 1370/2007 prévoit qu'ils peuvent établir « des tarifs maximaux pour les élèves, les étudiants, les apprentis et les personnes à mobilité réduite[817] ».

244. Au-delà de cette proposition sur l'usage de la Charte, l'article 36 pourrait également servir, dans une perspective moins ambitieuse, à valoriser davantage les études d'impact. Dans celles-ci en effet, le Commission ne fait, soit pas référence à la Charte, soit d'une manière expéditive et peu convaincante pour indiquer qu'aucune réserve n'est à relever. Or, il y a souvent des sujets très sérieux qui ne sont pas exploités. L'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires ne s'est accompagnée d'aucune réflexion précise dans les travaux préparatoires sur ses conséquences en matière d'accès aux différents services publics des États membres. En effet, si à plusieurs reprises les travaux pointent les effets bénéfiques de l'ouverture à la concurrence, jamais ils n'abordent la question essentielle de l'éventuelle diminution du champ des services publics en droit national, à l'image de la fermeture des petites lignes par exemple. Sans qu'il y ait pour cela besoin de s'interroger sur la question de la justiciabilité de la Charte, la Commission pourrait tout à fait dans ses initiatives législatives investir, dans le cadre des études d'impact, de telles questions essentielles en les rattachant à la promotion de l'accès aux SIEG véhiculée par l'article 36.

245. En tout état de cause, ces deux propositions sur l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux auraient des effets concrets sur la valorisation de l'obligation de service

---

[816] Le Conseil d'État n'a commencé à y faire référence que depuis 2016 et uniquement le cadre de la liberté d'entreprendre prévue à l'article 16 de la Charte qu'il combine à l'article 4 de la DDHC. C'est en effet sur le fondement de l'article 4 de la DDHC que le Conseil d'État a dégagé la liberté d'entreprendre. La combinaison avec l'article 16 de la charte portant sur la même liberté résulte du raisonnement dégagé par l'arrêt *Arcelor* relatif à l'équivalence des droits, CE, ass. 08 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, req. n°287110 ; CE, 29 juin 2016, *LEEM*, req. n°387890 ; CE, 24 février 2017, *Novartis Pharma SAS et Novartis Europharm Limited*, req. n°392459 ; CE 23 décembre 2016, *JT International SA*, req. n°39911 ; CE, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et société Coprova*, req. n°401536.

[817] art. 3 § 3.

public par le droit primaire. Dans les deux cas en effet, l'obligation de service public ferait l'objet d'une attention particulière, d'abord parce qu'elle matérialise concrètement de quelle façon l'accès à un activité est garanti, ensuite car elle obligerait à s'intéresser plus en détail aux impacts de la suppression des entraves.

B. Une réécriture des articles 14 et 106 § 2 TFUE

246. L'étude des fondements et de l'extension du champ de l'obligation de service public ont mis en évidence qu'il est nécessaire de revoir l'articulation des SIEG, et plus largement des SIG avec les traités. Alors que l'article 106 § 2 TFUE est de manière discutable placé dans la politique de concurrence, l'article 14 TFUE est quant-à-lui peu opératoire et se révèle davantage redondant. Une des hypothèses qui pourrait être défendue dans ce contexte serait de supprimer les deux dispositions pour n'en former qu'une seule tout en les amendant sur plusieurs points.

247. La proposition de suppression de l'article 106 § 2 TFUE s'explique assez simplement. Les dérogations aux traités octroyées dans l'intérêt de SIEG dépassent le seul cadre du droit de la concurrence auquel cet article est formellement rattaché. Dans la continuité et c'est le corollaire, l'article 106 § 2 TFUE reste également formellement rattaché à l'existence de droits spéciaux ou exclusifs alors qu'il est aujourd'hui lié à des sujets qui dépassent largement les monopoles (tarifs règlementés dans un contexte concurrentiel par exemple). Dans ce contexte, on pourrait imaginer que l'article 106 § 2 TFUE soit introduit dans les dispositions d'application générale du TFUE. Une telle insertion prendrait sens dès lors que les SIEG peuvent interagir potentiellement avec tous les domaines de compétences des traités, et non uniquement la politique de concurrence ou le marché intérieur. De cette façon, le décalage opéré entre le positionnement de l'article 106 § 2 TFUE et sa mise en œuvre serait corrigé.

248. Dans la continuité, l'article 14 TFUE mériterait d'être amendé en prenant en compte plusieurs éléments essentiels. D'abord, la définition proposée par la Commission sur les services d'intérêt économique général et faisant référence aux obligations de service public pourrait être introduite directement dans le traité. Ensuite, une distinction plus claire entre la définition, les principes, et le financement de ces services pourrait être intégrée. Enfin, l'enjeu de l'article 14 n'est pas d'être redondant sur la répartition des compétences, mais davantage de servir de disposition « chapeau » pour les institutions européennes et les États

membres. Dans ce contexte, il pourrait contenir à la fois une règle générale – le pouvoir discrétionnaire des États sur le contenu du service, sans préjudice de l'exercice des compétences –, une liste de principes de fonctionnement du service et de son financement, comprenant notamment l'articulation avec les traités actuellement évoquée à l'article 106 § 2 TFUE (application des règles dans la limite où elles ne font pas échec à la mission impartie), et enfin les finalités recherchées par les activités. L'intérêt de cette disposition serait alors de servir de guide opératoire, d'une part, toutes les fois où les institutions européennes décident sectoriellement de prévoir plusieurs règles pour une ou plusieurs activités d'intérêt général et, d'autre part, toutes les fois où les États membres mettent en œuvres des SIEG entrant dans le champ du droit de l'Union. Il en résulterait une présentation plus claire de la place de ces services en droit de l'Union.

249. Enfin en ce qui concerne les services non économiques d'intérêt général, on ne peut occulter qu'il mérite une meilleure place dans les traités qu'une brève mention dans le protocole 26 sur les services d'intérêt général. Ils pourraient à ce titre être également insérés dans l'article nouvellement proposé en étant associé aux objectifs qu'ils contribuent à poursuivre en droit de l'Union (éducation, retour à l'emploi, etc.). Une telle insertion n'aurait pas pour effet de bouleverser les compétences en droit de l'Union puisque ces services resteraient associés à des compétences résiduelles. Dans la continuité cependant, cette représentation serait plus réaliste des rapports que l'Union entretient avec ces services non économiques, lesquels peuvent être partiellement financés aux fonds structurels.

250. L'obligation de service public serait à travers ces différentes propositions davantage mise en évidence en droit primaire qu'elle ne l'est en l'état à travers une brève référence au sein de la politique des transports. La multiplication des références à la notion ayant traduit une extension de son champ en droit de l'Union serait alors pleinement matérialisée par le droit primaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

251. Dépeint comme un article « racoleur d'une conférence soucieuse de rallier le consensus des administrations, milieux et lobbies concernés par des dispositions au contenu modeste[818] », ou encore comme une « image caricaturale des compromis rédactionnels[819] », l'article 14 TFUE a fait l'objet de positions doctrinales mitigées. Force est d'ailleurs de constater, bien des années après son adoption, que ces critiques restent pleinement actuelles tant on peine à envisager de quelle façon cette disposition a participé à valoriser les SIEG en droit de l'Union. Une conclusion analogue résulte d'une étude de l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, participant à démontrer que le droit de l'Union ne manifeste pour l'instant pas une véritable intégration des SIEG dans son ordre juridique. Il n'est dès lors pas surprenant de constater que l'obligation de service public soit en l'état absente des différentes bases juridiques appréhendant les SIEG, et plus largement les SIG, de façon transversale.

252. De tels constats pourraient à l'avenir évoluer si les rédacteurs des traités s'engageaient de manière ambitieuse à clarifier les rapports entre les services d'intérêt général et le droit de l'Union. Cette clarification passerait notamment, parmi la multitude de possibilités évoquées, par une intégration de l'obligation de service public directement dans une disposition transversale sur les SIG et qui serait intégrée, dans le TFUE, au sein des dispositions d'application générale.

---

[818] LOUIS (J.-V.), « Le Traité d'Amsterdam : une occasion perdue ? », *R.M.C.U.E.*, n°2, février 1997, pp. 5 et s.

[819] RIGAUX (A.), SIMON (D.), « Amsterdam : much ado about nothing ? », *Europe*, n°7, juillet 1997, p. 3.

CONCLUSION DU TITRE 2

253. Au prix de nombreux aménagement institutionnels, la politique des transports, le marché intérieur, ainsi que la politique de concurrence se sont imposés comme les domaines de référence portant sur la mise en œuvre des SIEG et de l'obligation de service public. En n'appartenant *ab initio* à aucun domaine spécifique de compétences, d'autres bases juridiques pourraient contribuer à l'avenir à enrichir l'obligation de service public. Cette mobilisation est cependant liée à la volonté des États membres et des institutions de poursuivre les actions européennes dans les champ au sein desquels l'obligation de service public peut prendre racine. En d'autres termes, l'extension du champ de l'obligation de service public est intrinsèquement liée à l'intégration des politiques de l'Union. Il reste cependant que la reconnaissance positive de l'obligation de service public demeure en deçà des attentes sur une action globale et transversale de l'Union pour préserver et garantir les services publics[820].

254. Cette conclusion est renforcée par l'analyse des bases juridiques transversales sur les services d'intérêt général, lesquelles se sont en l'état davantage révélées des outils redondants et peu explicites sur la place des services d'intérêt général en droit de l'Union. En filigrane, il résulte de cette étude que les institutions européennes et les États membres sont réfractaires à proposer une approche transversale de ces services au profit d'une lecture sectorielle qui, si elle met en évidence l'extension du champ de l'obligation de service public, n'a que de peu évolué depuis maintenant de nombreuses années.

[820] RODRIGUES (S.), « La nouvelle approche communautaire : vers une loi-cadre ? », in GRARD (L.) (dir.), *L'Europe et les services publics*, Coll. Droit, Bordeaux, P.U.B., 2007, pp. 51-71.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

255. L'obligation de service public bénéficie dès l'origine d'une attention particulière dans la politique des transports qui s'est amplifiée dans le champ de la politique de concurrence. La première lui consacre en effet explicitement une référence (article 93 TFUE) tandis qu'elle s'est affirmée dans la seconde comme un moyen de matérialiser les services d'intérêt économique général (106 § 2 TFUE). L'étude de son champ d'application a cependant mis en évidence que l'obligation de service public déborde largement de ces deux politiques. Les SIEG ne sont en effet qu'un support utilisé par les États en vue de réaliser des missions d'intérêt général. Ils peuvent porter sur l'environnement, la cohésion, ou encore l'énergie, autant de domaines qui font l'objet d'une politique dans les traités. En conséquence, l'étude du champ d'application de l'obligation de service public révèle qu'elle n'appartient *ab initio* à aucun domaine de compétences et qu'elle est donc façonnée par les pouvoirs, les compétences, et les objectifs contenus dans chaque domaine des traités.

256. L'extension du champ de l'obligation de service public ne s'est pas nécessairement accompagnée d'une multiplication des références. Dans de nombreuses situations en effet, notamment pour les services non économiques d'intérêt général, l'extension du champ a davantage eu pour objet de rassurer les États membres lorsqu'ils financent de tels services que de dégager une notion générale et uniformisée de service d'intérêt général à laquelle serait associée l'obligation de service public. Au contraire, il se dégage le constat que l'usage de l'obligation de service public est parcellaire et répond davantage à une appréhension sectorielle des services d'intérêt général. Ceci étant, nombreuses sont pourtant les branches du droit qui se sont construites en premier lieu par un ensemble de règles spéciales avant de faire l'objet d'une théorisation générale. Dans une même démarche méthodologique, l'appréhension sectorielle de l'obligation de service public invite à se demander s'il se dessine, de manière sous-jacente, une unité matérielle de la notion qui permettrait d'en identifier des caractéristiques transversales .

Deuxième Partie

LA RECHERCHE D'UNE UNITÉ MATERIELLE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

257. La détermination du champ de l'obligation de service public a mis en évidence sa présence, effective ou potentielle, dans toute une diversité de domaines du droit matériel. Chacun d'eux obéit à ses règles propres en termes de pouvoirs, d'objectifs, et de compétences. La répartition des compétences est une contrainte essentielle pour saisir la qualification juridique[821] et le régime juridique[822] de l'obligation de service public, plus généralement pour identifier ses traits saillants. Faute d'être une notion autonome du droit de l'Union, à l'instar des notions d'établissement, de services ou encore comme les notions qui interviennent dans la qualification d'aide d'État, l'obligation de service public présente un contenu matériel qui dépend de la marge de manœuvre des États et de leurs choix d'associer certaines activités d'intérêt général à des qualifications de service public.

258. Le contentieux de l'article 106 § 2 TFUE et l'exercice des compétences montrent que l'obligation de service public est en l'état cantonnée aux domaines des transports, de la concurrence, et du marché intérieur. En raison de la nature juridique de l'Union européenne,

---

[821] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 22ème ed., 2014-2015, p. 809 : « opération intellectuelle consistant à rattacher une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique déjà existante ».

[822] *Ibid*., p. 842.

tend ainsi à une appropriation sectorielle de l’obligation de service public, que l’exercice des compétences a accentué. Au sein de chaque domaine en effet, les références à l’expression s’effectuent secteur par secteur essentiellement dans le cadre de l’ouverture à la concurrence des activités de réseau **(Titre 1)**. Tenter de systématiser l’obligation de service public suppose alors de dépasser cette appropriation sectorielle et d’en rechercher les caractéristiques communes **(Titre 2)**.

Titre 1

LA NÉCESSAIRE CONTREPARTIE DE L'OUVERTURE CONCURRENTIELLE

259. Le livre blanc de la Commission sur le marché intérieur de 1985 a impulsé l'adoption de plusieurs centaines de mesures destinées à éliminer les entraves aux échanges[823]. Si les activités en réseau n'étaient pas mentionnées par la Commission dans ce document, elles furent toutefois directement concernées par l'objectif de réalisation du marché intérieur. En raison de leur nature d'activités essentielles, leur processus d'harmonisation a été engagé plus tardivement, aux termes de négociations plus longues. Les références à l'obligation de service public furent récurrentes dans ce processus de libéralisation **(Chapitre 1)**.

260. C'est pour préserver le caractère essentiel de ces activités que l'obligation de service public est introduite de manière récurrente dans le processus d'ouverture à la concurrence des activités de réseau[824]. Gage de la liberté laissée aux États membres, elle apparaît comme une sorte de « label[825] » destiné à les rassurer. Si la multiplication des références à l'expression pourrait être le signe d'une convergence du contenu des SIEG par l'obligation

---

[823] OPPETIT (B.), « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1991, pp. 73 et s. ; MATTERA (A.), « L'élimination des barrières techniques et la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle », *R.M.C.*, n0334, 10 février 1990, pp. 80 et s.

[824] KOVAR (R.), SIMON (D.), *Service public et droit communautaire. Les grands textes*, Paris, La documentation française, 1996.

[825] Pour emprunter la formule avancée par le professeur TRUCHET (D.), Renoncer à l'expression « service public », *A.J.D.A.*, n° 11, 24 mars 2008, pp. 553 et s.

de service public, elle a cependant produit des résultats mitigés. La convergence est partielle et atteste des difficultés à dépasser l’appropriation sectorielle de l’obligation de service public **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1

Un qualificatif associé à l'ouverture à la concurrence des activités en réseau

261. « Concept valise[826] », la régulation est un qualificatif général dont l'usage, pour ce qui concerne le droit de l'Union européenne, renvoie pour l'essentiel à l'encadrement des marchés de réseau dont le caractère monopolistique a été remis en cause et abandonné. Ce processus s'est amorcé de manière sectorielle en cherchant à concilier des contraintes *a priori* antagonistes, d'une part, établir un cadre concurrentiel pour ces activités, d'autre part, préserver certains objectifs d'intérêt général auxquels les États les associent.

262. Partant du postulat que les activités en réseau sont des marchés imparfaits **(Section 1)**, nécessitant une intervention de l'Union et des États, l'ouverture à la concurrence des activités en réseau s'est matérialisée par plusieurs principes à l'origine d'une transformation partielle des anciens monopoles historiques **(Section 2)**. Dans ce cadre, l'obligation de service public fait l'objet d'une approche économique : en dépit de son lien avec le besoin de satisfaction de l'intérêt général, elle demeure tributaire d'une analyse économique fondée sur le degré de l'atteinte à l'équilibre concurrentiel.

---

[826] BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (Ch.), DU MARAIS (B.), SÉE, (A.), *Dictionnaire de la régulation*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 1.

Section 1. **LA RÉGULATION NÉCESSAIRE DES MARCHÉS EN RÈSEAU**

263. La pensée économique – quelle que soit ses courants – accorde une place privilégiée aux équilibres, à savoir aux situations dans lesquels il y a « compatibilité entre les plans des agents économiques – que ceux-ci soient formés d'individus ou de groupes d'individus (ménages, entreprises, classes sociales, syndicats) »[827]. En tant que repères, ils sont à l'origine de modèles d'analyse des comportements des agents économiques, dont celui de l'équilibre de la concurrence pure et parfaite. Utilisé à travers la théorie de l'économie du bien-être, cet équilibre se heurte à de nombreux obstacles **(§1)** qui légitiment l'intervention de l'État sur le marché **(§2)**.

§1. LES OBSTACLES À L'EXERCICE D'UNE CONCURRENCE PURE ET PARFAITE

264. Envisagé par les économistes néoclassiques par sa capacité à créer des optimums de PARETO[828], l'équilibre de la concurrence pure et parfaite est un modèle d'analyse[829] **(A)**, utilisé pour identifier les imperfections des marchés **(B)**.

A. L'utilisation de la théorie de l'équilibre général comme cadre général de l'économie de marché

265. L'approche de l'équilibre général « consiste à prendre en compte l'ensemble des interdépendances qui résultent des choix des individus ». Elle est souvent rattachée, sous l'impulsion des auteurs néoclassiques, à la métaphore de la main invisible d'Adam SMITH, selon laquelle « la recherche de chacun de son seul intérêt personnel peut service l'intérêt social[830] ». En situation de concurrence pure et parfaite, l'affectation des ressources parmi les membres d'une société atteint un point d'équilibre selon lequel il n'est pas possible d'améliorer la situation d'un individu sans détériorer la situation d'un autre[831].

---

[827] GUERRIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, Coll. Repères, Paris, La découverte, 1996, p. 190, entrée « équilibre » ; LEVEQUE (F.), *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 2004, p. 7.

[828] PINDYCK (R.), RUBINFELD (D.) (dir.), *Microéconomie*, Londres, Pearson, 8ème ed., 2012, p. 899.

[829] GUERRIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, op. cit., p. 86.

[830] *Ibid.*, pp. 302 et s., entrée « main invisible ». Ainsi que l'auteur le souligne, l'idée véhiculée par la main invisible de provient pas d'Adam SMITH, on la retrouve dans plusieurs écrits antérieurement à son œuvre « Richesse des nations ».

[831] PARETO (W.), *Manuel d'économie politique*, 1909, réed. Paris, Hachette Livre BNF, 2014.

266. À cette fin, plusieurs conditions doivent être réunies[832], il faut un grand nombre d'offreurs et de consommateurs si bien que ni l'un ni l'autre ne peut seul influencer le prix (atomicité des offreurs et des consommateurs) ; les biens doivent être substituables ; l'absence de barrières à l'entrée ou à la sortie sur un marché ; la transparence des prix[833]. Ces conditions servent de cadre général pour identifier les imperfections : la non vérification de l'une ou de plusieurs d'entre elles permet de caractériser un marché dont l'équilibre serait dégradé par rapport à l'optimum concurrentiel. L'on se retrouve alors dans des modèles de concurrence imparfaite.

B. Un modèle d'identification des imperfections des marchés

267. La concurrence pure et parfaite est un modèle vers lequel tendre. Cependant, ainsi que le résume le Pr. CHÉROT, « les marchés ayant la fâcheuse caractéristique de n'être jamais parfaits[834] » , ils sont exposés à de nombreuses défaillances de marché[835] **(1)**, s'observant particulièrement dans les activités de réseau **(2)**.

1) Les cas de défaillances de marché

268. Les économistes établissent plusieurs types de défaillance de marché, dont la présence justifie des interventions correctrices de l'État. Le pouvoir de marché fait référence à une situation dans laquelle un acheteur ou un consommateur est capable d'influencer seul le prix[836], révélant alors sa « capacité de s'extraire de toute concurrence sans subir des pertes mais avec profitabilité[837] ». Condamnée par les ordolibéraux pour des raisons historiques[838]

---

[832] KNIGHT (F.), *Risk, Uncertainty, and Profit*, 1921, rééd., Kissimmee, Signalman Publishing 2009.

[833] DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Coll. Amphithéâtre, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 39 et s.

[834] CHÉROT (J.-Y.), « Le « plan d'action » de la Commission dans le domaine des aides d'État », *A.J.D.A.*, n°44, 24 décembre 2007, pp. 2412 et s. ; KOVAR (J.-Ph.), *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, Université Strasbourg III, Thèse dactyl., 2005, pp. 467 et s.

[835] RIOUX (M.) *L'investissement et la nouvelle économie mondiale*, Coll. Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 50 et s. ; Voy également. PRIETO (C.), BOSCO (D.), *Droit européen de la concurrence*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 291 et s.

[836] Pour une revue historique, BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, op. cit., pp. 288-301 ; PINDYCK (R.), RUBINFELD (D.), *Microéconomie*, op. cit., pp. : Il existe deux formes de pouvoir de marché : le pouvoir du monopole et le pouvoir du monopsone. Ce dernier, moins connu, vise la situation dans laquelle l'acheteur (le consommateur par exemple) « *peut, avec profit, baisser le prix sous des niveaux concurrentiels en limitant la demande* ».

[837] PINDYCK (R.), RUBINFELD (D.), *Microéconomie*, op. cit.,

[838] COMMUN (P.), *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Coll. Penseurs de la Liberté, Paris, Les belles lettres, 2016.

et mis en avant par Robert SCHUMAN dans son discours de l'Horloge[839], la lutte contre le pouvoir de marché a servi à construire le droit européen des pratiques anticoncurrentielles[840]. En tant que gardienne des traités, la Commission contrôle par exemple les opérations de concentration. Elle peut, à cet égard, les conditionner à des engagements destinés à préserver les atteintes à la concurrence de la part des entreprises[841].

269. L'asymétrie d'information vise « une situation dans laquelle un acheteur et un vendeur possèdent des informations différentes sur l'objet de la transaction[842] ». Un exemple d'asymétrie d'information s'illustre dans le déséquilibre des relations contractuelles entre les professionnels et les particuliers[843], et parfois même entre professionnels[844]. Ce déséquilibre est à l'origine d'un état de vulnérabilité du consommateur[845] ayant servi à construire les droits de la consommation. Le droit de l'Union ne l'ignore pas puisque les traités prévoient une politique de protection du consommateur[846]. Les règles prises sur ce fondement restent cependant méconnues des consommateurs et des professionnels[847].

---

[839] « À l'opposé d'un cartel international tendant à la répartition et à l'exploitation des marchés nationaux par des pratiques restrictives et le maintien de profits élevés, l'organisation projetée aussurera la fusion des marchés et l'expansion de la production ».

[840] MONGOUACHON (C.), *Abus de position dominante et secteur public*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012.

[841] Trib., 26 octobre 2017, *KPN BV contre Commission*, aff. T-394/15, EU:T:2017:756, à propos des effets d'opération de concentration des deux plus gros câblo-opérateurs des Pays Bays sur le marché de fourniture et d'acquisition en gros de chaînes de télévision de base et premium payantes ; Sur les rapports entre l'Union et les États membres en matière de concentration voy., pour l'exemple de la France, BLANC (F.), *Les engagements dans le droit français des concentrations*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 285, 2015.

[842] *Ibid.* p. 891.

[843] CHANTEPIE (G.), « La recomposition des catégories juridiques contractuelles par le droit de la consommation d'origine européenne », in SÉNÉCHAL (J.), VOINOT (D.) (dir.), *Vers un droit européen des contrats spéciaux – Towards a european lo of specific contracts*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 71-88.

[844] GOUGUET (J.-J.), PRIMAULT (D.), « Les agents dans le sport professionnel : analyse économique », *R.J.E.S.*, n°81, décembre 2007, pp. 7 et s. : l'asymétrie d'information s'illustre dans le domaine sportif. Les intermédiaires – les agents – servent à pallier ces asymétries.

[845] On retrouve parfois l'expression de consommateur vulnérable. L'épithète nous semble cependant redondant et procède d'une différence entre l'approche économique et l'approche juridique de la notion. En économie, le consommateur est envisagé en tant qu'acheteur d'un bien et d'un service. Si le marché n'est pas parfait, il sert à justifier l'intervention de l'État. Le consommateur n'est donc pas postulé vulnérable. Il en va différemment de l'approche juridique. En effet, et dénotant une intervention de l'État et donc d'une imperfection du marché, le consommateur ne sera envisagé que sous l'angle de sa vulnérabilité. Il est ainsi juridiquement distingué des autres acheteurs. Certains professionnels bénéficient également d'une protection contre leur vulnérabilité, mais ils ne sont pas vulnérables par défaut (rapprochement pour ces derniers de l'approche économique de la notion de consommateur).

[846] TFUE, art. 169. Il ne faut cependant pas s'y méprendre, la consécration de cette politique par le traité de Maastricht est révélatrice d'un pas en avant en termes de niveau d'intégration, mais n'a pas donné lieu à une extension des compétences dans l'Union par rapport à l'actuel article 114 TFUE.

[847] GOYENS (M.), « Le droit européen des consommateurs – Un arsenal impressionnant en danger ? », *Obs. Bxl.*, n°100, 2015/2, pp. 9-10.

Surtout, elle suppose une théorie générale des obligations en droit de l'Union que de nombreux points d'achoppement n'ont pas permis de dépasser.

270. La théorie des effets externes développée par PIGOU (membre de l'école de Cambridge) concerne des situations dans lesquelles « un agent économique a un effet positif ou négatif sur le bien-être d'un autre sans passer par un prix[848] ». Plus précisément, « lorsqu'un agent est responsable d'un effet externe négatif résultant, par exemple, de la pollution provoquée par les émissions liées à sa consommation énergétique au détriment de la collectivité, le « coût social » que supporte alors cette dernière est supérieur au « coût privé » que supporte l'agent pollueur[849] ». Contrairement au pouvoir de marché ou à l'asymétrie d'information, aucun domaine matériel du droit de l'Union ne vise exclusivement à lutter contre ce type de défaillance. Certes, le droit de l'environnement occupe une place privilégiée[850] (pollution de l'eau qui perturbe le rendement des pêcheurs par exemple), mais le droit positif couvre de nombreux champs, allant de la régulation financière (via le risque de panique par exemple[851] en vue de préserver la stabilité du marché) en passant par l'usage de l'infrastructure des activités de réseaux[852]. La lutte contre les effets externes sert ainsi à orienter l'exercice des compétences[853]. Au-delà des politiques sectorielles, l'enjeu est surtout d'internaliser ces externalités (positives ou négatives) en intégrant les défaillances dans une logique de marché. Cette lecture conduit à associer les biens collectifs ou les prestations couverts par une obligation de service public à une perspective qui privilégie la centralité du marché.

---

[848] *Ibid.*, p. 787 ;

[849] BOURGET (R.), « Propos sur quelques promoteurs de la fiscalité sur l'énergie », *R.E.I.D.F.*, n°3, 2016, pp. 281 et s.

[850] PEIFFERT (O.), *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 137-139 ; THIEFFRY (P.), « Mesures publiques de protection de l'environnement et concurrence », *A.J.D.A.*, n°4, 29 janvier 2007, pp. 170 et s.

[851] SÈVE (M.), *La régulation financière face à la crise*, Coll. Droit et économie, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 360 et s.

[852] AMARAL (M.), DANIELOWITZOVA (N.), « (Co)régulation économique des industries de réseau : le cas de la tarification de l'infrastructure ferroviaire en Europe », in RAPOPORT (C.) (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen : Quelle(s) réalité(s) ?*, Coll. rencontes européennes, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 239-264.

[853] C'est le cas en matière environnementale par exemple, dont la prévention des externalités est utilisée dans le cadre de la politique agricole commune, voy. PETIT (Y.), « Politique agricole commune et environnement », *R.A.E.*, n°4, 2011, pp. 693-706.

271. Enfin, la rivalité et l'excluabilité de certains biens sont des marqueurs de l'imperfection des marchés[854]. Un bien est dit non-rival lorsqu'il renvoie à l'hypothèse dans laquelle le coût marginal - c'est à dire le coût de production d'une unité supplémentaire du bien sur une période donnée – n'évolue pas en fonction de la fourniture du bien à un autre consommateur[855] (les coûts de fonctionnement d'un phare n'évoluent pas selon qu'il bénéficie à plus ou moins de navires). Un bien est dit non-excludable dès lors qu'il n'exclut personne de sa consommation[856], supposant que le service ne peut pas faire l'objet d'un prix. Ensemble, ces deux caractéristiques servent à identifier plusieurs catégories de biens en économie : les biens publics (non rivaux et non excludables) ; les biens de club (non-rivaux mais excludables), les biens privés (rivaux et excludables), et les pool de ressources communes (rivaux et non-excludables). En droit de l'Union, les biens publics[857] sont susceptibles d'être exclus de la notion d'entreprise. L'exemple du phare mentionné par les économistes pour illustrer un bien public renvoie à une situation analogue à l'arrêt *Eurocontrol* selon lequel l'activité de contrôle de la navigation aérienne appartient aux prérogatives de puissance public de l'État et n'est pas une activité économique[858]. La distinction entre les biens publics et les autres biens est utile pour appréhender la distinction en droit français entre services publics administratifs (SPA) et les services publics industriels et commerciaux (SPIC) : un SPA telle que la défense nationale ou l'éducation est non-rival et non-excludable (bien public) tandis qu'un SPIC telle qu'une activité de transport est non-rival mais excludable car l'usager doit payer un prix (biens de club)[859].

2) Des défaillances observées au sein des activités de réseau

272. L'approche de l'équilibre général ne permet pas d'identifier des équilibres en présence de monopoles et de duopoles. Les secteurs en réseau sont essentiellement

---

[854] SAMUELSON (P.-A.), « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, n°4, 1954, pp. 387-389 ; MUSGRAVE (R.), *A theory of Public Finance*, Mc Graw Hill, 1959.

[855] PINDYCK (R.), RUBINFELD (D.), *Microéconomie*, op. cit., p. 868.

[856] *Ibid*., p. 869.

[857] Qui ne doivent pas être confondus avec leurs homonymes renvoyant d'une part, à la distinction biens publics et biens privés fondée sur la *suma divisio* droit public/droit privé, et d'autre part avec celle de « patrimoine commun de l'humanité », DELMAS-MARTY (M.), « Pluralisme juridique et effectivité du droit économique : Comment humaniser la mondialisation ? », in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SUEUR (J.-J.) (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Coll. Droit & économie internationale, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 503-515 ; BOUL (M.), « Le « publics goods » : traduction juridique d'une notion économique », *R.F.D.A.*, n°3, juillet 2013, pp. 557 et s.

[858] CJCE, 26 mars 2009, *SELEX contre Commission et Eurocontrol*, aff. C-113/07 P, *Rec*. p. I-2207.

[859] Peu importe dans cette hypothèse que l'usager ne paie pas le coût de revient du titre de transport. Le simple fait de ne pas rendre l'activité gratuite en fait, au regard de la théorie économique, un bien excludable.

caractérisés par des monopoles naturels, situation dans laquelle « une entreprise qui peut produire à elle seule des quantités suffisantes pour satisfaire l'intégralité de la demande, et ce, pour un coût inférieur à celui auquel peuvent produire plusieurs entreprises[860] ». L'instauration d'un tel monopole s'explique au motif qu'il est « plus efficient de la laisser seule satisfaire l'intégralité de la demande, plutôt que d'avoir plusieurs entreprises concurrentielles[861] ».

273. Les activités en réseau constituent des marchés imparfaits, car elles sont exposées à de nombreuses défaillances de marché[862] . Caractérisées par des coûts d'entrée limitant l'entrée et la sortie sur un marché, il n'existe pas ou peu d'atomicité des offreurs. Les réseaux sont considérés comme des biens de clubs[863], c'est à dire non-rivals (pas de diminution du coût marginal en fonction de l'utilisation par une unité supplémentaire), mais excludables (le client doit payer un prix pour y accéder). Certains marchés sont dits contestables en visant une situation dans laquelle un faible nombre d'entreprise offrent un bien[864]. D'autres sont en situation de concurrence monopolistique, « situation où l'offre d'un bien est le fait d'une seule entreprise, mais où il est tenu compte de l'existence de substituts à ce bien qui lui font concurrence[865] ».

§2. LA CORRECTION DES DÉSÉQUILIBRES PAR DE NOUVELLES FORMES D'INTERVENTION DE L'ÉTAT

274. Incontournable depuis trois décennies, la notion de régulation[866] est communément présentée comme un qualificatif général rassemblant les différentes formes d'interventions

---

[860] PINDYCK (R.), RUBINFELD (D.) (dir.), *Microéconomie*, op. cit., p. 470-471.

[861] *Ibid.*

[862] CHARLES (F.), PHILLIPS (J.), *The Regulation of Public Utilities*, Arlington, Public utilities Reports, 1993. Cette idée s'illustre d'ailleurs dans un ancien arrêt de la Cour de justice, CJCE, 18 mai 1962, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr contre Haute autorité de la CECA*, aff. 13/60, *Rec.* p. 165 : Elle indique que le marché de l'énergie présente les caractéristiques « du régime de l'oligopole, qui est aussi celui de la concurrence imparfaite ».

[863] LE BERRE (Ch.), « La logique économique dans la définition du service public », *R.F.D.A.*, n°1, 2008, pp. 50 et s.

[864] CHEVALIER (J.-M.), Les réseaux de gaz et d'électricité : multiplication des marchés contestables et nouvelle dynamique concurrentielle », *Revue d'économie industrielle*, n°72, 1995, pp. 7-29. Pour un aperçu de la théorie, voy. BAUMOL (W.-L.), PANZAR (J.), WILLIG (B.), *Contestable Market and the Theory of Industry Structure*, New York, Hartcourt, 1982.

[865] GUERRIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, op. cit., entrée « concurrence monopolistique », p. 82.

[866] Pour une présentation, voy. RAMBAUD (R.), « Les évolutions récentes de la notion de régulation à l'épreuve de la pensée de Gérard Marcou », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Paris, IRJS Editions, 2018,

étatiques dans le fonctionnement des marchés imparfaits **(A)**. Insistant sur la fonction de régulation à laquelle doit être associé l'État[867], elle l'illustre dans le cadre des activités en réseau à travers la théorie des facilités essentielles **(B)**.

A. La régulation, cadre de correction des situations de concurrence imparfaite

275. La régulation est conçue, suivant une première approche générale, comme une méthode destinée préserver les équilibres. La Pr. FRISON-ROCHE la considère comme un ensemble d'outils dont la fonction est de créer et maintenir « un équilibre entre la concurrence et un autre principe que la concurrence dans des secteurs économiques qui ne peuvent les créer ou les maintenir de leurs propres formes, ou en s'appuyant seulement sur le cadre général du droit de la concurrence[868] ». Le droit de la régulation se distinguerait ainsi du droit de la concurrence. L'État n'aurait pas seulement à la maintenir, il devrait également la construire. « Il y aura régulation s'il convient d'imposer à un secteur de se déployer autour d'une règle économiquement non spontanée[869] ». À cet égard, si la régulation se réduit essentiellement selon l'auteur aux activités de réseau, d'autres secteurs sont également concernés[870].

---

pp. 565-578 ; SEE (A.), *La régulation du marché en droit administratif : Étude critique*, Coll. bibliothèque des thèses, Paris, Mare et Martin, 2018 ; RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation : recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Coll. Logiques juridiques, Paris L'Harmattan, 2012 ; CALANDRI (L.), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 259, 2009.

[867] SEE (A.), « Questions transversales – Le réseau, modèle de régulation ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, dossier 25.

[868] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610 et s.

[869] *Ibid.*

[870] BILGER (F.), *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Coll. Bibliothèque d'économie politique, Paris, L.G.D.J., Tome 5, 1964, p. 185, cité par le Pr. DUBOS, « L'union européenne et la régulation : parcimonie et énergie… », *R.U.E.*, n°549, 10 juin 2011, pp. 383 et s. : « il faut préparer l'agriculture au marché libre en veillant à ce que toutes les mesures prises la rapprochent de ce but et n'aient pas de conséquences néfastes immédiates sur les autres marchés. Pour aboutir au résultat final, l'État pourra intervenir sur toutes les données énumérées précédemment et déterminant l'activité agricole : la population occupée dans l'agriculture, la technique utilisée, le régime juridique des exploitations, le sol disponible, le climat même, etc » ; PETIT (Y.), « Divers – L'extrême urgence agricole », *Droit rural*, n°441, mars 2016, alerte 21 ; GADBIN (D.), Prix du lait : construction chaotique d'un nouveau modèle de régulation européen des marchés », *Droit rural*, n°377, novembre 2009, repère 10, à propos de la libéralisation des prix du lait.

276. Reprise par plusieurs auteurs[871], enrichie pas d'autres[872], ou encore critiquée[873], cette lecture conduit à envisager la régulation au-delà du champ juridique[874]. Elle permet d'identifier les liens entre l'économie et le droit[875]. La régulation, ainsi que le résume le Pr. TIMIST, renvoie en conséquence à un ensemble de règles « visant à réduire la distance entre le monde imparfait, incomplet où nous vivons et le monde parfait, optimal, de la théorie de l'équilibre général[876] ».

277. La régulation est utilisée pour rendre compte de la nature de l'interventionnisme étatique sur le marché[877]. En l'occurrence, les fonctions de l'État ne réduisent ni à une application de la théorie néoclassique ni à un État providence d'essence keynésianiste. La régulation sert à rendre compte d'une troisième voie[878], l'État régulateur[879], qui résulte

---

[871] LOMBARD (M.), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, n°10 du 14 mars 2005, pp. 530 et s. ; COLSON (J.-Ph.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, Coll. Manuel, Paris, L.G.D.J., 2016, 8ème ed. pp. 444-445 ; CHÉROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Coll. Corpus Droit public, Paris, Economica, 2ème ed., 2007., p. 9 ; DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Coll. Amphithéâtre, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 484-485. THÉOPHILE (D.), « Concurrence – Déséquilibre. – Les excès de la régulation concurrentielle », *J.C.P. G.*, 2015. doctr. 674.

[872] MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, n°7, 20 février 2006, pp. 347 et s. : « la régulation est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel ». Cette posture est également défendue par le Pr. RAMBAUD dans sa thèse sous la direction de Gérard MARCOU, RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation : recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie* économique, op. cit. ; IDOUX (P.), « Le droit public économique vu à travers la crise », *Droit administratif*, n°3, mars 2010, étude 5 ; COLSON (J.-Ph.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, op. cit., p. 38 : la régulation est « une démarche pragmatique consistant à poursuivre un objectif déterminé par l'utilisation, généralement combinée, de méthodes choisies parmi une palette d'instruments variés, en fonction d'un calcul d'efficacité optimal ».

[873] On doit en particulier à Laurence BOY d'avoir émis sur ce point desréserves sur la méthodologie employée par la Pr. FRISON-ROCHE, voy. BOY (L.), « Le droit de la régulation », *D.*, n°37, 2001, p. 3031.

[874] BUZELAY (A.), « De la dérégulation des télécommunications dans l'Union », *R.M.C.U.E.*, n° 434, 10 janvier 2000, pp. 24 et s.

[875] PLESSIX (B.), « L'éternelle jouvence du service public », *J.C.P. A.*, 2005, 1350.

[876] TIMSIT (G.), « La régulation – La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, n°109, 2004, pp. 5-11.

[877] DUBOS (O.), « L'union européenne et la régulation : parcimonie et énergie… », *R.M.C.U.E.*, n°549, 2011, pp. 383 et s.

[878] COMMUN (P.), *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Coll. Penseurs de la Liberté, Les belles lettres, 2016, p. 213.

[879] MAJONE (G.), *La Communauté européenne : un État régulateur*, Coll. clés politique, Paris, Montchrestien, 1996. COLSON (J.-Ph.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, op. cit., pp. 22-24 ; SEE (A.), « Questions transversales – Le réseau, modèle de régulation ? », art. cit ; DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, op. cit., pp. 483-484 : après s'être appuyé sur la fonction de la régulation dévelopée par le Pr. FRISON-ROCHE, l'auteur considère qu'elle renvoie à trois types de politiques, en l'occurrence, l'ouverture à la concurrence, la privatisation, et la gestion administrative, qui sont justement celles que l'on retrouve dans l'ouvrage de G. MALONE sur l'État régulateur. Des désaccords méthodologiques existent, MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », art. cit., RAMBAUD (R.), « Les évolutions récentes de la notion de régulation à l'épreuve de la pensée de Gérard Marcou », art. cit., pp. 568-569. L'opposition entre les deux doctrines n'apparaît pas absolue. Gérard MARCOU s'oppose à la thèse de l'État régulateur développée

d' « une confrontation entre ces deux traditions[880] » par laquelle l'État cherche à créer les conditions œuvrant dans un cadre concurrentiel à la réalisation d'objectifs divers[881]. Le Pr. DUBOS conclut que « la régulation est alors la figure d'une puissance publique néo-libérale hyper-interventionniste[882] ». Une recherche établie à l'échelon européen par le Pr. MARCOU l'atteste puisque l'ouverture à la concurrence « s'accompagne dans les secteurs concernés d'une production normative sans précédent[883] ».

278. La régulation a servi de méthode d'analyse de l'ouverture à la concurrence des secteur en réseaux[884], que l'application de la théorie des facilités essentielles a servi à amorcer.

B. La conciliation des antagonismes au sein des marchés en réseau par le recours à la théorie des facilités essentielles

279. Les facilités essentielles constituent « les installations (infrastructures, biens, services) détenues par une entreprise en position dominante, qui sont non aisément reproductibles, et dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché concerné[885] ». D'origine américaine, la théorie des facilités essentielles (essential facilities)[886] est apparue au XIXème siècle pour répondre à un besoin d'encadrement de certaines activités régies par des monopoles[887]. L'industrialisation des marchés a généré la construction de réseaux dans l'énergie, les transports et les communications. La crise économique mondiale au cours du XIXème siècle a cependant provoqué une guerre des prix entre les entreprises propriétaires des réseaux et qui, compte tenu du niveau des coûts fixes, aurait pu causer une faillite généralisée. Afin d'assurer leur pérennité, des cartels se sont organisés. C'est dans ce contexte que le Congrès a adopté le

---

en économie politique car elle se réfère à des considérations jugées trop générales. Au contraire, c'est la fonction de préservation des équilibres qui permet pour les autres de conclure à la présence d'un État régulateur.

[880] NICINSKI (S.), « Le mode de régulation », *R.F.D.A.*, n°4, 13 septembre 2010, pp. 735 et s.

[881] Par exemple, sur l'activité de notaire, voy. BLANC (F.), « La paradoxe de la libéralisation du notariat par l'administration », *J.C.P. N.I.*, n°36, 2014, 1153.

[882] DUBOS (O.), « L'union européenne et la régulation : parcimonie et énergie… », art. cit.

[883] MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », art. cit.

[884] LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseau*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2002, pp. 2 et s.

[885] Définition empruntée à l'article du Pr. BAZEX qui cite JENNY, BAZEX (M.), « Entre concurrence et régulation, La théorie des facilités essentielles », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 2001, n°119, pp. 37-33.

[886] Parfois également appelée théorie des infrastructures essentielles.

[887] KEMPF (H.), « Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 (les origines de la politique concurrentielle américaine) », *Cahiers d'économie politique*, 1992, n°20-21, pp. 187-221.

Sherman Act après un débat juridique et politique délicat[888] dans le but d'interdire des pratiques considérées comme anticoncurrentielles.

280. Les sections 1 et 2 du texte prohibant respectivement les accords ayant pour effet de restreindre le commerce entre les États fédérés et les monopoles ont été sollicitées à l'occasion de l'affaire *United States v. Terminal Railroad ASS'n*. Dans cette espèce, plusieurs entreprises détenant la totalité des infrastructures ferroviaires permettant de franchir le Mississipi et accéder à St. Louis sont poursuivies pour les conditions d'utilisation qu'elles imposent aux entreprises ferroviaires souhaitant y accéder (notamment sur les tarifs)[889]. Après avoir constaté que l'unification des gestionnaires d'infrastructure en une seule organisation présente un intérêt public, la Cour suprême juge que « But when, as here, the inherent conditions are such as to prohibit any other reasonable means of entering the city, the combination of every such facility under the exclusive ownership and control of less than all of the companies under compulsion to use them violates both the first and second sections of the act[890] ». Elle impose une renégociation des contrats entre les entreprises ferroviaires et les gestionnaires de l'infrastructure (terminal compagnies) devant assurer l'accès à l'infrastructure à des conditions financières raisonnables et non discriminatoires[891]. Une épée de damoclès pèse au dessus des gestionnaires d'infrastructure car, à défaut d'un accord entre les parties, la Cour Suprême mettra fin à l'unification de l'organisation des infrastructures ferroviaires[892].

281. L'affaire *United States v. Terminal Railroad ASS'n* consacre la théorie des facilités essentielles en autorisant l'État à intervenir pour combler les déséquilibres des marchés imparfaits, en l'occurrence, en imposant des obligations de contracter à l'opérateur dominant[893] dans l'hypothèse où il dispose des infrastructures que des entreprises sont contraintes d'utiliser pour réaliser leur activité. Cette solution pourrait surprendre car elle intervient dans l'ère *Lochner*, c'est à dire à l'époque où la Cour Suprême a jugé contraire à

---

[888] *Ibid*., D'un point de vue politique, le Parti Républicain a défendu une position pro-industriels quand le Parti Démocrate a défendu une position fondée sur les effets négatifs des pratiques sur le consommateur. D'un point de vue juridique, c'est la question des bases juridiques de la Constitution américaine pour prendre le *Sherman Act* qui s'est posée.

[889] *United States v. Terminal Railroad ASS'n,* 224 U.S 383 (1912).

[890] *Ibid*. US 409.

[891] *Ibid*., US. 411-412. La Cour impose par exemple qu'il y ait une juste prise en compte des coûts et dépenses dans l'évaluation du tarif.

[892] *Ibid*., US. 412.

[893] BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, op. cit., pp. 1019-1020.

la Constitution une loi limitant la durée du travail dans les boulangeries[894] et s'érigeant en défenseure du laisser-faire[895]. Il s'agit cependant de deux situations distinctes. La Cour suprême n'a jamais défendu un retrait total de l'État puisqu'elle a déjà accepté à cette époque des interventions fondées sur l'ordre public[896]. Elle s'oppose en revanche à cette période aux interventions sociales de l'État.

282. La théorie des facilités essentielles a été reprise en droit de l'Union à l'occasion de l'affaire *Sea Containers contre Stena Sealink*[897]. En l'espèce, un gestionnaire portuaire a modifié des changements d'horaires de dessertes de liaisons maritimes qui ont pour conséquence de favoriser sa propre compagnie de ferry-boat au détriment des concurrents. La Commission a décidé que « le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction à l'article 86[898] [abus de position dominante] ». La juge a par la suite explicité la notion d'infrastructure essentielle dans l'affaire *Bronner* en jugeant que l'infrastructure doit être impossible à dupliquer et que son utilisation doit être indispensable à l'entreprise souhaitant exercer son activité sur un marché dérivé (dit aussi le critère de l'interchangeabilité)[899]. Si

---

[894] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), not. ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Coll. Grands arrêts, Paris, Dalloz, 2010, pp. 141 et s. FASSASSI (I.), *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, Volume 165, 2017, 768 p., qui y consacre d'importants développements.

[895] CARPANO (E.), Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *A.D.U.E.*, 2016, pp. 45-84, *spéc.* 52-56 : l'auteur revient sur les enjeux de l'affaire *Lochner*. Il note que la Cour est revenue sur sa position à partir de 1937 dans l'affaire *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Ce revirement ne s'explique pas par des changements idéologiques au sein de la Cour mais en raison d'un bras de fer engagé par ROOSEVELT qui a menacé d'augmenter le nombre de juges si sa position n'évoluait pas sur la question sociale.

[896] Dans l'arrêt *Lochner* d'ailleurs, la Cour suprême consacre d'importants développements sur la question de savoir si la loi litigieuse pouvait être justifiée pour un motif de santé publique. Après un examen approfondi, elle conclut cependant à la négative.

[897] Déc. 94/19/CE, du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 – *Sea Containers contre Stena Sealink*), *J.O.U.E.* n° L 15 du 18 janvier 1994, pp. 8-19.

[898] *Ibid.*, pt. 66.

[899] CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-7791, (considéré comme l'arrêt de référence en la matière). À noter que la théorie a été appliquée au domaine de la propriété intellectuelle, suscitant de nombreuses réserves, voy. LEBLOND (L.), *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 182-227 ; VILCHES ARMESTO (L.), « IMS Health : dernier développement de la CJCE relatif au refus de licence en droit de propriété intellectuelle » *R.D.T.I.*, n°3, décembre 2004, pp. 65 et s. ; Critères que l'on retrouve dans la communication de la Commission de 2009 portant sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux

la référence express à la théorie des facilités essentielles est rare en droit de l'Union[900], c'est, pour reprendre Cl. MONGOUACHON, parce qu'elle trouve sa source dans le droit commun de la concurrence et s'impose comme une manifestation de la prohibition des abus de position dominante[901].

283. Bien que la théorie des facilités essentielles ne soit pas la solution la plus juste pour le propriétaire de l'infrastructure[902], elle offre pourtant « une solution plus équilibrée [que le démantèlement ou la nationalisation des monopoles], permettant d'accorder leur place à chacune des données antagonistes[903] ». L'affaire *Terminal Railroad* l'a en son temps illustré. La Cour Suprême rejette les solutions ne prenant pas en compte tous les intérêts en présence : « The government has urged a dissolution of the combination between the terminal company, the Merchants' Bridge Terminal Company, and the Wiggins Ferry Company. That remedy may be necessary unless one equally adequate can be applied[904] ». La recherche d'un tel équilibre a guidé l'ouverture à la concurrence des activités au sein de l'Union à partir des années 1990.

Section 2. **LES PRINCIPES DE L'OUVERTURE À LA CONCURRENCE**

284. La théorie des facilités essentielles est associée en droit de l'Union à l'ouverture à la concurrence des activités de réseau. Vecteur de profonds changements auprès des opérateurs historiques, tant sur leur organisation que sur leur mission, elle a servi de fondement à la

---

pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O.U.E.* n° C 45 du 24 février 2009, pp. 7-20, pt. 81.

[900] C'est un constat que le Pr. RICHER a tiré à la fin des années deux mille, et qui est toujours valable aujourd'hui, RICHER (L.), « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », *D.* 1999, pp. 523 et s. Si l'on retrouve la mention dans quelques affaires depuis 2010, c'est uniquement dans le cadre des moyens présentés par les parties ou par la juridiction nationale et non par une référence autonome effectuée par la Cour de justice ou le Tribunal, voy. Trib., 16 septembre 2013, *Iliad e.a. contre Commission*, aff. T-325/10, EU:T:2013:472, pt. 126 ; Trib., 29 novembre 2012, *Groupement des cartes bancaires « CB » contre Commission*, aff. T-491/07, EU:T:2012:633, pt. 224 ; Trib., 29 mars 2012, *Telefónica e.a. contre Commission*, aff. T-336/07, EU:T:2012:172, pt. 384 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Compass-Datenbank GmbH contre Autriche*, aff. C-138/11, EU:C:2012:449, pt. 28 ; Trib., 22 mars 2011, *Altstoff Recycling Austria AG contre Commission*, aff. T-419/03, *Rec.* p. II-975, pt. 42 ; TPICE, 30 septembre 2003, *ARD contre Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* p. II-3832, pt. 208. Cela ne signifie cependant pas que le juge de l'Union désavoue cette théorie.

[901] MONGOUACHON (Cl.), *Abus de position dominante et secteur public*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 254 et s. En l'occurrence, à travers les pratiques discriminatoires.

[902] RICHER (L.), « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », art. cit. : elle peut constituer un facteur le décourageant à investir dans des secteurs où l'apport en capitaux en vue d'obtenir un avantage concurrentiel est important.

[903] BAZEX (M.), « Entre concurrence et régulation, La théorie des facilités essentielles », art. cit.

[904] *United States v. Terminal Railroad ASS'n*, préc., *spéc.* 409.

généralisation du modèle de séparation entre la gestion et l'exploitation de l'infrastructure **(§1)** et à la détermination de garanties essentielles à l'utilisation du réseau **(§2)**.

§1. LA GÉNÉRALISATION DU MODÈLE DE SÉPARATION ENTRE LA GESTION ET L'EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

285. L'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de l'ouverture à la concurrence n'a pas présenté les mêmes enjeux selon les secteurs. Si elle peut aisément s'appliquer aux infrastructures routières, c'est que leur accès ne pose en l'état pas de difficulté. Il en est autrement pour les transports ferroviaires **(A)**, aériens et maritimes **(B)**, l'électricité et le gaz **(C)** pour lesquelles elle reste en l'état essentielle. Pour d'autres secteurs enfin, les communications électroniques **(D)**, et les postes **(E)**, elle présente un intérêt qui décroit sous l'impulsion des innovations technologiques.

A. Les transports ferroviaires

286. Après plusieurs directives dans les années 1990 à l'origine d'une obligation de séparation comptable entre le gestionnaire de l'infrastructure et l'exploitant du réseau[905], l'ouverture à la concurrence a été poursuivie par l'adoption de trois paquets ferroviaires

[905] Dir. 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fers communautaires, *J.O.C.E.* n° L 237 du 24 août 1991, pp. 25-28, art. 3 et section III ; QUESSETTE (L.), *Au croisement de l'État, du service public et du marché, recherches sur les chemins de fer en droit administratif français*, Coll. Centre de recherches administratives, P.U.A.M., Aix-Marseille, 2013.

successifs, adoptés respectivement en 2001[906], 2004[907], 2007[908]. Ces textes ont été refondus dans un texte de consolidation : la directive dite recast en 2012[909]. Le 4ème paquet ferroviaire, dont le volet « technique » a été adopté en mars 2016[910], et le volet « concurrence », en décembre 2016[911]. parachève le processus d'ouverture concurrentielle.

287. Depuis 1991, les directives distinguent le gestionnaire d'infrastructure des entreprises ferroviaires. Les biens composant l'infrastructure ferroviaire concernent les corps et plate-forme de la voie, des ouvrages d'art tels que ponts, ponceaux et autres passages

---

[906] Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer, *J.O.U.E.* n°L 75 du 15 mars 2001, pp. 1-25 ; Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *J.O.U.E.* n°L 75 du 15 mars 2001, pp. 26-28 ; Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *J.O.U.E.* n°L 75 du 15 mars 2001, pp. 29-46.

[907] Règlement (CE) n°881/2004 du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne («règlement instituant une Agence»), *J.O.U.E.* n° L 164, 21 juin 2004, p.1-43 ; Dir. 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *J.O.U.E.* n° L 164 du 30 avril 2004, pp. 44-113 ; Dir. 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel, *J.O.U.E.* n° L 164 du 30 avril 2004, pp. 114-163 ; Dir. 2004/51/CE du Parlement européen net du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *J.O.U.E.* n° L 164 du 30 avril 2004, pp. 164-172.

[908] Dir. 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, pp. 44-50 ; Dir. 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007 p. 51 ; Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, pp. 1-13 ; Règlement (CE) n°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, pop 14-41.

[909] Dir. 2012/34/UE, du 21 novembre 2012, du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte), *J.O.U.E.* n° L 343 du 14.12.2012, pp. 32-77. RAPOPORT (C.) (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen*, préc.

[910] Ce volet correspond à un règlement qui élargit les pouvoirs de l'Agence ferroviaire européenne pour fixer les normes d'interopérabilité et délivrer les certificats de sécurité (règlement (UE) 2016/796 du 11 mai 2016, *J.O.U.E.* n°L 138 du 26 mai 2016); d'une directive relative à l'interopérabilité, qui définit les exigences essentielles de sécurité (dir. 2016/797/UE du 11 mai 2016, *J.O.U.E.* n° L 138 du 26 mai2016); d'une directive portant refonte des règles de gestion de risque et de sécurité, (directive 2016/798 du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire, *J.O.U.E.* n° L 138 du 26 mai 2016).

[911] Ce volet est associé, d'une part, à un règlement qui organise l'ouverture à la concurrence des services conventionnés (règlement (UE) 2016/2338 du 14 décembre 2016, *J..O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016), d'autre part, à une directive qui établit les critères et les procédures pour l'accès libre au réseau (Dir. 2016/2370/UE du 14 décembre 2016, *J.O.U.E.* n° L 352 du 23 décembre 2016).

supérieurs, tunnels, tranchées couvertes et autres passages inférieurs; les murs de soutènement et ouvrages de protection contre les avalanches, les chutes de pierres, etc., les passages à niveau, y compris les installations destinées à assurer la sécurité de la circulation routière, ou de la superstructure, comme les rails, rails à gorge et contre-rails; les traverses et longrines, petit matériel d'assemblage, ballast, y compris gravillon et sable[912]. Ces biens sont gérés par le gestionnaire de l'infrastructure, c'est à dire « toute entité ou entreprise chargée de l'exploitation, de l'entretien et du renouvellement de l'infrastructure ferroviaire sur un réseau et responsable de la participation à son développement, conformément aux règles établies par l'État membre dans le cadre de sa politique générale en matière de développement et de financement de l'infrastructure[913] ». L'infrastructure ferroviaire est utilisée par des « entreprises ferroviaires », c'est à dire « toute entreprise à statut privé ou public et titulaire d'une licence conformément à la présente directive, dont l'activité principale est la fourniture de prestations de transport de marchandises et/ou de voyageurs par chemin de fer[914] ».

288. L'histoire des chemins de fer enseigne que des compagnies ont à l'origine construit leur propre réseau sur lequel elles faisaient circuler le matériel roulant[915]. Les faillites et le besoin d'unification nationale du réseau ferroviaire ont conduit les États à mettre fin à ce système. La SNCF en est une illustration puisque le décret-loi de 1937 a procédé au regroupement des 6 dernières compagnies ferroviaires françaises[916]. L'infrastructure fut dès lors gérée sous la forme d'un monopole, à l'exception de quelques réseaux résiduels autonomes.

289. Le droit de l'Union ne procède pas à une application exhaustive de la théorie des facilités essentielles. Les gares ne sont pas mentionnées parmi les biens constitutifs de l'infrastructure ferroviaire alors qu'elles sont à l'instar des voies indispensables à

---

[912] L'infrastructure vise une série de biens répertoriés dans le règlement (CEE) n°2598/70 du 18 décembre 1970 de la Commission relatif à la fixation du contenu des différentes positions des schémas de comptabilisation de l'annexe I du règlement n° 1108/70 du Conseil du 4 juin 1970, *J.O.C.E.* n° L 278 du 23 décembre 1970, pp. 4-14. Ce répertoire a été repris dans l'annexe I de la Dir. 2012/34/UE, préc. Cette liste est restée inchangée par la Dir. 2016/2370/UE préc.

[913] Dir. 2012/34/UE, préc., art. 3 2) tel que modifié par la Dir. 2016/2370/UE, préc.

[914] Dir. 2012/34/UE, préc., art. 3 1),

[915] BEZANÇON (X.), « Histoire d'une ambition publique et d'une réalisation privée », in VIDELIN (Ch.) (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, Coll. Colloques & Débats, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 5 et s. ; PICARD (A.), *Traité des chemins de fer*, Paris, J. Rotschild, Tome 2, 1887, pp. 59-61

[916] Décret-loi du 31 août 1937 relatif à l'approbation et la publication de la convention du 31 août 1937 réorganisant le régime des chemins de fer, *J.O.R.F.* du 1 septembre 1937, pp. 10065 et s.

l'exploitation des services ferroviaires. Il s'agit en l'occurrence d'un oubli opportun justifié par des raisons financières[917] et laissant à l'État membre le choix de la qualification juridique à retenir. La propriété des gares par une entreprise ferroviaire et non un gestionnaire d'infrastructure lui assure une stabilité financière appréciée dans un contexte concurrentiel. Jusqu'à récemment en France, la propriété des gares de fret et de voyageurs appartenait à SNCF (entreprise ferroviaire) et non à RFF (gestionnaire de réseau). Les lois du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire et du 28 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire ont cependant respectivement procédé à un transfert de SNCF Mobilités (ex SNCF) vers SNCF Réseau (ex RFF) des gares de fret et des gares de voyageurs[918].

B. Les transports aériens et maritimes

290. La matérialisation de la théorie des facilités essentielles dans les transports aériens et maritimes procède d'une stricte application. L'ouverture à la concurrence s'est amorcée pour les transports aériens par trois groupes de mesures s'étalant entre 1987 et 1992[919] avant d'être unifiés en 2008 (règlement recast)[920]. Une distinction est effectuée entre les aéroports et les services aériens. Un aéroport est « une entité ou un groupe d'entités qui exerce une activité économique consistant à fournir des services aéroportuaires à des compagnies aériennes [921] » assurant « la prise en charge des aéronefs, depuis l'atterrissage jusqu'au décollage, ainsi que des passagers et du fret[922] » en utilisant des infrastructures aéroportuaires telles que les

---

[917] DESMARIS (Ch.), « La régionalisation ferroviaire en Suisse : la performance sans la compétition. Un exemple pour la France ? », *Politiques et management public*, n°31/2, 2014, pp. 169-191 : les profits et la rentabilité de l'exploitation des services ferroviaires est faible contrairement à l'exploitation des gares. En Suisse par exemple, elles génèrent à elles seules plus de profits que les services ferroviaires.

[918] Loi 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *J.O.R.F.* n°179 du 5 août 2014, pp. 12930 et s., art. 31. VIDELIN (Ch.), « Réforme ferroviaire : réforme, vous avez dit réforme ? À propos de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 », *J.C.P. A.*, n°49, 8 décembre 2014, pp. 2342 et s. ; Loi n°2018-515 du 28 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, *J.O.R.F.* n° 147 du 28 juin 2018, art. 1 5°, qui modifie l'article L. 2111-9 du code des transports, voy. le dossier à la *R.F.D.A.* sur la réforme ferroviaire, n°5, novembre 2018 (à paraître).

[919] Pour un exposé, GRARD (L.), *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire. Contribution à l'étude du droit positif et prospective juridique*, Bordeaux, Université Bordeaux I, Thèse dactyl., 1992 (2 tomes). En particulier, Règlement (CEE) 2407/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant les licences des transporteurs aériens, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, pp. 1-7 ; Règlement (CEE) 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transports aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 8 ; Règlement (CEE) 2409/92 du Conseil du 23 juillet 1992 sur les tarifs des pasagers et de fret des services aérients, *J.O.U.E.* n° L 240 du 24 août 1992, pp. 15-17.

[920] Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3.

[921] Communication de la Commission – Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, COM 2014/C 99/03, *J.O.U.E.* n° C 99 du 4 avril 2014, pp. 3-34, pt. 2.2.6).

[922] *Ibid*., pt. 2.2.8).

pistes, les terminaux, les aides de trafic, voies de circulation, etc[923], tandis qu'un service aérien est « un vol ou une série de vols transportant, à titre onéreux et/ou en vertu d'une location, des passagers, du fret et/ou du courrier[924] ».

291. L'ouverture à la concurrence des transports maritimes a été engagée par un texte unique en 1992[925]. Une distinction fut effectuée entre les services maritimes et les ports, mais le législateur n'y attacha guère d'attention. Bien que la Commission identifie quelques années plus tard les ports comme des infrastructures essentielles dans la décision *Sea Containers contre Stena Sealink*[926], il faut attendre le récent règlement 352/2017[927] pour disposer d'une définition opératoire. Il s'agit d' « une zone de terre ferme et d'eau constituée d'infrastructures et d'équipements permettant, essentiellement, l'accueil des bateaux, leur chargement et leur déchargement, le stockage de marchandises, la réception et la livraison de ces marchandises et l'embarquement et le débarquement de passagers, de membres d'équipages et d'autres personnes, ainsi que toute autre infrastructure dont les transporteurs ont besoin dans la zone portuaire[928] ». La gestion du port est assurée par « tout organisme public ou privé qui a pour objet, en vertu du droit national ou d'instruments nationaux, d'assurer au niveau local, conjointement ou non avec d'autres activités, l'administration et la gestion de l'infrastructure portuaire et une ou plusieurs tâches suivantes dans le port concerné, ou est habilité à effectuer ces tâches en vertu du droit national ou d'instruments nationaux : la coordination du trafic portuaire, la gestion du trafic portuaire, la coordination des activités des exploitants présents dans le port concerné, et le contrôle des activités des exploitants présents dans le port concerné[929] ». Le port est indispensable pour la réalisation

---

[923] *Ibid*., pt. 2.2.5).

[924] Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 2 4).

[925] Règlement (CEE) 3577/92 du Conseil du 07 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, *J.O.C.E.* n° L 364 du 12 décembre 1992, p. 7.

[926] Déc. 94/19/CE, *Sea Containers contre Stena Sealink*, préc. Voy. également sur le contentieux maritime, CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France SA*, aff. C-266/96, *Rec.* p. I-3981 ; CJCE, 18 mars 1997, *Diego Calì contre SEPG*, aff. C-343/95, *Rec.* p. I-1547.

[927] Règlement (UE) n°2017/35 du 15 février 2017 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 03 mars 2017, pp. 1-18. Not. GRARD (L.), « Chronique de droit européen des transports- Enfin un règlement « services portuaires » ! Transparence et ouverture minimaliste à la concurrence », *R.T.D. eur.*, n°1, 26 avril 2018, pp. 165 et s.

[928] *Ibid*., art. 2 16).

[929] *Ibid*., art. 2. 5).

des prestations de transports maritimes, c'est à dire « l'acheminement de marchandises et de passagers par la mer[930] ».

C. L'électricité et le gaz

292. Après des directives dites de pré-libéralisation[931], l'ouverture à la concurrence du gaz et de l'électricité fut réalisée en trois temps, à la fin des années 1990[932], 2003[933], puis 2009[934], Ces textes ont eux-mêmes été complétés par des mesures plus spécifiques, sur la sécurité d'approvisionnement énergétique[935]. L'ouverture à la concurrence est aujourd'hui complète[936], et si des négociations sont actuellement en cours sur plusieurs textes touchant

---

[930] *Ibid*., art. 2 15).

[931] Dir. 90/377/CEE, du 29 juin 1990 du Conseil instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité, *J.O.C.E.* n° L 185 du 17 juillet 1990, pp. 16-24 ; Dir. 90/547/CEE, du 29 octobre 1990 du Conseil relative au transit d'électricité sur les grands réseaux, *J.O.C.E.* n° L 313 du 13 novembre 1990, pp. 30-33. Pour un exposé, voy. BLOTTIN (B.), *Concurrence, régulation et énergie. Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp 27-34 ; JAN SLOT (P.), « Energy and Competition », *C.M.L. Rev.*, 1994, pp. 511-547.

[932] Dir. 96/92/CE, du 19 décembre 1996 du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.* n° L 27 du 30 janvier 1997, pp. 20-29 ; Dir. 98/30/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 204 du 21 juillet 1998, pp. 1-12.

[933] Dir. 2003/54/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *J.O.U.E.* n° L 176 du 15 juillet 2003, pp. 37-56 ; Dir. 2003/55/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *J.O.U.E.* n° L 176 du 15 juillet 2003, pp. 57-78.

[934] Dir. 2009/72/CE, du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, pp. 55-93 ; Dir. 2009/73/CE, du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, pp. 94-136.

[935] Pour le gaz : Dir. 2004/67/CE du Conseil du 26 avril 2004 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 127 du 29 avril 2003, p. 62 ; Règlement (UE) 994/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité d'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant la directive 2004/67/CE du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 295 du 12 novembre 2010, p. 1 ; Règlement (UE) 2017/1938 du Parlement europén et du Conseil du 25 octobre concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant le règlement (UE) 994/2010 *J.O.U.E.* n° L 280 du 28 octobre 2017, pp. 1-56 ; Pour l'électricité : Dir. 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures, *J.O.U.E.* n° L 217 du 08 août 2006, p. 8 ; Règlement (CE) 714/2009 du Parlement et du Conseil du 12 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n°1228/2003, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 15 ;

[936] Sur le sujet, voy. BERROD (F.), ULLESTAD (A.), *La mutation des frontières dans l'espace européen de l'énergie*, Coll. Paradigme, Bruxelles, Larcier, 2016 ; MICHEL (V.), « Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité », in *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 231-246 ; BLUMANN (Cl.) (dir.), *vers une politique européenne de l'énergie*, Coll. Droit de l'Union européenne – Coloques, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; ISIDORO (C.), *L'ouverture à la concurrence de l'électricité à la concurrence communautaire, et sa mise en*

à l'électricité et le gaz, elles portent sur d'autres enjeux tels que les engagements internationaux de l'Union européenne relatifs à la protection du climat et à la mise en place d'interconnexions des réseaux entre États afin de créer une véritable union des réseaux[937].

293. Les secteurs de l'électricité et du gaz présentent une segmentation pratiquement identique. Une distinction est effectuée entre la production, le transport, la distribution, et la fourniture. La production vise le processus de fabrication de l'électricité et du gaz[938], tandis que la fourniture vise la vente ou la revente d'électricité ou de gaz à des clients[939]. Les réseaux de transport et de distribution sont gérés par des gestionnaires de réseaux de transports et de distribution : une personne physique ou morale responsable de l'exploitation, de la maintenance et, si nécessaire, du développement du réseau de transport/distribution dans une zone donnée et, le cas échéant, de ses interconnections avec d'autres réseaux, et chargée de garantir la capacité à long terme du réseau à satisfaire une demande raisonnable[940]. Aucune précision n'est cependant donnée sur la consistance des réseaux de transports et de distribution contrairement aux transports. Et si le transport et la distribution portent littéralement sur le transport de gaz ou d'électricité, le notion juridique de transport porte sur le transport à haute pression[941] et à très haute tension[942] alors que la notion juridique de distribution porte sur le transport par des réseaux régionaux ou locaux pour le gaz[943], et à basse et moyenne tension pour l'électricité[944]. Enfin, la seule différence entre l'électricité et le gaz porte sur le stockage. Alors que l'électricité est difficilement stockable, il en va autrement pour le gaz si bien que le droit dérivé distingue également les installations de stockage[945].

294. La matérialisation de la théorie des facilités essentielles est plus complexe dans le gaz et l'électricité que pour les transports. Elle ne repose pas intégralement sur une logique infrastructure/services exploitation. Les infrastructures de production ne sont pas par

---

œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni) ; Coll. Thèses, Paris, L.G.D.J., Tome 242, 2006 ; PETIT (Y.), « A la recherche de la politique européenne de l'énergie », *R.T.D. Eur*. 2006, pp. 593 et s..

[937] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité et abrogeant la directive 2005/89/CE, 2 décembre 2016, COM 2016/377.

[938] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 2 ; Dir. 2009/73/CE, préc., pp. 94-136, art. 2.

[939] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 2 19) ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 2 7) et 8).

[940] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 2 4) et 6) ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 2 4) et 6).

[941] Pour le gaz, Dir. 2009/73/CE, préc., art. 2 3).

[942] Pour l'électricité, Dir. 2009/72/CE, préc., art. 2 3).

[943] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 2 5).

[944] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 2 5).

[945] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 2 9) et 10).

exemple des facilités essentielles. Les gestionnaires de réseau de transport, de distribution, et de stockage constituent les facilités essentielles et font l'objet de monopoles tandis que la production et la fourniture sont ouvert à la concurrence.

D. Les communications électroniques

295. Les communications électroniques, et avant cela, les télécommunications, ont connu une véritable frénésie législative s'expliquant par la dynamique technologique que l'Union a souhaité accompagner[946]. L'ouverture à la concurrence des télécommunications s'est échelonnée entre 1988 et 2002 par des interventions tant de la Commission[947] que du Conseil[948]. Le début des années 2000 a marqué un retrait de la Commission[949], et le passage à partir de cette date d'une régulation des télécommunications à une régulation des

[946] Communication de la Commission, Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final ; POPOVIC (D.), *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, Coll. Bibliothèque de droit international et de droit de l'Union européenne, Paris, L.G.D.J., Tome 122, 2009 ; BOURREAU (M.) (dir.), *Régulation des communications électroniques*, Coll. IRIS, Paris, Lavoisier Hermes, 2016 ;

[947] Dir. 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L 131 du 27 mai 1988, pp. 73-77 ; Dir. 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, pp. 10-16 ; Dir. 94/46/CEE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellites, *J.O.U.E.* n° L 268 du 19 octobre 1994, pp. 15-21 ; Dir. 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *J.O.U.E.* n° L 256 du 26 octobre 1995, pp. 49-54 ; Dir. 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, *J.O.U.E.* n° L 20 du 26 janvier 1996, pp. 59-66 ; Dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 74 du 22 mars 1996, pp. 13-24.

[948] Dir. 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, pp. 1-9 ; Dir. 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, *J.O.U.E.* n° L 321 du 31 décembre 1995, pp. 6-24, intervenant ainsi sur la téléphonie vocale là où le droit de l'Union l'en avait antérieurement exclue (la soumettant aux règles générales des traités) ; Dir. 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 117 du 07 mai 1997, pp. 15-27 ; Dir. 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *J.O.U.E.* n° L 199 du 26 juillet 1997, pp. 32-52 ; Dir. 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, *J.O.U.E.* n° L 101 du 01 avril 1998, pp. 24-47. MAISI (H.), « La régulation des télécommunications, changements et perspectives », *R.F.D.A.*, n°3, 9 mai 1995, pp. 449 et s.

[949] Voy. *Supra*., Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

communications électroniques[950]. Après une révision des directives en 2009[951] et des interventions plus éparses[952], le paysage concurrentiel des communications électroniques sera consolidé par l'adoption imminente d'un code européen des communications électroniques européen qui refont l'ensemble de la législation[953].

296. Un réseau de communication électronique comprend : « les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise[954] ». Ils permettent de fournir des services de communications électroniques, c'est à dire « le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de

[950] Dir. 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associés, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès », *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, pp. 7-20 ; Dir. 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, pp. 21-32 ; Dir. 2002/21/CE du Parlement et du Conseil, du 7 mars 2002 relative à un cadre règlementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, pp. 33-50 ; Dir. 2002/22/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, pp. 51-77.

[951] Dir. 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n o 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.* n° L 337 du 18 décembre 2009, pp. 11-36 ; Dir. 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 337 du 18 décembre 2009, pp. 37-69.

[952] Règlement (UE) 2015/2120 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.U.E.* n° L 310 du 26 novembre 2015, pp. 1-18.

[953] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un code des communications électroniques européen (refonte), COM 2016/590 final. Un accord a été trouvé entre le Conseil et le Parlement le 13 juin 2018. Il reste alors aux deux institutions à adopter le texte selon la procédure prévue.

[954] Dir. 2002/21/CE, préc., art. 2 a).

signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques[955] ».

E. Les postes

297. Le secteur postal est le seul secteur parmi les activités de réseau qui connaît une décroissance consécutivement à la numérisation des échanges[956]. Après un livre vert paru en 1992[957], l'ouverture à la concurrence des services postaux est réalisée par la directive 97/67/CE[958], modifiée en 2002[959] et en 2009[960]. Une distinction est effectuée entre les

[955] *Ibid*., art. 2 c).

[956] Par exemple, Déc. n°2017-1252 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 26 octobre 2017 relative aux caractéristiques d'encadrement pluriannuel des tarifs des prestations du service universel postal sur la période 2019-2022 : l'autorité constate par exemple sur les quatre dernières années, ce sont trois milliards de courriers en moins qui ont été distribués, soit une baisse annuelle d'environ 5,6%.

[957] Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux, 11 juin 1992, COM(91) 476 final.

[958] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, pp. 14-25. Pour une revue générale, LOMBARD (M.), « Commentaire de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service », *A.J.D.A.*, n°9, septembre 1998, pp. 716 et s. ; MORGAN DE RIVERY (E.), LE BERRE-DODET (N.), RABEUX (L.), « La longue marche vers la libéralisation du secteur postal », *R.A.E.*, n°3, 2005, pp. 439 et s.

[959] Dir. 2002/39/CE du Parlement et du Conseil, du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce que concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux dans la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 176 du 05.07.2002, pp. 21-25. Not. IDOT (L.), « L'ouverture à la concurrence des services postaux franchit un nouveau pas… », *Europe*, n°10, octobre 2002, com. 340 ; CALLEY (G.) *L'exploitation publique des services postaux*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 224, 2002.

[960] Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 52 du 27 février 2008, pp. 3-20.

services postaux[961] qui consiste en la levée[962], le tri[963], le transport[964], et la distribution[965] des envois postaux[966] et le réseau public postal qui concerne l'ensemble de l'organisation et moyens de toute nature mis en œuvre pour réaliser les services postaux[967], que le droit de l'Union n'explicite pas.

§2. LES GARANTIES ESSENTIELLES DE L'EXPLOITATION DES INFRASTRUCTURES

298. Le succès de l'ouverture à la concurrence d'activités régies antérieurement par des entreprises disposant d'un monopole est fondé sur la confiance. Les nouveaux entrants potentiels ne seront séduits par les opportunités nouvellement créées que s'ils pensent avoir une chance d'investir les marchés. Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau, l'instauration de cette relation de confiance repose sur les garanties attachées à l'exploitation des infrastructures essentielles. L'exercice des fonctions essentielles **(A)** suppose une indépendance du gestionnaire d'infrastructure par rapport aux entreprises intéressées par l'exploitation de l'infrastructure **(B)** que des autorités de régulation sont chargées d'accompagner **(C)**.

A. L'identification des fonctions essentielles

299. Structurées autour du principe de non-discrimination[968], les fonctions essentielles portent sur l'accès et la tarification au réseau **(1)**. Leur intérêt est d'ailleurs tel qu'elles sont

---

[961] voy. Dir. 97/67/CE, préc., art. 2 sous 1).

[962] *Ibid*., art. 2 sous 4) : il s'agit de « l'opération consistant à collecter les envois postaux déposés aux points d'accès ».

[963] Le droit dérivé n'en donne pas de définition.

[964] *Ibid.*

[965] Dir. 97/67/CE, préc., art. 2 sous 5) : il s'agit du « processus allant du tri au centre de distribution jusqu'à la remise des envois postaux aux destinataires ».

[966] *Ibid*., art. 2 sous 6) tel que modifié par le directive 2008/6/CE, préc., il s'agit d' « un envoi portant une adresse sous la forme définitive dans laquelle il doit être acheminé par le prestataire de services postaux. Il s'agit, en plus des envois de correspondance, par exemple de livres, de catalogues, de journaux, de périodiques et de colis postaux contenant des marchandises avec ou sans valeur commerciale ».

[967] *Ibid*., art. 2 sous 2).

[968] Règlement (CEE) 95/93 du Conseil du 18 janvier 1993 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 14 du 22 janvier 1993, pp. 1-6 ; Dir. 97/67/CE, préc., art. 11 bis tel qu'ajouté par la directive 2008/6/CE, préc. ; Dir. 2009/72/CE, préc., art .Dir. 2009/73/CE, préc., art. 23 § 1, 33, 38 § 2 ; Dir. 2012/34/UE, préc., art. 4 § 1, art. 7 Ter tel qu'ajouté par la directive 2016/2370/UE, préc., 28, 32, 41 § 2 ; Règlement (UE) 2017/352, préc., art. 4 § 4, 6 § 4, 12 ;

mises en avant dans des situations débordant de la théorie des facilités essentielles, invitant probablement à en renouveler l'appréhension **(2)**.

1) Un noyau dur orienté sur la tarification et l'accès aux réseaux

300. Les règles touchant l'accès et la tarification de l'infrastructure sont inégales en fonction des secteurs. Celles relatives à l'accès aux aéroports sont anciennes[969]. Les autorités compétentes doivent déterminer deux fois les capacités disponibles des aéroports et les communiquer. Leur attribution est réalisée par un coordonnateur[970], et si le système a montré son efficacité, il reste perfectible car les aéroports ne sont pas incités à optimiser les créneaux sous-utilisés[971]. Concernant les ports, le règlement 2017/352 prévoit uniquement qu'une redevance puisse être perçue et soit déterminée en fonction de la stratégie commerciale et des plans d'investissement de chaque port[972]. Le cadre juridique est dense en matière ferroviaire sur l'attribution des sillons (droit d'utiliser le réseau) et leur tarification. Les conditions d'accès et de tarification sont émises dans le document de référence réseau (DRR), « un document précisant, de manière détaillée, les règles générales, les délais, les procédures et les critères relatifs aux systèmes de tarification et de répartition des capacités, y compris toutes les informations nécessaires pour permettre l'introduction de demandes de capacités de l'infrastructure[973] ».

301. L'accès aux réseaux d'électricité et de gaz est à l'origine régi par deux mécanismes. Premièrement, l'accès des tiers au réseau (ATR) vise une situation dans laquelle des producteurs, et si l'État l'autorise, des fournisseurs et les clients dits éligibles[974] peuvent conclure des contrats entre eux[975]. Le gestionnaire de réseau est alors un intermédiaire qui facture l'accès au réseau. Dans un ATR négocié, le gestionnaire fournit une fourchette moyenne de prix sur laquelle les parties pourront négocier avec lui[976], alors que dans un

---

[969] Règlement (CEE) 95/93, préc.

[970] *Ibid.*, art. 4.

[971] GRARD (L.), « 60 ans de politique aérienne commune », *R.U.E.*, n°619, 12 juin 2018, pp. 342 et s.

[972] Règlement (UE) 2017/352, préc., art. 13 § 1 à 3.

[973] Dir. 2012/34/UE, préc., art. 3 sous 26, et surtout, art. 27 et Annexe IV. Pour un exemple de contentieux sur l'attribution des sillons, CJUE, 28 février 2013, *Commission contre Hongrie*, aff. C-473/10, EU:C:2013:113.

[974] C'est à dire les consommateurs dont le niveau de consommation ouvre droit à utiliser le mécanisme de l'ATR, autrement dit la situation dans laquelle ils disposeront du droit de choisir parmi plusieurs fournisseurs.

[975] *Ibid.*, art. 16 § 1.

[976] Il n'est pas certain cependant que la marge de manœuvre des opérateurs économiques pour négocier soit réelle, voy. BLOTTIN (B.), *Concurrence, régulation et énergie. Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, op. cit., p. 85-86.

ATR règlementé le prix est fixé par avance et non négociable[977]. Deuxièmement, l'acheteur-unique vise la situation dans laquelle l'État membre désigne une entreprise servant d'intermédiaire entre un client éligible et un producteur, qui n'est pas gestionnaire de réseau, mais pourtant centralise les opérations d'achat[978]. L'utilité de ce système introduit à la demande de la France[979] a été discutée au regard de sa complexité et n'a en définitive jamais été appliqué[980]. Il n'est donc pas surprenant d'observer qu'il disparaît dans les paquets ultérieurs. En dehors de l'acheteur unique, des mécanismes similaires se retrouvent dans la directive 98/30/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel[981]. Le système est aujourd'hui plus clair : les producteurs et les fournisseurs bénéficient d'un droit d'accès aux infrastructures de transport et de distribution d'électricité par la mise en place de lignes directes[982] ainsi qu'aux réseaux de gazoducs par la mise en place de conduites directes[983]. Ce droit sert à desservir tous les clients (et non plus uniquement les clients éligibles[984]) sur la base de tarifs publiés par avance et doivent être transparents[985].

302. Contrairement aux autres secteurs, les références relatives à l'utilisation des infrastructures essentielles dans les secteurs des postes et des communications électroniques sont rares. Une telle absence s'explique par les évolutions techniques des deux secteurs, qui amène plus largement à s'interroger sur le renouvellement de la théorie des facilités essentielles.

---

[977] *Ibid*., art. 16 § 4. C'est le mécanisme auquel les États membres ont largement recouru.

[978] *Ibid*., art. 18.

[979] LAGONDET (F.), « Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public. À propos de la directive électricité », *Europe*, n°5, mai 1997, pp. 4-7 ;

[980] BLOTTIN (B.), *Concurrence, régulation et énergie. Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectoriell*e, op. cit., p. 86.

[981] Dir. 98/30/CE, préc., art. 14 à 16 : On retrouve ainsi le mécanisme de l'ATR négocié et/ou règlementé.

[982] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 34, et 2 sous 15). En l'occurrence il s'agit de lignes reliant un site de production et un fournisseur.

[983] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 34, 38, et 2 sous 18). En l'occurrence, il s'agit de la mise en place de gazoducs.

[984] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 33 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 37.

[985] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 37 ; Dir. 2009/73/CE, art. 41.

2) Vers un élargissement des effets de la théorie des facilités essentielles ?

303. L'état du droit révèle un paradoxe. On observe un rétrécissement du champ matériel de la théorie des facilités essentielles, et en même temps un élargissement de son application à des situations dans lesquelles ces critères ne sont pas réunis.

304. Les innovations technologiques ont permis de multiplier les réseaux de communications électroniques et postaux[986]. En n'étant plus impossible à dupliquer, les infrastructures de ces deux secteurs ne sont plus des facilités essentielles. Ce qui était « naturel » hier ne l'est plus aujourd'hui…comme quoi, en économie comme en droit, l'invocation de la nature des choses pour en tirer des conclusions normatives est toujours un argument fragile[987] ». En l'absence de la qualité d'infrastructure essentielle, les entreprises titulaires des réseaux ne devraient plus être obligées d'accorder un droit d'accès. Pourtant, la multiplication des réseaux de communications électroniques a donné naissance à des opérateurs mobiles dits virtuels (MVNO en anglais pour *Mobil Virtual Network Operator*) qui, sans posséder de réseau, disposent d'un droit d'itinérance sur un ou plusieurs réseaux existants depuis le règlement 531/2012[988]. Une logique similaire s'observe en matière postale. La multiplication des réseaux n'empêche pas si « cela s'avère nécessaire pour protéger les intérêt des utilisateurs et/ou pour encourager une réelle concurrence, et compte tenu des conditions et de la législation nationales, [que] les États membres garantissent un accès transparent et non discriminatoire aux éléments de l'infrastructure postale ou aux services fournis dans le cadre du service universel, comme le système de code postal, la base de données des adresses, les boîtes postales, les boîtes aux lettres, les informations sur les changements d'adresse, le service de réacheminement et le services de retour à l'expéditeur[989] ».

---

[986] Pour les communications électroniques : c'est le cas par exemple en France, il existe 4 opérateurs de réseaux de communications électroniques. ; Pour les postes : Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive postale, COM (2002) 632 final, pt. 5.2.1.

[987] THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 697.

[988] Règlement (UE) n31/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), *J.O.U.E.* n° L 172 du 20 juin 2012, pp. 10-35, art. 3. Par exemple pour le cas de la France, il s'agit d'opérateurs tels que CIC Mobile, Auchan Telecom, etc., qui utilisent les infrastructures de réseau des entreprises Bouygues Telecom, Orange, SFR, et FREE.

[989] Dir. 97/67/CE, préc., art. 11 bis, ajouté par la dir. 2008/6/CE.

305. D'autres exemples non liés aux évolutions technologiques manifestent également un élargissement du champ de la théorie des facilités essentielles. Alors que les installations nucléaires de base en France[990] ne sont pas considérées comme des installations essentielles[991] – ce qui est discuté par certains[992] –, « les conséquences sont pourtant les mêmes [que l'application de la théorie des facilités essentielles] et la loi NOME qui en a découlé en attribuant aux fournisseurs un droit d'accès à l'électricité de base à un prix régulé s'inscrit dans cette veine[993] ». De même, le Conseil d'État qualifie de « quasi essentielle[994] » les linéaires dans la grande distribution[995] au motif que le marché est organisé en oligopole[996].

306. Les critères de la théorie des facilités essentielles ne sont pas réunis dans ces différents exemples. Les infrastructures peuvent être dupliquées, mais sont indispensables pour l'exercice d'activités sur des marchés dérivés. Il ne devrait donc pas y avoir de reconnaissance d'un droit d'accès automatique pour les entreprises souhaitant user les réseaux. En consacrant un tel droit, les législateurs élargissent les effets de la théorie des facilités dans le but de stimuler la concurrence[997]. Ces solutions ne se situent cependant ni dans le cadre du droit commun de la concurrence, ni dans le cadre d'une application particulière sous l'angle des facilités essentielles. Peut-être faut-il alors y voir un renouvellement, ou une mutation de la théorie des facilités essentielles.

---

[990] Il s'agit de la dénomination des installations nucléaires civiles de production d'électricité, pour un panorama de la classification des installations nucléaires en France, voy. PONTIER (J.-M.), « Le droit du nucléaire, droit à penser », *A.J.D.A.*, n°30, septembre 2015, pp. 1680 et s.

[991] Les fournisseurs d'électricité autres qu'EDF peuvent s'approvisionner auprès d'autres sources d'énergie, ce qui ne donne pas aux installations nucléaires de base un caractère indispensable.

[992] DEZOBRY (G.), « Électricité nucléaire et facilité essentielle », *R.A.E.*, n°4, 2009/2010, pp. 763-770.

[993] BLOTTIN (B.), *Concurrence, régulation et énergie. Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, op. cit., p. 385, pt. 797-798. L'auteur relaie les propos du Pr. MARTY relatif à l'élargissement du champ couvert par la notion, à propos de l'affaire GVG dans laquelle la Commission a qualifié d'essentiels les rails, les motrices, et les cheminots qualifiés ; À noter que cette problématique n'est pas spécifique à l'Union européenne puisqu'un même phénomène s'observe aux Etats-Unis, voy. GLAIS (M.) « Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, n°1, 1998, pp. 85-116, *spéc.* pp. 88-89.

[994] *Ibid.*, p. 419.

[995] Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, pp. 418-420.

[996] On pourrait aussi être tenté d'ajouter la décision de l'autorité de la concurrence relative aux obligations de l'entreprise Nespresso vis à vis des entreprises souhaitant commercialiser des capsules. En l'occurrence, l'entreprise a du transmettre les informations techniques permettant à des concurrents de produire des capsules pour les machines à café. La théorie des facilités essentielles n'est pas abordée, car il n'est pas question de facilités essentielles, mais d'accès à des caractéristiques techniques des produits d'une entreprise, voy. Aut. Conc., 4 septembre 2014, n° 14-D-09, not. DELPECH (X.), « Nespresso compatible avec le…droit de la concurrence », *Dalloz actu.*, 9 septembre 2014.

[997] Règlement (UE) 531/2012, préc.., *cons.* 25 et 26.

B. Les restructurations sociétales autour de l'exigence d'indépendance des gestionnaires d'infrastructure

307. La généralisation du modèle de séparation entre la gestion et l'exploitation de l'infrastructure s'est accompagnée de multiples références relatives à l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure[998], ce que certains, empruntant au vocabulaire en matière financière[999], présentent comme des « murailles de Chine[1000] ». Les directives sectorielles y accordent une inégale attention. Elles se concentrent essentiellement dans les secteurs au sein desquels il n'y a qu'un unique gestionnaire d'infrastructure, c'est à dire le ferroviaire, le gaz, et l'électricité. Les autres secteurs dépendent moins de cette exigence d'indépendance[1001].

308. L'indépendance du gestionnaire de réseau doit être juridique, matérielle, et décisionnelle. L'énergie et le ferroviaire présentent à cet égard une importante différence. Si de nombreuses obligations précises sont destinées à assurer l'indépendance du gestionnaire de transport et de distribution dans le premier, le droit dérivé se contente pour le second d'imposer l'indépendance juridique, matérielle et décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure, sans l'étayer.

309. L'indépendance juridique n'a pas posé de difficultés. Le gestionnaire de réseau doit posséder un statut juridique distinct de celui des entreprises qui exploitent le réseau[1002]. La France a ainsi été condamnée en 2013 par la Cour de justice car la gestion du réseau ferroviaire était assurée par la Direction de la Circulation Ferroviaire (DCF), un service non du gestionnaire d'infrastructure (RFF à l'époque), mais de SNCF (entreprise ferroviaire)[1003]. L'indépendance matérielle suppose que le gestionnaire dispose de ses propres ressources

---

[998] Par exemple, dans la directive 2009/72/CE relative au marché de l'électricité, on y retrouve 29 occurrences, 30 dans la directive 2009/72/CE relative au gaz, 28 dans la directive 2012/34 relative à l'espace ferroviaire unique européen.

[999] RONTCHEVSKY (N.), « Adoption de codes de bonne conduite en matière d'analyse financière », *R.T.D. com.*, n°4, 15 décembre 2004, pp. 778 et s.

[1000] GRARD (L.), Chronique de droit européen des transports – Adoption du quatrième paquet ferroviaire : le volet « marché et gouvernance », *R.T.D. eur.*, 25 juillet 2017, pp. 262 et s.

[1001] Par exemple, les infrastructures portuaires sont certes indispensables pour les prestations de transports maritimes, mais leur nombre offre aux compagnies maritimes plusieurs interlocuteurs pour réaliser leurs prestations. Dans l'affaire *Sealink*, la Commission ne s'est pas intéressée à l'indépendance de l'autorité pourtuaire par rapport à la compagnie maritime même si elle utilise son pouvoir de marché pour la favoriser au détriment des concurrents.

[1002] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 17 § 1 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 17 § 1 ; Dir. 2012/34/UE, préc., art. 7 § 2 tel que modifié par la dir. 2016/2370/UE, préc.

[1003] CJUE, 18 avril 2013, *Commission contre France*, aff. C-625/10, EU:C:2013:243.

humaines (personnel), immobilières, mobilières, et financières[1004]. Aucun matériel informatique, aucun local, aucun système sécurisé ne doit ainsi être partagé avec des entreprises de production ou de fourniture d'électricité et de gaz[1005]. L'exigence est d'ailleurs telle que même les prestataires de ces systèmes ne peuvent pas être les mêmes[1006]. L'indépendance décisionnelle renvoie à un ensemble de règles visant à prévenir des conflits d'intérêts. Les mêmes personnes ne peuvent pas directement ou indirectement exercer un contrôle en même temps sur une entreprise de production/fourniture et le gestionnaire de réseau/transport[1007].

310. Dans sa thèse consacrée à la privatisation des entreprises publiques publiée en 2002, le Pr. THIRION a avancé que l'ouverture à la concurrence des activités de réseau ne pourra faire l'économie d'un démantèlement des entreprises verticalement intégrées (holding). À défaut, il estime que l'entreprise sera automatiquement amenée à abuser de son pouvoir de marché[1008] et plaide alors pour un démantèlement des entreprises publiques. Le législateur a pourtant fait preuve de souplesse et n'a pas retenu une approche aussi stricte.

311. L'entreprise verticalement intégrée renvoie dans les directives électricité et gaz à « une entreprise de gaz naturel ou un groupe d'entreprises de gaz naturel qui confie directement ou indirectement à la même personne ou aux mêmes personnes l'exercice du contrôle et qui assure au moins une des fonctions suivantes: transport, distribution, GNL ou stockage, et au moins une des fonctions suivantes: production ou fourniture de gaz naturel[1009] ». Dans un montage prenant la forme d'une holding, la société mère intervient sur des décisions telles que celles relatives aux investissements[1010], mais pas sur l'exercice des fonctions essentielles, de même que doit exister un programme d'engagements évitant toute pratique discriminatoire de la part du gestionnaire de transport ou de distribution[1011].

[1004] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 17 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 17.
[1005] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 17 § 5 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 17 § 5.
[1006] *Ibid.*
[1007] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 9 § 1, 18, 19 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 9 § 1, 18, 19. Cela concerne la désignation des membres du Conseil d'administration, du Conseil de surveillance, et des organes représentant l'entreprises, de disposer de droits de vote, ou d'une part du capital social, Dir. 2009/72/CE, préc., art. 9 § 2 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 9 § 2.
[1008] THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., pp. 695-700.
[1009] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 2 § 20 ; Dir. 2009/72/CE, préc., art. 2 § 21.
[1010] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 26 § 2 sous c).
[1011] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 14 sous c).

312. L'insertion du gestionnaire d'infrastructure dans un montage verticalement intégré a pose plus de difficultés en matière ferroviaire. Les directives ne comportaient jusqu'à récemment aucune référence, ce qu'ont mis en évidence plusieurs recours en constatation de manquement contre l'Allemagne, l'Autriche, et la Pologne sur la transposition du premier paquet ferroviaire. Amenée à se prononcer sur la légalité d'un tel montage, l'Avocat général JÄÄSKINEN considère que l'enjeu de l'indépendance décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure[1012]. La Commission s'est inspirée des critères d'indépendance provenant des directives gaz et électricité d'un acte atypique (en l'occurrence un document interne de la Commission[1013]) pour affirmer que le respect de cette condition est défaillante. Signe d'une tentative de la Commission d'accroitre ses pouvoirs[1014], la Cour de justice a rejeté ce moyen pour des considérations liées à la nature du recours engagés. Dans le cadre d'un recours en constatation de manquement en effet, la Commission ne peut pas ajouter des conditions non prévues par la directive pour évaluer la validité de sa transposition. Usant de la spécificité de l'instrument qu'est la directive[1015], la directive 2001/14/CE impose l'indépendance décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure en charge des fonctions essentielles sans expliciter sa mise en oeuvre. Or, en s'inspirant des directives énergie et de son document interne, la Commission a déterminé des exigences uniformes s'ajoutant à la directive[1016].

313. Les affaires portant sur l'intégration verticale du gestionnaire d'infrastructure ont généré un malaise. La Cour de justice a rejeté les moyens en se fondant sur des règles de contentieux, et non en se fondant sur des règles de fond. Si l'Avocat général JÄÄSKINEN a

---

[1012] Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.), 6 septembre 2012, *Commission cotnre Autriche*, aff. C-555/10, EU:C:2012:527, pt. 70.

[1013] Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire, 3 mai 2006, SEC(2006) 530, Annexe 5. Ce document prévoit plusieurs conditions qui, selon la Commission, permet de respecter l'indépendance décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure en charge des fonctions essentielles. Par exemple : « The board members of the holding and/or of other companies of the holding should not be in the board of the entity entrusted with essential functions ».

[1014] CHAMON (M.), « Le recours à la soft law comme moyen d'éluder les obstacles constitutionnels au développement des agences de l'UE », *R.U.E.*, n°576, pp. 152 et s. En particulier, l'auteur souligne que le recours à des actes atypiques est un moyen pour la Commission de tenter d'accroitre ses pouvoirs en contournant le cadre fixé par les actes contraignants.

[1015] TFUE, art. 288 : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

[1016] CJUE, 28 février 2013, *Commission contre Autriche*, aff. C-555/10, EU:C:2013:115, pts. 49-67 ; CJUE, 28 février 2013, *Commission contre Allemagne*, aff. C-556/10, EU:C:2013:116, pts. 53-70. Dans l'affaire relative à la Pologne, la Commission s'est désisté du moyen portant sur l'intégration verticale du gestionnaire d'infrastructure suite à la solution rendue par la Cour de justice dans les deux affaires précédentes, CJUE, 30 mai 2013, *Commission contre Pologne*, aff. C-512/10, EU:C:2013:338, pt. 20. Voy. GRARD (L.) *R.T.D. eur*. 2014. 201.

considéré que le recours à la holding est possible dans le silence des textes[1017], la Cour de justice n'a ni confirmé ni infirmé une telle lecture. Elle s'est contentée d'affirmer qu'une telle organisation interroge sur l'indépendance décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure[1018]. En évitant de préciser les rapports entre cette exigence et l'intégration verticale du gestionnaire d'infrastructure, on peut supposer que la Cour de justice a refusé d'être utilisée comme moyen de trancher des questions politiquement épineuses, renvoyant alors cette responsabilité au législateur.

314. Le 4ème paquet ferroviaire a apporté plusieurs précisions sur l'intégration verticale du gestionnaire d'infrastructure ferroviaire. Expressément prévue, il s'agit d' « une entreprise composée de divisions distinctes, y compris un gestionnaire de l'infrastructure et une ou plusieurs divisions fournissant des services de transport qui n'ont pas une personnalité juridique distincte[1019] ». En dehors de l'interdiction pour les personnes chargées des fonctions essentielles d'être nommées ou révoquées par des personnes d'une entreprise ferroviaire ou d'une autre entité distincte du gestionnaire d'infrastructure[1020], le directive laisse aux États le soin de déterminer les moyens assurant l'indépendance décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure[1021]. Malgré la légalité de l'intégration verticale, la directive laisse en suspens les questions de sa mise en œuvre. Dans le cadre de recours en constatation de manquement, la Commission devra recourir à une analyse casuistique de l'affaire sans faire usage d'une méthode préétablie qu'elle souhaiterait imposer aux États. En cas d'échec, elle pourra également user du droit de la concurrence et en particulier de la théorie de l'unité économique pour attester l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure.

[1017] Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.), 6 septembre 2012, *Commission contre Autriche*, aff. C-555/10, EU:C:2012:C:527, pts. 70-73.

[1018] CJUE, *Commission contre Allemagne*, préc., pt. 58. Certains auteurs considèrent que la Cour de justice a validé la holding, GRARD (L.), « Transposition de la première génération de directives ferroviaires : la Cour de justice de l'Union européenne didactitcenne du droit », *Revue de droit des transports*, n°3, juillet 2013, étude 3 ; DE LA ROSA (S.), RAPOPORT (C.), La bataille du rail a commencé. Premières décisions de la Cour de justice sur la mise en œuvre des directives ferroviaires », *Europe*, n°7, juillet 2013, étude 7.

[1019] Dir. 2012/34/UE, préc., art. 3 31), tel que modifié par la dir. 2016/2370/UE. Étant entendu que le droit de l'Union n'autorise pas l'hypothèse dans laquelle tout en étant intégré à un groupe, le gestionnaire de réseau ne dispose pas d'une personnalité juridique propre.

[1020] Dir. 2012/34/UE, préc., art. 7 bis tel que modifié par la dir. 2016/2370/UE, préc.

[1021] Par exemple, l'article L. 2122-4-4 du code des transports réprime pénalement la divulgation de certaines informations à toute personne étrangère au gestionnaire d'infrastructure.

C. Le maintien des équilibres par l'institution d'autorités de régulation

315. L'ouverture à la concurrence des activités de réseau s'est accompagnée de la mise en place d'autorités de régulation – le droit dérivé propose plusieurs terminologies[1022] – destinées à assister le mouvement de libéralisation[1023]. Ces autorités doivent être indépendantes et impartiales[1024]. Aucun lien hiérarchique ne doit exister, d'un côté entre ces autorités et le pouvoir exécutif/le pouvoir législatif (contrôlant l'opérateur historique), de l'autre, entre ces autorités et les opérateurs économiques. Les missions des autorités de régulation sont nombreuses et illustrent les interventions des États sur les règles de concurrence. Elles surveillent la transparence des prix, l'absence de subventions croisées, les pratiques caractéristiques d'un abus de la position dominante (temps de raccordement au réseau d'une entreprise par exemple), les mesures de protection des consommateurs, le montant de la redevance pour l'utilisation de l'infrastructure[1025].

316. Certains États ont parfois décidé de créer une unique autorité de régulation pour l'ensemble des secteurs (comme en Allemagne avec l'agence fédérale des réseaux *Bundesnetzagentur*[1026]). Dans d'autres cas, le modèle retenu a généré certaines tensions ainsi que le montre l'affaire *Base NV e.a.* L'affaire porte sur la contestation de l'indépendance et l'impartialité du Parlement agissant comme autorité de régulation des communications électroniques en Belgique. On perçoit le dilemme d'un tel contrôle. Afin de vérifier la conformité du droit interne avec le droit de l'Union, le juge national, la Commission et la Cour de justice pourraient être amenés à contrôler l'organisation du Parlement, et ainsi l'organisation des pouvoirs publics . Bien que l'Avocat général se soit montré réticent à une telle entreprise[1027], la Cour a effectué un tel contrôle dès lors que la directive 2002/22/CE se désintéresse de la nature juridique de l'autorités de régulation[1028].

[1022] Pour les postes et les communications électroniques, il s'agit de l'autorité règlementaire nationale ; pour le gaz et l'électricité, il s'agit de l'autorité de régulation ; pour le ferroviaire, organisme de contrôle.

[1023] Dir. 97/67/CE, préc., art. 9 ; Dir. 2002/21/CE, préc., Chapitre III ; Dir. 2009/72/CE, préc., Chapitre IX ; Dir. 2009/73/CE, préc., Chapitre VIII ; Dir. 2012/34/UE, préc., art. 55 à 58.

[1024] DELZANGLES (H.), *L'indépendance des autorité de régulation sectorielles : communications, électroniques, énergie et postes*, Bordeaux, Université Bordeaux IV, thèse dactyl., 2008.

[1025] Dir. 2012/34/UE, préc. art. 46 §§ 1 et 2. Code des transports, art. L. 2133-6.

[1026] www.bundesnetzagentur.de.

[1027] Concl. A.G. CRUZ VILLALÓN (P.), 22 juin 2010, *Base NV e.a.*, aff. C-389/08, *Rec.* p. I-9073, pts. 46, 53 et 54 : sans l'interdire, l'avocat général considère de manière générale que le droit dérivé a entendu séparer le fonctionnement de cette autorité de l'exécutif et du législatif.

[1028] CJUE, 6 octobre 2010, *Base NV e.a.*, préc., pts. 22 à 31.

317. Certains exemples attestent de l'extension du champ des compétences des autorités au-delà des attributions qu'elles tirent du droit de l'Union. Tel est le cas par exemple en matière ferroviaire. Si le droit de l'Union impose une autorité de régulation pour le secteur, la France a étendu ses attributions au contrôle des concessions autoroutières[1029] (et à terme probablement à l'ensemble des transports[1030]). L'extension du champ des compétences peut également servir à combler des lacunes des textes européens. L'ARAFER doit ainsi être consultée pour tout projet d'interdiction d'une liaison ferroviaire qui porterait atteinte à l'équilibre économique des services publics[1031]. Or, il existe une substituabilité de certains services ferroviaires de courtes distances avec des services de transports routiers que les directives n'abordent pas. La France a en conséquence élargi la mission de contrôle de la préservation de l'équilibre économique des contrats de service public aux liaisons par autocar[1032].

318. Relativement récentes, les autorités de régulation ont cherché à renforcer leur légitimité[1033]et sont rapidement devenues indispensable dans le processus concurrentiel. Une telle présence a généré des tensions, car elles sont parfois perçues comme un moyen de contourner le débat démocratique[1034]. Certains États, dont la France, ont alors décidé d'instaurer un contrôle parlementaire matérialisé par une audition des présidents des autorités par les parlementaires[1035].

[1029] Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, http://www.arafer.fr. Créée en 2009 par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, *J.O.R.F.* du 09 décembre 2009, p. 21226, le choix a été fait par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *J.O.R.F.* n° 181 du 7 août 2015, p. 13537, d'étendre son domaine d'intervention aux autoroutes concédées. L'autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) est alors devenue l'autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER).

[1030] Le Président de l'ARAFER a récemment demandé à ce que les grands ports maritimes soient intégrés dans le champ de l'ARAFER (http://www.arafer.fr/presse/larafer-veut-se-jeter-a-leau).

[1031] Dir. 2012/34/UE, préc., art. 11 § 2.

[1032] Code des transports, art. L. 3111-18.

[1033] Cela s'observe lorsqu'elles publient des communiqués informant que le juge a validé la méthode qu'elles ont utilisée pour trancher un contentieux, par exemple, Actualité du 8 octobre 2017 publiée par l'ARAFER intitulée « Autocar – Pays de la Loire : le Conseil d'État conforte à nouveau l'analyse de l'ARAFER », www.arafer.fr.

[1034] Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *J.O.R.F.* n° 18 du 21 janvier 2017 ; Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, *J.O.R.F.* n° 18 du 21 janvier 2017. Not. PERROUD (Th.), « Le statut général des autorités indépendantes. À propos des lois n° 2017-54 et n° 2017-55 du 20 janvier 2017 », *J.C.P. G*, 2017, 133.

[1035] *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

319. Le processus d'ouverture à la concurrence des activités en réseau a conduit à des modifications significatives au sein des États membres. Moins qu'un démantèlement des opérateurs historiques, il en résulte davantage une transformation destinée à accueillir de nouveaux entrants sur le marché. À cette fin, l'Union a importé le modèle américain de séparation des activités essentielles (la gestion de l'infrastructure) et des activités de service (l'utilisation de l'infrastructure). Chaque secteur obéit cependant à son propre contexte technique et politique. Si l'encadrement juridique des postes est stable et évolue peu, l'électricité et le gaz font l'objet de règles particulièrement détaillées contrairement au ferroviaire, dernier secteur en réseau dont le mouvement de libéralisation n'est pas terminé.

320. Concomitamment aux interventions impulsées par l'Union afin de combler les imperfections des marchés en réseau, la référence à l'obligation de service est associée au processus de libéralisation pour y intégrer certaines exigences d'intérêt général dépassant une analyse purement micro et macroéconomique du marché.

Chapitre 2

Essai de systématisation du contenu de l'obligation de service public

321. La question de savoir s'il existe un service public européen alimente la doctrine depuis le mouvement d'ouverture à la concurrence des activités en réseau et la valorisation des services d'intérêt général par le droit primaire[1036]. Elle s'est heurtée à des divergences sur la portée des termes employés, particulièrement sur la distinction service d'intérêt général et service universel. Une partie de la doctrine considère qu'ils renvoient « un même concept : celui d'un service minimum fournissant des prestations conformément à des critères communs définis[1037] ». Certains présentent le service universel comme une composante du SIEG[1038], certains les dissocient[1039], et d'autres voient le service universel comme une notion plus large[1040].

322. Cette recherche d'une systématisation suppose de s'intéresser au contenu des expressions pour tenter d'en dégager des généralités. Or, l'usage des différentes

---

[1036] KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°2, 14 juin 1996, pp. 215 et s.

[1037] BOITEAU (Cl.), « Concept communautaire de service public et services publics locaux », *R.F.D.A.*, n°2, 10 mars 1995, pp. 320 et s.

[1038] LONG (M.), « Questions transversales – Tarification, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, dossier 27 ; PONTIER (J.-M.), « Sur la conception française de service public », *D.* , n°2, 11 janvier 1996, pp. 9 et s ;

[1039] RAPP (L.), « La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel », *R.M.C.U.E.*, n°389, 10 juin 1995, pp. 352 et s.

[1040] PONTIER (J.-M.), « Sur la conception française de service public », art. cit.

terminologies par les institutions européennes restreint une telle perspective. Le label SIEG sert, à travers l'obligation de service public, à rejeter majoritairement la détermination d'un contenu par l'Union des services d'intérêt général **(Section 1)**. Au contraire, le service universel se présente comme un ensemble d'obligations de service universel communes attestant d'une européanisation de certains services d'intérêt général **(Section 2)**

Section 1. **LE REJET D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE DU CONTENU DES SIEG PAR L'OBLIGATION DE SERVIC PUBLIC**

323. L'obligation de service public sert dès l'origine à substantifier les SIEG. Deux fonctions peuvent à cet égard être identifiées. Elle établit une convergence de leur contenu majoritairement par renvoi à des notions souples, afin de préserver la marge d'appréciation des États **(§1)**. Ce mouvement s'est cependant tari au fur et à mesure de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau. Elle sert désormais bien plus de qualification générale pour éviter une énonciation exhaustive du contenu et du régime des SIEG, qui ouvrirait la voie à une réglementation uniforme **(§2)**.

§1. LA SUBSTANTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

324. Les références à l'obligation de service public se sont multipliées dès l'origine au sein des transports. L'unité qui s'en dégage fait ressortir les jalons matériels de l'obligation de service public **(A)**, que l'ouverture à la concurrence des autres activités de réseau aurait pu consolider. Au contraire, elle en fragilise la perspective **(B)**.

A. La consolidation de jalons matériels par la réalisation du marché intérieur des transports

325. Les jalons de l'obligation de service public ont été posés très tôt dans les transports terrestres par le règlement 1191/69. Ils concernent le prix, la fréquence et la localisation géographique **(1)**. Peu explicites, leur référence au sein des transports aériens et maritimes s'est accompagnée d'une clarification **(2)**.

1) Des jalons posés par le règlement 1191/69

326. Premier texte intéressant l'obligation de service public, le règlement 1191/69[1041] a pour ambition « l'élimination des disparités qui se manifestent par l'imposition aux entreprises de transport par les États membres d'obligations inhérentes à la notion de service public et qui sont de nature à fausser substantiellement les conditions de concurrence[1042] ». Moins qu'une suppression, il vise surtout à clarifier les relations financières entre les six opérateurs ferroviaires historiques et les États[1043].

327. Les obligations de service public peuvent avoir trois objets : l'exploitation, c'est à dire « l'obligation pour les entreprises de transport de prendre, pour les lignes ou installations dont l'exploitation leur a été confiée par concession ou autorisation équivalente, toutes les mesures en vue de garantir un service de transport répondant à des normes fixées de continuité, de régularité et de capacité. Sont également visées l'obligation d'assurer l'exploitation de services complémentaires , ainsi que l' obligation d' entretenir en bon état des lignes, du matériel, pour autant qu'il est excédentaire par rapport à l'ensemble du réseau, et des installations après la suppression des services de transport[1044] » ; le transport, c'est à dire « l'obligation pour les entreprises de transport d'accepter et d'effectuer tout transport de voyageurs ou de marchandises à des prix et conditions de transport déterminées[1045] » ; enfin, la tarification, « l'obligation pour les entreprises de transport d'appliquer des prix fixés ou homologués par voie d' autorité contraires à l'intérêt commercial de l'entreprise et résultant soit de l'imposition, soit du refus de modification de mesures tarifaires particulières, notamment pour certaines catégories de voyageurs, certaines catégories de produits ou pour certaines relations[1046] ».

328. Le texte s'avère dans la pratique peu explicite sur la portée de l'obligation d'exploitation, en particulier de « l'obligation d'entretenir des lignes, du matériel, pour autant qu'il est excédentaire par rapport à l'ensemble du réseau, et des installations après la

---

[1041] Règlement (CEE) 119/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin 1969, pp. 1-7.

[1042] *Ibid.*, *cons.* 1.

[1043] *Ibid.*, art. 19 § 1.

[1044] *Ibid.*, art. 2 § 3.

[1045] *Ibid.*, art. 2 § 4.

[1046] *Ibid.*, art. 2 § 5 :

suppression des services de transport ». De même, l'obligation de transporter est distinguée de l'obligation tarifaire alors que les deux concernent la réalisation de prestations de transports à des prix déterminés. On peine en conséquence à se saisir du sens des mots.

329. Seuls deux arrêts ont apporté des précisions sur la portée des obligations de service public, en l'occurrence, l'obligation tarifaire. L'affaire *Nederlandse Spoorwegen* porte sur une demande de l'opérateur ferroviaire historique des Pays-Bas au ministère des transports relative à la suppression de toutes les obligations de service public dont elle est chargée[1047]. Si les tarifs doivent être approuvés par le ministère, la Cour de justice juge que « l'obligation tarifaire est caractérisée non seulement par la fixation ou homologation par voie d'autorité des tarifs de transport, mais encore par la double condition, cumulative, qu'il s'agisse de mesures tarifaires « particulières », intéressant des catégories déterminées de voyageurs ou de produits, ou des relations déterminées, et contraires, pour le surplus, à l'intérêt commercial de l'entreprise[1048] ». Dès lors, « une obligation légale de portée générale, soumettant à homologation de l'autorité publique les tarifs de transport, ne saurait donc être considérée, à elle seule, comme étant constitutive d'une « obligation tarifaire » au sens de la disposition citée[1049] ». Par analogie, l'obligation pour SNCF d'homologuer ses tarifs auprès du ministère des transports n'est pas de principe une obligation tarifaire[1050].

330. L'affaire *Simet* relative à la réalisation de liaisons par autocar entre plusieurs régions d'Italie a permis au juge de se prononcer, 43 ans plus tard, sur la portée des obligations de service public contenues dans le règlement. Son intérêt se révèle résiduel. L'affaire porte à nouveau sur l'obligation tarifaire et ne constitue qu'une application de la solution *Nederlandse Spoorwegen*. Si l'État fixe les prix, la société n'a pas démontré qu'ils visent

---

[1047] CJCE, 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat*, aff. 36/73, *Rec.* p. 1299.

[1048] *Ibid.*, pt. 11.

[1049] *Ibid.*, pt. 13.

[1050] Décret n°83-817 du 13 septembre 1983 portant approbation du cahier des charges de la Société nationales des chemins de fer français, *J.O.R.F.* du 14 septembre 1983, pp. 2789 et s., art. 17 1°. Le décret a été abrogé par par le décret n°2016-327 du 17 amrs 2016 relatif à l'organisation du transport ferroviaire de voyageurs et portant diverses dispositions relatives à la gestion financière et comptables de SNCF Mobilités.

des catégories particulières de voyageurs[1051]. Ces deux affaires illustrent que le règlement a été peu utilisé, ainsi que l'atteste également le contentieux devant le Conseil d'État[1052].

2) L'affermissement d'un noyau dur d'obligations de service public

331. Les obligations portant sur la fréquence, le prix, et la localisation géographique constituent les jalons matériels de l'obligation de service public, dupliqués dans les transports aériens et maritimes. Le règlement 2408/92 prévoit que les obligations de service public visent « toutes les mesures propres à assurer la prestation d'un service répondant à des normes fixes en matière de continuité, de régularité, de capacité et de prix, normes auxquelles le transporteur ne satisferait pas s'il ne devait considérer que son seul intérêt commercial[1053] », conservées par le règlement 1008/2008[1054]. Le règlement 3577/92 prévoit quant à lui que « S'ils imposent des obligations de service public, les États membres s'en tiennent à des exigences concernant les ports à desservir, la régularité, la continuité, la fréquence, la capacité à prester le service, les tarifs pratiqués et l'équipage du navire[1055] ». Les travaux préparatoires montrent que les références à l'équipage et au navire font suite aux préoccupations en matière de sécurité portant sur le nombre de marins et leurs qualifications professionnels[1056]. Il ne s'agit pas d'un jalon supplémentaire de l'obligation de service public.

[1051] Trib., 3 mars 2016, *Simet SpA contre Commission*, aff. T-15/14, EU:T:2016:124 , pt. 159-161. Not. IDOT (L.), *Europe*, n°5, mai 2016, comm. 169.

[1052] On ne note qu'une seule affaire fait référence au règlement. CE, 23 juillet 2012, *Région Île-de-France*, req. n°343440, *cons*. 4 et 5. Not. ROUAULT (M.-C.), *L.P.A.*, n°223, pp. 3 et s. Le Conseil d'État juge qu'une obligation de service public au sens du règlement est une obligation imposée par l'État, et non une faculté. En l'occurrence, la région offre une aide portant sur le renouvellement des cars et bus aux collectivités territoriales qui ont conclu avec une entreprise un contrat de service public portant sur la réalisation de liaisons de transport. Le dispositif n'est pas obligatoire. En revanche, si la collectivité décide d'y souscrire, elle doit s'engager à maintenir le service pendant 5 ans.

[1053] Règlement (CEE) 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transports aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 8, art. 2 sous o).

[1054] Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3, art. 16. Les travaux préparatoires du règlement montrent que la version initiale et la version finale sont concordantes sur le contenu de l'obligation de service public.

[1055] Règlement (CEE) 3577/92 du Conseil du 07 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, *J.O.C.E.* n° L 364 du 12 décembre 1992, p. 7, art. 4 § 2.

[1056] En l'occurrence, la référence sert à indiquer que ces exigences valent aussi pour les lignes de service public, Proposition modifiée du règlement (CEE) du Conseil concernant l'application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, 22 février 1991, COM(91), 54 final.

332. Une différence demeure par rapport aux transports terrestres. Le contenu des obligations n'est plus explicité et les règlements se contentent de renvoyer à des notions souples. La Commission a récemment décidé de publier des lignes directrices interprétatives sur la mise en œuvre des obligations de service public dans les transports aériens[1057]. Après avoir noté que 179 lignes dans l'Union sont soumises à de telles obligations, principalement en France, la Commission apporte de nombreuses précisions sur justification du service public, son contenu, les procédures d'appel d'offres, et les compensations. Sur le contenu, elle note que « Les obligations de régularité et de capacité consistent principalement à fixer des capacités minimales en termes de sièges offerts ou de fréquence minimale devant être offerte au cours d'une période de temps donnée. Ces obligations peuvent varier en fonction des heures de départ, des jours de la semaine, de la saison, etc. Une ou deux fréquences quotidiennes peuvent ainsi être considérées comme normales dans la plupart des cas, mais il peut arriver qu'une OSP n'exige qu'une seule fréquence par semaine[1058] ». Sur le prix, elle note que « les obligations peuvent consister principalement à fixer un plafond ou des grilles tarifaires pour tout ou partie des services fournis. Les grilles peuvent définir des catégories tarifaires ou des tarifs préférentiels pour certaines catégories de passagers (p. ex.: résidents et étudiants). S'agissant des résidents, un tel traitement préférentiel doit être objectivement justifié par la nécessité de permettre à cette catégorie de la population de participer à la vie culturelle, économique et sociale de leur État membre[1059] ». En revanche, la Commission considère que « l'établissement de tarifs préférentiels pour les personnes qui sont nées mais ne vivent plus dans une région donnée paraîtrait disproportionné[1060] », ou encore que seuls les trajets de plus de trois heures peuvent prévoir dans le prix un repas et un bagage[1061]. Enfin et de manière plus énigmatique, la Commission rattache à la qualification de l'obligation de service public le type d'aéronefs, les exigences relatives au moteur, la masse de l'avion, le

[1057] Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) nº 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil — Obligations de service public (OSP), *J.O.U.E.* n° C 194 du 17 juin 2017, pp. 1-28, pt. 9 : « L'adoption de ces lignes directrices répond aussi à la nécessité de combler l'absence, à ce jour, de jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne les OSP mises en place au titre du règlement nº 1008/2008 ».

[1058] *Ibid.*, pt. 45.

[1059] *Ibid.*, pt. 49.

[1060] *Ibid.*, nbp 37.

[1061] *Ibid.*, pt. 50.

système d'atterrissage[1062]. Il ne semble pas s'agir pourtant d'obligations de service public dans le sens où l'entend le règlement, mais davantage de spécifications techniques[1063].

333. Les jalons matériels de l'obligation de service public s'illustrent plus récemment dans le règlement 2017/352 portant sur la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports. Son article 7 prévoit ainsi que les États membres peuvent imposer des obligations de service public portant sur la disponibilité des services portuaires, c'est à dire « pour l'ensemble des utilisateurs du port, à tous les postes d'amarrage et sans interruption, de jour comme de nuit, tout au long de l'année », la disponibilité des services pour tous les utilisateurs aux mêmes conditions, l'accès à des prix abordables pour certaines catégories d'utilisateurs, la fourniture de transports adéquats, la sécurité, la sûreté ou la viabilité environnementale, et la cohésion sociale[1064]. Les références à l'obligation de service public n'apparaissent pas parfaitement calibrées. La cohésion sociale relève davantage d'un objectif que du contenu de l'obligation de service public, tandis que sont identifiées de manière évasive – et sans que la qualification soit discutée – des obligations de service public relatives à la sécurité, la sûreté, et la viabilité environnementale.

334. Les divers actes législatifs portant sur les transports terrestres, aériens et maritimes identifient un noyau dur d'obligations de service public autour de la fréquence, du prix, et la localisation géographique. On en observe même un usage au-delà des transports par la directive 92/25/CEE concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain[1065]. Absente de la proposition de directive de la Commission[1066], des références à l'obligation de service public ressortent en revanche d'un amendement du Parlement européen en première lecture[1067], que la Commission intègrera dans sa proposition de directive modifiée. Les États membres peuvent imposer aux grossistes répartiteurs (sociétés assurant la logistique entre

---

[1062] *Ibid.*, pts. 46 à 48.

[1063] Voy. *Infra*. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

[1064] Règlement (UE) 2017/352 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 03 mars 2017, p. 1, art. 7.

[1065] Dir. 92/25/CEE du Conseil, du 31 mars 1992, concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° L 113 du 30 avril 1992.

[1066] Proposition de directive du Conseil concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain, COM (89) 607 final, *J.O.C.E.* n° C 58 du 8 mars 1990, pp. 16-18.

[1067] Avis en première lecture du Parlement européen sur la proposition de directive du Conseil concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° C 183 du 15 avril 1991, pp. 132-139, amendement n°33.

les laboratoires pharmaceutiques et les pharmacies) de « garantir en permanence un assortiment de médicaments capables de répondre aux exigences d'un territoire géographiquement déterminé et d'assurer la livraison des fournitures demandées dans de très brefs délais sur l'ensemble dudit territoire[1068] ». Non modifiée par les modifications successives de la directive[1069], ces obligations sont codifiées à l'article R. 5124-59 du code de la santé publique. Elles imposent aux grossistes l'obligation de détenir un stock durant deux semaines sur certains médicaments, et de pouvoir livrer toute commande passée dans les 24h avant le samedi 14h. Révélateur d'un affermissement des jalons matériels de l'obligation de service public au-delà de la politique des transport, ce processus est pourtant fragilisé par l'ouverture à la concurrence de l'électricité et du gaz.

B. La fragilisation des jalons matériels par la réalisation du marché intérieur de l'énergie

335. Absentes des propositions initiales de la Commission[1070], les références à l'obligation de service public à travers l'ouverture à la concurrence des secteurs de l'électricité et du gaz ont été insérées à l'initiative du Parlement européen[1071]. Les directives 96/92/CE et 98/30CE prévoient que « les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public, dans l'intérêt économique général, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et les prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement[1072] ». Les références à la régularité,

---

[1068] *Ibid.*, art. 2.

[1069] Dir. 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, *J.O.U.E.* n° L 311 du 28 novembre 2001, pp. 67-128, *cons.* 38 et art. 81 ; Dir. 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, *J.O.U.E.* n° L 136 du 30 avril 2004, pp. 34-54, art. 81. On note cependant une différence : dans la directive de 2001, il n'y a plus de référence à l'obligation de stock permanent mais juste une brève mention de la possibilité pour les États d'imposer des obligations de service public. Cette précision est réintroduite dans la directive de 2004.

[1070] Proposition de directive du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, et Proposition de directive du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, COM(91) 548.

[1071] Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, 7 décembre 1993, 24 février 1992, COM(93) 643, p. 6.

[1072] Dir. 96/92/CE du 19 décembre 1996 du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.* n° L 27 du 30 janvier 1997, pp. 20-29., art. 3 § 2 ; Dir. 98/30/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 204 du 21 juillet 1998, pp. 1-12, art. 3 § 2.

le prix[1073], et la sécurité d'approvisionnement[1074] manifestent des similitudes avec les jalons matériels de l'obligation de service public dans le domaine des transports. S'observent cependant de nouvelles références telles que la protection de l'environnement, la qualité, la sécurité, sans que les travaux n'apportent à cet égard de précisions.

336. Des précisions étaient attendues des paquets ultérieurs. L'imposition d'obligations de service public justifiée par la protection de l'environnement a concentré l'essentiel des discussions dans le cadre des propositions de révision des directives 96/92/CE et 98/30/CE. La Commission souligne dans un langage trop technique et peu accessible que la protection de l'environnement vise des obligations de service public pouvant porter sur « des réductions des factures globales d'électricité [qui] n'empêchent pas l'adoption de structures tarifaires encourageant l'efficacité énergétique. Elles pourraient s'effectuer par le biais de réductions des charges fixes, sans modifier les signaux de prix relatifs à l'utilisation variable d'électricité. Des incitations réglementaires appropriées devraient être mises en œuvre pour encourager l'émergence de ces nouvelles structures tarifaires[1075] ». Le législateur se contente d'indiquer dans les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE que la protection de l'environnement concerne notamment l'efficacité énergétique et la protection du climat[1076].

337. L'intitulé de l'article portant sur les obligations de service public évolue et devient « obligations de service public et protection du consommateur ». Les États membres doivent assurer la transparence des relations contractuelles entre les clients et les fournisseurs

---

[1073] La Cour de justice a jugé qu'un prix règlementé, c'est à dire un prix fixé par l'État, est une obligation de service public, CJCE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier Ministre e.a.*, aff. C-121/15, EU:C:2016:63.

[1074] Qui doit s'entendre comme un moyen de parvenir à approvisionner les clients en continu. Pour une étude de la sécurité d'approvisionnement, voy. notre étude DESTAILLEUR (Th.), « La sécurité d'approvisionnement énergétique : une contribution contrastée à l'émergence d'un droit de la régulation des flux », *A.D.U.E.*, 2016, pp. 97-125.

[1075] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Achèvement du marché intérieur de l'énergie, 13 mars 2001, COM(2001) 125 final, p. 24.

[1076] Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité ; Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel, 7 juin 2002, COM(2002) 304 ; Dir. 2003/54/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *J.O.U.E.* n°L 176 du 15 juillet 2003, pp. 37-56, art. 3 § 2 ; Dir. 2003/55/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *J.O.U.E.* n°L 176 du 15 juillet 2003, pp. 57-78, art. 3 § 2.

d'électricité ou de gaz[1077], la possibilité de changer de fournisseur[1078] et de prendre des mesures spéciales pour les clients résidant dans des régions reculées[1079]. Quelques différences existent entre le gaz et l'électricité : pour le gaz, les États doivent prendre les mesures appropriées pour éviter l'interruption de la fourniture de gaz pour les consommateurs vulnérables[1080], tandis que pour l'électricité, la transparence des conditions contractuelle est précisée. Le consommateur doit disposer d'informations dans ses factures portant sur sa consommation, les sources d'énergie, les émissions de CO_2[1081]. Ces multiples occurrences à la protection du consommateur interrogent sur la question de savoir si le législateur les conçoit comme des obligations de service public ou comme des obligations distinctes.

338. Les discussions sur l'obligation de service public à l'occasion de la révision des directives amorcée en 2007 ont à nouveau porté sur la protection de l'environnement, comprenant désormais également l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables[1082]. C'est cependant la protection du consommateur qui a concentré l'essentiel des discussions. Selon la Commission, les consommateurs doivent bénéficier d'informations sur leur consommation, car la fourniture régulière d'informations leur permettra d'être sensibilisés aux économies d'énergie[1083]. Sous l'impulsion du Conseil économique, social et environnemental[1084], une référence à la pauvreté énergétique est insérée. Les États membres doivent prendre « des mesures appropriées, telles que des plans nationaux d'action dans le domaine de l'énergie, des prestations au titre des régimes de sécurité sociale pour assurer aux consommateurs vulnérables l'approvisionnement nécessaire en électricité, ou

---

[1077] Dir. 2003/54/CE, préc., art. 3 § 5 ; Dir. 2003/55/CE, préc. art. 3 § 3.
[1078] *Ibid.*
[1079] Dir. 2003/54/CE, préc., art. 3 § 5 ; Dir. 2003/55/CE, préc., art. 3 § 4.
[1080] Dir. 2003/55/CE, préc., art. 3 § 3.
[1081] Dir. 2003/54/CE, préc., art. 3 § 6.
[1082] Dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55, art. 3 § 2 ; Dir. 2009/73/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 94, art. 3 § 2.
[1083] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, 19 juillet 2007, COM(2007) 528 final, p. 27 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, 19 juillet 2007, COM(2007) 529 final, p. 28.
[1084] Avis du Comité économique et social européen sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité COM(2007) 528 final, pt. 1.1..5.2.

des aides à l'amélioration de l'efficacité énergétique, afin de lutter contre la pauvreté énergétique là où elle se présente, y compris dans le contexte plus large de la pauvreté en général[1085] ». À cela s'ajoute la création d'un médiateur de l'énergie pour les différends entre les clients et les fournisseurs[1086], ainsi qu'un guichet unique répertoriant les droits des consommateurs[1087]. Quelques précisions concernent spécifiquement le gaz et procèdent à un alignement des conditions contractuelles applicables à l'électricité : l'obligation de prendre des mesures pour éviter l'interruption du gaz pour les clients vulnérables insérée en 2003 s'entend désormais comme l'interdiction d'interrompre sa fourniture lorsque le consommateur traverse des difficultés[1088]. La transparence des conditions contractuelles s'entend comme incluant la consommation et un délai de trois semaines au maximum pour que le changement de fournisseur soit effectué[1089].

339. Les directives de 2009 n'apportent pas de précisions sur l'éventuelle distinction entre les obligations de service public et les obligations portant sur la protection du consommateur. Doit-on considérer que la mise en place d'un médiateur ou que les informations relatives à la consommation d'énergie sont des obligations de service public ? L'intérêt du recours à obligation de service public porte sur les dérogations auxquelles les entreprises qui en ont la charge peuvent prétendre[1090]. Des précisions devraient résulter de la refonte des règles applicables à l'électricité. Actuellement en discussion, elles envisagent de distinguer dans deux articles différents les obligations de service public et les règles relatives à la protection du consommateur[1091].

340. L'essentiel des modifications apportées en 2009 invitent à porter un regard réservé sur l'usage de l'obligation de service public en matière énergétique. Les modifications se révèlent redondantes et parfois cosmétiques. Les occurrences à la précarité énergétique ne sont qu'une autre façon de faire référence à la protection des clients vulnérables. Les

---

[1085] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 3 § 8 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 4.
[1086] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 13 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 9.
[1087] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 3 § 12 ; Dir 2009/73/CE, préc., art. 3 § 9.
[1088] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 3.
[1089] *Ibid.*, art. 3 § 6.
[1090] Il y a ainsi une différence entre l'interdiction de couper l'accès au gaz qui peut générer des pertes pour l'entreprise et l'obligation de fournir des informations sur la consommation d'électricité ou de gaz. On ne sait pourtant si les deux sont considérées comme des obligations de service public.
[1091] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (refonte), 20 décembre 2017, COM(2016) 380. L'article 9 serait ainsi consacré aux obligations de service public, et l'article 10 aux conditions contractuelles.

précisions sur la transparence des conditions contractuelles sont parfois de l'ordre de l'évidence. La directive 2009/73/CE oblige à la communication de la consommation en matière de gaz. Comment imaginer pourtant que l'exigence de transparence des conditions contractuelles insérée en 2003 n'incluait pas déjà une telle obligation ? Les modifications génèrent également de nombreuses questions. Comment interpréter que les obligations de service public peuvent porter sur « la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat[1092] » ? Comment interpréter la possibilité d'imposer des obligations de service public relatives aux énergies renouvelables pour le gaz naturel ?

341. Les jalons matériels posés par les transports restent pertinents, mais l'énergie participe à leur fragilisation[1093]. Les références à l'obligation de service public dans l'électricité et le gaz ressemble à un inventaire à la Prévert. Elles sont davantage utilisées comme un moyen de communication que comme un instrument juridique construit de manière cohérente. Que la doctrine peine à se saisir de certains usages de l'obligation de service public n'est dès lors pas surprenant[1094].

§2. LE TARISSEMENT MATÉRIEL DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

342. La multiplication des occurrences liées à l'obligation de service public dans le champ des transports et de l'énergie présente une diversité de sens et de renvois peu propices à une approche systémique de son contenu. Cette analyse est renforcée, d'une part, en matière de radiodiffusion de service public, car le droit primaire interdit à l'Union de le substantifier **(A)**, d'autre part, par la suppression des références au contenu des obligations de service public dans les transports terrestres **(B)**.

[1092] Dir. 2009/72/CE, préc., arr. 3 § 2 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 2.

[1093] C'est une conclusion similaire, mais plus discrète, qui s'observe à l'aune règlement (UE) 2017/352 relatif aux services portuaires, et en particulier des références aux obligations de service public portant sur la sécurité, la surêté, et la viabilité environnementale.

[1094] BASILIEN-GAINCHE (M.-L.), « La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz. Une reconfiguration des obligations de service public », *A.J.D.A.*, n°2, 15 janvier 2007, pp. 74 et s. L'auteur étudie les occurrences à l'obligation de service public dans les directives de 96 , 98, et 2003. Les liens entre la notion et la protection de l'environnement sont ainsi occultés au profit de considérations portant sur la réduction des gaz à effet de serre, montrant alors les difficultés à se saisir des usages de l'obligation de service public dans les différents textes.

A. L'interdiction par le droit primaire de déterminer le contenu du service public de radiodiffusion

343. Attirant peu l'attention en doctrine, la qualification juridique du service public de radiodiffusion a généré des controverses **(1)**. Elle a amené les négociateurs des traités à la consacrer en droit primaire et à réserver entièrement aux États membres la détermination de son contenu **(2)**. Cette réserve s'est heurtée en pratique à la mise en œuvre par la Commission de son pouvoir de surveillance **(3)**.

1) Une mission de service public controversée

344. La pauvreté des fréquences disponibles et des coûts importants d'entrée sur le marché expliquent que la radiodiffusion ait historiquement fait l'objet d'un monopole. Tout comme les communications électroniques, cette activité a connu un important tournant technologique dans les années 1980-1990[1095]. Décidée à créer un marché intérieur des médias susceptible de concurrencer les Etats-Unis et le Japon[1096], l'Union a ouvert à la concurrence la radiodiffusion et a en conséquence clarifié ses rapports avec les libertés de circulation[1097].

345. Le premier texte important sur la radiodiffusion est la directive « Télévision sans frontières[1098] » (dite aussi directive TSF) destinée à garantir aux organismes de radiodiffusion de n'importe quel État membre le droit d'émettre dans un autre État membre[1099]. La suppression des frontières audiovisuelles entre les États membres a posé la question de l'avenir du financement des émissions, de la protection de plusieurs objectifs d'ordre public et de la promotion d'œuvres européennes. Le financement des organismes de radiodiffusion provient majoritairement des recettes publicitaires, aussi n'est-il pas surprenant qu'une part substantielle des dispositions de la directive y soient consacrées (plus

---

[1095] CARPENTIER (M.), « Télévision haute définition du laboratoire au marché », *R.M.C.*, n°334, 10 février 1990, pp. 111 et s.

[1096] DENUIT (R.), *Politique culturelle européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 189-190.

[1097] Dans l'affaire *Sacchi*, la Cour effectue une différence entre l'émission de messages télévisuel (comme la publicité), qui relève de la libre prestation de service, et les supports physiques nécessaires pour la diffusion des signaux (films, supports de son, etc.), qui relèvent quant à eux de la libre circulation des marchandises, CJCE, 30 mars 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 409, pts. 6 et 7.

[1098] Dir. 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.* n° L 298 du 17 octobre 1989, pp. 23-30.

[1099] *Ibid.*, art. 2.

d'un tiers des articles)[1100]. Le texte n'occulte pas par ailleurs certaines problématiques d'ordre public puisque plusieurs articles touchent tant aux programmes audiovisuels que les publicités sur la question de la protection des mineurs[1101], ou d'autres sujets sociétaux tels que le tabac[1102], les médicaments[1103], ou l'alcool[1104]. Enfin, la directive érige en priorité la promotion des œuvres européennes, c'est à dire d'œuvres d'origine ou à destination du territoire européen[1105]. Les révisions successives de la directive se sont attachées à apporter des précisions sur plusieurs termes employés et adapter le cadre juridique existant aux nouveaux moyens de communication[1106].

346. Non définie par le droit de l'Union, des auteurs identifient la radiodiffusion de service public comme « a system that is supported by publics funds, is ultimately accountable to those founding, is aimed at providing a service to the entire population, and does not apply only commercial principles in determining its programming[1107] », et mobilisant une multitude de plateformes telles que la radio, la télévision, internet, etc, et devant réaliser les objectifs de neutralité, de pluralisme, d'éducation, et d'information. Absente de la directive TSF, la mise en place d'une concurrence dans le secteur audiovisuel n'est pas sans conséquences. La réduction des parts d'audience par la migration d'une partie des clients des chaînes financées par l'État vers les chaînes privées ont des effets sur les rentes provenant des activités publicitaires, et par effet de cascade, sur la stabilité financière des programmes. Cette pression s'est accompagnée de plusieurs procédures contentieuses engagées par la Commission, soit directement, soit à l'issue de plusieurs plaintes portant sur

---

[1100] *Ibid.*, Chapitre IV, articles 10 à 21.

[1101] *Ibid.*, art. 22 obligeant les États à interdire des émissions à caractère pornographique ou prônant la violence, sauf si elles interviennent durant une plage horaire ne touchant pas normalement les mineurs.

[1102] *Ibid.*, art. 13.

[1103] *Ibid.*, art. 14.

[1104] *Ibid.*, art. 15.

[1105] *Ibid*., art. 6. Des exigences relatives au quota de diffusion de ces œuvres sont insérées, et ont fait l'objet de vives discussions, voy. DENUIT (R.), *Politique culturelle européenne*, op. cit., pp. 191-192.

[1106] Dir. 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.U.E.* n° L 202 du 30 juin 1997, pp. 60-70 ; Dir. 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.U.E.* n° L 332 du 18 décembre 2007, pp. 27-45 ; Dir. 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, *J.O.U.E.* n° L 95 du 15 avril 2010, pp. 1-24.

[1107] MACLENNAN (J.-F.), « Facing the Digital Future: Public Service Broadcasters and State Aids Law in the European Union », *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 1999-2000, pp. 159-202.

le financement de la radiodiffusion de service public alliant aides d'État et recettes publicitaires[1108].

347. Les liens de la radiodiffusion de service public avec les télécommunications (que le droit dérivé façonne également à cette période), son importance pour le fonctionnement démocratique d'une société, le développement des valeurs sociales et culturelles[1109], et des divergences entre les institutions, expliquent que la Commission ait tardé à prendre position. La DG société de l'information de la Commission a rejeté les monopoles des entreprises en charge de la radiodiffusion de service public tandis que le Parlement européen et les différents ministères de la culture des États membres ont prôné une position inverse[1110]. Deux doctrines s'affrontent, l'une consistant à remettre en cause la nécessité des services publics de radiodiffusion tant la multiplication des chaines, programmes, moyens pour obtenir l'information suffisent à réaliser le pluralisme des médias ; l'autre, considérant que la concurrence génèrera des concentrations une fois le marché stabilisé, fragilisant ce pluralisme[1111] notamment en manipulant l'information[1112]. C'est dans ce contexte que les rédacteurs des traités ont tranché la question en consacrant la mission de service public directement en droit primaire.

2) La reconnaissance d'une réserve de compétence au profit des États

348. Le Traité d'Amsterdam a mis fin à la controverse portant sur le service public de radiodiffusion. Après avoir souligné que « la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque

---

[1108] TPICE, 17 février 1998, *Pantochim contre Commission*, aff. T-107/96, *Rec.* p. II-311 ; TPICE, 3 juin 1999, *TF1 contre Commission*, aff. T-17/96, *Rec.* p. II-1757 ; TPICE, 10 mai 2000, *SIC contre Commission*, aff. T-46/97, *Rec.* p. II-2125.

[1109] HEIDENHAIN (M.), *European State Aid Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 559-572; HANCHER (L.), OTTERVANGER (P.), JAN SLOT (P.), *EC State Aids*, London, Sweet & Maxwel, 2006, 3ème ed., pp. 420-440 ; BAVASSO (A.), « Public Service broadcasting and State Aid Rules : between a Rock and a hard Place », *E.L.R.*, 2002, pp. 340 and f. ; TPICE, *Pantochim contre Commission*, préc. ; TPICE, *TF1 contre Commission* préc. ; SZALAY (K.), « The Development of the European Union's Policy on State Aid to Public Service Broadcasting – From early cases to formulated policy – », *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecc*, 2012, pp. 250 et s. ; DE STREEL (A.), DEFREYNE (E.), « La régulation du service public des médias par le contrôle des aides d'État », *J.D.E.*, n°221, juillet 2015, pp. 281-284.

[1110] SZALAY (K.), « The Development of the European Union's Policy on State Aid to Public Service Broadcasting – From early cases to formulated policy – », art. cit., pp. 256-257, et les références citées.

[1111] MACLENNAN (J.-F.), « Facing the Digital Future: Public Service Broadcasters and State Aids Law in the European Union », art. cit.

[1112] Voy. l'étude dense du Pr. SUNSTEIN qui montre que l'information non cadrée créé des défaillances de marché avec effet de cascade, SUNSTEIN (C.-R.), « Television and the Public Interest », *Cal. L. Rev*., 200, pp. 499-564, *spé.* 514-517.

société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias », le Protocole 9 – devenu le Protocole 29 du TFUE, inchangé – prévoit que « Les dispositions des traités sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte[1113] ».

349. Le Protocole « codifie » la jurisprudence naissante de la Cour sur la qualification d'intérêt général des services de radiodiffusion[1114], qui ne se posera désormais plus[1115]. Les Pr. DENUIT et MICHEL notent respectivement qu'il apporte une réponse aux revendications de grands acteurs privés de l'audiovisuel qui contestent le financement de chaînes publiques par des subventions[1116], et offre « une certitude contre une remise en cause, par le droit de l'Union, d'un élément de droit interne conçu comme ne pouvant ainsi être affecté[1117] ». Il ne s'agit pas d'un protocole technique classique du droit international public mais au contraire d'un protocole qui supplée (et non complète) les traités en préservant une compétence nationale[1118].

[1113] CHARBIT (N), *Le droit de la concurrence et secteur public*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 427-439 ; HERNU (R.), « Les objectifs politiques dans les annexes », in BARBOU DES PLACES (S.) (Dir.), *Aux marges du Traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 135-151, *spéc.* p. 139-140.

[1114] CJCE, *Giuseppe Sacchi*, préc.

[1115] CHARBIT (N.), « Le financement des missions de service public au regard du Traité d'Amsterdam », *G.D.P.*, n°160, juin 2000, pp. 18 et s.

[1116] DENUIT (R.), *Politique culturelle européenne*, op. cit., p. 74 et 119.

[1117] MICHEL (V.), « Les actes annexés : une méthode », in BARBOU DES PLACES (S.) (Dir.), *Aux marges du Traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens*, op. cit., pp. 96-114, *spéc*. p. 102-103.

[1118] Selon la typologie des annexes proposée par la Pr. BARBOU DES PLACES. L'auteur distingue ainsi l'annexe complément du traité : « Penser l'acte placé en annexe d'un traité comme le complément du traité, c'est le considérer comme un ajout, un élément qui s'agrège à un autre pour que ce dernier soit complet. En grammaire, le complément est le mot rattaché à un autre mot pour en préciser le sens. On parle du complément d'une proposition principale, qui peut être déterminatif, explicatif, complément d'objet, d'attribution, de circonstance, ou d'agent » (pp. 20-21), et au contraire, l'annexe supplément au traité, qui renvoie à « un nombre substantiel d'annexes échappe à la catégorisation d'annexes complément. En effet, elles ne peuvent pas être considérées comme complétant le traité car elles lui sont extérieures, et pas seulement sur le plan formel. Le terme qui paraît le plus adéquat pour en rendre compte est le terme de « supplément » qui est une addition extérieure à la chose complétée. Le supplément renvoie à l'idée de ce que l'on ajoute, c'est un surplus, un surcroit » (p. 31), voy. BARBOU DES PLACES (S.), « Esquisse d'une typologie des actes annexés aux traités européens », in BARBOU DES PLACES (S.), (Dir.), *Aux marges du Traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens*, op. cit. pp. 18-46, *spéc.* pp. 41-43.

350. Le protocole use de l'expression d' « organismes de radiodiffusion », préférée à celle d' « entreprise de radiodiffusion ». La Pr. RAPOPORT note que la notion d'organisme se retrouve dans plusieurs dispositions du droit primaire relatives à « la réalité administrative actuelle de l'Union » (telles que les agences de l'Union par exemple) [1119]. Son usage dans le cadre du Protocole 29 est alors iconoclaste. Elle s'appréhende cependant à l'aune de la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du traité. L'activité de radiodiffusion de service public est économique non pas en raison de son objet, mais en raison de ses effets sur la concurrence dans le secteur plus large de la radiodiffusion[1120]. L'utilisation de la notion d'organisme plutôt que celle d'entreprise apparaît donc comme un moyen d'éviter de préciser sa place dans les domaines de compétences des traités.

351. En prévoyant que « Les dispositions des traités sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre », le Protocole instaure une réserve de compétence au profit des États membres. Cette réserve de compétence s'observe dans le droit dérivé. Les directives relatives aux services des médias audiovisuels ignorent largement cette question[1121]. Que l'activité soit économique et rattachée aux domaines de la concurrence et du marché intérieur, ou qu'elle soit non économique et rattachée aux compétences d'appui, de coordination et de complément, le protocole a pris soin de neutraliser l'action de l'Union européenne. Le protocole 29 manifeste donc l'interdiction par le droit primaire de substantifier le contenu de la mission de service public. L'arrêt *Bayerischer Rundfunk*

[1119] RAPOPORT (C.), « Les catégories organiques du droit primaire de l'Union européenne », in BERTRAND (B.) (Dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 95-126, *Spéc.* pp. 105-106

[1120] TPICE, 26 juin 2008, *SIC contre Commission*, aff. T-442/03, *Rec.* p. II-1161, pt. 153 ; TPICE, 1 juillet 2010, *M6 et TF1 contre Commission*, aff. T-568/08 et T-573/08, *Rec.* p. II-3397, pt. 123 : « il convient de rappeler que l'activité de transport ne saurait être comparée à l'activité de la radiodiffusion publique. En effet, si l'activité de transport est, en tant que telle, indiscutablement une activité économique et concurrentielle et le service public des transports un service d'intérêt économique général (ci-après « SIEG »), en revanche, s'agissant de la radiodiffusion publique, la qualification retenue de SIEG, plutôt que de service d'intérêt général non économique, s'explique plus par l'impact que la radiodiffusion de service public produit, de facto, sur le secteur, par ailleurs concurrentiel et marchand, de la radiodiffusion, que par une prétendue dimension marchande de la radiodiffusion de service public ».

[1121] Dir. 2007/65/CE, préc. et Dir. 2010/13/UE, préc., on retrouve respectivement au considérant 9 et au considérant 13 une brève mention des services publics de radiodiffusion, selon laquelle ils doivent bénéficier des progrès technologiques et que la coexistence de fournisseur privés et publics est caractéristique du marché européen des médias audiovisuels.

portant sur la question de savoir si l'organisation de radiodiffusion en cause est soumise aux directives marchés publics en fournit une illustration[1122]. La juridiction nationale considère que les exigences « relatives à la définition de l'« organisme de droit public » sont remplies dans la mesure où ces organismes ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et sont dotés de la personnalité juridique[1123] ». La Cour de justice en prend acte sans s'immiscer dans les considération d'intérêt général retenues. Cette approche n'est pourtant pas absolue. Elle s'est heurtée en pratique au pouvoir de surveillance de la Commission.

3) Le dépassement de la réserve de compétence justifié par les pouvoirs de surveillance de la Commission

352. Les services publics de radiodiffusion promeuvent « la diversité culturelle dans chaque pays, ils diffusent des programmes éducatifs ainsi que des émissions de divertissement de qualité, ils informent d'une manière objective l'opinion publique et ils sont garants du pluralisme[1124] ». Une partie de la doctrine anticipe une convergence du contenu du service public de radiodiffusion entre les États membres[1125]. Cette lecture mérite d'être discutée car le protocole 29 l'érige comme un vecteur de différenciation entre eux[1126].

353. Bien que le protocole interdise aux institutions de l'Union de s'immiscer dans le service public, plusieurs interventions manifestent une influence sur son contenu. L'article 1er de la directive sur l'utilisation de certaines œuvres orphelines[1127] prévoit la possibilité pour les organismes de radiodiffusion d'utiliser ces œuvres, « à condition que cette

---

[1122] CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, *Rec.* p. I-11173, pts. 12 et s.. Not. BROUSSY (E.), DONNAT (F.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, n°5, 11 février 2008, pp. 240 et s. Voy. également DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 114.

[1123] *Ibid.*, pt. 26.

[1124] Question écrite P-3036/00 posée par Lisbeth GRÖFELDT BERGMAN (PPE-DE) à la Commission, sur les nouvelles aides d'État ciblées à la télévision suédoise de service public, *J.O.U.E.* n° C 113 E du 18 janvier 2001, p. 223.

[1125] MACLENNAN (J.-F.), « Facing the Digital Future: Public Service Broadcasters and State Aids Law in the European Union », art. cit.

[1126] LEVY (D.), *Europe's Digital Revolution:Broadcasting Regulation, the EU and the National State*, London and New York, Routledge, 1997.

[1127] Dir. 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, *J.O.U.E.* n° L 299 du 27 octobre 2012, pp. 5-12. Not. POLLAUD-DULIAN (F.), *R.T.D. Com.*, n°4, février 2013, pp. 783 et s. Pour une étude de la directive sous l'angle des relations entre l'art et au marché intérieur, voy. PEREZ (S.), « L'art et le marché intérieur de l'Union aujourd'hui et demain », in GIORGINI (G.-C.), PEREZ (S.) (Dir.), *Droit et marché intérieur de l'art en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 71-100.

utilisation contribue à l'accomplissement de leur mission d'intérêt public, en particulier la préservation, la restauration de leurs collections et la fourniture d'un accès culturel et éducatif à celles-ci, y compris leurs collection numérique[1128] ». Probablement pour éviter la question de la compatibilité avec le protocole 29, cette condition n'est pas reproduite dans le dispositif de la directive. Ceci étant, en déterminant les objectifs poursuivis, les supports et leur utilisation, c'est la forme de l'activité de service public, et indirectement, son contenu qui s'en trouve affecté. Il n'est pas sans effets en droit interne, puisque la France a reproduit ce considérant dans le code de la propriété intellectuelle[1129].

354. Le protocole prévoit que « le financement [du service public de radiodiffusion] n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte ». C'est sous la forme d'actes atypiques que la Commission a précisé cette interaction[1130]. Dans sa communication de 2001 intervenant en réponse à des préoccupations d'ordre pratique[1131], la Commission a noyé le service public dans une définition dont on peine à saisir la portée. Elle affirme que « les missions de service public peuvent être soit quantitatives, soit qualitatives, ou les deux[1132] ». La décision *BBC Digital Curriculum*[1133] a montré les limites du texte[1134] qui n'abordent pas la multiplication des supports de diffusion (sites internet, télévision à la demande, télévision de rattrapage, téléphone mobile, etc.) et à leurs effets sur la concurrence[1135].

[1128] *Ibid.*, cons. 20.

[1129] Code de la propriété intellectuelle, art. L. 135-2. Sur la transposition de la directive relative aux œuvres orphelines, voy. BERNAULT (C.), « Transposition en droit français de la directive relative aux œuvres orphelines », *E.D.P.I.*, n°4, avril 2015, pp. 1 et s.

[1130] Probablement pour éviter qu'une décision fasse l'objet d'un recours en annulation fondé sur le protocole 29. La *soft law* est ici un moyen d'éviter des obstacles potentiels générés par le droit primaire. Voy. sur ce sujet, CHAMON (M.), « Le recours à la soft law comme moyen d'éluder les obstacles constitutionnels au développement des agences de l'UE », *R.U.E.*, n°576, pp. 152 et s.

[1131] C'est ce qu'il ressort d'une question écrite posée à la Commission, Questions écrite E-3654/00 posée par Elly PLOOIJ-VAN GORSEL (ELDR) à la Commission, sur les différences entre les stations de radio publiques et commerciales dans l'attribution des fréquences, *J.O.U.E.* n° C 187 E du 3 juillet 2001, p. 24.

[1132] Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, COM 2001/C/320/04, *J.O.U.E.* n° C 320 du 15 novembre 2001, pp. 5-11, pt. 44.

[1133] Déc., 1er octobre 2003, aide n° N37/2003, *BBC Digital Curriculum*, *J.O.U.E.* n° C 271 du 12 novembre 2003, pp. 47 et s.

[1134] SUMRADA (N.), NOHLEN (N.), « Control of State Aid for Public Service Broadcasting : Analysis of the European Commissions's Recent Policy », *E.S.A.L.Q.*, 2005, pp. 609-620.

[1135] L'enjeu est d'importance que la portée de la mission de service public dépend également de sa visibilité, et donc des supports pouvant être utilisés à cette fin, DE STREEL (A.), DEFREYNE (E.), « La régulation du service public des médias par le contrôle des aides d'État », art. cit.

355. La Commission a adopté des lignes directrices sur le financement des services publics de radiodiffusion en 2009[1136]. En dehors de la possibilité pour les organismes de radiodiffuseur d'utiliser une multitude de plateformes en vue de réaliser les obligations qui leur sont imparties[1137], quelques précisions sont données sur l'obligation de service public. En l'occurrence, la Commission souligne qu'elle rejettera une telle qualification juridique pour les obligations portant sur la publicité, du commerce électronique, de l'utilisation de numéros de téléphone spéciaux dans le cadre de jeux dotés d'un prix, de parrainage ou de marchandisage, et de manière générale si les aides d'État étaient utilisées pour financer des activités qui n'apportent aucune valeur ajoutée en termes de satisfaction des besoins sociaux, démocratiques et culturels de la société[1138]. Sont ainsi considérées comme des obligations de service public l'obligation de diffusion de programmes sportifs dans la limite d'environ 10% du temps de diffusion total[1139], l'obligation de fournir deux chaînes de couverture nationale[1140], et plus généralement l'obligation de couverture nationale[1141]. Enfin dans sa décision relative aux mesures *ad hoc* exécutées par le Portugal en faveur de la RTP, la Commission a affirmé que : « Compte tenu du considérant 45 de la directive «Télévision sans frontières», la Commission pourrait accepter, dans la mesure où les droits sur les films concernés sont compatibles avec leur diffusion à la télévision de service public, que la définition du service public auquel sont soumis les radiodiffuseurs s'étende à l'obligation de contribuer de façon substantielle aux investissements dans la production audiovisuelle européenne[1142] ».

356. La pratique a montré que la Commission a utilisé son pouvoir de surveillance en matière de concurrence pour s'immiscer dans la définition et la mise en œuvre du service

---

[1136] Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, *J.O.U.E.* n° C 257 du 27 octobre 2009, pp. 1-14. Not. DE MATTOS (O.), « De nouvelles règles de financement pour les radiodiffuseurs de service public européens », *Communication Commerce électronique*, n°9, septembre 2009, alerte 122 ; « Aides d'État, Services publics de radiodiffusion », *Obs. Bxl.*, n°78, mars 2009, p. 34.

[1137] *Ibid.*, pt. 5.

[1138] *Ibid.*, pt. 48.

[1139] Déc. 2008/136/CE de la Commission du 22 juin 2006 sur le financement ad hoc des radiodiffuseurs de service public néerlandais, *J.O.U.E.* n° L 49 du 22 février 2008, pp. 1-24, pts. 116-122.

[1140] Déc. 2012/365/UE de la Commission, du 20 décembre 2011, concernant l'aide d'État C 85/01 relative aux mesures ad hoc exécutées par le Portugal en faveur de la RTP, *J.O.U.E.* n° L 183 du 13 juillet 2012, pp. 1-30, pt. 156.

[1141] Déc. 2016/2395/UE de la Commission, du 5 août 2016, relative à l'aide d'État SA. 32619 (2012/C) (ex 2011/N) notifiée par le Royaume d'Espagne pour le dédommagement de certains coûts liés au dividende numérique, *J.O.U.E.* n° L 361 du 31 décembre 2016, pp. 1-25, pt. 29.

[1142] Déc. 2012/365/UE de la Commission, préc., pt. 164.

public de radiodiffusion, en l'occurrence à travers son financement[1143]. La réserve de compétence dont bénéficient les États membres n'est pas absolue. Elle ne doit pas avoir pour effet d'enrayer la mission dont la Commission est investie par le droit primaire. À défaut en effet, il serait loisible aux États de brandir le label de la radiodiffusion de service public pour échapper aux obligations du droit de l'Union.

B. L'abandon d'une matérialisation des services publics de transports terrestres

357. Le refus de matérialiser le contenu de l'obligation de service public par l'identification d'un ensemble précis de prestations se retrouve également dans le cadre des transports terrestres. Un tel constat peut *a priori* surprendre, dans la mesure où le règlement 1191/69 a entrepris - en son temps - de lister et de définir les différentes obligations de service public **(1)**. Devenu obsolète, c'est lors de sa révision que le législateur européen a supprimé toute forme d'identification matérielle de l'obligation de service public **(2)**. Cette renonciation n'a pas été isolée : elle été réaffirmée récemment **(3)**.

1) Une révision nécessaire du règlement 1191/69

358. Le règlement 1191/69 n'a majoritairement pas été mis en œuvre par les États membres. La Commission a noté, dès 1977, que les États membres n'ont pas supprimé les obligations de service public et n'ont pas établi une réflexion sur l'opportunité de faire évoluer le financement des transports entrant dans le champ d'application du règlement[1144]. Ce constat, qu'elle n'a eu de cesse de rappeler dans les différents rapports biennaux sur la mise en œuvre du règlement par les États[1145], se manifeste également par le refus du Conseil de donner suite à ses demandes de modifications du texte[1146]. La Commission aurait pu

---

[1143] Voy. récemment, Déc., 7 mai 2014, Aide d'État SA.32635 (2012/E), relative au financement de la RTBF ; CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK LTD contre Commission*, aff. C-660/15 P, EU:C:2017:178. Not. CARTIER-BRESSON (A.), *Journal européen et international de droit Média-Art-Culture*, n°3, 19 juin 2018, p. 223 et s.

[1144] Premier rapport biennal concernant la situation économique et financière des entreprises de chemin de fer, 29 juin 1977, COM(77) 295 final, pt. 49.

[1145] Deuxième rapport biennal concernant la situation économique et financière des entreprises de chemin de fer, 7 septembre 1979, COM(79) 447 final, pts. 11 et 12 ; Politique ferroviaire de la Communauté : examen et perspectives pour les années 1980, 12 décembre 1980, COM(80) 752 final, pts. 22-25 ; Troisième rapport biennal concernant la situation économique et financière des entreprises de chemin de fer, 23 juin 1982, COM(82) 103 final, pt. 10.

[1146] Plusieurs communications de la Commission ont interpellé le Conseil en vue d'une modification du règlement, sans que celui-ci ne donne suite, COM(77) 295 final, préc., pt. 18. ; COM (80) 752 final, préc., pt. 4 et surtout pt. 29 ; COM (82) 103 final, pt. 15 : « Il n'y a guère d'informations nouvelles sur l'application de ce règlement. La proposition d'amendement de la Commission se trouve toujours bloquée au Conseil » ; Le

utiliser sa pratique décisionnelle ainsi qu'introduire des recours en constatation de manquements pour inverser la tendance, mais elle a choisi de faire œuvre de prudence[1147]. Le secteur ferroviaire étant historiquement organisé par des monopoles légaux conférés aux opérateurs historiques, aucune pression n'a été exercée par des concurrents dans le cadre de recours internes. C'est sous l'impulsion de l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires et de la densification du droit européen de la commande publique que le règlement a fini par être abrogé.

2) Le contenu de l'obligation de service public au cœur de la négociation du règlement 1370/2007

359. La Commission a lancé en 2000 une initiative visant à réviser le règlement 1191/69[1148]. Le processus de négociation puis d'adoption s'est étalé sur pratiquement sept ans. Après une première lecture de la proposition par le Parlement qui a débouché sur une proposition modifiée en 2002[1149], la procédure est bloquée par le Conseil jusqu'en 2005, provoquant l'impatience de la Commission[1150]. L'adoption du règlement 1370/2007 s'est finalement réalisée après une nouvelle proposition de règlement de la Commission[1151].

Comité économique et social a également conclu à la nécessité de modifier le règlement, mais le Conseil n'a également pas donné suite, alors même qu'il est à l'origine de la demande de deux avis, voy. Avis du Comité économique et social, sur une communication de la Commission au Conseil relative au développement de la politique commune des transports, 28 mars 1974, *J.O.C.E.* n° C 126 du 17 octobre 1974, pp. 26-32, pt. 4.

[1147] La Commission a ainsi eu recours à la procédure d'avis prévue dans le règlement (CEE) 1191/69 sans initier de procédure d'infraction, voy. Avis 71/82/CEE de la Commission adressé au gouvernement de la République française au sujet d'un projet de nouveau cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), 29 juin 1971, *J.O.C.E* n° L 32 du 9 février 1971, pp. 19-12.

[1148] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route, et par voie navigable, COM(2000) 7 final, *J.O.U.E.* n° C 365 E du 19 décembre 2000, pp. 169-178.

[1149] Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route, et par voie navigable, COM 2002/107 final, *J.O.U.E.* n° C 151 E du 25 juin 2002, pp. 146-183.

[1150] Proposition révisée de règlement du Conseil et du Parlement européen relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer, par route, COM 2005/319 final.

[1151] Règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, *J.O.U.E.* n° L 315 du 03 décembre 2007, p. 1 ; KARPENSCHIF (M.), « Contrats de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ? », *J.C.P. A.*, n°8, 18 février 2008, p. 2038 et s. ; MARTIN (S.), « Le nouveau règlement communautaire sur les services publics de transport par chemin de fer et par route », *Droit Administratif* n° 4, Avril 2008, comm. 60.

360. Si le règlement prévoit l'obligation de mettre en concurrence les transports routiers[1152], il ne vise aucunement à ouvrir à la concurrence les services ferroviaires[1153]. Le considérant 25 est à ce titre explicite : « Le présent règlement n'a pas pour but de poursuivre l'ouverture du marché des services ferroviaires, mais d'instaurer un cadre légal en matière d'octroi de compensation et/ou de droits exclusifs pour les contrats de service public ». La mise en œuvre du règlement par les États membres doit en principe intervenir au plus tard en 2019, soit 12 ans après son entrée en vigueur, mais de nombreuses dispositions transitoires permettent de la différer pendant une durée encore plus longue[1154]. Il s'agit en définitive d'un texte essentiellement procédural portant sur les conditions d'attribution d'un contrat de service public et sur les informations devant apparaître dans son contenu[1155]. Par contenu, il se rapproche bien plus des directives relatives aux marchés publics que de celles qui régissent les processus d'ouverture à la concurrence. Le Pr. BROUSSOLLE note à cet égard que le texte permet de « rassurer les nostalgiques du service public à la française. Le droit européen cultive la modestie…et aussi la patience. Les observateurs attendaient ce règlement depuis 20 ans, les politiques l'ont négocié en 6, les professionnels patienteront encore les douze ans de délai prévus pour le voir appliquer intégralement dans tous les États-membres[1156] ».

361. La négociation du règlement a révélé de nombreuses divergences portant sur le contenu de l'obligation de service public. La Commission a proposé dans sa première proposition une dizaine de critères permettant d'évaluer la substance de l'obligation de

---

[1152] *Ibid.*, art. 5. On déduit cette exigence a *contrario*. En effet, les transports routiers ne font pas partie des transports pouvant faire l'objet d'une attribution directe d'un contrat de service public sans mise en concurrence.

[1153] HERVÉ (E.), *Le service public ferroviaire et les collectivités territoriales*, Rapport d'information au Sénat, n°92, 2013-2014, p. 32. L'ancien sénateur y relate justement les débats qui ont entouré l'interprétation du règlement, une partie prônant qu'il ne s'agit que d'un cadre procédural qui ne s'accompagne pas d'une ouverture à la concurrence des transports ferroviaires, une autre partie prônant qu'il s'agit au contraire d'un texte permettant aux autorités organisatrices des transports de mettre en concurrence les transporteurs ferroviaires.

[1154] Règlement (CE) 1370/2007 préc., art. 8 § 2 et 3.

[1155] *Ibid.*, art. 4 à 6.

[1156] BROUSSOLLE (D.), « Les services publics de transports rail et route dans le « paquet » normatif européen du 23 octobre 2007. Un libéralisme tempéré », *A.J.D.A.*, n°8, 03 mars 2008, pp. 393 et s. Voy. également GRARD (L.), « Etude d'impact du droit communautaire sur les règlementations étatiques des transports », *C.D.E.*, n°3-4, 2008, p. 268.

service public[1157]. Les débats ont à ce titre été riches devant le Parlement européen qui, en plus de densifier chacun de ces critères, a porté leur nombre à 14[1158] :

Tableau récapitulatif des critères d'évaluation du service public	
COM (2000) 7 final	**COM (2002) 107 final**
Les facteurs relatifs à la protection de consommateurs y compris l'accessibilité des services sur le plan de la fréquence, de la vitesse, de la ponctualité, de la fiabilité, de l'étendue du réseau et des informations fournies sur le service	La qualité globale du service fourni aux consommateurs et les facteurs spécifiques relatifs à la protection de consommateurs y compris l'accessibilité des services sur le plan de la fréquence, de la vitesse, de la ponctualité, de la fiabilité, de l'étendue et de la capacité du réseau et des informations fournies sur le service
Le niveau des tarifs appliqués aux différents groupes d'usagers et la transparence de ces tarifs	Le niveau des tarifs appliqués aux différents groupes d'usagers et fixés par l'autorité ou par l'opérateur et la transparence de ces tarifs
L'accessibilité pour les personnes à mobilité réduite	L'accessibilité pour les personnes à mobilité réduite
Les facteurs environnementaux, y compris les normes locales, nationales et internationales, relatifs aux émissions des polluants de l'air, du bruit et des gaz liés au réchauffement du planète	Les facteurs environnementaux, y compris l'utilisation rationnelle de l'énergie et les normes locales, nationales et internationales notamment concernant l'émission des polluants de l'air, du bruit et des gaz liés au réchauffement du planète
	Les spécifications et l'état des véhicules, des navires et du matériel roulant, l'infrastructure, ainsi que les autres éléments d'actif qui seront utilisés pour fournir le service, et les dispositions prises pour l'entretien et le renouvellement de ces éléments d'actif
Le développement équilibré des régions	Le développement équilibré des régions, y compris l'interconnexion entre les systèmes de transport locaux, régionaux et de longue distance
	Les besoins en matière de transport des personnes habitant les zones les moins peuplées
Les besoins en matière de transport des personnes habitant les zones les moins peuplées	Les besoins en matière de transport des personnes habitant les régions frontalières, y compris l'intégration de part et d'autre des frontières en matière d'information, d'horaires, de billetterie et de services en général
La santé et la sécurité des voyageurs	La sécurité et la santé du personnel et des voyageurs

[1157] COM(2000) 7 final, préc., art. 4 § 2.
[1158] COM 2002/107 final, préc., art. 4 bis.

Les qualifications du personnel	Les qualifications du personnel et la formation interne fournie par les opérateurs
	Les conditions tarifaires et autres conditions de travail et de droit social qui sont en vigueur dans l'État membre, la région ou la localité dans laquelle les services seront fournis, y compris toute condition particulière que l'autorité elle-même a décidé d'appliquer
La manière dont les réclamations sont traitées et les litiges entre voyageurs et opérateurs réglés, ainsi que les indemnisations prévues en cas de défaillance du service	La manière dont les réclamations sont traitées et les litiges entre voyageurs et opérateurs réglés, ainsi que les indemnisations prévues en cas de défaillance du service
	Le coût lié à la fourniture des services

362. Dans sa proposition de 2005 - et sous l'influence du Conseil - l'ensemble des critères est supprimé. La négociation du règlement a révélé deux postures, l'une prônée par la Commission et le Parlement européen visant à densifier le contenu de l'obligation de service public par le droit dérivé, et l'autre, prônée par le Conseil, visant à en réfuter toute tentative. Si cette dialectique aurait probablement mérité un juste milieu, ainsi que l'avance le Pr. GRARD[1159], aucune référence au contenu de l'obligation de service public ne résulte du règlement 1370/2007.

363. Qu'il y ait quatorze critères portant sur le contenu de l'obligation de service public (Commission et Parlement européen), ou au contraire qu'il n'y en ait pas (Conseil), la marge d'appréciation des États membres est préservée[1160]. On peut cependant y voir une volonté du Conseil (et donc des États membres) de s'opposer à toute tentative d'européanisation du contenu des obligations de service public dans les transports terrestres. Il n'est alors pas surprenant d'observer que ni le contentieux du règlement[1161], ni ses lignes directrices

[1159] GRARD (L.), « Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement », *Droit des transports*, n°3, mars 2008, comm. 26.

[1160] Les 14 critères ne constituaient que des indicateurs. COM(2000), 7 final, préc., art. 4 § 2 : « Pour l'évaluation des services de transports publics, la définition des critères de sélection et d'adjudication et l'attribution des contrats de services publics, les autorités compétentes prennent au moins en considération les critères suivants ».

[1161] Application *ratione temporis* du règlement, CJCE, 6 octobre 2015, *Commission contre Jørgen Andersen*, aff. C-303/03 P, EU:C:2015:647 ; application *ratione materiae* du règlement, CJCE, 28 juillet 2011, *Commission contre Belgique*, aff. C-133/10, *Rec.* p. I-116, sur la non application du règlement aux transports intérieurs de Bruxelles ; sur les obligations portant sur la passation des contrats de service public, CJUE, 27 octobre 2016, *Hörmann Reisen GmbH contre Stadt Augsburg et Landkreis Augsburg*, aff. C-292/15, EU:C:2016:817, relatif à la possibilité de sous-traiter dans le cadre d'un contrat de service public entrant dans le champ d'application du règlement. Not. DURVIAUX (A.-L.), *R.T.D. eur.*, n°2, juillet 2017, p. 303 ; CLÉMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.), MAYEUR-CARPENTIER (C.), *R.F.D.A.*, n°1, mars 2017, pp. 155 et s ; LÉVI (L.), RODRIGUES (S.), *R.U.E.*, n°607, avril 2017, pp. 231 et s. ; UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats*

interprétatives adoptées en 2014[1162] n'évoquent le contenu de l'obligation de service public, ce que conforte la révision du règlement 1370/2007.

3) Un rejet du contenu de l'obligation de service public conforté par la révision du règlement 1370/2007 dans le cadre du 4ème paquet ferroviaire

364. La révision du règlement 1370/2007 a été entreprise dans le cadre du 4ème paquet ferroviaire, adopté en décembre 2016 et destiné à achever l'espace ferroviaire unique européen en ouvrant à la concurrence les services ferroviaires nationaux de voyageurs tant pour les liaisons ferroviaires faisant l'objet d'un contrat de service public (TER, Trains d'équilibre du territoire) que celles librement fournis par les entreprises ferroviaires (TGV, ICE par exemple).

365. Signe des difficultés à dégager un consensus, la négociation du règlement a duré 4 ans[1163]. Elle confirme le rejet d'une définition du contenu de l'obligation de service public dans les transports terrestres[1164]. La Commission n'a cherché à reproduire les critères

---

et Marchés publics, n°1, janvier 2017, comm. 6 ; BOUVERESSE (A.), *Europe*, n°12, décembre 2016, comm. 463 ; BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.), GÄNSER (Ch.), *A.J.D.A.*, n°39, novembre 2016, pp. 2209 et s ; sur les obligations en matière de transparence, CJUE, 28 janvier 2017, *Commission contre Allemagne*, aff. C-482/14, EU:C:2017:499 ; sur la confrontation du règlement avec les libertés de circulation, CJCE, ord., 21 mai 2015, *Slovenská autobusová doprava Trnava a.s contre Krajský úřad Olomouckého kraje*, aff. C-318/14, EU:C:2015:352, relatif à une réglementation d'un État imposant aux transporteurs étrangers disposant d'une succursale dans cet état d'obtenir une autorisation spéciale octroyée de manière discrétionnaire par le ministère des transports pour y exercer une activité de transport de voyageur par route.

[1162] Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n ° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, J.O.U.E. n°C 92 du 29 mars 2014, p. 1–21. On voit d'ailleurs ici la différence avec les lignes directrices portant sur l'imposition d'obligations de service public dans le cadre du règlement 1008/2008 (lignes aériennes), dans lesquelles la Commission explicite à plusieurs reprises le contenu de l'obligation de service public car le règlemetn lui-même y fait référence. Voy. *supra*.,

[1163] On note pas moins de 14 réunions au sein du Conseil. Règlement (CE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22.

[1164] Avis du Comité économique et social européen sur le «Quatrième paquet ferroviaire» qui se compose des sept documents suivants: Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative au «Quatrième paquet ferroviaire — Achever l'espace ferroviaire unique européen pour stimuler la compétitivité et la croissance européennes» COM(2013) 25 final — Proposition de règlement du parlement européen et du conseil abrogeant le règlement (CEE) n ° 1192/69 du Conseil relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer COM(2013) 26 final — 2013/0013 (COD) — Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n ° 881/2004 COM(2013) 27 final — 2013/0014 (COD) — Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n ° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer COM(2013) 28 final — 2013/0028 (COD) — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui

proposés dans le règlement de 2007[1165]. Dans la continuité de la radiodiffusion de service public, les transports terrestres confortent le rejet d'une approche systémique et transversale du contenu de l'obligation de service public. Le droit de l'Union sert ici à préserver la marge d'appréciation des États. Il n'y a donc pas de réelle convergence sur le contenu des SIEG, contrairement à l'obligation de service universel.

Section. 2. **L'EUROPÉANISATION DU CONTENU DES SIEG PAR L'OBLIGATION DE SERVICE UNIVERSEL**

366. La notion de service universel est d'origine américaine[1166]. À la fin XIXème siècle, l'expiration des brevets de l'entreprise AT&T conduit à l'arrivée de plusieurs concurrents dans le secteur des télécommunications. En l'absence d'interconnexion des différents réseaux des entreprises, les individus devaient posséder plusieurs terminaux pour les utiliser. Par la formule « one policy, one system, universal service », le PDG de l'entreprise AT&T Théodore Newton Vail a donné naissance à la notion de service universel. Plutôt qu'une pluralité de réseaux, il a proposé un unique réseau de télécommunications devant desservir l'intégralité du territoire en étant soumis à des tarifs contrôlés par l'État[1167]. Repris par l'Union et dupliqué à d'autres secteurs, le service universel s'identifie par plusieurs obligations de service universel **(§1)**. En devant être assurée à tout ressortissant européen, l'obligation de service universel enrichit contribue à enrichir les droits attachés à la citoyenneté européenne **(§2)**.

---

concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire COM(2013) 29 final — 2013/0029 (COD) — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne (refonte) COM(2013) 30 final — 2013/0015 (COD) — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité ferroviaire (refonte) COM(2013) 31 final — 2013/0016 (COD) JO C 327 du 12 novembre 2013, p. 122–132

[1165] Elle a en revanche tenté d'influencer les critères de justification à l'imposition d'obligation de service public, voy. *Infra*., Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[1166] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 285, Paris, L.G.D.J., 2015, pp. 165 et s. ; RAPP (L.), « Le service public : l'expérience américaine », *A.J.D.A.*, Hors série, 20 juin 1997, pp. 159 et s. ; JENNY (F.), « Droit des télécommunications : quelles leçons tirer des exemples étrangers ? », *A.J.D.A.*, n°3, 20 mars 1997, pp. 217 et s. ; DEBÈNE (M.), RAYMUNDIE (O.), « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *A.J.D.A.*, n°3, 20 mars 1996, pp. 183 et s.

[1167] NGUYEN (G.), « Service universel », in BOURREAU (M.) (dir.), *Régulation des communications électroniques*, Coll. IRIS, Paris, Lavoisier Hermes, 2016, pp. 215-217.

§1. L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE UNIVERSEL

367. Construite à partir de la notion « réseau[1168] », le service universel est consacré dans trois secteurs. Le service universel des télécommunications **(A)** et le service universel des postes **(B)** ont été consacrés dans un intervalle court à la fin des années 1990, suivi quelques années plus tard par le service universel de l'électricité au début des années 2000 **(C)**.

A. Le service universel des communications électroniques

368. Premier service universel reconnu par le droit de l'Union, le service universel des télécommunications a été construit progressivement par la Commission et le Conseil **(1)**. Les innovations technologiques touchant le secteur des télécommunications[1169] ont conduit à étendre son champ à l'ensemble des communications électroniques **(2)**, non sans générer depuis peu plusieurs contentieux devant la Cour de justice **(3)**.

1) La reconnaissance du service universel par renvoi aux droits nationaux

369. Initialement, c'est l'expression d' « obligation de service public », et non d' « obligation de service universel » qui est utilisée pour faire référence à des obligations d'intérêt général imposées par les États membres dans les télécommunications. La Commission a noté dès 1984 que le secteur est soumis à des obligations de service public portant notamment sur la structure des tarifs, l'égalité des usagers devant le service, et le pouvoir de surveillance des pouvoirs publics[1170]. La directive 90/388/CEE de la Commission relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication souligne ainsi que « outre les exigences essentielles qui peuvent être incluses comme conditions dans les procédures d'autorisation ou de déclaration, les États membres peuvent inclure, en ce qui concerne le service de commutation de données, des conditions relatives à des obligations de service public qui constituent des règlementations de commerce objectives, sans effet discriminatoires et transparentes concernant les conditions de permanence, de disponibilité

[1168] DEBÈNE (M.), RAYMUNDIE (O.), « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », art. cit.

[1169] CHEVALLIER (J.), « La nouvelle réforme des télécommunications, ruptures et continuités », *R.F.D.A.*, n°5, 9 septembre 1996, pp. 909 et s.

[1170] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement sur la consultation sur l'examen de la situation entre le secteur des services de télécommunications, 18 mai 1984, COM (93) 159 final.

et de qualité de service[1171] ». La référence à l'obligation de service est peu explicite. L'on peine à cet égard à appréhender la portée des « réglementations de commerce objectives ».

370. La première mention du service universel provient d'une communication de la Commission de 1987. Elle y indique que « Historically, reserved services in the Member States have been telephony and telex, which have been regarded generally as « basic services ». Both are offered on a universal basis. This is taken to mean: i) provided with general geographical coverage ; ii) provided on demand to all users on reasonably the same terms regardless on the users' location within the service provider's territory or franchise area and the cost of connection to the network[1172] ». Des précisions sont apportées dans une note interne de la Commission. Le service universel « consists in the provision and exploitation of a universal network, i.e. one have having general geographic coverage, and being provided to any user or service provider upon request within a reasonable period of time at affordable prices[1173] ». Moins qu'un encouragement à développer un service universel à l'échelle de l'Union, la Commission se cantonne à cette période à effectuer le constat de certaines pratiques observées au sein des États membres.

371. Le processus d'ouverture à la concurrence des télécommunications, engagé par la directive 90/388/CE, fait une seule fois mention du service universel au considérant 18. Non reproduite dans le dispositif du texte, la référence témoigne d'une ambiguïté sur sa place au sein du droit de l'Union. Il prévoit que la mission impartie aux organismes de télécommunications, c'est à dire pour rappel aux entreprises chargées d'établir les réseaux de télécommunications[1174] « consiste en l'établissement et l'exploitation d'un réseau universel, c'est à dire ayant une couverture géographique générale et étant fourni, sur demande et dans un délai raisonnable, à tout fournisseur de services ou utilisateur[1175] », et justifiant de déroger aux règles des traités sur le fondement de l'actuel 106 § 2 TFUE. Le service universel se retrouve ensuite sans précisions particulières dans plusieurs directives,

---

[1171] Dir. 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 10, *cons* 10, que l'on retrouve également dans la Dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 74 du 22 mars 1996, p. 13, art. 3.

[1172] Communication de la Commission, green paper on the development of the common market for telecommunications services and equipment, 30 june 1987, COM (87) 290 final, p. 66.

[1173] Rapport de 1992 sur la situation du secteur des télécommunications, SEC (92) 1048 final, p. 23.

[1174] Dir. 90/388/CEE, préc., art. 1.

[1175] *Ibid.*, *cons.* 18.

hormis pour les mécanismes compensatoires y relatifs[1176] à travers lesquels apparaît l'expression d' « obligation de service universel[1177] ». La directive 96/19/CE apporte des précisions sur le contenu du service universel[1178] en effectuant des références au « service d'annuaire universel[1179] », et au « service universel abordable[1180] ».

372. Ces différents textes se caractérisent par de nombreux renvois aux droits nationaux. Aucune obligation portant sur la mise en place d'un service universel, au demeurant peu défini, n'est prévue. Le droit dérivé se contente davantage d'encadrer son financement, ce qui s'explique par la base juridique utilisée. L'ouverture à la concurrence des télécommunications est entreprise par la Commission sur l'actuel article 106 § 3 TFUE lui permettant dans le cadre de la politique de concurrence de prendre en tant que de besoin des directives ou décisions sans passer par le Conseil et le Parlement. Le service universel est envisagé dans les différents textes sous l'angle de ses relations avec le droit de la concurrence, et en particulier des abus de position dominante et des aides d'État, et le droit des entraves[1181]. Un contentieux des bases juridiques aurait pu naître si la Commission avait entrepris de déterminer le contenu du service universel et des obligations y afférentes. Et bien que les limites de l'article 106 § 3 TFUE soient difficile à appréhender[1182], il eut été peu probable que la Cour de justice en permisse à la Commission un tel usage.

373. La reconnaissance du service universel est réalisée par le Conseil. Après avoir constaté dans la directive 97/13/CE qu'il joue un rôle dans le renforcement de la cohésion économique et sociale, en particulier dans les régions éloignées, périphériques, enclavées et

---

[1176] Dir. 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *J.O.U.E.* n° L 256 du 26 octobre 1995, p. 49, *cons.* 5 et 15, qui reprend la formule de la directive 90/388/CEE en ajoutant, à l'instar du régime juridique en matière postale, que la téléphonie vocale constitue un service réservé permettant de financer la mission de service universel ; Dir. 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, *J.O.U.E.* n° L 321 du 31 décembre 1995, pp. 6-24, art. 11 § 4.

[1177] Dir. 95/62/CE, préc., art. 11 § 4 : l'article évoque les compensations consécutives aux conditions d'exploitation impliquant la présence d'obligations de service universel.

[1178] Dir. 96/19/CE, préc. On retrouve également des précisions sur le financement, cons. 19, art. 4 quater,

[1179] Dir. 90/388/CEE, préc., art. 3 tel que modifié par la dir. 96/19/CE, préc.

[1180] *Ibid.*, art. 4 quater.

[1181] Pour rappel, malgré son positionnement dans la politique de concurrence, l'article 106 TFUE est une règle de renvoi à l'ensemble des règles des traités.

[1182] Voy. *Supra*., Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

rurales, ainsi que dans les îles[1183], le Conseil a imposé sa mise en place dans tous les États membres avec la directive 97/33/CE[1184]. Élément clé de l'ouverture à la concurrence des télécommunications[1185], il constitue « un ensemble de services minimal défini d'une qualité donnée, qui est accessible à tous les utilisateurs indépendamment de leur localisation géographique et, à la lumière de conditions spécifiques nationales, à tout prix abordable[1186] ». Il n'y a pas un détail des prestations y afférentes, mais uniquement des exemples : services téléphoniques d'urgence, téléphones publics payants, certains services pour les personnes handicapées[1187], ou encore des services d'annuaires, les postes téléphoniques publics payants ou le numéro d'urgence « 112 »[1188]. Ces exemples ont ultérieurement été transformés en prestations obligatoires par la directive 98/10/CE[1189].

2) L'élargissement du champ matériel du service universel

374. Le service universel ne couvre pas jusqu'à la fin des années 1990 la téléphonie mobile, la télévision, la radiodiffusion, ou encore internet. L'adoption de la directive service

[1183] Dir. 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 117 du 07 mai 1997, p. 15, *cons.* 15, art. 7 § 1 sous c) et 8 § 2. Pour rappel, la licence individuelle complète l'autorisation générale. Pour faire une analogie avec le droit français, l'autorisation générale renvoie au mécanisme de la déclaration, permettant à une entreprise de fournir des services de télécommunications et/ou d'établir et/ou d'exploitation des réseaux de télécommunications, tandis que la licence renvoie à une autorisation par laquelle une entreprise ne peut établir/exploiter un réseau et/ou des services de télécommunications qu'après une décision explicite de l'autorité de régulation. La licence suppose que l'entreprise doive réaliser des obligations spécifiques telles que les obligations de service universel. En pratique, la mise en place d'un réseau de télécommunications sera toujours assorti d'obligations de service universel et fera donc l'objet d'une licence individuelle (une des raisons pour lesquelles en France il n'y a que 4 entreprises disposant de leur réseau), alors que cela n'est pas toujours le cas pour les services de télécommunications (par exemple s'ils sont fournis par des opérateurs virtuels).

[1184] Dir. 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *J.O.U.E.* n° L 199 du 26 juillet 1997, p. 32, art. 1. La directive fait ensuite l'objet d'une modification par la directive 98/61/CE, sans cependant que soit concerné le service universel. La directive apporte essentiellement des modifications sur les définitions et les compétences de l'autorité nationale de régulation.

[1185] Dir. 95/62/CE, préc., *cons.* 50 ; Dir. 96/19/CE, préc., *cons.* 19 ; Dir. 97/33/CE, préc., *cons.* 1. On retrouvera également cette idée dans les directives postérieures, Dir. 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, *J.O.U.E.* n° L 101 du 01 avril 1998, p. 24, art. 1 § 1.

[1186] *Ibid.*, art. 2 § 1 sous g).

[1187] *Ibid.*

[1188] *Ibid.*, Annexe I.

[1189] Dir. 98/10/CE, préc., art. 5, 6, 7 §§ 1 et 2, et 8.

universel 2002/22/CE[1190], sans être novatrice, apporte quelques modifications à son contenu et prend acte de la diversité des supports de communications. Le service universel comprend toujours la mise à « disposition de tous les utilisateurs finals sur leur territoire, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable[1191] ». Il est en composé d'un ensemble d'obligations de service universel[1192], c'est à dire « des obligations qu'un État membre a imposées à une entreprise ou qu'elle fournisse un réseau et un service dans une zone géographique donnée en y appliquant, le cas échéant, des tarifs par péréquation en échange de la fourniture de ce service ou en offrant des tarifs spéciaux aux consommateurs ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux spécifiques[1193] ». Le contenu du service universel reste similaire à celui prévu par la directive 98/10/CE, sous réserves de quelques ajouts : le raccordement en position déterminée doit permettre de donner et recevoir des appels internationaux et un accès fonctionnel à internet[1194], l'annuaire doit être distribué à chaque utilisateur au moins une fois par an[1195], et plusieurs clauses touchant la transparence des conditions contractuelles sont insérées[1196]. L'opportunité d'élargir le champ du service universel a fait l'objet de discussions[1197], en particulier sous l'angle du haut débit, qui n'ont cependant pas dépassées ce stade.

375. En sus des obligations de service universel, les États membres peuvent décider d'introduire dans leur législation des obligations additionnelles au service universel[1198]. Si elles sont parfois considérées dans les droits nationaux comme des obligations de service universel, elles doivent cependant être distinguées[1199].

[1190] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

[1191] *Ibid.*, art. 3 § 1.

[1192] *Ibid.*, Chapitre II relatif aux obligations de service universel, y compris les obligations de service social.

[1193] *Ibid.*, Annexe IV.

[1194] *Ibid.*, art. 4.

[1195] *Ibid.*, art. 5.

[1196] *Ibid.*, art. 20. Parmi la liste donnée par l'article, on notera par exemple : compensations si les niveaux de qualité ne sont pas atteints, ou encore sur les conséquences d'une résiliation par l'abonné en cas de modification des conditions contractuelles. L'expression de modification des conditions contractuelles a fait l'objet de précisions par la Cour, CJUE 26 novembre 2015, *Verin für Konsumenteninformation*, aff. C-326/14, EU:C:2015:782, pt. 29.

[1197] Communication du 24 mai 2005 de la Commission concernant le réexamen de la portée du service universel, en application de l'article 15 de la diretive 2002/22/CE, COM (2005) 203 final.

[1198] Dir. 2002/22/CE, préc., art. 32.

[1199] Voy. *Infra*., §2.

3) L'appréhension du service universel par le juge

376. Le contenu du service universel a fait l'objet de plusieurs contentieux récents portant sur la téléphonie mobile et sur les services d'abonnement à internet. La directive n'est guère explicite sur le positionnement de la téléphonie mobile par rapport au service universel. Seul l'article 30 § 1 garantit le droit pour les abonnés de conserver leur numéro mobile s'ils en font la demande[1200]. L'affaire *Base Company NV et Mobistar NV* a apporté d'utiles précisions sur le périmètre du service universel. Après avoir rappelé que le service universel ne concerne que le raccordement en position déterminée (position fixe telle que le domicile ou l'entreprise), la Cour de justice a jugé que la téléphonie mobile (qui par définition n'est pas fixe) ne peut pas être incluse dans le champ du service universel[1201]. Elle peut en revanche faire partie des obligations additionnelles imposées par l'État.

377. L'affaire *Base Company NV et Mobistar NV* a également été l'occasion pour le juge de se prononcer sur les rapports entre le service universel et les services d'abonnement à internet. La directive ne prévoit pas explicitement l'obligation d'avoir accès à des services d'abonnement internet mais seulement un accès à internet[1202]. La Cour de justice a jugé que cette obligation inclut les services d'abonnements nécessitant un raccordement en position déterminée[1203].

378. Cette solution a divisé la doctrine. Pour certains, le juge a procédé à un élargissement du champ de la directive service universel[1204]. Si la directive prévoit l'obligation d'un accès suffisant de débits de données (donc nécessaire à l'utilisation d'internet), elle n'intègre pas formellement l'accès à un abonnement internet. En jugeant que les États doivent accorder un accès fonctionnel à internet[1205], la Cour a eu recours à une interprétation téléologique de la notion de service universel en décidant que la mise en place de tarifs spéciaux – pouvant inclure des facilités pour certaines catégories de la population – s'applique pour un

---

[1200] *Ibid.*, Art. 30 § 1, pour la conservation du numéro par exemple.

[1201] CJUE, 11 juin 2015, *Base Company NV et Mobistar NV*, aff. C-1/14, EU:C:2015:378, pts. 24 à 43.

[1202] L'enjeu de cet question est d'ordre financier. Si les services d'abonnement à internet font partie du service universel, toutes les entreprises du secteur peuvent être sollicitées pour le financer. S'il s'agit d'obligations additionnelles au service universel, les États doivent les financer sur fonds publics.

[1203] *Ibid.*, pt. 43.

[1204] HOCEPIED (Ch.), « Arrêt « Base et Mobistar » : le service universel et l'internet mobile », *J.D.E.*, n°222, 2015, pp. 328-329.

[1205] Dir. 2002/22/CE, préc., art. 4.

abonnement internet. Une interprétation inverse reviendrait à donner un droit d'accès fonctionnel à internet sans pouvoir en user.

379. Pour d'autres, les services d'abonnement à internet en position déterminée sont considérés comme des services additionnels ajoutés par les États membres[1206]. Cependant, c'est au visa des articles 9 et 13 de la directive 2002/22/CE portant respectivement sur le caractère abordable des tarifs et sur le financement du service universel que la Cour juge que les services d'abonnements à internet en position fixe font partie du service universel, et non sur le fondement de l'article 32 relatif aux obligations additionnelles[1207].

B. Le service universel des postes

380. Le service universel en matière postale a été reconnu par la directive 97/67/CE[1208], révisée à deux reprises[1209]. Il attire désormais peu l'attention[1210]. Contrairement aux télécommunications, il s'agit d'un service universel stable ne connaissant pas de bouleversements majeurs. Le service universel vise à permettre suffisamment « de points d'accès et des conditions satisfaisantes en ce qui concerne la fréquence de collecte et de distribution[1211] » et « correspond à une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs[1212] ».

381. Le service universel est caractérisé par plusieurs obligations de service universel, en l'occurrence, la levée, le tri, le transport et la distribution des services postaux nationaux et

---

[1206] SLAUTSKY (E.), « Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale : quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union », *C.D.E.*, n° 3/4, 2016, pp. 881-908, *spéc.* p. 900.

[1207] CJUE, *Base Company NV et Mobistar NV*, préc., pt. 40 : l'article 32 est évoqué par la Cour, mais uniquement pour faire référence aux réseaux et services mobiles.

[1208] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14.

[1209] Dir. 2002/39/CE du Parlement et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce que concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux dans la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 176 du 05 juillet 2002, p. 21 ; Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 52 du 27 février 2008, p. 3.

[1210] Pour une contribution récente, voy. PAULIAT (H.), « Le cas des services postaux », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, dossier 29.

[1211] Dir. 97/67/CE, préc., *cons.* 12.

[1212] *Ibid.*, art. 3 § 1.

européens[1213], c'est à dire des envois postaux jusqu'à 2 kg, les colis postaux jusqu'à 10kg[1214], et des services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée[1215]. Ces opérations doivent être réalisées « au moins cinq jours ouvrables par semaines, sauf circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles[1216] ». A cette fin, l'État doit prévoir suffisamment de points d'accès en particulier pour les régions rurales et faiblement peuplées[1217]. Le prix des prestations doit être abordable pour permettre à tous les utilisateurs potentiels de bénéficier du service, ce qui peut impliquer la gratuité pour certaines catégories de personnes, ou encore la mise en place d'un tarif unique[1218].

382. Les États membres sont libres de définir les exigences en termes de qualité, contrairement aux services transfrontaliers dont les normes sont fixées à l'échelon européen[1219]. S'agissant des points d'accès en France, il est interdit que « plus de 10 % de la population d'un département se trouve éloignée de plus de cinq kilomètres et de plus de vingt minutes de trajet automobile, dans les conditions de circulation du territoire concerné, des plus proches points de contact de La Poste[1220] », et une levée et une distribution doit être effectuée tous les jours ouvrables, c'est à dire six jours par semaine[1221].

383. La mise en œuvre du service universel a permis d'établir une différence entre les services dits de base (le service universel) auxquels chaque personne placée sur l'un des territoires de l'Union a accès (cela concerne autant les ressortissants de l'Union que les tiers), et les autres services (distinction déjà présente dans l'affaire *Corbeau*[1222]). C'est le cas par exemple des services qui bénéficient d'un traitement express dès lors que « la différence essentielle entre le courrier exprès et le service postal universel réside dans la valeur ajoutée (quelle qu'en soit la forme » apportée par les services exprès aux clients et perçue par eux, la meilleure façon de déterminer la valeur ajoutée étant d'examiner le surcoût [par rapport au service universel] que les clients sont disposés à payer[1223] ». Par ailleurs, certains services

---

[1213] *Ibid. cons.* 13, et art. 3 § 7.
[1214] *Ibid.*, art. 3 § 5 : Par dérogation, le poids des colis postaux jusqu'à 20 kg.
[1215] *Ibid.*, art. 3 § 3. En plus des avantages du courrier recommandé, le contenu est évalué au moment du dépôt et qui permet dès lors de fixer par avance l'indemnité en cas de perte ou avarie.
[1216] *Ibid.*, art. 3 § 3 tel que modifié par le directive 2008/6/CE, préc.
[1217] Dir. 2008/6/CE, préc., *cons.* 54.
[1218] Dir. 97/67/CE, préc., art. 12.
[1219] *Ibid.*, *cons.* 32.
[1220] Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, *J.O.R.F.* n°157 du 08 juillet 1990, p. 8069, art. 6 § 1.
[1221] CPEC, art. L. 1 al. 7.
[1222] CJCE, 19 mai 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2563.
[1223] Dir. 97/67/CE, préc., *cons.* 18.

sont expressément exclus du service universel tels que l'autoprestation, l'échange de document[1224], le virement postal pour certaines pensions de retraite, et plus largement certains services financiers[1225]. De telles précisions se sont avérées nécessaires compte tenu des missions historiquement imparties aux opérateurs historiques. L'entreprise La Poste continue par exemple de devoir proposer des services bancaires et financiers[1226]. Si ces services ne sont pas inclus dans le service universel, cela n'empêche pourtant pas l'État de prévoir à leur égard des obligations de service public. Elles devront cependant être conformes à l'article 106 § 2 TFUE et ne pas entrer en conflit avec la finalité de la directive en freinant l'ouverture à la concurrence des services postaux[1227]. Dans une telle hypothèse, il ne s'agit pas d'une extension du service universel.

384. Un rapprochement entre les postes et les communications électroniques amène les secteurs à interagir. C'est le cas par exemple du courrier hybride – transmission sous format électronique de la lettre à distribuer, que l'entreprise imprime, met sous plis, transporte et distribue –. La France le considère comme une composante du service universel. Cette intégration mériterait d'être discutée car le droit dérivé n'y fait aucune référence[1228].

C. Le service universel de l'électricité

385. Le service universel dans l'énergie concerne uniquement l'électricité et est reconnu à partir de la directive 2003/54/CE (deuxième paquet)[1229]. Contrairement aux communications électroniques et aux postes, les références y sont peu nombreuses[1230].

[1224] Dir. 97/67/CE, préc., *cons.* 21.

[1225] CJUE, 11 mars 2004, *Asempre*, aff. C-240/02, *Rec.* p. I-2475, pts. 30 à 34 ; CJUE, 22 octobre 2015, *« EasyPay » AD e.a.*, aff. C-185/14, EU:C:2015:716, pts. 30 et 31.

[1226] Code monétaire et financier, art. L. 518-25 : « Dans les domaines bancaire, financier, et des assurances, La Poste propose des produits et services au plus grand nombre, notamment le Livret A ».

[1227] CJUE, *ASEMPRE*, préc., pts. 21 à 26 : la Cour a refusé que l'autoprestation puisse faire partie des services réservés (services qui ont servi à financer le service universel jusqu'à la directive 2008/6/CE). Non mentionnés dans la liste des services réservés, la Cour considère qu'il serait contraire à la finalité de la directive (ouverture à la concurrence) de pouvoir faire entrer ces services dans la liste des services réservés.

[1228] www.arcep.fr.

[1229] L'idée a émergé durant les travaux préparatoires des directives de 1996 et 1998, voy. EHLERMANN (C.-D.), « quelles règles de fonctionnement pour le marché intérieur de l'énergie ? », *R.M.C.U.E.*, n°380, pp. 450 et s.

[1230] 8 occurrences dans la directive 2003/54/CE, 11 dans la directive 2009/72/CE. À titre de comparaison, ce sont 93 références dans la directive service universel (communications électroniques), 76 pour la directive 97/67/CE (postes). Ce relevé est à lui seul insuffisant pour évaluer sur le fond l'existence et la mise en œuvre du service universel. Il constitue en revanche un indicateur de l'attention accordée à la notion par le droit de dérivé.

Rangé dans la catégorie des obligations de service public[1231], le service universel s'entend comme le droit pour les clients résidentiels – c'est à dire un client achetant de l'électricité pour sa propre consommation domestique, ce qui exclut les activités commerciales ou professionnelles[1232] – et si l'État le juge approprié, les petites entreprises (moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas dix millions d'euros) d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires[1233].

386. Outre une terminologie sensiblement différente[1234], le service universel de l'électricité présente des différences par rapport aux services universels des postes et des communications électroniques. Le service universel est constitué d'un ensemble de services de base[1235] ayant pour objet de distinguer les services considérés d'intérêt général de ceux qui n'en sont *pas a priori*, tels que le courrier express, la téléphonie mobile[1236]. Au sein de l'électricité, une telle distinction est inopérante puisqu'il n'existe pas de service analogue à celui de la fourniture d'électricité[1237] . Au demeurant, l'universalité du service universel constitue sa composante principale[1238]. Dans les postes et les communications électroniques, ce sont respectivement tous les utilisateurs et tous les utilisateurs finals qui bénéficient du service universel. L'appréciation de l'universalité est donc littérale là où le droit dérivé en matière d'électricité cantonne *ratione materiae* le service universel aux seuls clients résidentiels et à certaines entreprises, et non à l'ensemble des clients. Certes, un tel choix du

---

[1231] Dir. 2003/54/CE, préc., Chapitre II Règles générales d'organisation du secteur, art. 3 relatif aux obligations de service public et protection des consommateurs.

[1232] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 2 § 10.

[1233] Dir. 2003/54/CE, préc., art. 3 § 3 ; Dir. 2009/72/CE, préc., art. 3 § 3. La version de 2009 a ajouté « non-discriminatoires ». Pour un exposé de sa mise en œuvre en droit français, PEYLET (R.), « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », *R.F.D.A.*, n°2, 9 mai 2011, pp. 311 et s.

[1234] Dir. 2009/72/CE, préc., *cons.* 37, qui évoque « un service universel et public de grande qualité ».

[1235] Certains auteurs semblent opposer service de base et service universel, BOUDET (J.-F.), « Droit au compte, droit au crédit : service de base ou service universel ? », *R.D.S.S.*, n°1, 27 février 2017, pp. 14 et s. Il semble cependant que l'auteur n'utilise pas la notion de service de base dans le sens du droit de l'Union, c'est à dire comme une notion inhérente à celle de service universel. L'auteur semble davantage utiliser la notion de service de base comme un service qui n'a pas la qualification de service public mais qui est accessible à tous.

[1236] « *A priori* », dans le sens où les États pourront tenter de justifier sur le fondement de l'article 106 § 2 TFUE que l'un ou l'autre soit considéré comme un service d'intérêt général.

[1237] En droit français, le code de l'énergie ne reprend pas la notion de service universel. Le « service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, Code de l'énergie, art. L. 121-1.

[1238] Pour une opinion contraire, voy. MICHÉA (F.), « La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics », in FLAESCH-MOUGIN (C.) (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 105-151, *spéc.* p. 141.

législateur est justifié. Au nom de l'objectif de sécurité d'approvisionnement consacré par l'article 194 TUE, la survenue de risques en matière d'approvisionnement tels que la volatilité des prix ou les pénuries implique de devoir choisir les bénéficiaires des mesures d'urgences[1239]. Reconnaître un service universel analogue aux postes et aux communications électroniques fragiliserait l'objectif de sécurité d'approvisionnement. La qualification juridique de service universel pour l'électricité mériterait cependant d'être discutée.

387. L'ambivalence du recours à la notion de service universel s'observe également en doctrine. S'il n'existe pas de service universel du gaz naturel, S. MARTIN a proposé de consacrer « un service universel adapté[1240] » en transposant les garanties des services universels pour la part de la population bénéficiant de l'accès au gaz. Par analogie avec l'électricité, cela supposerait pour les clients résidentiels et certains clients non résidentiels le droit d'être approvisionnés en gaz d'une qualité définie à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non-discriminatoires[1241]. Le trait principal du service universel, l'universalité d'accès, serait pourtant défaillant. La reconnaissance d'un véritable service universel analogue aux postes et aux communications électroniques paraît peu probable. Outre les contraintes financières générées, elle se heurterait à la lutte contre la dépendance énergétique vis à vis des pays tiers[1242] et les engagements européens en faveur du développement durable par l'utilisation de sources d'énergie moins polluantes[1243].

[1239] C'est la position de l'avocat général MENGOZZI à propos des règles relatives à la sécurité d'approvisionnement en matière de gaz. En l'occurrence, le règlement 994/2010 prévoit que des mesures particulières doivent être prises pour protéger certains clients en cas de rupture d'approvisionnement. Le règlement laisse en partie aux États le soin de déterminer les clients à protéger. Or, ainsi que le souligne l'avocat général, ces protections ne peuvent pas s'étendre à tous les clients dès lors que la rupture d'approvisionnement implique nécessairement de restreindre les bénéficiaires, Concl. A.G. MENGOZZI (P.), 26 juillet 2017, *ENI SpA*, aff. C-226/16, EU:C:2017:616, pts. 51 à 61.

[1240] MARTIN (S.), *Les transformations contemporaines des services publics de transport*, thèse dactyl., Bordeaux IV, soutenue en 2010, pp. 510-511

[1241] Par analogie avec la formule du service universel en matière d'électricité, Dir. 2009/72/CE, préc., art. 3 § 3.

[1242] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à l'exploitation et à la production d'hydrocarbures (tels que le gaz de schiste) par fracturation hydraulique à grands volume dans l'Union européenne, 22 janvier 2014, COM(2014) 23 final.

[1243] Y sont incluses ici les énergies renouvelables, car contrairement à une idée reçue, une énergie renouvelable n'est pas forcément non polluante. L'empreinte écologique qu'elle dégage est susceptible d'être positive ou négative selon l'usage qui en est fait.

§2. L'ENRICHISSEMENT DES DROITS ATTACHÉS À LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE

388. L'obligation de service universel et l'obligation de service public se présentent comme le résultat de deux processus différents. Tandis que la première sert à attester d'une convergence des services d'intérêt général, la seconde sert au contraire à réserver le pouvoir d'appréciation des États (A). Vecteur d'une « socialisation » de l'action européenne, le service universel mériterait d'être amplifié (B).

A. Le dépassement de l'obligation de service public par l'obligation de service universel

389. L'obligation de service public et l'obligation de service universel renvoient à des réalités différentes. Le législateur a pris soin de façonner l'obligation de service public secteur par secteur, dans les transports, dans l'électricité, le gaz et la radiodiffusion. Tant les travaux préparatoires que les textes finaux montrent qu'elle est essentiellement utilisée pour rejeter une approche matérielle du contenu de ces services publics. Au demeurant, elle ne constitue pas formellement une obligation imposée par l'Union aux États membres, mais sert à préserver l'utilisation d'entreprises en tant qu'instrument de politique économique et sociale. L'obligation de service public en droit de l'Union conforte et légitime les législations et pratiques nationales à un niveau supranational.

390. Quelques références à l'obligation de service public, il est vrai, infirment cette interprétation, telle que l'interdiction de couper l'accès au gaz naturel lorsque les clients connaissent des difficultés[1244] ou les références aux obligations portant sur la transparence des conditions contractuelles[1245]. Ces obligations s'imposent aux États et constituent des garanties communes aux personnes physiques. Ces exemples restent cependant résiduels. Au mieux permettent-ils d'attester que l'usage de l'obligation de service public mériterait d'être affiné.

L'obligation de service universel présente une spécificité par rapport à l'obligation de service public. En accordant un droit d'accès à un tarif raisonnable de services postaux, de services téléphoniques/internet, et d'électricité, l'obligation de service universel octroie une

[1244] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 3.
[1245] *Ibid.*, art. 3 § 6.

prérogative aux individus opposable aux États membres. Elle subjectivise ainsi l'accès à certains services d'intérêt général et agit comme une vitrine de la citoyenneté européenne, non sous un angle politique, mais sous un angle fonctionnel en accordant des droits identiques à tout citoyen de l'Union. L'obligation de service universel s'impose comme le résultat d'un véritable processus d'européanisation de certains services publics[1246]. Elle est révélatrice d'un degré d' intégration européenne que l'obligation de service public sert quant-à-elle à tempérer[1247]. Cette démarche, dont l'imputabilité à l'Union reste peu connu, gagnerait à être amplifiée.

B. Une démarche inaboutie

391. Pour certains auteurs, le service universel n'était pas destiné à s'imposer[1248]. Il a d'abord soulevé la crainte : Marceau LONG a affirmé que « C'est au fond la conception d'un service public minimal dans un environnement concurrentiel, sans doute peu à même de remplir le rôle d'instrument de cohésion sociale et de lutte contre l'exclusion que l'on attend du service public dans la conception française[1249] » ? Pourtant, le service universel a fini par convaincre. Après l'avoir rejeté, Marceau LONG est arrivé à la conclusion qu'il « a le mérite de reconnaître l'existence de prestations de base, garantes d'une certaine forme de solidarité sociale et territoriale[1250] ». Si certains auteurs s'attendaient à ce que le service universel soit dupliqué secteur par secteur[1251], force est de reconnaître que le champ du service universel est parcellaire, car il couvre que très peu de services d'intérêt général. On peut s'étonner qu'il n'y ait pas de service universel portant sur certaines prestations dans le domaine de la santé, sur l'accès à un logement, sur l'accès à des services de placement, ou encore sur l'enseignement. L'absence d'amplification du service universel s'explique ici par le principe

---

[1246] Certains membres de la Commission utilisent même le pléonosasme de « service universel européen », DURANT (Cl.-F.), « Service public européen, et politique industrielle ou la promotion de l'intérêt général et du service au citoyen », *R.M.C.U.E.*, n°396, 10 mars 1996, pp. 211 et s.

[1247] Cela conforte la position émise par Robert KOVAR à la fin des années 1990. Il a estimé « Plutôt que de définir un service universel dans les transports terrestres, les institutions communautaires préfèrent, *au moins pour le moment*, une solution plus souple laissant aux autorités étatiques le soin de déterminer dans des contrats particuliers les obligations de service public mises à la charge des entreprises de transport », KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°3, 16 septembre 1996, pp. 493 et s.

[1248] BOITEAU (Cl.), « Concept communautaire de service public et services publics locaux », art. cit.

[1249] LONG (M.), « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *R.F.D.A.*, n°3, 9 mai 1995, pp. 497 et s.

[1250] LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIX^{è} au droit commaunautaire », *R.F.D.A.*, n°6, 9 novembre 2001, pp. 1161 et s.

[1251] VOISSET (M.), « Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *R.F.D.A.*, n°2, 10 mars 1995, pp. 304 et s.

d'attribution des compétences. L'Union ne dispose par exemple que d'une compétence de coordination dans le cadre de la politique de santé[1252]. De même à propos de la mise en place d'un service bancaire de base, la Commission a ainsi affirmé dans sa communication de 2011 qu' « après avoir envisagé toutes les solutions envisageables, la Commission a décidé, à ce stade, d'opter pour une recommandation[1253] », signe qu'une proposition de directive ou de règlement se serait soldée par un échec faute de consensus au sein du Parlement et du Conseil. Cela n'empêche pas pour autant les États membres de consacrer un tel service, comme c'est le cas en France[1254]. S'il n'y a pas d'obstacles à ce que des États, dont la France, proposent des services de base à chaque patient à un prix abordable en tout point du territoire[1255], le périmètre restreint du service universel est le signe que les États ne sont pas prêts à reconnaître davantage de compétences à l'Union européenne.

392. L'amplification du service universel participerait pourtant à « socialiser » l'action de l'Union européenne. Son amplification serait le signe que les services d'intérêt général seraient moins appréhendés par leurs effets sur la concurrence que comme une réflexion sur la place du citoyen dans la construction européenne[1256]. L'exemple de l'eau potable en France en est à cet égard une bonne illustration. À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la constitution de cette interdiction de couper l'accès à l'eau, le Conseil constitutionnel a jugé « qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence ; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu […] s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau ; que le législateur, en garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond

---

[1252] TFUE, art. 168. A l'exception de quelques aspects de compétence partagée pour la mise sur le marché des médicaments et les produits issus du sang, DE LA ROSA (S.), « Le programme santé de la Commission: véritable politique européenne de santé ou simple appui aux politiques nationales », *R.A.E* 2017, n° 4, , pp. 597-606.

[1253] Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, 20 décembre 2011, COM(2011) 900 final, pt. 2.2.

[1254] Code monétaire et financier, art. L. 312-1.

[1255] CRISTOL (D.), « Les habits neufs du service public hospitalier », *R.D.S.S.*, n°4, 26 août 2016, pp. 643 et s. Cette qualification juridique de service unviersel pour le service hospitalier est discutée par certains, voy. VIOUJAS (V.), « Les obligations du service public hospitalier :quelles spécificités ? », *R.D.S.S.*, n°4, 21 août 2017, pp. 644 et s.

[1256] DEBÈNE (M.), RAYMUNDIE (O.), « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », art. cit.

à un besoin essentiel de la personne, a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent[1257] ».

[1257] Cons. const., 29 mai 2015, n°2015-470 QPC du 29 mai 2015, *cons.* 7.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

394. L'analyse de l'ensemble des textes sectoriels encadrant plus ou moins les activités de service public au sein des secteur en réseau met en évidence à quel point l'obligation de service universel et l'obligation de service public servent à identifier le contenu des services d'intérêt général. La multiplication des textes et des références a offert un appareil scientifique conséquent pour évaluer la manière dont les institutions européennes se sont saisies de l'obligation de service public. Il est à cet égard particulièrement évident qu'elles ont pris soin, dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau essentiellement, de compartimenter l'appréhension de la notion secteur par secteur et de limiter toute approche transversale de son contenu.

395. Une différence majeure demeure entre l'obligation de service public et l'obligation de service universel : l'obligation de service public sert essentiellement à réserver la marge d'appréciation des États membres et à limiter, à cet égard, l'immixtion du droit de l'Union. Au contraire, l'obligation de service universel s'impose comme un moyen, tant d'européaniser le contenu de certains services d'intérêt général que de consacrer des droits attachés aux individus. Le champ des services universels n'a cependant pas évolué depuis 2003 et se concentre sur un nombre limité de secteurs. Cette différence est importante, car elle permet de saisir l'importance attachée à la consolidation d'un droit des services d'intérêt général en droit de l'Union. Se dessine davantage encore l'idée que s'il existe, sous le prisme de l'obligation de service public, une convergence certaine des droits nationaux sur la substance des services d'intérêt général, il s'agit d'un mouvement qui connaît un ralentissement et une stagnation depuis de nombreuses années maintenant, ce que la recherche de principes communs à ces services continuent de mettre en évidence.

CONCLUSION DU TITRE 1

396. Tant l'Union que l'États membres participent, dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités en réseau, à l'organisation du marché[1258]. Afin de corriger ses imperfections, cette ouverture s'est réalisée autour de la distinction entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation des services. Le droit de l'Union accorde à cet égard une inégale attention en fonction des secteurs, soit parce que les États ont souhaité conserver certains modes d'organisation sociale (ferroviaire), soit parce que certains secteurs sont moins dépendants de la théorie des facilités essentielles (postes et communications électroniques). Ce processus d'ouverture à la concurrence est pratiquement terminé. Les États ont désormais essentiellement un rôle d'observateur de l'ordre concurrentiel, et, par la voie des autorités de régulation, tranchent les contentieux portant sur l'accès et la tarification des infrastructures.

397. Cette ouverture à la concurrence des activités en réseau ne s'est pas traduite pas la remise en cause de l'usage, par les États membres, de ces secteurs à des fins économiques et sociales. Les principes de l'ouverture à la concurrence ont systématiquement été accompagnés dans la législation sectorielle par de multiples références à l'obligation de service public. Elle matérialise la faculté, et parfois, l'obligation pour les États de poursuivre certains objectifs d'intérêt général qui ne sont pas associés à l'objectif d'accès au réseau par de nouveaux entrants sur le marché. La multiplication des références à l'obligation de service invite, à l'instar aux principes entourant l'ouverture à la concurrence, à rechercher s'il est possible d'identifier en droit de l'Union une ensemble de règles convergentes sur l'identification des services d'intérêt économique général.

[1258] KOVAR (J.-Ph.), *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, Université Strasbourg III, Thèse dactyl., 2005.

TITRE 2

LE NOYAU DUR DES EXIGENCES INHÉRENTES AUX SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

398. Évoquer les catégories juridiques en droit de l'Union européenne, c'est un peu pour reprendre les propos du Pr. BERTRAND, « parler des mots et des choses du droit de l'Union européenne[1259] ». Sous cette formule teintée d'un certain lyrisme, la catégorisation sert à « rationaliser la production du droit[1260] », c'est à dire organiser le droit. Les catégories juridiques constituent « un groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables[1261] ». L'intérêt de la catégorisation s'illustre à plusieurs égards. Le débat sur la spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international public porte sur la catégorisation des organisations internationales. La codification à laquelle la France est attachée[1262] et qui a pour but de rassembler « dans un unique code, des règles intéressant une

---

[1259] BERTRAND (B.), « Les catégories juridiques après le traité de Lisbonne : un mal nécessaire ? » in BERTRAND (B.) (dir.), *Les catégories juridiques en droit de l'Union*, Coll. Droit l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 15.

[1260] BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Coll. Méthode du Droit, Paris, Dalloz, 5ème ed., 2012, p. 221.

[1261] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 8ème ed., 2007, p. 137.

[1262] MENES-REDORAT (V.), *Histoire du droit en Europe jusqu'à 1815*, Coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, p 175 et s. ; Pour un aperçu des enjeux de la codification en droit de l'Union, GODIVEAU (G.), « La codification du droit communautaire dérivé : le « mieux » est-il l'énnemi du « bien » légiférer ? », *C.D.E.*, n°1 et 2, juillet 2009, pp. 17 et s.

matière, vise à donner un souffle cohérent à cette matière[1263] » est un exercice de catégorisation. Elle participe à une « une meilleure compréhension, un usage facilité du droit[1264] ».

399. La catégorisation est indispensable pour déterminer la qualification juridique des faits, c'est à dire « une opération intellectuelle consistant à rattacher une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique », et conséquemment, d'en déterminer le régime juridique, à savoir « l'ensemble des règles applicables à une notion[1265] ». Si elle est facilitée en présence de notions faisant l'objet réflexion d'ordre conceptuel reposant sur des critères définis et fiables, il en est différemment en présence de notions fonctionnelles, dont celle de service public. En droit français, les exigences relatives à la continuité et l'égalité constituent un moyen de qualifier un service public[1266], et sont également identifiées comme des composantes du régime juridique du service public[1267].

400. Ces limites propres aux notions fonctionnelles ne doivent pas empêcher la recherche de leurs caractéristiques essentielles, c'est à dire de leur noyau dur[1268]. Cette démarche se révèle en droit de l'Union européenne d'autant plus nécessaire que l'obligation de service public est abordée de manière sectorielle et que les institutions se refusent à en avoir une approche transversale. La catégorisation vise à dépasser ces limites. Elle ne peut pourtant se réduire à une distinction notion/régime juridique, car des points de rencontres existent. On lui préfèrera une distinction fondée sur la justification de l'obligation de service public **(Chapitre 1)**, et des principes qui lui sont applicables **(Chapitre 2)**.

[1263] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 22ème ed., 2014-2015, p. 188. La codification contemporaine s'éloigne nettement de sa méthode initiale puisqu'il s'agit principalement d'une codification à droit constant ou d'une compilation de textes touchant à une matière ou un secteur.

[1264] ALBERTINI (P.), « La codification et le Parlement », *A.J.D.A.*, n°9, 20 septembre 1997, pp. 660 et s.

[1265] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 842.

[1266] Conseil d'État, 03 mars 2010, *département de la Corrèze*, req. n° 306911 : l'approche matérielle de l'égalité (accessibilité de services de téléassistance à tous) a servi à qualifier le service public.

[1267] Pour une application récente, voy. CE, 04 avril 2018, *Syndicat Sud Santé Sociaux*, req. n°398069, *cons.* 6, relatif à la possibilité de déroger à la durée quotidienne de travail en milieu hospitalier pour préserver la continuité du service public.

[1268] Tous les auteurs s'intéressant à la notion de service public s'attardent sur cette étape, voy. par exemple GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, Col. Domat – Droit public, Paris, L.G.D.J., 4ème ed., 2016, pp. 211 et s.

Chapitre 1

La justification de l'obligation de service public

401. Bien que l'approche néolibérale se révèle plus souple que l'approche néoclassique, l'intervention de la personne publique sur le marché reste « suspecte de ne pas respecter la loi du marché et de constituer une mauvaise allocation des ressources[1269] ». Dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, elle reste « restreinte pour ne pas reporter sine die la véritable libéralisation, afin de protéger les droits des consommateurs[1270] ». Les services d'intérêt général n'y font pas exception. L'ouverture à la concurrence des activités en réseau s'est accompagnée d'une multiplication des références aux conditions dans lesquelles un État peut imposer des obligations de service public.

402. La législation sectorielle et les actes atypiques produits par la Commission constituent le support d'une analyse des motifs de l'intervention des États lorsqu'ils réalisent un service d'intérêt général. En droit de l'Union européenne, il n'est pas possible de réduire la création d'un service à un seul motif d'intérêt général. Se matérialisant en termes de pluralité[1271], l'intérêt général s'oppose à une approche structurante des services publics

---

[1269] GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, Col. Domat – Droit public, Paris, L.G.D.J., 4ème ed., 2016, p. 89.

[1270] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), 20 octobre 2009, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377, pt. 6.

[1271] IDOT (L.), « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *J.D.E.*, n°142, 2007, pp. 225-231.

analogue à celle de Léon DUGUIT fondée sur l'interdépendance sociale. Elle ne constitue que l'un des motifs de justification de l'intervention de l'État. Chaque fois qu'un service d'intérêt général est créé, l'État cherche à garantir l'accès à un service en vue de réaliser un des objectifs d'intérêt général **(Section 1)**. Il n'est cependant pas envisagé comme le meilleur interlocuteur pour les réaliser. Son intervention est conditionnée à l'incapacité du marché, ce que les institutions européennes ont choisi de systématiser sous l'angle de l'expression de défaillance de marché. Cette systématisation présente pourtant une part d'artifice n'ayant qu'un effet restreint sur l'intervention de la personne publique **(Section 2)**.

Section 1. **L'INTERVENTION DE L'ÉTAT JUSTIFIÉE PAR LA GARANTIE DE L'ACCÈS À UN SERVICE**

403. À partir de cas particuliers, la méthode inductive permet de dégager une hypothèse scientifique pouvant être utilisée pour comprendre le fonctionnement plus général d'un objet. Elle s'oppose à la méthode déductive qui établit au préalable une hypothèse et la vérifie en l'appliquant à un cas particulier. En droit, le recours à la méthode inductive dans le raisonnement juridique « permet de dégager un principe général de solution de dispositions légales éparses[1272] ». Elle n'est pas inconnue des publicistes puisque la théorisation des lois du service public par Louis ROLLAND est le résultat du recours à cette méthode. À défaut d'une théorie générale des services publics en droit de l'Union, la méthode inductive sert à dégager une hypothèse sur la justification de l'intervention de l'État lorsqu'il érige un service public. Elle suppose de centrer l'analyse sur la matérialisation des SIEG, c'est à dire sur l'obligation de service public. En l'occurrence, cette intervention est destinée à garantir l'accès à un bien ou un service **(§1)**, cet « accès » ne conditionne pas l'intervention de l'État. Il s'agit davantage d'une notion dont la fonction est de servir de cadre d'analyse permettant de comprendre cette intervention **(§2)**.

§1. UNE JUSTIFICATION RESSORTANT DU RECOURS À LA MÉTHODE INDUCTIVE

404. Peu abordée, la justification du service public motivée par l'accès à un bien ou un service n'est pas une question nouvelle[1273]. L'ouverture à la concurrence des activités de

[1272] MÉMETEAU (G.), « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *R.T.D. civ.*, n°4, 14 décembre 1990, pp. 611 et s., citant AUBERT.

[1273] RICHER (L.), « Droit d'accès et service public », *A.J.D.A.*, n°2, 16 janvier 2006, pp. 73 et s.

réseau ainsi que le contentieux portant sur l'article 106 § 2 TFUE sont à cet égard pétris de références à l'accès **(A)**. L'accès ne doit cependant pas être confondu avec l'objectif d'intérêt général recherché par l'intervention de l'État **(B)**.

A. La convergence des obligations de service public autour de la notion d'accès

405. L'ouverture à la concurrence des activités en réseau est pétrie de références à l'accès comme justification de l'imposition d'obligations de service public[1274]. Les différents services universels l'attestent. Dans sa communication de 2011 relative à un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, la Commission indique que les obligations de service universel sont « les exigences devant garantir la mise à disposition de certains services d'une qualité donnée pour l'ensemble des consommateurs et utilisateurs d'un État membre, indépendamment de leur localisation géographique[1275] ». 103 références à l'accès figurent au sein de la directive service universel portant sur la mise en place d'un accès fonctionnel à internet, au téléphone fixe, à un service d'annuaires et de renseignements[1276]. L'accès irrigue également le service universel postal et le service universel de l'électricité respectivement en mettant à disposition au moins cinq jour par semaine un service de levée, de tri, de transport, et de distribution pour chaque client sur l'ensemble du territoire[1277], et de l'électricité pour l'ensemble des cliens résidentiels[1278].

406. De nombreuses références à l'accès résultent des différents textes encadrant le recours aux obligations de service public. Les obligations de service public dans les transports ariens sont rangées dans le chapitre III intitulé « accès aux liaisons » du règlement

---

[1274] VANDAMME (J.), RODRIGUES (S.) (dir.), *L'accès aux services d'intérêt général*, Paris, ASPE Europe, 2003.

[1275] Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, 20 décembre 2011, COM(2011) 900 final.

[1276] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

[1277] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, pp. 14-25, *cons.* 12, et art. 2 sous 2), 12.

[1278] Dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55, art. 3 §3. Pour rappel, un client résidentiel est un client qui achète de l'électricité pour sa propre consommation domestique à l'exclusion des activités commerciales ou professionnelles.

1008/2008[1279]. Dans le règlement 2017/352 établissant un cadre pour les services portuaires, des obligations de service public peuvent être imposées pour assurer « la disponibilité du service portuaire pour tous les utilisateurs du port, à tous les postes d'amarrage et sans interruption, de jour comme de nuit tout au long de l'année ; la disponibilité du service pour tous les utilisateurs aux mêmes conditions ; l'accès au service à des prix abordables pour certaines catégories d'utilisateurs[1280] ». La Commission autorise également l'intervention de l'État pour financer des infrastructures haut débit dans les zones grises, c'est à dire les zones dans lesquelles la qualité des services n'est pas optimale, et dans les zones blanches, c'est à dires les zones dans lesquelles il n'y a aucune infrastructure[1281]. L'accès s'exprime différemment dans les deux cas – accès à une qualité insuffisante ou aucun accès –. Enfin, les radiodiffuseurs de service public assurent « la promotion de la diversité culturelle dans chaque pays, ils diffusent des programmes éducatifs ainsi que des émissions de divertissement de qualité, ils informent d'une manière objective l'opinion publique et ils sont garants du pluralisme[1282] ». Ces objectifs impliquent selon le Conseil que « l'accès étendu du public, sans discrimination et sur la base de l'égalité de traitement, à diverses chaînes et divers services constitue une condition préalable nécessaire si l'on veut satisfaire à l'obligation particulière qui incombe au service public de radiodiffusion[1283] » et conditionnent son financement par les États[1284].

407. Dans les autres secteurs, l'accès n'est pas explicitement identifié comme la justification de l'intervention de la personne publique. Il transparait à l'étude des références matérielles à l'obligation de service public. Les États peuvent imposer dans le secteur du gaz des obligations de service public portant sur la sécurité d'approvisionnement, la régularité,

---

[1279] Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3, art. 16.

[1280] Règlement (UE) 2017/352 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 03 mars 2017, p. 1, art. 7.

[1281] Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseau de communication à haut débit, *J.O.U.E.* n° C 25 du 26 janvier 2013, p. 1-26, pts. 66 à 71.

[1282] Question écrite P-3036/00 posée par Lisbeth GRÖFELDT BERGMAN (PPE-DE) à la Commission, sur les nouvelles aides d'État ciblées à la télévision suédoise de service public, *J.O.U.E.* n° C 113 E du 18.01.2001, p. 223. Ces objectifs se retrouvent également au protocole 29 annexé aux traités.

[1283] Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 25 janvier 1999 concernant le service public de radiodiffusion, *J.O.U.E.* n° C 30 du 5 février 1999, p. 1-1.

[1284] Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, *J.O.U.E.* n° C 257 du 27 octobre 2009, pp. 1-14.

la qualité, ou le prix de la fourniture[1285]. Ces interventions peuvent se traduire par la mise en place de tarifs règlementés, c'est à dire des tarifs déterminés par l'État destinés à protéger certaines catégories de clients vulnérables en leur offrant un prix accessible[1286], et par l'interdiction d'interrompre l'accès au gaz lorsque les clients traversent des difficultés[1287]. Par ailleurs, les obligations de service public relatives à la délivrance des médicaments doivent assurer un approvisionnement continu de manière à couvrir les besoins des patients[1288], et le contentieux du règlement 3577/92 relatif aux transports maritimes a montré que l'imposition d'obligations de service public est soumise à « un besoin réel de service public[1289] ». En l'absence de référence matérielle au contenu du service public[1290], il n'existe pas de référence à l'accès dans le règlement 1370/2007 relatif aux services publics dans les transports terrestres. Il ne s'agit pourtant pas d'une manifestation iconoclaste du recours à l'obligation de service public. La mise en œuvre du règlement au sein des États confirme qu'il se réduit à une problématique d'accès[1291].

408. La justification de l'imposition d'obligations de service public fondée sur l'accès irrigue le contentieux de l'article 106 § 2 TFUE. En matière de logement social, l'avocat général MAZÁK souligne dans *l'affaire Éric Libert* que « la charge sociale est imposée aux maîtres d'ouvrage et aux lotisseurs dans le cadre d'une politique qui vise à pouvoir offrir un accès plus égalitaire au logement social aux groupes de condition modeste ainsi qu'aux groupes socialement défavorisés par une répartition territoriale, fondée sur les besoins réels, ne dépendant pas exclusivement de l'initiative volontaire et du bon vouloir des acteurs[1292] ». Dans l'affaire *BUPA*, le Tribunal constate « que la combinaison des obligations d'adhésion ouverte, de tarification commune, de couverture à vie et de prestations minimales est de

---

[1285] Dir. 2009/73/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 94, art. 3 § 2.

[1286] CJCE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier Ministre e.a.*, aff. C-121/15, EU:C:2016:63, pt. 59.

[1287] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 3.

[1288] Dir. 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, *J.O.U.E.* n° L 311 du 28 novembre 2001, pp. 67-128, *cons.* 38 et art. 81.

[1289] Trib., 1er mars 2017, *France contre Commission*, aff. T-366/13, EU:T:2017:135.

[1290] Voy. *Supra*. Partie 2, Chapitre 2, Section 1.

[1291] Décret n° 2010-932 du 24 août 2010 relatif au transport ferroviaire de voyageurs, *J.O.R.F.* n° 196 du 25 août 2010, pp. 15328 et s., art. 5 et s., qui met en évidence que le contrat de service public vise à donner aux usagers des dessertes à des horaires et tarifs identifiés, et surtout, Code des transports, art. L. 1222-3.

[1292] Concl. A.G. MAZÁK (J.), 4 octobre 2012, *Eric Libert e.a.*, aff. C-197 et 203/11, EU:C:2012:621, pt. 52.

nature à garantir à la population irlandaise un accès large et aisé aux services AMP[1293] ». Enfin dans l'affaire *CBI*, le juge fait référence à « l'obligation de prise en charge de tout patient en toute circonstance, y compris posturgence », « l'obligation de prodiguer des soins hospitaliers continuels, offerts à tout patient, quelle que soit sa situation sociale ou financière », « l'obligation d'offrir une activité complète de soins hospitaliers multisite » ou « de fournir à tout patient, sur simple demande, tout type de service hospitalier[1294] ». Le juge utilise l'accès pour lier les différentes obligations imparties servant à qualifier le SIEG. L'accès seul n'est pas pour autant suffisant pour appréhender l'imposition d'obligations de service public par les États. Il sert aux États à réaliser plusieurs objectifs d'intérêt général.

B. La distinction entre la notion d'accès et les motifs d'intérêt général de l'intervention de l'État

409. Dans son ouvrage « « Théorie pure du droit », Hans KELSEN distingue la signification subjective d'un acte et sa signification objective. « Sans doute, l'homme qui fait l'acte, et qui agit de façon rationnelle, associe à son acte une certaine signification, qui s'exprime ou traduit d'une façon ou d'une autre, et qui est comprise par d'autre hommes : c'est ce que nous appellerons la « signification subjective des actes ». Leur « signification objective » étant celle qui leur ait donné par le droit[1295] ». L'auteur en donne un exemple : qu'une personne entende régler par un acte le sort de son patrimoine (signification subjective), l'acte ne sera juridiquement un testament (signification objective) que si les règles de fond, de forme, et de procédure qui y sont attachées sont respectées[1296].

410. L'intention d'une personne publique visant à mettre en place un service public (signification subjective) suppose le respect de critères de fonds, de forme, et de procédure pour être accueillie (signification objective). L'accès ne constitue pas seul le critère de la signification objective de l'acte par lequel les obligations imparties à une entreprise seront qualifiées des obligations de service public. On imagine mal, en effet, qu'une telle qualification juridique soit retenue pour des obligations imparties à une entreprise et portant sur l'accès à des produits de luxe. En conséquence et ainsi que le souligne le Pr. RICHER,

---

[1293] TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p.II-81, pt. 201.

[1294] Trib., 7 novembre 2012, *CBI contre Commission*, aff. T-137/10, EU:T:2012:584, pt. 122. Ces obligations sont référencées par la Commission, puis reprises par le Tribunal.

[1295] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (Ch.), Coll. Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962, p. 3.

[1296] *Ibid.*

l'accès « ne se situe pas au fondement du service public[1297] ». Il y a davantage « une coexistence entre la justification du service public et l'accès[1298] ».

411. On sait de longue date que l'intérêt général et une notion indéterminée rangée d'une part dans la catégorie des standards juridiques[1299], et d'autre part, dans la catégorie des notions fonctionnelles[1300]. Le droit primaire, le droit dérivé, et le contentieux attestent d'une panoplie d'objectifs d'intérêt général : santé publique, précarité énergétique, protection du consommateur, cohésion sociale, sécurité d'approvisionnement, promotion de la diversité culturelle, protection sociale. Il ne s'agit que d'une liste d'objectifs considérés comme d'intérêt général. Une fois que l'on essaie d'en comprendre les raisons, on se heurte à des considérations générales juridiquement insatisfaisante. Le législateur justifie la mise en place d'un service universel dans la directive 2002/22/CE parce qu' « il est important que les citoyens disposent de postes téléphoniques payants publics[1301] », ou encore que parce que « le manque d'information sur l'existence du "112" prive les citoyens de la sûreté additionnelle que représente un tel numéro au niveau européen, en particulier lors de leurs déplacements dans d'autres États membres[1302] ». La directive prévoit également sans en exposer les raisons que le service universel devrait être adapté aux personnes handicapées sourdes et malentendantes[1303] ». La signification objective du service public se heurte à l'absence de critères préalables permettant d'identifier l'intérêt général.

412. Dans les différentes affaires sur les tarifs règlementés du gaz, la Cour de justice a rattaché l'imposition de ces tarifs à un objectif d'intérêt général différent dans chaque affaire. Dans les arrêts *Federutility* et *Commission contre Pologne*, à la protection du consommateur[1304] ; dans l'affaire *ANODE*, à la sécurité d'approvisionnement et la cohésion sociale[1305]. Le droit de l'Union ne recherche pas à justifier l'intérêt général poursuivi par l'État autour d'un seul motif. L'article 106 § 2 TFUE permet de déroger dans l'intérêt de la

---

[1297] RICHER (L.), « Droit d'accès et service public », art. cit.
[1298] *Ibid.*
[1299] BERNARD (E.), *La spécificité du standard en droit communautaire*, Coll. Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2010.
[1300] DE CORAIL (J.-L.), « L'approche fonctionnelle du service public : ses réalités et ses limites », *A.J.D.A.*, Hors Série, 20 janvier 1997, pp. 20 et s.
[1301] Dir. 2002/22/CE, préc., *cons.* 12.
[1302] *Ibid.*
[1303] *Ibid.*, *cons.* 13.
[1304] CJUE, Gde chbr., 20 avril 2010, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377, pt. 40 ; CJUE, 10 septembre 2015, *Commission contre Pologne*, aff. C-36/14, EU:C:2015:570, pt. 52.
[1305] CJCE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier Ministre e.a.*, aff. C-121/15, EU:C:2016:63, pt. 52.

mission SIEG aux principes des traités[1306]. La justification des dérogations est rattachée aux motifs prévus expressément dans les traités (dérogations expresses aux libertés de circulation, pratiques anticoncurrentielles, aides d'État) et dégagés par le juge (raisons impératives, raisons impérieuses). La fonction de renvoi et de dérogation de l'article 106 § 2 TFUE explique que le droit de l'Union ne structure pas la justification d'un service public autour d'un unique motif d'intérêt général. L'obligation de service public peut dès lors se justifier sur de multiples fondements[1307].

413. La lecture duguiste selon laquelle un service public vise « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation de l'interdépendance sociale » n'est pas suffisante pour appréhender le justification de l'obligation de service public en droit de l'Union. Certains auteurs ne s'y trompent d'ailleurs pas puisqu'ils préfèrent faire référence au caractère essentiel de l'activité comme critère de justification du service public[1308]. E. COHEN et Cl. HENRY ne font de la cohésion sociale qu'une justification de l'intervention de l'État parmi les trois types de service publics qu'ils identifient : la première vise la lutte contre l'exclusion (financière, handicaps), la deuxième vise la cohésion sociale (on conviendra que la différence avec la première catégorie n'est pas évidente), la troisième vise « une utilisation efficace et équilibrée, dans l'espace et dans le temps, du territoire et des ressources communes[1309] ». De même dans l'arrêt *ANODE*, le Conseil d'État fait référence au service public de l'électricité comme « un produit de première nécessité[1310] » avant de s'intéresser notamment à l'objectif de cohésion territoriale.

414. La justification du service public sur de nombreux fondements a conduit la doctrine à porter un regard réservé sur l'intervention d'une personne publique. Le Pr. TOUZEIL-DIVINA note que l'« on peut considérer que la puissance publique, lorsqu'elle qualifie (ou refuse de qualifier) un activité comme étant d'intérêt général, voire comme consacrant un

---

[1306] Voy. *Supra*. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[1307] CJCE, 23 mai 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, aff. C-209/98, *Rec.* p. I-3743, pt. 75. Le SIEG est qualifié par renvoi à l'objectif de protection de l'environnement.

[1308] JENNY (F.), « Des services publics dans le marché et hors marché : service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général », *L.P.A.*, n°239, novembre 2004, pp. 6 et s.

[1309] COHEN (E.), HENRY (Cl.), *Sercice public, Secteur public*, Coll. Les rapports du Conseil d'analyse économique, Paris, La documentation française, 1997, pp. 9 et s.

[1310] CE, 19 juillet 2017, *ANODE*, req. n°370321, *cons.* 13.

service public, le fait de façon très volontaire et subjective comme si elle plaçait librement (et donc très subjectivement) une « étiquette » sur une situation qui – objectivement – pourrait peut-être ne pas être qualifiée par tous de la même façon. Ainsi, des gouvernements vont-ils considérer que tel service public doit être supprimé ou maintenu en fonction de leur interprétation de l'intérêt général et de la réception qu'ils en feront. Tout dépend de l'étiquette qu'ils ont alors envi de poser. C'est ce que nous avons voulu décrire à travers la théorie du « *post-it* » puisque selon nous, effectivement, la puissance publique a tout loisir non seulement de déclarer telle activité comme étant de service public (et donc de poser une « étiquette » la qualifiant comme tel sur celui-ci), mais elle aussi et encore la possibilité d'enlever l'étiquette qui colle finalement autant qu'un *post-it*, c'est à dire qui peut très bien être décollée puis recollée au même endroit ou ailleurs au gré des volontés et des alternances politiques[1311] ».

§2. LA FONCTION DE L'ACCÈS

415. L'accès se présente comme le lien entre les obligations de service public et l'objectif d'intérêt général recherché. Il ne constitue pas pourtant un critère de la légalité de l'intervention de la personne publique, mais traduit juridiquement l'intérêt général. Il pourrait à cet égard servir à réaliser une lecture plus rigoureuse de l'obligation de service public **(A)** et être approfondi en recourant à l'exigence de cohérence **(B)**.

A. Vers une qualification plus rigoureuse de l'obligation de service public

416. L'étude du contenu des SIEG a mis en évidence qu'il en existe des manifestations de l'obligation de service public dont on peine à saisir la portée[1312]. Le recours à l'accès en tant que cadre d'analyse de l'intervention de l'État en permet une meilleure appréhension.

417. Les directives gaz et électricité ainsi que le récent règlement sur les services portuaires font référence à la possibilité d'imposer des obligations de service public portant sur la protection de l'environnement, l'efficacité énergétique, l'utilisation des énergies renouvelables, la protection du climat[1313], et la sécurité[1314]. Il ne semble pas que ces

---

[1311] TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit* public *interne*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 369-370.
[1312] Voy. *Supra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[1313] Directive 2009/72/CE, préc. art. 3 § 2 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 § 2.
[1314] Règlement (UE) 2017/352, préc., art. 7. Le règlement ne contient pas de référence à cet article relatives à la protection de l'environnement.

obligations assurent l'accès au SIEG. En France, le code de l'énergie effectue une distinction entre l'objet du service public – garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire nationale – et les objectifs auquel il concourt, notamment à la lutte contre l'effet de serre[1315]. Plusieurs règles peuvent y être rattachées, telles que les normes de qualité de l'air[1316] qui sont étrangères à l'accès au service public. Si l'on se réfère au droit dérivé, elles sont pourtant considérées comme des obligations de service public Une telle qualification juridique n'est pas convaincante tant ces exemples s'éloignent des manifestations classiques de l'obligation de service public. Il serait probablement plus judicieux que le législateur ne rattache plus ces manifestations à l'obligation de service public.

B. Vers un approfondissement du contrôle des moyens grâce à l'exigence de cohérence

418. L'exigence de cohérence s'est développée dans le cadre de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services au sein des jeux en ligne[1317]. Après avoir souligné que les restrictions aux activités de jeu peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des consommateurs et la prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu, le juge a posé dans l'arrêt *Piergiogio Gambelli* la règle selon laquelle « ces restrictions doivent contribuer à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique[1318] ». En poursuivant une politique de forte expansion du jeu et des paris ayant pour conséquence d'encourager le consommateur à y participer[1319], l'Italie ne cherche pas à lutter de manière cohérente et systématique à la limitation des activités de paris. Inversement, la Cour de justice a jugé dans l'affaire *Placanica* que l'exigence de cohérence est respectée dès lors que, tout en pratiquant une politique d'expansion des jeux de hasard, le gouvernement a mis en place un système

[1315] Code de l'énergie, art. L. 121-1.
[1316] Code de l'environnement, art. L. 224-1, auquel renvoi l'article L. 211-6 du code de l'énergie.
[1317] PÉRALDI LENEUF (F.), « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 2010, pp. 7 et s. ; PÉRALDI LENEUF (dir.), *Jeux et paris en ligne*, Coll. Code économique européen, Bruxelles, Larcier, 2015.
[1318] CJCE, 6 novembre 2003, *Piergiogio Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.* p. I-13076, pt. 67.
[1319] *Ibid.*, pts. 68 et 69.

de concessions dans le but contrôler ces activités et ainsi lutter contre la criminalité dans ce secteur, considérable dans ce pays[1320].

419. L'exigence de cohérence s'illustre également à propos de la liberté d'établissement des pharmaciens[1321]. Dans l'affaire *José Manuel Blanco Pérez*, la législation espagnole prévoit afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement des médicaments la présence d'une pharmarcie pour 2800 habitants, et une distance minimale entre deux pharmacies de 250 mètres[1322]. Cette règle n'est pas jugée cohérente au regard de sa rigidité. En zone rurale, l'accès à une pharmacie pour 2800 habitants peut en effet générer une distance déraisonnable, de la même manière que la règle des 250 mètres est susceptible de ne pas être adaptée dans des zones fortement peuplées[1323]. La législation prévoit cependant la possibilité de déroger à ces règles. Aussi, l'exigence de cohérence ne sera respectée selon la Cour de justice que si la pratique montre que l'État fait usage de ces dérogations[1324]. Enfin plus récemment, la Cour de justice a utilisé l'exigence de cohérence au sein de la libre circulation des marchandises. Elle a ainsi jugé que la fixation d'un prix minimal de vente de boissons alcoolisées ayant pour conséquence d'augmenter le prix des boissons bon marchés est apte à réduire la consommation d'alcool, en particulier lorsqu'elle est dangereuse ou nocive, car les consommateurs s'adonnant à une telle consommation achètent dans une large mesure les boissons alcoolisés bon marché[1325].

420. Jusqu'à récemment, l'exigence de cohérence n'a pas été utilisée par le juge dans le cadre des SIEG. Attendue par certains auteurs[1326], elle pourrait à ce titre constituer un moyen d'approfondir le contrôle effectué par le juge. Dans l'affaire *ANODE* relative aux tarifs règlementés, le raisonnement de la Cour de justice s'est opéré en deux temps : d'abord, y-a-t-il un lien entre les bénéficiaires du prix règlementé et l'objectif d'intérêt général ? Elle juge

---

[1320] CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338, 359, et 360/04, *Rec.* p. I-1932, pts. 50 à 58.

[1321] CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. C-171 et 172/07, *Rec.* p. I-4171, pts. 42 à 50.

[1322] CJUE, 1er juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez e.a.*, aff. C-570 et 571/07, EU:C:2010:300, pt. 95.

[1323] *Ibid.*, pts. 96 à 101.

[1324] *Ibid.*, pt. 102.

[1325] CJUE, *Scotch Whisky Association, contre Lord Advocate*, aff. C-333/14, EU:C:2015:845, pts. 36 et 37. Sur les rapports entre État et fixation du prix, voy. LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le gouvernement peut-il encore règlementer les prix, malgré la proclamation d'un principe de liberté ? », *A.J.D.A.*, n°21, 12 juin 2006, pp. 1169 et s.

[1326] DE LA ROSA (S.), « De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés. A propos de l'intervention étatique sous forme de prix réglementés sur le marché du gaz », *R.A.E.*, 2016/3, p. 534.

que de tels tarifs ne peuvent être imposés à l'ensemble des clients de gaz et doivent être circonscrits *ratione personae*. La protection du consommateur, et donc sa vulnérabilité, exclut alors *a priori* les entreprises qui ne peuvent donc bénéficier de garanties spécifiques pour accéder au gaz[1327]. Ensuite, le juge vérifie que les obligations de service public vont permettre de réaliser l'objectif poursuivi et conclut à une réponse positive. Le juge ne discute pas l'objectif d'intérêt général, mais recherche ou oblige le juge national à rechercher si les obligations de service public y afférentes permettent de réaliser l'accès au service.

421. En tant que tel, l'accès sert de cadre d'analyse de l'intervention de la personne publique. En conséquence, l'accès n'apparaît pas comme « une obligation de service public surdéterminante[1328] », mais commande la détermination des obligations de service public. Afin de préserver l'instauration d'une concurrence libre et non faussée, le droit de l'Union conditionne également cette intervention à la présence d'une défaillance des forces du marché. Ce critère, en apparence restrictif, est pourtant largement acquis en recourant à l'obligation de service public.

Section 2. **LE CONDITIONNEMENT PARTIEL DE L'INTERVENTION DE L'ÉTAT PAR LE CRITÈRE DE LA DÉFAILLANCE DE MARCHÉ**

422. Dans une économie d'essence libérale, l'intervention de l'État ne doit intervenir que pour réguler le marché, par exemple en corrigeant ses déséquilibres (pouvoir de marché), mais également en poursuivant d'autres objectifs, notamment en matière sociale. Cette intervention sera fondée sur l'intérêt général dont la fonction est de légitimer des règles dérogatoires au droit commun[1329], typiquement à travers l'article 106 § 2 TFUE. Des critères doivent exister pour évaluer la légalité de cette intervention et des dérogations qui y sont attachées. Très tôt, le droit de l'Union a conditionné la mise en œuvre d'un service public par l'État à l'absence de services analogues fournis par les entreprises **(§1)**. Ce

[1327] CJUE, *ANODE*, préc., pt. 69.

[1328] MICHÉA (F.), « La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics », in FLAESCH-MOUGIN (C.) (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 105-151.

[1329] MERLAND (G.), L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°16, juin 2004.

conditionnement présente une part d'artifice. La défaillance de marché est accueillie de manière pratiquement automatique par renvoi aux obligations imposées par l'État **(§2)**.

§1. LA QUALIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC SUBORDONNÉE AU DÉSINTÉRÊT COMMERCIAL DE L'ENTREPRISE

423. En considérant l'obligation de service public comme l'obligation que « si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assurerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions[1330] », le règlement 1191/69 a dès l'origine lié la qualification juridique de l'obligation de service public au désintérêt commercial de l'entreprise **(A)**. Cette approche n'est cependant pas textuellement reprise dans les autres secteurs en réseau **(B)**.

A. Une relation amorcée au sein des transports

424. Le désintérêt commercial conditionne l'intervention de la personne publique dans chacun des modes de transports **(1)**. Il n'en résulte pas pour autant une approche unifiée. Signe que les transports terrestres bénéficient d'un encadrement favorable aux États membres, la portée du critère est en leur sein résiduelle **(2)**.

1) Le recours à l'intérêt commercial pour apprécier le besoin réel de service public dans les transports

425. L'obligation de service public est considérée dès le règlement 1191/69 comme l'obligation que « si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions[1331] ». Elle est reprise dans les autres textes sous une formule légèrement différente. L'obligation de service public renvoie à « l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général de transports de voyageurs qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans

---

[1330] Règlement (CEE) 119/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin 1969, pp. 1-7, art. 2 § 1.

[1331] *Ibid.*

contrepartie[1332] ». L'obligation de service public est appréciée de manière fonctionnelle. Sa qualification juridique est liée au désintérêt commercial de l'entreprise.

426. L'intérêt commercial présente les traits d'un standard juridique, c'est à dire d'une notion volontairement indéterminée qui s'apprécie par renvoi au comportement normal d'une entreprise sur le marché. Il renvoie à trois hypothèses, soit le service n'est pas réalisé par l'entreprise de manière autonome, soit l'entreprise réalise le service dans des conditions jugées insuffisantes (par exemple une tarification plus élevée, un cadencement différent, une desserte du territoire moins grande, etc.), soit encore l'entreprise ne réaliserait ce service qu'en présence d'une contrepartie (des droits spéciaux ou exclusifs ou/et des subventions). L'intérêt commercial s'apprécie au regard de l'intérêt général poursuivi par l'État[1333], prenant la forme de plusieurs objectifs. Son intervention sur le marché ne sera justifiée que s'ils ne sont pas réalisés dans des conditions satisfaisantes par les entreprises.

427. Le désintérêt commercial est présenté sous un angle financier. L'intervention de l'État suppose en effet que l'exercice de l'activité est inintéressante sur le plan financier pour l'entreprise[1334]. Une telle lecture se révèle incomplète. Elle ne prend pas en compte les bénéfices en termes d'image[1335]. L'intérêt commercial est parfois utilisé par le juge, non pour légitimer l'intervention de la personne publique, mais par renvoi à la liberté dont dispose une entreprise de candidater ou non à un contrat de service public. Dans l'affaire *Simet*, il note que « force est de constater que le système prévu par la législation italienne permettait à la requérante de demander le renouvellement des décisions de concessions annuelles ou de ne pas le faire si elle jugeait que les obligations de service public auxquelles était soumise l'exploitation d'une ligne interrégionale ne lui convenaient pas[1336] », pour

---

[1332] Règlement (CEE) 3577/92, préc., art. 2 sous 4) ; Règlement (CE) 1370/2007, préc., art. 2 sous e) ; Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 § 1. Règlement (UE) 2017/352, préc., art. 2 sous 14) ; Le terme d' « exigence » est parfois remplacé par le terme « obligation » sans que cela n'impacte l'unité de l'approche dans les transports.

[1333] Pour une opinion concordante, voy. SERVOIR (A.), *L'adaptation des chemins de fer français à la nouvelle réglementation communautaire du transport ferroviaire*, Thèse dactyl., Nancy, Nancy II, 1998 ; Pour une opinion contraire, ARSAC (M.), *L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire*, Coll. Droit, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 1997, p. 21.

[1334] Règlement (CE) 1370/2007, art. 2 sous g).

[1335] À titre d'exemple, on peut citer l'aéronef A380 réalisé par Airbus. Le projet est lourdement déficitaire, mais l'entreprise continue de le produire (certes à des quantités limitées) pour des questions liées à l'image de la société et sa présence sur le marché des gros porteurs. On retrouve une logique similaire pour certains marchés passés pour la R.A.T.P. qui sont risqués et *in fine* déficitaires pour certains prestataires de services. Cependant, le réseau d'infrastructures du métropolitain parisien est d'une telle densité que les entreprises s'en servent comme vitrine commerciale pour obtenir des marchés dans d'autres pays.

[1336] Trib., 3 mars 2016, *Simet SpA contre Commission*, aff. T-15/14, EU:T:2016:124, pt 161.

ensuite juger qu' « il est difficile d'admettre que la requérante ait pu demander le renouvellement des différentes concessions, en dépit des obligations d'exploiter et de transporter prévues dans les cahiers des charges et contenues dans les décisions de concessions annuelles, sans y trouver un intérêt commercial[1337] ». Cette liberté des entreprises s'illustre dans le cadre des marchés passés pour les collectivités pour réaliser des bibliothèques numériques répertoriant les archives publiques pour lesquels aucune ou peu d'entreprises se sont manifestées pour proposer une offre[1338]. L'intérêt commercial intervient dans le raisonnement juridique à des stades différents, l'un en amont (la décision de l'État d'intervenir sur le marché), l'autre en aval (la décision ou non d'une entreprise de candidater à la réalisation de l'activité d'intérêt général qui en résulte).

428. Le règlement 1191/69 soumettait l'intervention de l'État à la réalisation de transports suffisants[1339]. Sous ce vocable peu lisible, trois critères sont déterminés pour que l'État puisse intervenir, l'intérêt général, la possibilité de recourir à d'autres techniques de transport, les prix et conditions de transport pouvant être offertes aux usagers[1340].

429. Dans les transports maritimes, la Cour de justice a jugé dans l'affaire *ANALIR* que la mise en place d'une autorisation préalable ou d'un contrat de service public suppose une insuffisance de services proposés par les forces du marché[1341]. Reprise récemment dans l'affaire *Commission contre France* relative à certaines dessertes de la métropole française vers la Corse[1342], cette méthode s'illustre également dans les transports aériens. L'imposition d'obligations de service public ne peut avoir lieu que pour des liaisons vers un aéroport desservant une zone périphérique ou de développement, ou vers des liaisons à faible trafic à destination de n'importe quel aéroport[1343]. La Commission a à ce titre fournit d'intéressantes précisions sur leur mise en œuvre[1344]. Une zone périphérique est une zone difficile d'accès et qui contient pourtant des infrastructures administratives (centres médicaux,

---

[1337] *Ibid.*, 168.

[1338] SOLEILHAC (Th.), « Les bibliothèques numériques, un domaine immatériel », *A.J.D.A.*, n°21, du 16 juin 2008, pp. 1133 et s.

[1339] Règlement (CEE) 1191/69, préc., art. 3 § 1.

[1340] *Ibid.*, art. 3 § 2.

[1341] CJCE, 20 février 2001, *ANALIR*, aff. C-205/99, *Rec.* p. I-1271, pts. 26 à 40. La lecture a aussi été affirmée par l'arrêt TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen SA contre Commission*, aff. T-17/02, *Rec.* p. II-2031, pts. 215 à 228.

[1342] Trib., 1er mars 2017, *SNCM contre Commission*, aff. T-454/13, EU:T:2017:134.

[1343] Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 § 1.

[1344] Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) no 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil — Obligations de service public (OSP), *J.O.U.E.* n° C 194 du 17 juin 2017, pp. 1-28.

enseignements, etc.), des entreprises, tandis qu'une zone de développement est une zone qui accuse un retard économique pouvant être mesuré grâce au PIB local ou au taux de chômage[1345]. Une liaison de faible trafic est une liaison qui porte généralement sur un trafic inférieur à 100 000 passagers sur l'année[1346]. La Commission oblige les États à agir en fonction de l'offre de transport aérien existante. Ainsi, elle considère que « Si un autre aéroport est situé à plus de 100 kilomètres et/ou si le délai de route vers cet aéroport est supérieur à une heure en transport public, on peut raisonnablement se demander si les deux aéroports peuvent être considérés comme pouvant se substituer l'un à l'autre[1347] ».

430. L'intervention de l'État est conditionnée à une approche globale des transports, que l'on a observé un temps au-delà du service public[1348]. Dans l'affaire *Commission contre Espagne*, la Cour de justice a jugé que le besoin de transports maritimes s'apprécie à l'aune des modes de transports et des infrastructures existants. L'imposition d'obligations de service public n'est pas justifiée si les zones desservies ne sont pas des îles et sont reliées par un réseau routier direct et facilement accessible[1349]. L'approche globale vaut aussi pour les transports aériens depuis l'affaire *Inter SA*[1350] dans laquelle le Tribunal juge que « la requérante n'a pas allégué et encore moins démontré que, à la suite de l'entrée en vigueur du règlement 2408/92, il n'existait aucun système alternatif approprié susceptible d'assurer l'aménagement du territoire et notamment de sauvegarder le financement des lignes

---

[1345] *Ibid.*, pt. 20 sous a).

[1346] *Ibid.*, pt. 20 sous b).

[1347] *Ibid.* pt. 42.

[1348] Dans l'ancien règlement (CEE) 517/72 relatif à l'obligation des transporteurs d'obtenir une autorisation préalable de l'État membre pour réaliser des prestations de service, il était prévu que l'obtention d'une telle autorisation invite au préalable à « déterminer si la desserte du trafic objet de la demande n'est pas déjà assurée d'une façon satisfaisante, tant du point de vue qualitatif que du point de vue quantitatif, par les services existants de transports de voyageurs », Règlement (CEE) 517/72du Conseil du 28 février 1972 relatif à l'établissement de règles communes pour les services réguliers et les services réguliers spécialisés effectués par autocars et par autobus entre les États membres, *J.O.C.E.* n° L67 du 20 mars 1972, pp. 19-24., art. 8 § 1. Dans l'affaire *Bovo Tours BV*, la Cour de justice a affirmé que « Cet objectif ne serait pas atteint si, lors de l'examen de la demande de création d'un service régulier ou d'un service régulier spécialisé, on ne devait pas prendre en considération, pour apprécier les besoins de transport, l'ensemble des formes et modes de transport, notamment les autres services réguliers par autobus empruntant un itinéraire partiellement différent ou un autre moyen de traversée de la mer, ainsi que le transport de personnes par voie ferrée », CJCE, 17 décembre 1987, *Bovo Tours BV et Van Touringcars BV contre Ministre des Transports, des Eaux et des Travaux publics e.a.*, aff. 88/86, *Rec.* p. 5429, pt. 22.

[1349] CJCE, 9 mars 2006, *Commission contre Espagne*, aff. C-323/03, *Rec.* p. I-2161, pt. 58.

[1350] Avant le règlement, il était difficile d'établir si cette approche globale s'appliquait pour les transports aériens. Ainsi dans l'affaire TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA contre Commission*, aff. T-260/93, *Rec.* p. II-997, pt. 140 : Ici, il est difficile d'établir si le Tribunal entend restreindre l'appréciation uniquement dans le cadre des services aériens ou s'il aurait souhaité que l'État recourt à une approche globale à l'aune de l'ensemble des autres modes de transports.

déficitaires ». L'existence de transports alternatifs n'emporte pas automatiquement le rejet de l'imposition d'une obligation de service public, par exemple si l'aller-retour dans la journée était compromis[1351]. Le règlement 1008/2008 a confirmé cette lecture en prévoyant que l'imposition des obligations de service public à une liaison aérienne doit prendre en compte « la possibilité de recourir à d'autres modes de transport et de la capacité de ces modes de transport à répondre aux besoins considérés, notamment si des services ferroviaires d'une durée inférieure à trois heures sont déjà assurés sur la liaison envisagée, avec des fréquences et des correspondances suffisantes et des horaires satisfaisants[1352] ».

431. La pratique décisionnelle de la Commission portant sur le financement des aéroports[1353] illustre à quel point la Commission procède à un contrôle poussé du besoin réel de transport pour admettre la légalité d'un tel financement. Elle prend en considération une diversité d'indicateurs tels que l'impact des conditions météorologiques sur l'usage et le temps de trajets d'autres modes de transport, la distance d'un aéroport à un autre, l'isolement d'une population, le caractère indispensable de l'aéroport pour d'autres activités telles que le transport de patient, le transport d'envois et colis postaux, ou encore pour le tourisme[1354].

2) L'absence de contrôle de la légalité des obligations de service public dans les transports terrestres

432. Le règlement 1370/2007 propose une lecture isolée du désintérêt commercial qui s'explique par le rejet d'une substantification de l'obligation de service public[1355]. Aucun critère n'est établi pour l'apprécier et l'État n'a pas à effectuer une analyse des offres de transports existants, ainsi que l'illustre l'affaire *Jørgen Andersen* portant le financement de services de transports ferroviaires internationaux de voyageurs entre la ville de Copenhague

[1351] GRARD (L.)., « Les obligations de service public et le transport aérien », in SIMON (D.), KOVAR (R.), (dir.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Coll. Travaux de la CEDECE, Paris, La documentation française, 2 tomes, 1998, pp. 181-201, *spéc.* p. 184.

[1352] Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 § 3 sous b).

[1353] Communication de la Commission – Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, COM 2014/C 99/03, *J.O.U.E.* n° C 99 du 4 avril 2014, p. 3 ; Pour un aperçu de la situation antérieure, voy. KARPENSCHIF (M.), « De nouvelles règles pour le financement des aéroports et de certaines lignes aériennes », *J.C.P. A.*, n°49, 5 décembre 2005, 1377.

[1354] Déc., 25 mai 2018, Aide d'État SA.49203 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Bacau ; Déc., 25 avril 2018, Aide d'État SA.49482 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Sumburgh ; Déc., 18 juillet 2017, Aide d'État SA.45692 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Inverness (disponible uniquement en anglais) ; Déc., 19 janvier 2015, Aide d'État SA.38757, relative au financement de l'aéroport de Skelleftea (disponible uniquement en anglais).

[1355] Voy. *Supra*., Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

(Danemark) à et la ville d'Ystad (Suède)[1356]. En l'espèce, *Jørgen Andersen* a contesté la légalité des services ferroviaires mis en place dans la mesure où il fournit des services de transports par autocar sur cette même ligne en proposant des conditions analogues à celles prévues dans le contrat de service public conclu entre le ministère danois et la société DSB[1357]. Le Tribunal a rejeté l'argumentation et juge qu'une telle intervention est possible afin « de renforcer les possibilités d'accès à l'île de Bornholm dans un souci d'amélioration de la desserte du territoire[1358] ».

433. À l'occasion de la révision du règlement 1370/2007, la Commission a tenté de manière insidieuse d'insérer des critères permettant d'évaluer la légalité de l'imposition d'obligations de service public dans les transports terrestres. Trois pistes ont été à cette fin avancées :

434. La Commission a proposé de compléter la définition de l'obligation de service public : « la portée des obligations de service public de transport exclut tous les services publics de transport qui ne sont pas strictement nécessaires pour bénéficier des effets de réseau[1359] ». Si aucune définition n'est proposée, l'assertion est à relier à la définition en économie selon laquelle « on parle d'effet de réseaux lorsque l'utilité d'un consommateur à consommer un bien ou un service augmente avec le nombre d'utilisateurs de ce bien ou de ce service[1360] ». Le Parlement a proposé d'apporter des précisions à cette expression en soulignant que « Les effets de réseau découlent de l'intégration des services de transport qui rendent les transports publics plus attrayants pour les voyageurs et plus efficients pour le secteur des transports publics. Les effets de réseau peuvent résulter à la fois de services ayant atteint le seuil de rentabilité et de services qui n'y sont pas parvenus, ainsi que sous divers aspects, comme le trajet, l'horaire ou le tarif[1361] ». De manière prévisible, les autorités

---

[1356] Trib., 18 janvier 2017, *Commission contre Jørgen Andersen*, aff. T-92/11 RENV, EU:T:2017:14. Not. IDOT (L.), *Europe*, n°3, mars 2017, comm. 124. Il s'agit d'une affaire ancienne qui a fait l'objet de nombreux arrêts.

[1357] *Ibid.*, pt. 66.

[1358] *Ibid.*, pt. 70.

[1359] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modiiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, COM/2013/028 final, art. 2 e).

[1360] BOURREAU (M.), « Chapitre 1 Principes de la réglementation », in BOURREAU (M.) (dir.), Régulation des communications électroniques, Coll. IRIS, Paris, Lavoisier Hermes, 2016, p. 15. Par exemple, plus il y a de personnes disposant de téléphones, plus il devient intéressant pour une personne d'en posséder un à son tour

[1361] Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture à

organisatrices des transports ont réceptionné de manière négative cette tentative[1362] si bien que l'expression a été vidée de son contenu et de sa portée. On la retrouve ainsi dans le texte final à travers le considérant 8, « Les spécifications des obligations de service public applicables aux transports publics de voyageurs devraient, dans la mesure du possible, produire des effets de réseau positifs, notamment pour ce qui est de l'amélioration de la qualité des services, de la cohésion sociale et territoriale ou de l'efficacité globale du système de transports publics[1363] ».

435. La Commission a également tenté d'introduire l'obligation de déterminer des plans de transport comprenant des informations proches des critères d'évaluation du service public que l'on a retrouvé dans sa proposition de modification du règlement 1191/69. Les plans portent sur la mise en œuvre de la politique transport de l'autorité compétente et doivent comprendre l'ensemble des modes de transports sur le territoire, des informations sur le réseau et les lignes, l'accessibilité, la connectivité territoriale, la sureté, les interconnexions modales, la ponctualité, services aux usagers, la politique tarifaire, les règles en matière d'emploi, d'environnement[1364]. La Commission indique également que l'autorité doit évaluer « l'opportunité ou non, aux fins de la réalisation des objectifs des plans pour le transport public, d'une intervention publique pour la fourniture des services de transports de voyageurs[1365] ». La Commission introduit de cette façon des précisions sur le comportement des autorités compétentes dont elle aurait pu se servir pour contester l'intervention de la personne publique. Le Parlement a proposé de supprimer cette référence[1366]. Le texte final prévoit simplement que les obligations de service public doivent refléter la politique des

---

la concurrence du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, C7-0024/2013, amendement 20.

[1362] HERGOTT (D.), « Le rôle des autorités organisatrices de transport régional en France face aux enjeux européens », in RAPOPORT (C.), *L'espace ferroviaire unique européen*, op. cit. pp. 75-99, *spéc.* p. 83 : « En France, comme en Europe, les autorités organisatrices de transport régional considèrent que cette notion d'effet réseau ne peut être limitative et doit permettre de maintenir une ligne bénéficiaire ou non au sein d'une obligation de service public. Ces positionnements sont également repris par le projet de rapport du Comité transport et tourisme, ainsi que par le projet d'avis du Comité des régions ».

[1363] Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22, *cons.* 8.

[1364] COM/2013/28 final, préc., art. 2 bis § 1.

[1365] *Ibid.*, art. 2 bis § 2 § 3 c).

[1366] Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture à la concurrence du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, préc., amendement 32.

transports de l'autorité compétente[1367]. La Commission a enfin tenté d'instaurer un plafond maximal de tolérance pour admettre une obligation de service public, à l'instar des transports aériens[1368] . Sur proposition du Parlement européen, cette proposition a été supprimée[1369].

436. L'échec de ces tentatives montre que le Conseil et le Parlement ne souhaitent pas laisser la Commission s'immiscer dans l'imposition d'obligations de service public dans les transports terrestres. L'explication réside dans le mode de financement des obligations de service public. Le rejet de l'intervention de l'État pour des liaisons rentables (et donc intéressantes commercialement) fragiliserait le système actuel de financement des transports terrestres par péréquation[1370]. Le financement n'explique cependant pas à lui seul cette latitude laissée aux États membres. Lorsque la Cour de justice juge que l'objectif de l'amélioration de la desserte du territoire justifie l'intervention de la personne publique dans l'affaire *Commission contre Jørgen Andersen*, elle affiche un réticence générale à contrôler l'intervention des États au sein des transports terrestres. Il n'y a pas au sein des transports une lecture unique de l'intérêt commercial, ce qu'une analyse des autres secteurs en réseau confirme.

B. L'absence de transversalité du critère de l'intérêt commercial

437. La référence à l'intérêt commercial ne ressort pas, *expressis verbis*, des autres textes qui régissent les secteurs en réseau. Une version similaire se retrouve dans le financement du réseau à haut débit. L'intervention de la personne publique est conditionnée à la présence d'une défaillance de marché, « il y a « défaillance du marché » lorsque, livré à lui-même, celui-ci ne parvient pas, en l'absence d'intervention, à fournir un résultat positif pour la société. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque certains investissements ne sont pas entrepris bien que le bénéfice économique pour la société soit supérieur au coût. L'octroi d'aides d'État peut alors avoir des effets positifs et il est possible d'améliorer l'efficacité

[1367] Règlement 2016/2338/UE, préc., art. 2 bis « spécification des obligations de service public ».

[1368] COM/2013/28 final préc., art. 6 § b) : un contrat de service public ne peut être conclu s'il porte sur plus de « 10 millions de train-km ou un tiers du volume total du transport public national de voyageurs par chemin de fer géré par contrat de service public ».

[1369] Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture à la concurrence du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, préc., amendements 28 et 69.

[1370] Voy. *Infra*. Partie 3, Titre 1, Chapitre 1.

globale en ajustant les incitations économiques aux entreprises[1371] ». L'intervention de la personne publique ne peut se réaliser dans les zones dites noires (qui présentent au moins 2 réseaux haut débit d'ici à 3 ans), peut être autorisée dans les zones grises (1 réseau haut débit d'ici à trois ans ou qualité insuffisante des réseaux existants), et est autorisée les zones blanches (aucun réseau)[1372].

438. Aucun autre secteur ne comprend une référence ni à l'intérêt commercial, ni à la défaillance de marché. La directive 75/439/CEE relative à l'élimination des huiles usagées prévoit la possibilité pour la personne publique de mettre en œuvre directement les obligations de la directive « dans les cas où les objectifs ne peuvent être atteints autrement[1373] ». Et si les directives 96/92/CE et 98/30/CE relatives à l'électricité et au gaz ont comporté dans leur préambule une référence analogue[1374], celle-ci est supprimée par les directives de 2003. De même, si la directive 92/25/CEE permet aux États membres la possibilité d'imposer des obligations de service public portant sur la délivrance de médicaments[1375], aucune précision n'est formulée à l'instar des postes et des communications électroniques.

439. La création du Tribunal de première instance des communautés européennes fait suite à une possibilité offerte par l'Acte unique européen[1376], puis décidée par le Conseil[1377]. Devenu le Tribunal depuis le traité de Lisbonne[1378], il est saisi dans le cadre des recours en annulation, en responsabilité, en carence[1379] et rend des arrêts pouvant faire l'objet d'un

---

[1371] Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseau de communication à haut débit, préc., pt. 37.

[1372] *Ibid.*, pts. 73 à 77.

[1373] Dir. 75/439/CEE du Conseil du 16 juin 1975 concernant l'élimination des huiles usagées, *J.O.C.E.* n° L 194 du 25 juillet 1975, pp. 23-25, art. 5.

[1374] les États membres peuvent imposer des obligations de service public « pour assurer la sécurité d'approvisionnement, la protection du consommateur et la protection de l'environnement que, selon eux, la libre concurrence, à elle seule, ne peut pas nécessairement garantir », Dir. 96/92/CE du 19 décembre 1996 du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.* n° L 27 du 30 janvier 1997, p. 20, *cons.* 13 et art. 3 § 2 ; Dir. 98/30/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 1, *cons.* 12.

[1375] Dir. 92/25/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° L 113 du 30 avril 1992, p. 1.

[1376] AUE, art. 4 (dans le cadre du traité CECA), et 11 (dans du traité CEE), 140 A (dans le cadre de la CEEA). L'acte unique européen fait mention de la possibilité de créer une juridiction. C'est le Conseil qui lui donnera le nom de Tribunal de première instance des Communautés européennes.

[1377] Déc. du Conseil n° 88/591/CECA, CEE, EURATOM du 24 octbore 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, publiée au *J.O.C.E.*, n° L 319 du 25 nov. 1988, p. 1.

[1378] TUE, art. 19 § 1.

[1379] TFUE, art. 256 § 1.

pourvoi devant la Cour justice[1380]. Il pourrait également dans des cas limités intervenir dans le cadre de renvois préjudiciels[1381], la Cour de justice continue de traiter seule ce type de recours. La reconnaissance de l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE, les précisions apportées par la Cour de justice sur sa mise en œuvre, ainsi que la multiplication des recours en annulation sont à l'origine d'un accroissement des affaires soumises devant le Tribunal. La Cour de justice intervient désormais rarement, et essentiellement dans le cadre de renvois préjudiciels sur les directives sectorielles[1382].

440. Les deux juridictions ont statué sur la portée de l'intérêt commercial/défaillance de marché dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE, sans cependant que l'on parvienne à en faire ressortir une ligne jurisprudentielle claire. La Cour de justice ne fait référence à ces critères que dans l'affaire *ANALIR* dans laquelle elle a jugé que « l'application d'un régime d'autorisation administrative préalable comme moyen d'imposer des obligations de service public présuppose que les autorités nationales compétentes ont d'abord pu constater, pour des trajets bien déterminés, l'insuffisance des services réguliers de transport dans le cas où la prestation de ceux-ci serait laissée aux seules forces du marché[1383] ». Le Tribunal a quant à lui fait preuve d'hésitations. Si dans l'affaire *Iliad,* il a jugé « que l'appréciation de l'existence d'une défaillance du marché constitue un préalable à la qualification d'une activité de SIEG[1384] », il a cependant jugé dans l'affaire *Jørgen Andersen* que « si la preuve d'une défaillance du marché peut constituer un élément pertinent pour déclarer la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur […], une telle preuve n'est pas une condition indispensable, car, en tout état de cause, il est possible pour un État de justifier une aide par la poursuite d'un objectif légitime d'intérêt général[1385] ». Récemment, le Tribunal a à nouveau infléchi sa position dans l'arrêt *France contre Commission* en

---

[1380] Règlement de procédure de la Cour de justice 25 septembre 2012, *J.O.U.E.* n° L 265 du 29 septembre 2012, modifié le 18 juin 2013, *J.O.U.E.* n° L 173 du 26.06.2013, p.65, et le 19 juillet 2016, *J.O.U.E.* n° L 217 du 12.8.2016, p.69, art. 167 et s.

[1381] TFUE, art. 256 § 3. Ces cas doivent être prévus par le statut de la Cour de justice. Le statut de la Cour de justice est annexé aux traités (protocole 3).

[1382] La Cour est soit saisie sur pourvoi, soit dans le cadre de renvois préjudiciels. Dans les pourvois, elle a pour le moment tout le temps abondé dans le sens du Tribunal dans le cadre des litiges portant sur l'article 106 § 2 TFUE. Elle n'est par ailleurs plus amenée à se prononcer sur la portée de l'article 106 § 2 TFUE lorsqu'il est confronté avec une situation interne dans la mesure où elle a rendu de nombreux arrêts sur l'interprétation de cette disposition jusqu'au début des années 2000. En revanche, la Cour reste un interlocuteur indispensable dans la mesure où elle est amenée à se prononcer dans le cadre de renvois préjudiciels sur de nouvelles interactions normatives, en l'occurrence entre l'article 106 § 2 TFUE et le droit dérivé.

[1383] CJCE, *ANALIR*, préc., pt. 34.

[1384] Trib., 16 septembre 2013, *Iliad e.a. contre Commission*, aff. T-325/10, EU:T:2013:472pt. 164.

[1385] Trib., *Jørgen Andersen*, préc., pt. 69.

assimilant la défaillance de marché à l'existence d'un besoin réel de service public dont la charge de la preuve pèse sur l'État[1386]. Outre que l'intérêt commercial et de défaillance de marché ne semble pas renvoyer à une approche systémique dans la jurisprudence, il s'agit également d'un vocable qui ne déborde pas du champ des transports et du haut débit.

441. L'arrêt *ANODE* relatif à l'imposition de tarifs règlementés du gaz semble attester pourtant que le désintérêt commercial n'est *a priori* pas spécifique au transport et au haut débit. La Cour de justice a renvoyé au juge interne le soin de rechercher « s'il n'existe pas des mesures permettant également d'assurer ledit objectif, mais entravant moins la réalisation d'un marché intérieur ouvert du gaz naturel, comme l'imposition de prix applicable seulement à certaines catégories de clients se trouvant dans des zones reculées et identifiées selon des critères géographiques objectifs[1387] ». Les références à « certaines catégories de clients » et aux « zones reculées » présentent en effet des similarités avec l'imposition d'obligations de service public dans les transports aériens, cantonnées aux zones périphériques (par exemple zones insulaires) et aux zones de développement (PIB inférieur et fort taux de chômage). En jugeant l'illégalité des tarifs règlementés sans effectuer d'étude des bénéficiaires, le Conseil d'État n'a cependant pas exploité les opportunités dégagées par la Cour de justice.[1388]. Il en est autrement dans un autre arrêt *ANODE* du 18 mai 2018 à propos des tarifs règlementés de l'électricité. Il a jugé que si un État peut imposer de tels tarifs pour de garantir la stabilité des prix, sa réalisation s'oppose au caractère permanent de l'intervention de la personne publique ainsi qu'à l'accès à tous les clients finals domestiques et non domestiques (particuliers, PME et grandes entreprises) souscrivant à une puissance inférieure à 36 Kilovoltampères[1389]. Indépendamment de l'absence de référence à l'intérêt commercial ou la défaillance de marché en droit dérivé, il semble donc que la légitimité de l'intervention de la personne publique doit être discutée périodiquement et circonscrite à la part de la population en ayant besoin. Il n'en résulte pas pour autant une systématisation de l'intérêt commercial/défaillance de marché ainsi que le montre l'arrêt *Gebhart Hiebler*[1390].

[1386] Trib., *Commission contre France*, préc., pts. 88 à 138.

[1387]CJUE, *ANODE*, préc., pt. 59.

[1388] CE, 19 juillet 2017, *ANODE*, req. n°370321, *cons.* 10 à 15. Not. DE LA ROSA, « Les prix règlementés et les marchés de l'énergie : disparition, sursis ou adaptation ?, *R.F.D.A.*, n°6, 11 janvier 2018, pp. 1099 et s.

[1389] CE, 18 mai 2018, *ANODE*, req. n°413688 et 414656, pts. 19 à 27.

[1390] L'affaire porte sur les conditions applicables à la profession de ramoneurs en Autriche. La Cour de justice a validé la qualification de SIEG sur la base d'indicateurs tels que l'universalité territoriale, l'égalité

442. En évitant de se prononcer de manière transversale sur l'existence et la portée de l'intérêt commercial/défaillance de marché, les États bénéficient d'une jurisprudence qui leur est favorable. Il n'est pas certain cependant qu'une telle systématisation soit possible. L'obligation de service public tend au contraire à en faire un critère générique.

§2. L'AUTOMATICITÉ DE LA DÉFAILLANCE DE MARCHÉ PAR LE RECOURS AUX OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

443. La défaillance de marché tire ses origines de l'économie industrielle et des modèles d'analyse de la concurrence imparfaite. Pourtant, elle est conçue en droit de l'Union tant par le juge que la Commission comme une justification générale, mais évasive, de la réalisation d'objectifs d'intérêt général par les États **(A)**, que l'on retrouve dans d'autres ordres juridiques, en particulier en droit français **(B)**.

A. La défaillance de marché, reflet du rejet d'une appréhension transversale des SIEG

444. Dans une large mesure, la doctrine considère que la défaillance conditionne l'intervention de la personne publique. Robert KOVAR a défendu la position selon laquelle « le marché bénéficie d'une présomption qu'il appartient au service public de renverser en démontrant une efficacité supérieure à celle du marché[1391] ». Suivie par Franck MODERNE[1392], et d'autres auteurs[1393], certains vont jusqu'à évoquer « un concept européen

---

des prestations, et l'uniformité des tarifs, CJUE CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843, pt. 42. La Cour de justice n'effectue aucune référence à la défaillance du marché comme critères préalables à la qualification d'un SIEG, contrairement à l'Avocat général SZPUNAR, qui n'en fait cependant pas un critère inconditionnel, Concl. A.G. SZPUNAR (M.), 16 juillet 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, préc., pts. 61-63. En se basant sur les écrits du Pr. SZYSZCZAK, il souligne que l'institution du SIEG par la puissance publique est souvent motivée par la défaillance du marché, voy. SZYSZCZAK (E.), *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford et Portland, 2007, p. 248.

[1391] KOVAR (R.), Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°2, 14 juin 1996, pp. 215 et s. Il s'agit de la première partie de l'article, la second est publiée dans le numéro suivant, KOVAR (R.), Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°3, pp. 493 et s.

[1392] MODERNE (F.), « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *R.F.D.A.*, n°3, 11 mai 2001, pp. 563 et s. L'auteur s'est interrogé sur la question de savoir si « l'interventionnisme économique de la puissance publique ne saurait être admis, sinon à titre subsidiaire, c'est à dire en cas de carence ou d'insuffisance notoire des mécanismes naturels du marché ».

[1393] DAVIES (G.), « Subsidiarity : The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », *C.M.L. Rev.*, 2006, pp. 63-64. RASSAFI-GUIBAL (H.), « Arrêts « Commission contre France » et « SNCM c. France » : alourdissement de la charge de la preuve dans la détermination des services d'intérêt économique général », *J.D.E.*, n° 240, 2017/6, pp. 231-232.

de défaillance du marché[1394] ». Pour d'autres, la défaillance de marché apparaît comme une « circonstance de temps et de lieu » parmi d'autres justifications (transposant ainsi en droit de l'Union la formule utilisée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*)[1395] .

445. Les divergences entre ces auteurs résultent essentiellement de la substance du terme de défaillance de marché. Elle renvoie en économie aux imperfections des marchés et principalement au pouvoir de marché, aux asymétries d'informations, aux externalités, et aux biens publics. Elle s'observe en droit à travers la théorie des facilités essentielles (pouvoir de marché et biens publics), le droit de la consommation (asymétrie d'information)[1396]. En ne l'érigeant pas comme critère inconditionnel des SIEG, le juge évite de réduire leur qualification juridique à une approche fondée uniquement sur des règles économiques. La Commission fait également preuve de la même réserve lorsqu'elle indique que « En règle générale, « une mission de service public particulière » implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions[1397] ». Cette même réserve s'illustre récemment dans les conclusions de l'Avocat général BOT dans l'affaire *Commission contre Hongrie* relative à un service public de paiement mobile. Après avoir souligné qu' « il ressort de la jurisprudence que les États membres peuvent confier à un opérateur une mission SIEG en raison des défaillances du marché[1398] », l'avocat général affirme cependant plus loin que « l'intervention de l'État est, en matière de SIEG, normalement motivée par les défaillances du marché[1399] ».

446. La notion de défaillance de marché est mise en avant dans le cadre des SIEG de manière générique pour renvoyer à des objectifs d'intérêt général déterminés par les États.

[1394] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 285, Paris, L.G.D.J., 2015, pp. 190, 193, 252-255, Cette position se retrouve en filigrane tout au long de la thèse de l'auteur qui considère la défaillance de marché comme le critère de justification à l'imposition de l'obligation de service public. ZIANI (S.), « Service public et droit de l'Union européenne », *Droit administratif*, n°10, octobre 2012, comm. 86.

[1395] CASSAGNABÈRE (H.), Chronique annuelle de la Cour de justice de l'Union européenne, *R.J.E.P.*, n°720, juin 2014, chron. 4 ; BERLIN (D.), « Défaillance du marché et service public », *J.C.P. G.*, 2017. 119.

[1396] Voy. *Supra*., Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

[1397] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° C du 11 janvier 2012, pp. 4-14, pt. 47.

[1398] Concl. A.G. BOT (Y.), 14 juin 2018, *Commission contre Hongrie*, aff. C-171/17, EU:C:2018:439, pt. 69.

[1399] *Ibid.*, pt. 76.

Dans l'affaire *Fred Olsen*, le Tribunal juge que « Toutefois, la requérante ne démontre pas que cette concurrence permettait d'assurer des services analogues à ceux fournis par Trasmediterránea, en termes de continuité, de régularité et de fréquence sur toutes les lignes desservies par Trasmediterránea[1400] ». Cette position est reprise dans l'affaire *Iliad* dans lequel le financement d'un réseau à haut débit est conforme au droit de l'Union car « aucun opérateur commercial n'aurait à ce jour déployé dans les Hauts-de-Seine un réseau de desserte à très haut débit couvrant l'ensemble des usagers résidentiels et professionnels du département[1401] ». L'intervention de l'État n'est ici envisagée que de manière subsidiaire au marché[1402]. Cependant, réduire l'intervention de la personne publique à un rôle subsidiaire au marché présente une part d'artifice. Il suffira toujours à la personne publique de déterminer des obligations que l'on ne retrouve pas ou différemment par les entreprises privées pour que son intervention soit légitime. L'affaire *Fred Olsen* est une illustration lorsque le juge évoque « l'absence de services concurrents, analogues en termes de continuité, de régularité et de fréquence ». L'obligation de service public sert alors à automatiser le constat de la défaillance de marché. Moins qu'une limitation de l'intervention de la personne publique, elle sert à lui réserver son pouvoir d'appréciation.

447. Il existe des cas dans lesquels la défaillance de marché est opposée à l'objectif d'intérêt général poursuivi par l'État. Dans l'affaire *Jørgen Andersen* « si la preuve d'une défaillance du marché peut constituer un élément pertinent pour déclarer la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur […], une telle preuve n'est pas une condition indispensable, car, en tout état de cause, il est possible pour un État de justifier une aide par la poursuite d'un objectif légitime d'intérêt général[1403] », Le Pr. ECKERT en a conclu que « ni le service public, ni le service d'intérêt économique général, ne se limitent à un rôle strictement subsidiaire au marché[1404] ». En tout état de cause, les relations entre défaillance de marché et objectif d'intérêt général appellent à des clarifications.

448. Cette préservation du pouvoir d'appréciation des États membres ne vaut pas dans tous les secteurs. Dans le règlement 1008/2008, le législateur considère que des obligations

---

[1400] TPICE, *Fred Olsen*, préc., pt. 219.
[1401] Trib., *Iliad*, préc., pt. 165.
[1402] KOVAR (R.), Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », art. cit.
[1403] Trib., *Jørgen Andersen*, préc., pt. 69.
[1404] ECKERT (G.), « Notion de service d'intérêt économique général », *Contrats et Marchés publics*, n°3, mars 2017, comm. 76.

de service public peuvent être imposées sur des liaisons aériennes « d'autres modes de transport ne peuvent assurer un service continu avec au moins deux fréquences quotidiennes[1405] ». De même dans ses lignes directrices interprétatives relatives à l'imposition d'obligations de service public dans les transports aériens, la Commission a indiqué qu'elle n'estime pas justifiée l'imposition d'obligations de service public pour des liaisons qui transportent au moins 100 000 passagers à l'année[1406]. Or, qu'en est-il si l'État souhaite élargir l'accès de ces liaisons à la population en proposant des tarifs moindres ou davantage de fréquence ? Il y aurait ici des motifs lui permettant de se distinguer du secteur privé. Pourtant, une telle intervention serait semble-t-il invalidée par la Commission car elle ne porte pas sur des liaisons considérées comme de faible trafic.

B. La contribution du droit à l'Union au renouvellement de la liberté du commerce et de l'industrie

449. La liberté du commerce et de l'industrie découle du décret d'Allarde[1407], et en particulier de son article 7 (toujours en vigueur) aux termes duquel « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Le juge constitutionnel l'adosse à l'article 4 la DDHC, sous l'angle de la liberté d'entreprendre[1408]. Cette liberté n'a pas été construite à l'origine spécifiquement pour les services publics mais plus généralement pour encadrer l'intervention institutionnelle sur le marché et interdire les corporations. Une interprétation originaliste du décret d'Allarde montre ainsi une distinction entre d'une part, l'exercice de l'activité économique par les

---

[1405] Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 § 2.

[1406] Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) nº 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil — Obligations de service public (OSP), préc., pt. 20 sous b).

[1407] Loi des 2-17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

[1408] Cons. const., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisations*, n° 81- 132 DC. Ce rattachement a fait l'objet de multiples débats, voy. GUIBAL (M.), *Commerce et industrie*, répert. de droit commercial, février 2003, pts. 22 et s. On se contentera pour notre part de relever la proximité en substance de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie dans la décision Cons. Const., 30 novembre 2012, *Storms*, n° 2012-285 QPC : le Conseil note que « la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité ». On relèvera cependant avec H. RASSAFI-GUIBAL que la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie jouent pourtant, en termes de compétence, à des niveaux différents. Si l'on conçoit la liberté du commerce et de l'industrie comme une composante de la liberté d'entreprendre, elle ne peut s'exercer par l'administration que dans le cadre d'un pouvoir règlementaire d'application dans la mesure où elle entre dans le champ de compétence du législateur (article 34 de la constitution). Or, le Conseil d'État reconnaît un pouvoir règlementaire autonome à l'administration pour apporter des limitations à la liberté du commerce et de l'industrie, voy. CE, 23 mai 2012, *R.A.T.P.*, req. n° 348909. Le rattachement des deux libertés apparaît donc discutable.

personnes privées, et d'autre part, un rôle de la puissance publique cantonné à la mise en œuvre de règlements de police[1409]. Le champ de l'intervention institutionnelle est large, il pourra consister en une limitation du nombre de marchés hebdomadaires[1410], l'interdiction de circulation pour les poids lourds[1411], la mise en place d'une règle d'unicité des prix du tabac sur l'ensemble du territoire[1412].

450. Dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* relatif à un recours en excès de pouvoir contre des délibérations du Conseil municipal de Nevers sur la mise en place d'un service public de ravitaillement[1413], le Conseil d'État y a dégagé le principe suivant lequel « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ». Le juge recourt ainsi une interprétation exégétique de la liberté du commerce et de l'industrie pour dénier, par principe, toute exercice d'une activité économique par l'État. La mise en œuvre d'un service public doit ainsi obéir à l'existence d'un intérêt public qui sera apprécié *in concreto*, ce que l'arrêt *Ville de Nanterre* a permis d'illustrer. En l'occurrence, dans une commune composée majoritairement de salariés aux revenus modestes et de praticiens proposant des soins dentaires à des tarifs supérieurs à ceux remboursés par la sécurité social, le juge a affirmé que l'intérêt public local peut résulter dans la mise en place par la commune d'un cabinet dentaire[1414]. L'intérêt public semble alors renvoyer à l'hypothèse dans laquelle les personnes privées ne proposent pas de services adaptés aux besoins locaux. Ces arrêts ne comportent toutefois pas de formulations

---

[1409] Loi des 2-17 mars 1791, préc., art. 7.

[1410] CE, 5 mai 1995, *Syndicat des commerçants non sédentaires de l'Orne*, req. n° 136296.

[1411] CE, 17 mai 2006, *Commune de Wissous*, req. n°293110.

[1412] CE, 7 février 2018, *Société British American Tabacco France*, req. n°405705.

[1413] CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, req. n°06781. L'arrêt CE, 4 mars 1910, *Thérond*, req. n°29373, portant sur la mise en place par la commune de Montpellier d'un monopole sur la capture et la mise en fourrière de chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes aurait pu être précurseur sur le sujet. Malgré l'identification du service public dont l'exécution est concédée à une personne privée, le Conseil d'État a jugé que la mise en place d'un monopole au profit de Mr. Thérond est contraire à la liberté du commerce et de l'industrie et exclut la possibilité d'une gestion privée des contrats de l'administration. Seule l'hypothèse dans laquelle la Commune eut procédé elle-même à la mission aurait ainsi pu permettre de mettre en avant les liens entre la justification d'un service public et la liberté du commerce et de l'industrie.

[1414] CE, sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, req. n° 57435.

formelles, dès lors que l'appréciation relative au défaut qualitatif des services privés ne fait pas l'objet d'un considérant de principe.

451. Le Conseil d'État a dans son rapport de 2002 affirmé que « La jurisprudence reconnaît toutefois que l'intervention publique est justifiée dès lors que la satisfaction du besoin public serait seulement mal ou insuffisamment réalisée par l'initiative privée[1415] ». L'intervention de la personne publique doit donc répondre à un intérêt public et à une carence de l'initiave privée. Dans l'arrêt *Territoire de la Polynésie française* relatif à un recours en excès de pouvoirs portant sur plusieurs délibérations destinées à mettre en place des liaisons aériennes internationales à partir de la Polynésie française, le Conseil d'État a considéré « qu'en jugeant que l'intérêt public ne pouvait s'apprécier au regard des besoins futurs du développement touristique et que seule l'insuffisance de l'initiative privée était susceptible de justifier les délibérations litigieuses, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit[1416] ». C'est à partir de l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* que le Conseil d'État dégage le principe selon lequel « qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ». L'intérêt public peut dès lors découler (synonyme de « résulter ») de la carence de l'initiative privée. Cette relation n'est pourtant pas inconditionnelle dans la mesure où le juge prend soin de souligner à travers l'adverbe « notamment » que la carence n'en constitue qu'un exemple. Une partie de la doctrine en a conclut que le juge administratif a par cette formule élargi les justifications de l'intervention de la personne publique[1417]Plusieurs considérations relatives à la notion de carence de l'initiative privée amènent au contraire à une autre conclusion, notamment à l'aune du droit de l'Union.

452. Dès lors que le juge administratif affirme que l'intérêt public peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée, laquelle pourrait être quantitative et/ou qualitative de l'offre privée, l'on en vient à se demander s'il n'a pas pris le risque de mettre sur le même plan des considérations qui ne devraient pas l'être. Une telle logique amène en effet à systématiser l'intervention de la personne publique à un raisonnement juridique en deux

---

[1415] CE, *Collectivitiés publiques et concurrence*, EDCE, n°53, 2002, pp. 253-256.
[1416] CE, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, req. n° 254199.
[1417] Pour une mise en avant des positions, LOMBARD (M.), « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte », *R.J.E.P.*, n°683, février 2011, repère 2.

temps : *un acte de connaissance* destiné à établir un état du marché, et *un acte d'intervention* destiné à combler cette carence. Un tel raisonnement apparait cependant lacunaire. On imagine en effet difficilement que le juge administratif admette par exemple qu'une personne publique puisse mettre en place une officine de produits de luxe dans une commune constituée dans sa grande majorité d'habitants aisés au motif qu'il n'y a pas d'offres privées. La carence de l'initiative privée ne caractérise dès lors pas un intérêt public de nature à justifier seul l'intervention de la personne publique. Au contraire, la carence de l'initiative privée n'est pas une fin en soi, mais un paramètre de l'intervention de la personne publique qui s'apprécie à l'aune d'un objectif déterminé. Il faut dès lors établir d'abord les objectifs d'intérêt général recherchés par la personne publique, et consécutivement rechercher s'il y a carence de l'initiative privée. Ainsi, dans les arrêts *Ville de Nanterre* et *Département de la Corèze*, les objectifs poursuivis par la personne publique sont respectivement l'accès à des soins dentaires pour une population aux revenus modestes et l'accès à une assistance universelle aux personnes âgées et dépendantes[1418]. Et ce n'est qu'après avoir constaté que les offres privées sont insuffisantes que les personnes publiques ont décidé d'ériger un service public. Un tel raisonnement est duplicable à l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. En se fondant sur la possibilité d'ériger un service public encadrant la production et la répartition de certains biens industriels durant la deuxième guerre mondiale en raison de pénuries[1419], il est difficile d'admettre qu'il ne pourrait pas être mis en place un service public destiné à assurer à la population l'accès à des denrées alimentaires de première nécessité également en cas de pénurie. Dans une telle situation, l'accès aux denrées alimentaires est l'objectif d'intérêt général. Or dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, moins que la carence de l'initiative privée, le juge a annulé les délibérations car la personne publique n'a pas mis en avant les circonstances de temps et de lieu qui justifient son intervention.

453. On retient de cette approche que la carence d'offres privées pour réaliser les objectifs d'intérêt général préalablement identifiés légitime l'intervention de la personne publique. L'absence d'intervention d'une personne publique ne signifie pas qu'elle n'est pas attentive

---

[1418] Que l'on retrouve également en substance dans le jugement *Fédération départementale des associations ADMR du Lot* relatif à la volonté de prévenir l'isolement des personnes handicapées et âgée, T.A. Toulouse, 8 avril 2014, *Fédération départementale des associations ADMR du Lot*, req. n° 1003612, 1003613, 1004573. Concl. R.P. JOBART (J.-Ch.).

[1419] C.E., ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, req. n°71398.

à la réalisation de plusieurs objectifs. Simplement, si le marché réalise les objectifs recherchés, son rôle se cantonne alors à le surveiller, et, au besoin, à intervenir. Toute activité d'intérêt général ne constitue ainsi pas un service public[1420], et l'État décide librement si à un tel moment la satisfaction de cet intérêt doit donner lieu à la création d'un service public[1421]. La carence est alors une condition de la légalité de son intervention, mais pas un objectif d'intérêt public. Cela s'illustre tant à travers deux jugements des tribunaux administratifs dans lesquels le juge administratif rejette le moyen touchant à l'absence de carence de l'initiative privée lorsqu'il est invoqué seul[1422], qu'à au regard de la récente loi NOTRe du 7 août 2015 permettant aux établissements publics de coopération intercommunale de combler une carence de l'initiative privée en intervenant sur le marché en vue de proposer les services manquants[1423].

454. En conséquence, la carence de l'initiative n'apparaît pas comme un critère originel qui serait dépassé depuis l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Elle constitue depuis toujours une condition de la légalité de l'intervention de la personne publique sur le marché à condition qu'elle montre la spécificité de son intervention par rapport au secteur privé. Cette lecture est confortée par la proximité des solutions rendues entre l'arrêt *Ville de Nanterre* (rendue avant l'arrêt ordre des avocats au barreau de Paris) et *Département de la Corrèze* (rendu après l'arrêt ordre des avocats au barreau de Paris) dans lesquels les personnes publiques souhaitent donner un accès plus large à des services déjà fournis par des entreprises privées[1424]. Aussi, si selon certains la carence de l'initiative privée est une condition purement potestative car la personne publique pourra toujours déterminer des

---

[1420] TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, L.G.D.J., 1977, p. 71.

[1421] DE LABAUDÈRE (A.), VENEZIA (J.-Cl.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Tome 1, 9ème ed., 1984, pp. 646-647.

[1422] T.A. Toulouse, 8 avril 2014, *Fédération départementale des associations ADMR du Lot*, préc. ; KOVAR (J.-Ph.), « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », Droit administratif, n°12, décembre 2007, pp. 7-13, qui relate un jugement du Tribunal administratif de Nancy de 1999 : « que la circonstance qu'en l'absence d'intervention de la communauté urbaine, aucune concurrence n'existerait sur la boucle locale de télécommunications, ne saurait justifier l'opération projetée dès lors qu'il n'existe pas de carence de l'initiative privée mais seulement un secteur privé insuffisamment concurrentiel sur ce segment du marché des télécommunications ». On voit bien ici que c'est encore l'absence de détermination d'un objectif d'intérêt public qui justifie l'annulation.

[1423] Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la république, *J.O.R.F.* n°182 du 8 août 2015, pp. 13705 et s., art. 100 modifiant l'article 27-2 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (codifiée à droit constant dans le code des relations entre le public et l'administration).

[1424] CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, req. n°306911. Not. IDOUX (P.), « Création d'un service départemental de téléassistance au profit des personnes âgées ou handicapées, liberté du commerce et de l'industrie et règles de concurrence », *J.C.P. A.*, n°25, 21 juin 2010, 2203.

conditions différentes de celles proposées par l'initiative privée, il n'en demeure pas moins que la personne publique intervient majoritairement sur des pans du marché qui n'intéressent pas le secteur privé[1425]. Pour reprendre l'affaire *Département de la Corrèze*, il est ainsi difficile par exemple que l'accès à des services de téléassistance à toute personne indépendamment de leurs ressources soit pris en charge automatiquement par le secteur privé, ce qui montre que globalement les intérêts entre personnes privée et personnes publiques divergent, mais se complètent.

455. La relation dialectique entre carence de l'initiative privée et mise en place de services publics présente des analogies avec le rapport qui relie la défaillance de marché et le SIEG. On observe ainsi qu'il existe une multitude de justification de l'intérêt public qui prendrait matériellement la forme d'obligations de service public facilitant l'accès à un service (soins dentaires, téléassistance). On observe également qu'il y a les mêmes difficultés à identifier le statut de la carence de l'initiative privée en droit français que celui de la défaillance de marché en droit de l'Union. A suivre la jurisprudence administrative, la qualification juridique de l'intérêt public est liée à une carence de l'initiative privée mais ladite carence n'est pas seule condition de légitimation de l'intervention de la personne publique sur le marché. L'affaire relative à la mise en place de l'ancien service autolib est ici significative. La CAA de Paris a certes validé l'objectif de protection de l'environnement recherché par l'intervention de la Commune de Paris[1426], mais il est difficile d'imaginer que tel aurait été le cas si des entreprises privées proposaient déjà un service dans des conditions analogues. Aussi, à l'instar de la défaillance de marché en droit de l'Union, il serait intéressant que le juge clarifie la place de la carence de l'initiative privée en insistant sur la plus-value apportée par les obligations de service public.

[1425] IDOUX (P.), « Création d'un service départemental de téléassistance au profit des personnes âgées ou handicapées, liberté du commerce et de l'industrie et règles de concurrence », art. cit.

[1426] CAA Paris, 3 juillet 2012, *Chambre syndicale des loueurs de voitures automobiles*, req. n°11PA02158.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

456. Le droit positif tend à soumettre la justification du SIEG à deux conditions que les États doivent observer. Garant de l'intérêt général, c'est à l'État de déterminer les objectifs qu'il entend poursuivre sur son territoire. Ils sont nombreux et peuvent concerner la protection du consommateur, la protection de l'environnement, la cohésion sociale, la sécurité d'approvisionnement. La justification de l'intervention étatique repose sur des motifs analogues à ceux que l'on retrouve pour la justification des entraves au marché intérieur. L'intervention de l'État en droit de l'Union répond alors à ses mécanismes propres. Il n'en résulte pas une approche structurante à l'instar de celle dégagée par Léon DUGUIT portant sur l'interdépendance sociale.

457. Si ces objectifs ne sont pas réalisés de manière satisfaisante sur le marché, l'intervention de l'État devient légitime de façon à garantir l'accès à certains services par le procédé du SIEG. Bien que cette systématisation propose une lecture cohérente de l'intervention de la personne publique sur le marché, elle présente pourtant une limite. Outre qu'elle peine à s'identifier de manière transversale, la défaillance de marché cantonne peu dans la pratique l'intervention de l'État. À travers l'obligation de service public en effet, l'État dispose d'un instrument lui permettant toujours de distinguer le SIEG des services proposés librement par les forces de marché. En souhaitant préserver l'intervention des États sur le marché, l'Union écarte une approche systématique de la justification du SIEG, ce qui vaut également pour son fonctionnement.

Chapitre 2

Les principes du fonctionnement des SIEG

458. Envisagées de manière embryonnaire dans les travaux de Léon DUGUIT[1427], les « lois du service public[1428] » proviennent d'un long travail de systématisation des règles applicables aux services publics réalisé par Louis ROLLAND[1429]. Repris abondamment par la doctrine[1430], et consacrés en partie en tant que principes à valeur constitutionnelle[1431], ils continuent d'être présentés comme le noyau dur des services publics. Ils ne constituent plus pourtant « ce bloc homogène et compact[1432] ». La constitutionnalisation des droits fondamentaux est à l'origine de conflits de normes par lesquels le principe de continuité doit se concilier avec la protection des droits du personnel, en particulier le droit de grève. Le principe d'égalité s'est façonné par la pénétration des impératifs financiers au sein des

---

[1427] DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, rééd. Paris, La mémoire du droit, 1999, p. 41, lorsqu'il écrit que les services publics imposent aux gouvernants l' « obligation d'assurer sans interruption l'accomplissement d'une certaine activité ».

[1428] Il ne s'agit pas formellement des lois. Cette terminologie n'est utilisée par Louis ROLLAND que pour faire référence à la continuité.

[1429] ROLLAND (L.) *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2ème ed., 1928, pp. 508 et s.

[1430] FOULQUIER (N.), ROLIN (F.), « Constitution et service public », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°37, octobre 2012.

[1431] Pour la continuité, Cons. const., 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, DC n°79-105. Not. GAÏA (P ;), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVIA (E.), ROUX (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Coll. Grands arrêts, Paris, Dalloz, 2018, 18 ème ed. ; Pour l'égalité, Cons. constit., 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC,

[1432] TRUCHET (D.), « Unité et diversité des « grands principes du service public », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 38 et s.

missions de service public, tandis que le principe de mutabilité est abondamment utilisé pour réduire le champ du service public, comme si l'État ne prenait conscience que trop tardivement de la charge insoutenable qu'il s'est imposé par le sceau du service public. C'est enfin l'exclusivité des trois principes qui est discutée[1433].

459. Le droit de l'Union européenne n'est pas étranger à cette transformation des principes du service public[1434]. Inversement cependant, le droit de l'Union témoigne également de l'influence des principes français du service public. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Fédérutility*, L'Avocat général RUIZ JARABO COLOMER affirme ainsi que « pour trouver un élément commun [aux SIEG], il faudrait s'appuyer sur les célèbres lois de Rolland, que les arrêts Corbeau et Almelo évoquent indirectement en exposant les conditions dans lesquelles les services d'intérêt économique général sont fournis: de façon ininterrompue (continuité); au bénéfice de tous les utilisateurs et sur tout le territoire pertinent (universalité); à des tarifs uniformes pour une qualité similaire, sans tenir compte des situations particulières ni du degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle (égalité)[1435] », auxquels « l'on a coutume d'ajouter aujourd'hui la transparence et le caractère économiquement accessible du service[1436] ». Reprise récemment par les avocats généraux SZPUNAR et MENGOZZI[1437], il en résulte un besoin de systématisation des principes applicables aux SIEG que ni le juge, ni les colégislateurs que sont le Conseil et le Parlement n'ont jusqu'à présent entrepris de manière transversale.

460. Renvoyant tant à des règles contraignantes qu'à un corpus moins rigoureux composé de lignes directrices, la portée du terme de principe divise[1438]. L'usage du « terme » principe

---

[1433] Certains auteurs intègrent dans les principes du service public, la laïcité et la neutralité, et la qualité, voy. CHEVALIER (J.), *Le service public*, Coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2015 ; FOULQUIER (N.), ROLIN (F.), « Constitution et service public », art. cit. ; CLUZET-MÉTAYER (L.), Le services public et l'exigence de qualité, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006.

[1434] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibl. de droit public, Tome 285, Paris, L.G.D.J., Tome 285, 2015 ; GUGLIELMI (G.-J.), « Exit les lois de Rolland, la nouvelle ère de principes de fonctionnement garantis », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Paris, IRJS Editions, 2018 p. 822 et s.

[1435] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), 20 octobre 2009, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377, pt. 54.

[1436] *Ibid.*, pt. 55.

[1437] Concl. A.G. SZPUNAR (M.), 16 juillet 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843, pt. 62 ; Concl. A.G. MENGOZZI (P.), 12 avril 2016, *ANODE contre Premier ministre*, aff. C-121/15, EU:C:2016:248, pt. 52.

[1438] ALEXY (R.), *A Theory of Constitutionnal Rights*, Oxford, OUP oxford, 2010 ; GUASTINI (R.), « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 113-123.

n'est ici envisagé qu'à travers sa capacité à générer des obligations à la charge des États[1439]. Cette acception n'est pas sans incidence, puisque ces principes deviennent alors des éléments de définitions du service public[1440]. Tant les principes français du service public que ceux propres à l'Union européenne ne permettent pourtant pas de proposer une systématisation unifiée des SIEG en droit de l'Union. Les obligations de service public sont le reflet de cette dialectique. Certes, elles font ressortir la présence de principes transversaux, mais non spécifiques aux SIEG **(Section 1)**. Cependant, en cherchant à préserver la marge d'appréciation des États, elles s'opposent à l'identification de principes spécifiques à l'ensemble des SIEG **(Section 2)**.

Section 1. **LA SYSTÉMATISATION DES PRINCIPES NON SPÉCIFIQUES AUX SIEG**

461. Les règles applicables aux SIEG dépendent du domaine de compétence dans lequel ils sont rattachés. À cet égard, on peut isoler les règles structurantes au droit de l'Union dépassant la seule répartition des compétences en droit de l'Union **(§1)**, et les règles issues de l'exercice des compétences **(§2)**.

§1. L'APPLICATION DE PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION

462. Principe cardinal du droit de l'Union européenne, le principe de non-discrimination, et son corollaire, le principe de transparence, ont eu pour conséquence dans l'exécution des SIEG[1441] d'élargir le champ des bénéficiaires **(A)** et de clarifier les relations entre les États et les entreprises publiques **(B)**.

[1439] Une telle acception du terme de principe présente une limite. Elle ne prend pas en compte que des instruments de *soft law* peuvent avoir des conséquences sur le fonctionnement d'un service, et notamment d'un service d'intérêt général. Voy. à cet égard, MELLERAY (F.), « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *R.F.D.A.*, n°4, 17 septembre 2016, pp. 679 et s., à propos de l'annulation par le Conseil d'État d'acte de droit souple pris par des autorités de régulation. Cependant, il s'agit ici de déterminer si des principes du fonctionnement des SIEG sont déterminés par l'Union et s'impose aux États. Si la *soft law* peut avoir des effets juridiques, elle ne génère pas pourtant des principes sanctionnés à la charge des États.

[1440] GUGLIELMI (G.-J.), « Exit les lois de Rolland, la nouvelle ère de principes de fonctionnement garantis », art. cit., p. 822.

[1441] Il ne s'agit pas ici d'envisager le principe de non-discrimination au stade de la passation des contrats, voy. *Infra*., Partie 3, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

A. L'élargissement de l'accès au SIEG par le principe de non-discrimination

463. L'importance du principe de non-discrimination s'illustre à la lecture d'anciennes affaires soumises à la Cour de justice. En 1966 dans l'affaire *Allemagne contre Commission* relative à un recours en annulation contre plusieurs directives prises par la Commission portant sur la mise en place d'un calendrier de suppression de taxes appliquées aux moutons et aux produits agricoles, la Cour énonçait « le principe de non-discrimination est tellement élémentaire et représente une base tellement fondamentale pour tous les actes de la puissance publique dans les États membres, qu'en tant que principe juridique général il est intégré au droit communautaire et s'impose aux institutions de la Communauté[1442] ». Dans la continuité, tirant les conséquences des arrêts *Van Gend and Loos* et *Costa contre Enel* dans le cadre du principe de non-discrimination, la Cour de justice a jugé en 1968 dans l'affaire *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH v Hauptzollamt Paderborn* relative à une taxe d'importation appliquée à une société produisant du lait en poudre en Allemagne, que « cette interdiction [des discriminations] est donc complète, juridiquement parfaite et, en conséquence, susceptible de produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables[1443] ».

464. Les conséquences usuellement inférées par le juge du principe de non-discrimination permettent de matérialiser les exigences des facilités essentielles. La consécration d'un droit d'accès au réseau d'électricité pour les producteurs d'électricité ou de gaz et au réseau ferroviaire pour les entreprises ferroviaires[1444] implique que son refus ne pourra se fonder sur des motifs discriminatoires. L'affaire *Enel Produzione SpA* en a fourni une illustration. À propos du droit pour les gestionnaires de réseau de faire appel à des installations de production d'électricité afin de satisfaire la demande en électricité, la Cour de justice a jugé que ne porte pas atteinte au principe de non-discrimination la sélection des opérateurs économiques contrôlant de telles installations sur la base de critères tels que celui du « mérite économique » (de l'offre la plus basse à la plus élevée), car l'ouverture à la concurrence du

---

[1442] CJCE, 16 juin 1966, *Allemagne contre Commission*, aff. 52 et 55/65, *Rec.* p. 229.

[1443] CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH contre Hauptzollamt Paderborn*, aff. 27/68, *Rec.* p. 211.

[1444] En France, la loi du 27 juin 2018 portant pacte ferroviaire consacre le principe d'un droit d'accès général au réseau. Elle modifie en ce sens l'article L. 2122-9 du Code des transports, qui prévoit que « les entreprises ferroviaires ont, dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires, un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire ». En ce qu'elle vise nécessairement toutes les entreprises ferroviaires, cette formulation abroge le régime antérieur de l'accès limitatif au réseau et consacre un droit général d'accès.

marché de l'électricité a justement pour objet de proposer les prix les plus compétitifs pour le consommateur[1445]. La récente affaire *CTL Logistics GmbH* apporte dans le domaine des transports une autre illustration. La Cour de justice a jugé que la possibilité pour les juridictions nationales de contrôler au cas par cas le caractère équitable de la redevance pour l'utilisation des infrastructures, et au besoin, d'en modifier le montant, est contraire au principe de non-discrimination de la tarification ferroviaire[1446].

465. Les SIEG contribuent également à enrichir le principe de non-discrimination, ainsi qu'il ressort de l'affaire *CHEZ Razpredelinie* dans laquelle la Cour de justice a reconnu pour la première fois une discrimination indirecte par association[1447]. En l'occurrence, elle a jugé que l'installation de compteurs électriques par l'entreprise de distribution d'électricité à une hauteur inaccessible dans une zone comprenant essentiellement des roms afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement en électricité est contraire au principe de non-discrimination.

466. L'application du principe de non-discrimination a essentiellement pour conséquence d'élargir les bénéficiaires des obligations de service public. Le contentieux de la directive 2004/38/CE portant sur les prestations sociales est à cet égard significatif[1448]. Bien qu'il ne porte pas sur un SIEG et que la directive prend soin d'éviter tout rapprochement formel entre la délivrance de ces prestations et la qualification juridique de services d'intérêt général, elle montre que la libre circulation des personnes élargit l'accès à certaines prestations sociales pour des non-nationaux[1449].

B. Le principe de transparence des relations entre l'État et les entreprises réalisant les obligations de service public

467. Si, comme le relève Madame MARCHAND, « la notion de transparence exerce un pouvoir de fascination tel qu'elle fait souvent obstacle à une analyse de sa signification et

---

[1445] CJUE, 21 décembre 2011, *Enel Produzione SpA*, aff. C-242/10, *Rec.* p. I-13665, pts. 81 à 89.

[1446] CJUE, 9 novembre 2017, *CTL Logistics*, aff. C-489/15, EU:C:2017:834, pt. 103. Voy. sur la redevance pour l'usage de l'infrastructure ferroviaire ; DE LA ROSA (S.), « L'accès au réseau », *R.F.D.A.*, n°5, novembre 2018, à paraître.

[1447] PAULIAT (H.), « Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *J.C.P. A.*, 2016, pp. 2005 et s.

[1448] CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelinie Bulgaria AD*, aff. C-83/14, EU:C:2015:480. Not. PAULIAT (H.), préc.

[1449] CJUE, gde. chb., 15 septembre 2015, *Jobcenter Berlin Neukölin contre Nazifa Alimanovic e.a.*, aff. C-67/14, EU:C:2015:597. Not. PICOD (F.), in PICOD (F.), *Jurisprudence de la CJUE*, Coll. Droit de l'Union européenne – Grands arrêts, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 229-238.

de son contenu[1450] », c'est parce qu'elle structure le fonctionnement d'un État démocratique. Dans le cadre des SIEG, la transparence assure une visibilité des rapports entre l'État et les entreprises. Longtemps restée superflue **(1)**, l'obligation de service public a progressivement contribué à en corriger les imperfections **(2)**. La transparence ne constitue pas un vecteur matériel du SIEG mais s'apparente davantage à une exigence formelle et procédurale permettant d'apprécier la dérogation prévue à l'article 106 § 2 TFUE.

1) Une exigence limitée de la transparence

468. Affirmée par la directive 80/723/CEE, l'exigence de transparence prévoit que les États membres assurent la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques[1451]. Destinée à promouvoir « l'application efficace, aux entreprises publiques, des articles 92 et 93 [actuels 107 et 108 TFUE] du traité concernant les aides étatiques[1452] », elle concerne tout transfert financier entre l'État et ses entreprises publiques, et notamment, mais pas uniquement, les transferts entre les États et les entreprises en charge d'un SIEG[1453].

469. L'absence de transposition de la directive au sein des États membres pendant de nombreuses années[1454] et l'engagement tardif de recours en constatation de manquement par la Commission européenne[1455] expliquent que la portée du texte soit restée marginale. Par

[1450] MARCHAND (J.), « Réflexions sur le principe de transparence », *R.D.P.*, n°3, 1er mai 2014, p. 677.

[1451] Dir. 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E* n° L195 du 29 juillet 1980. Not. BROTHWOOD (M.), « The Commission Directive on Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings », *C.M.L. Rev*., 1981, p. 201 et s.

[1452] CJCE, 6 juillet 1982, *Commission contre France, Italie, Royaume-Uni*, aff. C-188-190/80, *Rec.* p. 2545, pt. 2.

[1453] La directive oblige par exemple à identifier et isoler la compensation des charges imposées par les pouvoirs publics, Dir. 80/723/CEE, préc., art. 3 f) ; DE BEYS (J.), « Aides d'État et financement des services publics – Un bilan après l'adoption du paquet post-Altmark », *J.D.E.*, 2006/1, n°125, pp. 1-10. La directive vise explicitement les aides d'État, mais ne vise pas explicitement les entreprises en charge de spéciaux ou exclusifs. L'objet de la directive ainsi que sa base juridique permettent cependant d'effectuer ce rattachement. En revanche, n'étaient concernées que les entreprises disposant de droits exclusifs et spéciaux disposant d'aide d'État, voy. DONY (M.), « Les règles régissant le financement public des services d'intérêt économique général après la réforme de 2011 », *C.D.E.*, n°1, 2014, pp. 97-159, *spéc*. pp. 102-103.

[1454] Ainsi par exemple la France transposa la directive par le décret 2004-1243 du 23 novembre 2004, soit presque 25 ans après la date prévue par la directive.

[1455] CJUE, 28 juillet 2011, *Commission contre Belgique*, aff. C-133/10, *Rec.* p. I-116. La Commission a surtout engagé des recours en constatation de manquement sur la base des révisions successives de la directive de 1980.

ailleurs, la directive exclut de son champ d'application les secteurs en réseau[1456] qui constituent pourtant les secteurs parmi les plus exposés au financement sur fonds publics. La directive a manqué d'ambition Le Tribunal l'a d'ailleurs souligné à propos d'un contentieux sur le financement de l'entreprise La Poste. Il a jugé que l'absence d'obligation de tenir des comptes séparés entre les activités de service public et les activités concurrentielles n'aide pas à effectuer des contrôles effectifs[1457]. Et, si l'article 24 du Statut de la Cour lui permet de « demander aux parties de produire tous documents et de fournir toutes informations qu'elle estime désirables[1458] », l'absence d'obligation générale de transparence des activités d'intérêt économique général pesant sur les États membres rend difficile l'administration de la preuve.

2) Une exigence affirmée de la transparence

470. C'est à partir de l'affaire *Ahmed Seed* relative à la vente de billets d'avions en Allemagne à des prix inférieurs à ceux homologués dans ce pays que la Cour exige la définition exacte de la nature des nécessités d'intérêt général en cause et la répercussion sur la structure des tarifs pratiqués par les compagnies aériennes[1459]. Elle considère en effet que « […] à défaut d'une transparence effective de la structure des tarifs, il est difficile, voire impossible, d'apprécier l'influence de la mission d'intérêt général sur l'application des règles de concurrence[1460] […] ». Sous un vocable qui dénote une prise de position inhabituelle dans sa jurisprudence, l'arrêt fait de la transparence un préalable à la mise en œuvre d'un contrôle effectif de la dérogation envisagée par l'article 106 § 2 TFUE. Plus encore, cet arrêt montre la nécessité d'étendre la portée de la directive 80/723/CEE puisqu'en l'occurrence, l'affaire porte sur le domaine des transports qui en est exclu. Le lien entre transparence et obligation de service public n'apparaît cependant pas encore. C'est l'arrêt *Altmark* qui effectuera cette liaison en imposant que l'étude de la compensation de service public suppose des obligations de service public clairement définies sur la base de

---

[1456] Dir. 80/723/CEE, préc., art. 4 b) : sont exclus l'eau, l'énergie, les postes, les télécommunications, et les transports. Ces derniers n'auraient dans tous les cas pas pu être encadrés par cette directive, il aurait été nécessaire de passer par les dispositions de la politique transport.

[1457] TPICE, 27 février 1997, *FFSA contre Commission*, aff. T-106/95, *Rec.* p. II-229, pts. 183 à 186.

[1458] Pour une étude, voy. FARTUNOVA (M.), *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 533 et s.

[1459] CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Seed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH*, aff. 66/86, *Rec.* p. 803, pt. 56. On rappellera que cet arrêt précède le règlement aérien opérant un cadrage des obligations de service public dans le secteur aérien.

[1460] *Ibid.*, pt. 57.

paramètres de calcul objectifs et transparents[1461], « sans lesquels un contrôle même marginal par les institutions communautaires ne serait pas possible[1462] ».

471. L'obligation de transparence est également renforcée par de multiples révisions de la directive de 1980 relative à la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques. Les activités en réseau sont concernées depuis la directive 85/413/CEE[1463] et la directive 93/84/CEE a ajouté des dispositions spécifiques aux entreprises œuvrant dans le secteur manufacturier[1464]. La directive 2000/52/CE fait ensuite œuvre de clarification en intégrant explicitement l'obligation de tenir des comptes séparés pour les entreprises disposant de droits exclusifs et spéciaux et d'aides d'État[1465], ce qui vaut pour les entreprises en charge d'un SIEG exerçant également d'autres activités n'y relevant pas[1466]. La courte directive 2005/81/CE (intervenant le cadre du paquet dit *Monti-Kroes*) élargit le champ d'application des directives antérieures en intégrant les entreprises disposant de droits exclusifs et spéciaux ne disposant pas d'aides d'État[1467]. La directive 2006/111/CE constitue la dernière étape portant sur l'encadrement des relations financières entre les États et les entreprises publiques[1468]. Il s'agit cependant davantage d'un texte qui fond dans un document unique la législation existante. Elle ne vise plus spécifiquement les activités en réseau dont les exigences en termes de transparence sont déterminées dans le cadre des directives sectorielles.

[1461] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747, pts. 89 et 90.

[1462] TPICE, *BUPA*, préc., pt. 210.

[1463] Dir. 85/413/CEE de la Commission du 24 juillet 1985 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.* n° L229 du 28 août 1985, pp. 20-21. Désormais, les banques centrales, certains établissements de crédits, certaines entreprises publiques réalisant un faible chiffre d'affaires, et de manière générale les entreprises n'affectant que sensiblement les échanges entre États membres, sont exclus du champ d'application de la directive (art. 1).

[1464] Dir. 93/84/CEE de la Commission du 30 septembre 1993 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, J.*O.C.E.* n° L254 du 12 octobre 1993, pp. 16-18.

[1465] Dir. 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.* n° L193 du 29 juillet 2000, pp. 75-78, *cons.* 6 et 7 et art. 2 § 1 e) et f et art. 4 b) modifiés.

[1466] *Ibid*, art. 2 § 1 e).

[1467] Dir. 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.* n° L312 du 29 novembre 2005, art. 1 d). voy. DONY (M.), « Les règles régissant le financement public des services d'intérêt économique général après la réforme de 2011 », art. cit., pp. 102-103.

[1468] Dir. 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.* n° L 318 du 17 novembre 2006, p. 17.

472. Le non-respect de l'exigence de transparence est sanctionné. En matière de radiodiffusion de service public, la Commission réfute la qualification de service public à l'organisme dont il n'est pas possible de déterminer dans quelle activité il interviendra[1469], de même que le juge rejette cette qualification juridique en l'absence de définition des obligations de service public[1470]. La Cour de justice se montre d'ailleurs sans équivoque dans le récent arrêt *Cellnex Telecom SA contre Commission*. Elle a en effet jugé que les circonstances selon lesquelles il existe une défaillance de marché et que le service en cause est un SIEG « ne sont pas pertinentes pour déterminer si les entreprises concernées ont effectivement été chargées de l'exécution d'obligations de service public[1471] », solution qu'elle a rappelée récemment[1472]. La qualification du SIEG est alors conditionnée au respect de l'exigence de transparence par les obligations de service public. À défaut, elle n'est pas retenue et aucune dérogation fondée sur l'article 106 § 2 TFUE ne pourra être sollicitée. La transparence s'impose comme la contrepartie au pouvoir discrétionnaire dont disposent les États membres pour définir les SIEG. Elle matérialise l'étendue du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la Commission et du juge.

§2. L'INFLUENCE DES EXIGENCES ESSENTIELLES SUR LE FONCTIONNEMENT DES SIEG

473. La valorisation des SIEG au sein du marché intérieur a amené les institutions européennes à leur appliquer les méthodes d'harmonisation des règles du marché intérieur dégagées par la Commission à partir de son livre blanc de 1985. À cet égard, la « nouvelle approche » de réalisation du marché intérieur **(A)** s'est traduite par la détermination d'exigences essentielles minimales applicables aux SIEG **(B)**.

[1469] Déc. 2012/365/UE de la Commission du 20 décembre 2011 concernant l'aide d'État C 85/01 relative aux mesures ad hoc exécutées par le Portugal en faveur de la RTP, *J.O.U.E.* n° L 183 du 13 juillet 2012, pp. 1-30, pt. 167 ; TPICE, 22 octobre 2008, *TV2 contre Commission*, aff. T-309, 317, 336/04, *Rec.* p. II-2935, pt. 117. Voir sur ce point, CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK LTD contre Commission*, aff. C-660/15 P, EU:C:2017:178. Not. CARTIER-BRESSON (A.), *Journal européen et international de droit Média-Art-Culture*, n°3, 19 juin 2018, p. 223 et s.

[1470] Trib., 26 novembre 2015, *Espagne contre Commission*, aff. T-461/13, pt. 69. Inversement, le juge valide la qualificiation de service public lorsque les obligations de service public sont définies, Trib., 24 septembre 2015, *TV2 contre Commission*, préc. ; Trib., 11 julillet 2014, *DTS contre Commission*, aff. T-533/10, pt. 11 et 30.

[1471] CJUE, 26 avril 2018, *Cellnex Telecom SA contre Commission*, aff. C-91 et 92/17 P, EU:C:2018:284, pt. 48.

[1472] CJUE, 20 septembre 2018, *Espagne contre Commission*, aff. C-114/17 P, EU:C:2018:753, pts. 84 et s.

A. Une « nouvelle approche » de la réalisation du marché intérieur

474. La terme d'exigences essentielles est ancien. Identifié en 1964 dans une proposition de directive du Conseil portant sur l'utilisation de pistolet de scellement et en particulier à propos des exigences de sécurité que le produit doit respecter[1473] et dans des conclusions d'avocat généraux à propos des exigences relatives au procès équitable dès 1973[1474], les occurrences sont cependant ponctuelles. Elle prend son essor à partir du livre blanc de la Commission relatif à la réalisation du marché intérieur prévue pour le 1er janvier 1993[1475]. Face à l'échec de la réalisation du marché intérieur imputable aux exigences institutionnelles de l'ancien article 115 TFUE (par le Conseil et nécessitant l'unanimité) et à la méthode d'harmonisation (harmonisation totale), la Commission a proposé sur le plan matériel une « nouvelle approche[1476] » du processus d'harmonisation.

475. À cette fin, la Commission propose deux procédés. Elle entend tirer les conséquences de l'arrêt *Cassis de Dijon*[1477] en généralisant l'application des principes d'équivalence et de reconnaissance mutuelle. Ainsi que l'explique les Pr. DUBOUIS et BLUMANN « Dès lors que l'Union constitue un espace économique, social et juridique homogène, les règles de fabrication et de commercialisation des produits s'avèrent en définitive assez proches d'un pays à l'autre. Les États membres sont soucieux des mêmes impératifs […], les législations économiques qu'ils adoptent sont forcément voisines les unes des autres, donc équivalentes parce qu'équivalentes, la reconnaissance mutuelle des règles et des contrôles s'impose

---

[1473] Proposition de directive du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives relatives à la construction et à l'utilisation des pistolets de scellement, 28 juillet 1964, COM(64) 304 final, art. 6, 8, et annexe IV.

[1474] Concl. A.G. TRABUCCHI (A.), 5 avril 1973, *Robert de Greef contre Commission*, aff. 46-72, *Rec.* p. 543 ; Concl. A.G. REISCHL (G.), 17 avril 1982, *Pendy Plastic Products BV contre Pluspunkt Handelgesellschaft mbH*, aff. 228/81, *Rec.* p. 2723.

[1475] Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, 14 juin 1985, COM (85) 310 final.

[1476] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à l'harmonisation technique et normalisation : une nouvelle approche, 31 janvier 1985, COM(85) 19 final ; Résolution du Conseil concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, *J.O.C.E.* n° C 136 du 4 juin 1985, pp. 1-9 ; LAFFINEUR (J.-L.), GRUNCHARD (M.), LEROY (C.), « Les possibilités de recours contre une norme technique dans l'Union européenne », *R.E.D.C.*, n° 4, 2009, pp. 813-846. Pour une vue générale sur les liens entre la normalisation et l'évolution des bases juridiques associées, voy. BOUCQUEY-NORGAARD (N.), « La normalisation européenne au service de la consommation durable », *R.E.D.C.*, n°4, 2002, pp. 251 et s.

[1477] CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649.

naturellement[1478] ». Cette perspective suppose cependant que les États aient des indicateurs de développement similaires, ce qui est moins le cas dans une Europe élargie.

476. Moins qu'une harmonisation totale, la Commission propose également de privilégier des mécanismes souples dans la détermination des normes communes aux États par le recours à des exigences essentielles : « la norme commune doit se limiter à quelques principes essentiels, qui sont ceux de la protection de la santé, de la sécurité, de la protection de l'environnement et de celle des consommateurs[1479] ». L'harmonisation porte dès lors sur les dérogations expresses et les raisons impératives/impérieuses d'intérêt général justifiant des entraves aux libertés de circulation[1480]. Selon la Commission, « les exigences essentielles contenues dans les directives-cadres (et obligatoires) sont complétées par des spécifications techniques (non-obligatoires), sous la forme de normes européennes harmonisées[1481] », utilisées par la suite dans pléthore de secteurs[1482], et l'État membre peut éventuellement lorsque le dérivé en offre la possibilité ou si l'harmonisation est limitée, compléter ces exigences[1483]. L'objectif est de faciliter l'usage des libertés de circulation et d' « éviter l'apparition d'entraves à la libre circulation des biens et services sur le marché européen du fait de règlementations techniques et de normes nationales divergentes[1484] ». Ceci étant, cette « nouvelle approche » n'est pas la seule méthode qui existe aujourd'hui pour harmoniser les

---

[1478] DUBOUIS (L.), BLUMANN (Cl.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Coll. Domat –Droit public, Paris, Montchrestien, 2012, 6ème ed., p. 355.

[1479] *Ibid.*, pp. 356-357.

[1480] HATZOPOULOS (V.), « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses. Une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *R.T.D. eur.*, n°2, juin 1998, pp. 191 et s. ; PICOD (F.), Loyauté du commerce et libre circulation des marchandises », *R.A.E.*, n°2, novembre 2011, pp. 253 et s. ; PICOD (F.), *Règlementations nationales et libre circulation intracommunautaires des marchandises*, Strasbourg, Université Strasbourg III, thèse dactyl., 1994 ;

[1481] VAN WAEYENBERGE (A.), « Les glissements du paradigme communautaire : Un marché libre ou efficace ? » in SNYDER (F.), SONNTAG (A.), SHEN (W.) (dir.), *La main visible – Perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 367-393, *spéc*. p. 375. Les normes sont édictées par les organismes européens de normalisation, ne sont pas obligatoires, mais bénéficient d'une présomption de conformité aux exigences essentielles.

[1482] Dir. 2006/42/CE du Parlement et du Conseil, du 17 mai 2006 relative aux machines et modifiant la directive 95/16/CE (refonte), *J.O.U.E.* n° L 157 du 9 juin 2006, pp. 24-86 ; Dir. 88/378/CEE du Conseil du 3 mai 1988 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la sécurité des jouets, *J.O.C.E.* n° L 187 du 17 juillet 1988, pp. 1-13.

[1483] Dir. 89/106/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction, *J.O.C.E.* n° L 40 du 11 février 1989, pp. 12-26. Sur son application, voy. CJCE, 1er mars 2012, *Ascafor et Asidac contre Administración del Estado*, aff. C-484/10, EU:C:2012:113. Cela vise l'hypothèse où la directive ne procède pas à une harmonisation totale, laissant alors la possibilité aux États membres d'user des dérogations expresses et raisons impératives/impérieuses d'intérêt général en vue d'ajouter des exigences supplémentaires à celle consécutive à l'entrée en vigueur du texte.

[1484] BOUCQUEY-NORGAARD (N.), « La normalisation européenne au service de la consommation durable », art. cit.

règles applicables à un secteur. La Commission peut dans le cadre de la procédure de comitologie avoir recours à des actes d'exécution, et des agences ont également été spécifiquement créées à cette fin de mêmes que des réseaux de régulateurs proposent des normes techniques utilisées par les États membres.

477. La nouvelle approche privilégiée par la Commission s'observe dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau. Dans les télécommunications, elle est utilisée dans la directive du Conseil 86/361/CEE concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunication considère et vise les « éléments de la spécification commune de conformité dont l'importance est telle qu'ils doivent être respectés en vertu d'une obligation légale pour la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle des résultats des essais de conformité des équipements de terminaux en tant que partie intégrante de la procédure d'agrément[1485] ». Par la suite, après avoir souligné que « la Cour de justice admet, en outre, des restrictions à la liberté de prestation de services lorsqu'elles répondent à des exigences essentielles nécessités par l'intérêt général[1486] », la Commission indique que les exigences essentielles sont « les raisons d'intérêt général et de nature non économique qui peuvent amener un État membre à limiter l'accès au réseau public de télécommunications ou aux services de télécommunications[1487] ». La liste des exigences essentielles est dense, elles portent sur la sécurité de l'usager, des employés, la protection des réseaux publics de télécommunications et l'interopérabilité des équipements[1488], la sécurité du fonctionnement du réseau, son intégrité, l'interopérabilité des services, la protection des données (données personnelles, confidentialité des informations transmises ou stockées et enfin dans une formule énigmatique, la protection du domaine privé[1489]). Cette liste a été densifiée par la directive 96/19/CE par l'ajout de la « [la protection] de l'environnement et des objectifs urbanistiques et d'aménagement du territoire ainsi que l'utilisation rationnelle du spectre des fréquences et la prévention de toute interférence préjudiciable entre les systèmes de télécommunications

---

[1485] Dir. 86/361/CEE, préc., art. 2 sous 17.

[1486] Dir. 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 10, *cons.* 8.

[1487] *Ibid*., art. 1 ; Dir. 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 1, art. 2 sous 6).

[1488] *Ibid*., l'article 3 permettait au Conseil de faire évoluer cette liste au besoin.

[1489] Dir. 90/387/CEE, préc., art. 3 § 2.

par radio et d'autres systèmes techniques ou spatiaux[1490] ». L'incorporation des télécommunications dans l'approche globale portant sur les communications électroniques a poursuivi ce mouvement par la directive relative à un cadre règlementaire commun pour les réseaux et services de communication électroniques (directive cadre)[1491].

478. L'usage des fonctions essentielles se retrouve dans le secteur postal. Après avoir donnée une définition identique aux télécommunications[1492], une liste des exigences est fournie, la confidentialité de la correspondance, la sécurité du réseau en ce qui concerne le transport de matières dangereuses et, dans les cas justifiés, la protection de la vie privée dont la protection des données[1493]. La révision du texte par la directive 2008/6/CE y a ajouté les exigences relatives aux conditions de travail[1494], aux régimes de sécurité sociale prévus par le droit interne, la protection de l'environnement et de l'aménagement du territoire[1495]. En France, le code des postes et des télécommunications a repris cette liste des exigences essentielles[1496].

479. La multiplication des raisons impérieuses/impératives explique que les exigences essentielles ne sont pas uniquement utilisées à propos de la sécurité, de la protection de l'environnement et du consommateur.

B. La détermination d'exigences minimales applicables aux SIEG

480. Les exigences essentielles ne sont pas spécifiques aux SIEG. Elles légitiment l'intervention de l'État destinée à assurer le bon fonctionnement d'un secteur et s'applique,

---

[1490] Art. 90/388/CEE, préc., art. 1 tel que modifié par la dir. 96/19/CE, préc.

[1491] Dir. 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 21, art. 17, 18, 19, et 22.

[1492] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14, art. 2 sous 19) : « les raisons générales de nature non économique qui peuvent amener un État membre à imposer des conditions pour la prestation de services postaux ».

[1493] *Ibid.*

[1494] CJCE, 16 novembre 2016, *DHL Express*, aff. C-2/15, EU:C:2016:880, pt. 27.

[1495] Dir. 97/67/CE, préc., art. 2 sous 19) tel que modifié par la Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 52 du 27 février 2008, p. 3.

[1496] Code des postes et des communications électroniques, art. L. 3-2 : de manière non exhaustive, on y retrouve la sécurité des usagers, des personnels et des installations du prestataire de service ; la confidentialité des envois de correspondance ; la délivrance dans des conditions respectueuses de la protection de l'environnement ; le respect des obligations liées à la défense nationale.

dans le domaine considéré, tout autant aux entreprises en charge d'un service d'intérêt général que les autres[1497]. Elles permettent cependant de cerner le contenu matériel de l'obligation de service public.

481. L'étude de la substance de l'obligation de service public a mis en évidence une fragilisation des jalons matériels – prix, fréquence, localisation géographique –, à travers la possibilité d'imposer des obligations de service public relatives à la protection du consommateur, de la sécurité d'approvisionnement, de la protection de l'environnement, l'efficacité énergétique, la protection du climat[1498]. Utilisées pour déterminer des normes minimales applicables à un secteur concernant tant la sécurité, la protection de l'environnement, et la protection du consommateur, ces références sont davantage proches des exigences essentielles que des références classiques à l'obligation de service public. Elles influence la mise en œuvre des obligations de service public (obligation d'opérer le changement de fournisseur sous trois semaines, ou encore les normes de qualité de l'air[1499]), mais elles ne présentent pas de lien avec leur justification (donner accès à un service non fourni convenablement pas les forces du marché). Cela s'observe d'ailleurs dans les droits nationaux. Les obligations qualifiées de service public relatives à la protection du consommateur dans les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE ne sont pas qualifiées comme telles dans le code de l'énergie[1500] .

482. Le raisonnement peut être dupliqué à d'autres secteurs. Le règlement 2017/352 relatif à la fourniture des services portuaires qualifie d'obligations de service public les obligations de service public imposées par l'État aux gestionnaires du port des obligations en matière de sécurité, de sûreté et de viabilité environnementale des opérations portuaires[1501]. Or, ces obligations ne sont pas liées à la justification du service public et apparaissent davantage comme des exigences essentielles. L'analyse se conforte d'ailleurs en effectuant un

---

[1497] CJCE, *DHL Express*, préc., pt. 27 ; CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarország Kereskedelmi bt contre Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa*, aff. C-132/08, *Rec.* p. I-3841, pt. 44.

[1498] Dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 5, art. 3 ; Dir. 2009/73/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 94, art. 3.

[1499] Code de l'environnement, art. L. 224-1, auquel renvoi l'article L. 211-6 du code de l'énergie.

[1500] Code de l'énergie, L. 332-1 et s., et L. 442-1 et s.

[1501] Règlement (UE) 2017/352 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 3 mars 2017, p. 1, art. 7 § 1 sous d).

comparatif avec le secteur ferroviaire. Le gestionnaire d'infrastructure ferroviaire se voit imposer des règles en matière de sécurité sans que le droit dérivé n'utilise jamais la référence à l'obligation de service public[1502]. De même, le règlement 1370/2007 relatif aux obligations de service public dans les transports terrestres souligne que les autorités compétentes peuvent maintenir ou élever « des normes de qualité pour les obligations de service public, par exemple en ce qui concerne les conditions de travail minimales, les droits des voyageurs, les besoins des personnes à mobilité réduite ou la protection de l'environnement, la sécurité des passagers et des travailleurs ainsi que les obligations de conventions collectives et autres règles et accords concernant le lieu de travail et la protection sociale sur le lieu où le service[1503] ». Le règlement effectue une dissociation entre l'obligation de service public et les règles, les exigences essentielles, qui peuvent influencer sa mise en œuvre. On n'imagine en effet pas que le temps de travail soit en lui-même qualifié d'obligation de service public.

483. L'influence des exigences essentielles peut s'observer sur la continuité du service public. Cela s'observe à travers la directive 97/67/CE relative au service universel postal prévoyant que « les normes de qualité visent en particulier les délais d'acheminement ainsi que la régularité et la fiabilité des services[1504] », par l'exigence de reprise du personnel imposée dans la révision du règlement 1370/2007[1505], ou encore par les règles portant sur la sécurité d'approvisionnement dans le cadre des obligations de service universel dans d'électricité et des obligations de service publics dans gaz[1506]. Les exigences essentielles ne sont donc pas totalement étrangères de l'objet du service public, ce qui peut expliquer qu'il soit difficile de les distinguer des obligations de service public. Les exigences essentielles

---

[1502] Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *J.O.U.E.* n° L 343 du 14 décembre 2012, p. 32, art. 54, qui fait référence à l'obligation du gestionnaire d'infrastructure de prendre toutes les dispositions nécessaires en cas de défaillance technique. Au besoin, l'article prévoit que « les États peuvent exiger que les entreprises ferroviaires participent au contrôle de l'application et de leur propre respect des normes et règles de sécurité ».

[1503] Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 1, *cons.* 17.

[1504] Dir. 97/67/CE, préc., art. 16, également art. 19 selon lequel la fiabilité peut porter sur les délais d'acheminement, la perte, le vol, la correspondance ou encore la détérioration.

[1505] Règlement (CE) 1370/2007 tel que modifié, art. 4 bis et 4 ter. On peut citer également Règlement (CEE) 3577/92, préc., art. 4 § 2., qui reste cependant plus laconique car il ne fait que référence à la possibilité d'imposer des obligations de service public touchant l'équipage. Un tel laconisme peut s'expliquer, car la directive transfert qui sert de fondement au règlement 1370/2007 a été prise en 2001, Dir. 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.U.E.* n° L 82 du 22 mars 2001, pp. 16-20.

[1506] CJUE, *ANODE*, préc., pt. 52.

peuvent également être étrangères à l'objet du service public. Il peut s'agir de clauses environnementales ou sociales devant être considérées comme des objectifs à atteindre[1507]. Tel est le cas par exemple lorsque l'autorité qui charge une entreprise de missions de service public lui impose des exigences en matière de niveau d'émission d'oxyde azotique et du niveau sonore des bus[1508], ou encore par l'obligation d'embaucher un nombre minimal d'employés en situation de handicap[1509]. Ces exigences montrent que le marché est utilisé comme un moyen de réaliser de nombreux d'objectifs auxquels concourent les services publics.

484. Que l'obligation de service public soit parfois utilisée pour faire référence à des exigences essentielles a amené la doctrine à les présenter comme « un corpus peu rigoureux[1510] ». Elles manifestent, une fois encore, la manière dont l'obligation de service public est utilisée, sa dimension intrinsèquement générale et souvent indéterminée, afin de préserver la marge d'appréciation des États membres. À cet égard, les obligations de service public portant sur la protection du climat identifiées dans les directives électricité et gaz ne sont en réalité qu'un moyen de laisser aux États le soin de décider des normes environnementales et de protéger leur bouquet énergétique (en refusant l'exploitation du gaz de schiste par exemple).

Section 2. **L'ABSENCE DE SYSTÉMATISATION DE PRINCIPES SPÉCIFIQUES AUX SIEG**

485. La législation sectorielle est pétrie de références aux principes français du service public, qui constituent alors un bloc commun participant au fonctionnement, et à la définition des obligations de service public au sein des activités de réseau **(§1)**. La volonté de préserver le pouvoir discrétionnaire des États membres montre cependant que cet ensemble commun ne vaut pas pour l'ensemble des services d'intérêt économique générale **(§2)**.

[1507] DONNIER (V.), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *R.F.D.A.*, n°4, 2006, pp. 1219 et s. ; ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., 358 et s.

[1508] CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab e.a.*, aff. C-513/99, *Rec.* p. I-7213, pt. 65.

[1509] Code du travail, art. L. 5212-1 et s.

[1510] MICHÉA (F.), « La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics », in FLAESCH-MOUGIN (C.) (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 105-151.

§1. L'AFFERMISSEMENT DES LOIS ROLLAND DANS L'APPROCHE SECTORIELLE DES SIEG

486. Si des références aux « lois ROLLAND » s'illustrent au sein des activités en réseau, elles sont cependant formalisées par des considérations propres à l'ordre juridique de l'Union. Essentiellement présents au sein des services universels, le principe d'égalité se matérialise comme un approfondissement du principe de non-discrimination **(A)**, la continuité comme un principe inexploité mais permettant d'intriquer les relations entre les États membres **(B)**, l'adaptabilité comme un principe régulant l'intervention de l'État sur le marché **(C)**.

A. L'approfondissement du principe de non-discrimination

487. Les directives sectorielles attestent d'un approfondissement du principe de non-discrimination destiné à garantir l'accès à des services d'intérêt économique général. Centré autour du standard de l'abordabilité **(1)**, il tente de concilier plusieurs impératifs, une approche sociale de l'Union européenne, et la pénétration des principes de l'économie de marché dans le fonctionnement des SIEG **(2)**.

1) Le principe d'accessibilité tarifaire par le recours au standard de l'abordabilité

488. L'effectivité du droit d'accès aux services universels a conduit le législateur a user du standard de tarif raisonnable ou abordable[1511]. Partant du constat qu'il existe des disparités au sein de la population d'un État, le standard de l'abordabilité justifie des distinctions entre les clients. Il permet de les catégoriser de façon à leur proposer une offre adaptée à leur capacités financières[1512], et dont l'appréciation relève des États membres. L'abordabilité est révélatrice d'une approche sociale du droit de l'Union européenne, et plus

---

[1511] Dir. 97/67/CE, préc., art. 3 § 1 ; Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51, art. 3 § 1 ; Dir. 2009/72/CE, art. 3 § 3. On retrouve ce standard dès 1919 aux Etats-Unis dans une loi relative à la fourniture des services par les *publics utilities* à travers la notion de « reasonable service », POUND (R.), « The Administrative Application of Legal Standards », Reports of Amercian Bar Association, 1919, p. 456.

[1512] C'est également ce que note ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op.cit., p. 335 : l'égalité devant le service va pousser à prendre en considération la situation personnelle de l'usager face à la prestation et le concept d'égalité devra s'appréhender de manière plus pragmatique. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'étude des dispositions sectorielles relatives à l'accessibilité du service alors qu'il est rare de trouver une référence à un traitement égalitaire qui serait formel, car l'égalité, dans le droit du marché, est focalisée sur le concept de capacité ».

précisément d'une approche rawlsiene du bien être social[1513]. La diversité sociale des citoyens justifie une redistribution et une allocation des ressources en vue « de maximiser l'utilité de l'agent le moins bien doté[1514] », assurée par des différenciations tarifaires. En conséquence, « il n'est plus seulement question d'une égalité devant le service public ou devant la loi, mais d'une égalité par le service public[1515] ».

489. Si l'abordabilité participe à éclater les catégories d'usagers[1516], elle est le reflet d'une conception matérielle de la non-discrimination en droit de l'Union, imposant « une obligation positive de différenciation entre des situations jugées essentiellement différentes[1517] ». L'abordabilité du tarif pour les services universels est une exigence destinée à protéger les personnes ne pouvant pas accéder aux services dans des conditions normales de marché, soit parce qu'elles ne disposent pas des capacités financières, soit parce que leur localisation géographique rendrait leur facturation excessive. L'abordabilité a justifié la mise en place de tarifs privilégiés pour les personnes défavorisées[1518]. Elle se conçoit également comme la manifestation d'une unité territoriale en justifiant la mise en place d'une péréquation entre les zones géographiques. Les références à l'abordabilité ne sont pas spécifiques au service universel. Les obligations de service public portant sur le prix pour les transports aériens et maritimes sous-tendent la possibilité de mettre en place des tarifs inférieurs aux coûts de revient. Le règlement 1370/2007 relatif aux obligations de service public dans les transports terrestres en donne un exemple à travers la possibilité de

---

[1513] RAWLS (J.), *A theory of justice*, New York, Oxford University Press, 1971.

[1514] BELLOUBET-FRIER (N.), « Le principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1998, pp. 152 et s.. En droit français, cette approche de l'égalité se fonde en partie sur l'égalité des chances. L'article 1er de la DDHC dispose ainsi que l'égalité entre les Hommes n'empêche pas d'effectuer des distinctions sociales fondées sur l'utilité commune. Elle s'illustre par exemple par la mise en place de moyens supplémentaires d'enseignements en Zone d'Education Prioritaire.

[1515] MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Droit des services publics*, Coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 1997, 2ème ed., p. 147. Formule reprise par FRANCFORT-ALBERELLI (S.), « Le principe d'égalité », in KOVAR (R.), SIMON (D.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, op. cit., pp. 347-372, *spéc.* p. 361-362.

[1516] Cet éclatement a été mis en lumière en France à propos des tarifications dans certaines services publics, voy. DESMONS (E.), in GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.), *Les grands avis du Conseil d'Etat,* Coll. Grands avis, Dalloz, Paris, 2002, 2ème éd., p. 289. Voy. également, LAGET-ANNAMAYER (A.), « Tarification du transport ferroviaire des voyageurs et principe d'égalité : le doute est permis », in VIDELIN (J.-Ch.) (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire*, Coll. Colloques et débats, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 109-128.

[1517] DUBOUT (E.), *L'article 13 CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèse, Bruxelles, Paris, 2006, pp. 19-20.

[1518] Dir. 97/67/CE, préc. art. 13 tel que modifié par la dir. 2008/6/CE, préc.

mettre en place des tarifs spécifiques pour les étudiants, élèves, apprentis, personnes à mobilité réduite[1519].

490. Une partie de la doctrine s'est montrée réservée sur le recours au standard de l'abordabilité, soit parce qu'il n'est pas défini[1520], soit parce qu'il est subjectif[1521]. L'abordabilité n'a pourtant pas vocation à être définie. Sa qualité de standard sert à la fois à établir une convergence des services d'intérêt général et en même temps réserver le pouvoir d'appréciation des États. C'est le cas par exemple lorsque l'État décide d'appliquer un tarif uniforme des services postaux de base. Au Royaume-Uni, le *Priority Services Register (PSR)* offre à certains consommateurs une gratuité des services en énergie pour le gaz et/ou l'électricité[1522]. En France, l'accès raisonnable à l'électricité et au gaz a pris la forme de tarifs règlementés[1523], accompagnés éventuellement de tarifs sociaux tels que le chèque énergie pour certaines catégories de personnes défavorisées[1524]. Des tarifs sociaux existent également pour l'accès au téléphone fixe et internet pour les personnes titulaires du Revenu de Solidarité Active (RSA)[1525]. Dans les transports terrestres soumis à des obligations de service public, outre des tarifs avantageux pour certaines catégories d'utilisateurs[1526], l'usager paie entre 25% et 30% du prix de revient d'un titre de transport[1527]. Le reste est financé par plusieurs recettes fiscales[1528], une logique similaire que l'on retrouve pour les

[1519] Règlement (CE) 1370/2007, préc., art. 3 § 3 ; Voy. également, Règlement (UE) 2017/352, préc., art. 7 § 1 sous c), qui prévoit la possibilité d'imposer des obligations de service public portant sur « l'accès au service à des prix abordables pour certaines catégories d'utilisateurs

[1520] SABART (G.), *Les services publics en réseau (publics utilities) : essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et le Grande-Bretagne*, Marseille, Université Aix-Marseille 3, thèse dactyl., 2003, pp. 251-252.

[1521] DONNIER (V.), « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *R.F.D.A.*, n°1, 14 janvier 2008, pp. 13 et s.

[1522] Pour un détail des informations, www.ofgem.gov.uk. (site du régulateur de l'énergie au Royaume-Uni). Il peut s'agir par exemple d'une personne vivant avec un enfant de moins de cinq ans sous certaines conditions. Une liste des personnes considérées comme vulnérables est donnée.

[1523] Code de l'énergie, art. L. 337_4 et s.

[1524] Décret 2016-555 du 6 mai 2016 relatif au chèque énergie, *J.O.R.F.* du 08 mai 2016. Ce décret a jouté un chapitre IV intitulé « La protection des consommateurs en situations de précarité énergétique » au titre II de la partie règlementaire du code de l'énergie, art. R. 124-1 à R. 124-6. Il s'agit à l'origine d'une expérimentation qui a été généralisée.

[1525] Code des postes et des communications électroniques, art. R. 20-30.

[1526] Par exemple pour l'Île-de-France, voy. Code général des collectivités territoriales, art. L. 1241-14 sous 7°.

[1527] HERVÉ (E.), Le service public ferroviaire et les collectivités territoriales, Rapport d'information au Sénat, n°92, 2013-2014.

[1528] *Ibid*., Code général des collectivités territoriales, art. L. 2333-64 et s. (en dehors de la région Île-de-France), et L. 2531-2 et s (pour la région Île-de-France).

populations insulaires pouvant bénéficier de tarifs d'accès afin de rallier la métropole[1529]. L'abordabilité est à cet égard une manière de contribuer « au développement économique, socia et culturel » des pays et territoires d'Outre-Mer[1530].

491. L'abordabilité du service universel pose la question de savoir si elle implique une gratuité pour certaines catégories de personnes particulièrement défavorisées. La doctrine Questionnée dans plusieurs travaux doctrinaux[1531], le Pr. GAUDEMET note à cet égard qu'il n'existe pas en France de principe général de gratuité[1532]. En devant être garanti à tous, la fourniture du service universel suppose-t-elle une gratuité pour certaines catégories de personnes ? En dehors de la directive service universel prévoyant dans son préambule (non reproduits dans le corps du texte) que les États devraient assurer la gratuité pour les personnes handicapées[1533], le droit dérivé reste muet sur la question. Selon la Pr. DONNIER, « si le principe de gratuité ne peut être érigé au rang de loi du service public, il n'est pas sans influence sur le développement d'une conception universelle du service[1534] », ce qui s'observe à travers les recours à des tarifs sociaux pour certaines catégories d'usagers. Cela amène le Pr. GUGLIELMI à conclure que l'abordabilité ne suppose pas la gratuité car l'usager devra toujours s'acquitter d'un prix[1535]. Des exemples attestent cependant du contraire tels que le *Priority Services Register* au Royaume-Uni, ou les pass régionaux pour les étudiants utilisant en France le TER. Il est vrai cependant que la qualité de standard juridique de l'abordabilité ne permet pas de faire de la gratuité une généralité.

492. Jusqu'à récemment, il n'existait pas de précédent sur le contrôle opéré par l'Union relatif à la mise en œuvre de l'abordabilité. D'utiles précisions ont été apportées par le juge dans le cadre de renvoi préjudiciels portant sur les directives 2003/55/CE et 2009/73/CE relatives au marché intérieur du gaz. Ces affaires montrent que le juge tend à établir un

---

[1529] Cette problématique est à l'origine de l'arrêt CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n°88032 et 88148.

[1530] TFUE, art. 198.

[1531] DONIER (V.), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », art. cit. ; HERTZOG (R.), *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité des services publics*, Strasbourg, Université Strasbourg III, Thèse dactyl., 1972.

[1532] GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Tome 1, 2001, 16ème ed., p. 753.

[1533] Dir. 2002/22/CE, préc., *cons.* 13.

[1534] DONIER (V.), « Les lois du service public : entre tradition et modernités », art. cit. Voy. également LOMBARD (M.), « Service public, service universel, ou la double inconsistance », *in Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 507.

[1535] GUGLIELMI (G.-J.), « L'introuvable principe de gratuité du service public », in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G.-J.) (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003.

contrôle de la catégorisation effectuée par les États lorsqu'ils souhaitent appliquer le standard de l'abordabilité. La Cour de justice a jugé que les tarifs règlementés ne devraient concerner que « certaines catégories de clients se trouvant dans des zones reculées et identifiées selon des critères géographiques objectifs[1536] ». Sur cette base, le Conseil d'État a récemment jugé que de tels tarifs à tous les clients finals domestiques et non domestiques (particuliers, PME et grandes entreprises) souscrivrant à une puissance inférieur à 36 Kilovoltampères est contraire à la directive 2009/72/CE[1537]. En affirmant par d'ailleurs que la directive 2009/72/CE s'oppose à ce que des tarifs règlementés soient permanents[1538], l'abordabilité cantonne l'intervention de l'État à un rôle de régulateur. Il n'intervient que lorsque les tarifs pratiqués sont jugés inacceptables.

2) La fragilisation de l'abordabilité par la pénétration des principes de l'économie de marché

493. René CHAPUS a noté dès 1968 que le service public obéit à des exigences du plus grand profit au détriment du plus grand service[1539]. Plus récemment, la Pr. JANICOT conclut son étude sur le principe d'égalité par le constat que l'usager est « maltraité[1540] ». Le Pr. CAILLOSSE en donne d'ailleurs une myriade d'exemples – « carte des écoles, bureaux de poste, perceptions, hôpitaux, lignes de chemin de fer, sans épargner casernements militaires et tribunaux[1541] ». Liés à l'intégration des commandements du marché au sein du service public, l'auteur conclut à la présence de « très fortes inégalités territoriales en stimulant, une fois supprimés les services publics identifiés comme non rentables, la désertification des zones les plus dépourvues de ressources propres[1542] ». Si le principe d'égalité présente d'indéniables vertus, l'on retiendra cependant que sa mise en œuvre ne se traduit pas en l'état par une véritable égalité par le SIEG.

[1536] CJUE, *ANODE*, pt. 59.
[1537] CE, 18 mai 2018, *ANODE*, req. n°413688 et 414656, pts. 19 à 27.
[1538] *Ibid.*, *cons.* 24 à 26.
[1539] CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *R.D.P.*, 1968, pp. 235 et s.
[1540] JANICOT (L.), « Le principe d'égalité devant le service public », art. cit.
[1541] CAILLOSSE (J.), « Du service public dans ses rapports avec le(s) territoire(s) », in *Le service public, Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Coll. Études, mélanges, travaux, Paris, Dalloz, 2016, pp. 89-109, *spéc.* p. 98, et les références citées.
[1542] *Ibid.*

494. L'abordabilité ne se conçoit pas uniquement comme un standard destiné à protéger les clients[1543]. L'arrêt *Région Nord-Pas-de-Calais* rendu par le Conseil d'État en 2014 à propos de la tarification différente des lignes TGV en fournit une illustration[1544]. De longue date en France, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des tarifs différents entre les usagers puissent être appliqués pour des motifs liés aux conditions d'exploitation du service. Sans être considérés comme une activité de service public, les services TGV doivent être exploités conformément aux principes du service public[1545]. Le Conseil d'État a jugé que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des tarifications différentes soient différentes entre les lignes Lille-Paris et les autres lignes en France. Cette solution est le reflet de la pénétration des principes de l'économie de marché dans l'exécution des services publics. Plus une ligne est utilisée, et plus elle peut être valorisée sur le plan économique par l'entreprise (à la manière des lignes aériennes dites « millionnaires » en France). L'abordabilité s'efface ici devant l'économie de marché, car cette majoration des tarifs aura nécessairement pour conséquence de soustraire une partie des potentiels usagers aux services. Une règle identique s'illustre en droit de l'Union à propos de la redevance pour l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire. Les entreprises ferroviaires doivent s'acquitter d'une redevance pour l'utilisation de l'infrastructure, dont le montant peut être déterminé selon que la demande est faible ou la forte[1546] (à l'instar des aéroports).

B. La continuité, un principe insuffisamment exploité

495. Dans son travail des systématisation des principes du service public, Louis ROLLAND a affirmé que « la loi de continuité s'applique ici de façon absolue. Si le service public est soumis à un régime spécial, c'est en raison de son extrême importance. On ne saurait donc admettre qu'il s'arrête. Les gouvernants ont une véritable obligation d'assurer sa marche et le personnel de coopérer à son fonctionnement régulier[1547] ». L'enjeu du principe de continuité n'est pas nouveau dans le cadre des activités en réseau, et n'est pas

---

[1543] JANICOT (L.), « Le principe d'égalité devant le service public », *R.F.D.A.*, n°4, 13 septembre 2013, pp. 722 et s.

[1544] CE, 10 octobre 2014, *Région Nord-pas-de-Calais*, n°368206. Not. TOUZEIL-DIVINA, « Légalité ou rupture d'égalité ferroviaire », *J.C.P. A.*, n°42, 20 octobre 2014, act. 803.

[1545] CE, 10 octobre 2014, *Région Nord-pas-de-Calais*, préc.

[1546] Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.), 13 décembre 2012, *Commission contre République Tchèque*, aff. C-545/10, EU:C:2012:791, pts. 60-65.

[1547] ROLLAND (L.), *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 3ème ed., 1930, p. 16.

spécifique à l'Union européenne[1548]. Contrairement à l'égalité, la présence d'un principe sectoriel de continuité n'est pas toujours explicite. Le service universel postal suppose l'obligation pour les États de fixer des règles permettant d'assurer la régularité des services[1549] consistant à assurer au moins cinq fois par semaine une levée et une distribution des envois et colis postaux du service universel[1550]. La directive 2008/6/CE est à ce titre plus explicite car elle intègre l'exigence de continuité directement dans la définition du service universel[1551]. Il n'y a en revanche que deux brèves références à la continuité dans la directive service universel 2002/22, une dans le préambule[1552], l'autre, par la nécessité d'avertir l'abonné en cas de factures impayées et l'obligation pour l'entreprise d'agir de façon à limiter l'interruption du service[1553]. Cette exigence s'illustre enfin dans le service universel de l'électricité à travers « l'interdiction de l'interruption de la connexion à l'électricité de ces clients lorsqu'ils traversent des difficultés[1554] », que l'on retrouve également pour le gaz[1555]. Elle se déduit même davantage de la directive 2005/89/CE et du règlement 2017/1938 relatifs respectivement à la sécurité d'approvisionnement en électricité[1556] et en gaz[1557]. Traduite en droit français, la continuité suppose qu'un client ne puisse être privé annuellement de plus de trois heures d'électricité[1558]. Les obligations de service public sur la disponibilité temporelle de certains médicaments[1559] , ainsi que plusieurs références

[1548] PETRASH (J.), « Long-Term Natural Gaz Contrats : Dead, Dying, or Merely Resting ? », *Energy L. J.*, 2006, pp. 545-582.. À propos de la conclusion de contrats de long terme dans le secteur du gaz aux États-Unis, l'auteur considère qu'il s'agit du moyen pour que les distributeurs des villes respectent les obligations qui leur ont été imposées.

[1549] Dir. 97/67/CE, préc., art. 16.

[1550] *Ibid.*, art. 3 § 3

[1551] Dir. 97/67/CE, préc. art. 4 tel que remplacé par la dir. 2008/6/CE.

[1552] Dir. 2002/22/CE, *cons.* 14.

[1553] Dir. 2002/22/CE, préc., Annexe I.

[1554] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 3 § 7.

[1555] Dir. 2009/73/CE, préc., art. 3 §

[1556] Dir. 2005/89/UE, art. 3 § 2 sous a) par lequel les États membres doivent prendre en compte l'importance d'assurer la continuité de la fourniture d'électricité dès lors que les États prennent « les mesures nécessaires pour favoriser un climat d'investissement stable, en définissant les rôles et les responsabilités des autorités compétentes, en ce compris les autorités de régulation le cas échéant, et de tous les acteurs concernés du marché et en publiant des informations à ce sujet ».

[1557] Règlement (UE) 2017/1938, , art. 1, l'objet du règlement est de prévoir « des dispositions visant à préserver la sécurité de l'approvisionnement en gaz dans l'Union en garantissant le fonctionnement correct et continu du marché intérieur du gaz naturel ».

[1558] Code de l'énergie, art. L. 141-7, et D. 141-12-6.

[1559] Dir. 2001/83/CE, art. 81 tel que modifié par la directive 2004/27/CE.

explicites dans les transports aériens et maritimes attestent de la présence du principe de continuité au-delà des services universels[1560].

496. Il est rare que la continuité fasse l'objet d'une obligation précise[1561]. Selon l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, la continuité implique que le service soit fourni de façon ininterrompue[1562]. Cette affirmation mérite d'être discutée. La continuité « n'est pas synonyme de permanence. Il [le principe de continuité en droit français] n'implique donc pas que le service fonctionne 24 heures sur 24, même si à l'évidence, la nature même de certains services publics postule l'absence d'interruption dans la fourniture du service[1563] ». Si la permanence vaut pour l'électricité, le gaz, le téléphone fixe et internet, les médicaments, elle ne vaut pas pour les envois et colis postaux et les transports[1564], ce qui peut expliquer pourquoi la notion de continuité est utilisée pour les premiers, et celle de régularité pour les seconds.

497. Si le principe de continuité est rattaché à l'article 5 de la Constitution en France (continuité de l'État), on peine à trouver un rattachement de la continuité en droit de l'Union avec un principe du droit primaire. Elle pourrait être envisagée comme un moyen de matérialiser les protections attachées à la personne, et notamment de sa dignité (interdiction de coupure de l'électricité pendant l'hiver par exemple). La continuité trouverait alors un terrain d'expression dans les droits fondamentaux que le droit de l'Union aurait gagné à mettre en évidence

498. La continuité est également moyen d'affermir les liens entre les États membres. Le secteur du gaz en est un parfait exemple. L'article 13 du règlement 2017/1938 relatif à la

---

[1560] Règlement (UE) 3577/92, préc., art. 2 sous 3) ; Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3, art. 16 ; Règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérence à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin1969, p. 1, art. 2 § 3 ; Il n'y a pas de référence explicite dans les transports terrestres. S. ZIANI note cependant que le principe de continuité peut cependant se déduire de la possibilité pour les États d'attribuer directement un contrat de service public « en cas d'interruption des services ou de risques imminent d'apparition d'une telle situation, règlement (UE) 1370/2007, préc., art. 5 § 5, ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., p. 378. ; Règlement (UE) 2017/352, préc., art. 7 § 4.

[1561] On peut citer l'exemple du service universel postal qui impose une levée et une distribution au moins 5 jours par semaine, Dir. 97/67/CE, préc., art. 3 § 3..

[1562] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), *Federutility*, préc., pt. 54.

[1563] BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, Coll. Themis, Paris, P.U.F., 2ème ed., 2007, p. 309.

[1564] GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, Col. Domat – Droit public, Paris, L.G.D.J., 4ème ed., 2016, pp. 572-574.

sécurité d'approvisionnement intitulé « solidarité » prévoit qu'un État membre doit venir au secours d'un autre avec lequel les réseaux de gaz sont interconnectés lorsque celui n'est plus capable de fournir du gaz aux clients protégés. Le principe de continuité dépasse ici le territoire de l'État membre pour générer des obligations entre États membres de l'Union. Ceci étant, les négociations sur les directives électricité montrent que les interconnexions des réseaux électriques constituent un point d'achoppement et peine à susciter un consensus des États membres[1565]. Le principe de continuité trouve ici ses limites. Il reste un principe ayant des répercussions essentiellement nationales, qui peine à exister sur le plan européen.

C. La mutabilité, un paramètre régulant l'intervention de l'État

499. Le principe de mutabilité ou d'adaptabilité suppose que « l'administration doit pouvoir modifier à toute époque les règles d'organisation et de fonctionnement du service public, pour les adapter aux exigences de l'intérêt général[1566] ». Dans le cas contraire en effet, elles seraient condamnées à demeurer en l'état sans prendre en compte le contexte politique, social, économique, technologique qui l'entoure. Le principe de mutabilité est donc lié à la définition du besoin par la personne publique[1567] et aux besoins des usagers. Si, ainsi que le note le Pr. MARKUS, la mutabilité s'appréhende comme un « devoir d'adaptation[1568] » du service public au profit des usagers, le principe agit également pour justifier un désengagement de l'État, par exemple pour des raisons financières[1569]. La mutabilité dessert alors l'usager en légitimant la suppression des services publics[1570]. La portée du principe reste pourtant difficile à saisir car, « en partant du postulat que la juridicité d'un principe s'apprécie à l'aune de sa capacité à prescrire une conduite, on doit admettre la faiblesse juridique du principe, non son inexistence[1571] ».

[1565] www.euractiv.fr

[1566] « Mutabilité (principe de-) », in VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Coll. Cursus droit, Paris, A. Colin, 2002, 3ème ed.

[1567] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., p. 369.

[1568] MARKUS (J.-P.), « Le principe d'adaptabiltié : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers » ?, art. cit.

[1569] CLUZEL-MÉTAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, Volume 52, 2006, pp. 506-510. Cela peut d'ailleurs donner lieu à des contestations de la part des collectivités locales, et pas uniquement des usagers, CE, 5 mars 2014, *Communuté d'agglomération Maubeuge-Val de Sambre*, req. n°365500, à propos de la réduction de nombre d'allers-retours entre Paris et Maubeuge par les trains d'équilibre du territoire (TET) (liaisons entre régions financées par l'État).

[1570] CE, 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, *Rec.* p. 60.

[1571] CLUZEL-MÉTAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., pp. 517-518.

500. La mutabilité ne figure ni parmi les principes que les avocats généraux ont identifié au sein des SIEG[1572], ni dans la jurisprudence de la Cour de justice. On en trouve pourtant des avatars liés à l'exigence de qualité, et au désengagement de l'État. La Pr. CLUZEL-MÉTAYER identifie au sein des directives sectorielles de nombreuses références à la qualité, spécifiquement pour les services universels[1573]. Sans être un principe à part entière, peut-on y voir davantage un paramètre d'interprétation qui conduira les États à respecter leur obligations de service universel en terme de continuité et d'égalité. La qualité conduit à transformer la continuité en fiabilité du service[1574] (desserte effective du courrier 5 jours ouvrés par semaine, absence de rupture dans l'approvisionnement en électricité). Sans être spécifiquement rattachée au contenu du service public, l'exigence de qualité prendra la forme normes à respecter. Elle trouve essentiellement sa place dans les exigences essentielles.

501. La mutabilité s'illustre également comme un moyen pour l'État de se désengager dans la fourniture d'une mission d'intérêt général, car l'intervention de l'État ne peut être permanente et doit s'apprécier régulièrement. La loi Macron du 6 août 2015[1575] en fournit une illustration. Elle a acté un retrait de l'intervention de l'État portant sur la mise en place des services d'annuaires et de renseignements téléphoniques justifié par la présence sur le marché d'entreprises offrant ces services de manière suffisante. De même, l'obligation de mise à disponibilité des postes téléphoniques payants publics doit s'apprécier en fonction des besoins *raisonnables* des utilisateurs finals[1576]. Elle se traduit par leur abandon progressif s'expliquant par le développement de la téléphonie mobile.

502. Le rôle d'observateur de l'État qu'impliquerait le principe de mutabilité s'illustre également dans les communications électroniques. Le point 18 de la directive 2002/22/CE relatif au service universel des communications électroniques souligne que le débit moyen

---

[1572] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), *Federutility*, préc., pt. 54 ; Concl. A.G. SZPUNAR (M.), 16 juillet 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, préc. pt. 62.

[1573] CLUZEL-MÉTAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit. pp. 425 et s.

[1574] KARPENSCHIF (M.), « Vers une définition communautaire du service public ? », *R.F.D.A.*, n°1, 14 janvier 2008, pp. 58 et s. ; BASILIEN-GAINCHE (M.-L.), « La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz. Une reconfiguration des obligations de service public », *A.J.D.A.*, n°2, 15 janvier 2007, pp. 74 et s.

[1575] Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *J.O.R.F.* n°181 du 7 août 2015, p. 13537.

[1576] Dir. 2002/22/CE, préc., art. 6 § 1.

offert est généralement de 56 kbit/s[1577], constituant le débit minimal que chaque État doit garantir sur l'intégralité de son territoire. La directive impose que les États assurent un accès à des débits de données « suffisants » dont l'appréciation s'appuie sur « les technologies les plus couramment utilisées par la majorité des abonnés[1578] ». La mutabilité constitue également un moyen d'extension du service universel. Les évolutions technologiques ont contribué dans le secteur postal à l'émergence du courrier dit hybride[1579], intégré dans le service universel en France depuis 2014[1580].

503. L'adaptabilité peine en l'état à faire des services d'intérêt général une vitrine de la qualité des services offerts au sein de l'Union européenne sur certains services essentiels. Elle pourrait par exemple justifier une amélioration de la qualité de certains services, tels des envois postaux plus rapides ou encore en proposant des accès à internet à des débits plus importants. Outre que le droit de l'Union exclut cette possibilité, typiquement pour le courrier express, l'adaptabilité s'efface en partie devant les exigences de l'économie de marché. En n'imposant pas de réaliser des prestations à forte valeur ajoutée, laissées aux forces du marché, la portée de l'adaptabilité accrédite la thèse selon laquelle le service universel est un service minimum[1581]. Que le débit minimal de 56kbits/s imposé aux États par la directive service universel soit resté en l'état en constitue une illustration marquante.

504. La législation sectorielle fait ressortir une appropriation par le droit de l'Union des principes français du service public. Dégagés essentiellement au sein des services universels, ce constat ne vaut pas pour l'intégralité des secteurs en réseau. L'interdiction par le droit primaire de substantifier le service public de radiodiffusion amène le juge à se contenter

---

[1577] *Ibid., cons.* 18 : « le débit de données assuré par un raccordement unique à bande étroite au réseau téléphonique public dépend des capacités de l'équipement terminal de l'abonné ainsi que du raccordement. C'est pourquoi il n'est pas indiqué d'exiger un débit de données ou un débit binaire spécifique au niveau communautaire. Les modems en bande téléphonique actuellement disponibles offrent généralement un débit de données de 56 kbit/s et sont dotés de systèmes d'adaptation automatique du débit de données en fonction de la qualité variable des lignes, ce qui peut se traduire par un débit de données réel inférieur à 56 kbit/s. Une certaine flexibilité est nécessaire, d'une part, pour que les États membres puissent prendre, en cas de besoin, les mesures nécessaires pour que les connexions soient capables de supporter ce débit de données et, d'autre part, pour que les États membres, le cas échéant, puissent autoriser des débits de données inférieurs à ce plafond de 56 kbits/s afin, par exemple, d'exploiter les capacités des technologies sans fil (y compris les réseaux sans fil cellulaires), dans le but de fournir un service universel à une plus grande partie de la population ».

[1578] *Ibid.*, art. 4 § 2.

[1579] Il consiste en la transmission sous format électronique de la lettre à distribuer, que l'entreprise imprime, met sous plis, transporte et distribue.

[1580] www.arcep.fr.

[1581] LONG (M.), « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *R.F.D.A.*, n°3, 9 mai 1995, pp. 497 et s.

d'acter les obligations de service public sans plus de précisions, ainsi que le montre le contentieux répétitif à propos du financement de France Télévision[1582]. Cette pratique s'illustre également au sein du contentieux de l'article 106 § 2 TFUE, attestant que ces principes ne structurent pas en l'état l'ensemble des SIEG.

§2. UNE APPRÉHENSION TRANSVERSALE REJETÉE PAR LA PRÉSERVATION DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DES ÉTATS MEMBRES

505. Les règles applicables à une branche du droit résultent bien souvent de la généralisation de situations particulières. S'il n'existe pas de débordement des principes dégagés des SIEG en réseaux **(A)**, il s'agit d'un constat que la récente affaire *Gebhart Hiebler* tend à infirmer **(B)**.

A. Le rejet des lois Rolland en tant que principes structurants des SIEG

506. Plusieurs auteurs défendent que les lois ROLLAND ont été généralisées en droit de l'Union. La Pr. DEGUERGUE note que « Les « lois du service public » fondées sur les principes d'égalité, de neutralité et de mutabilité, ont en effet été diffusées par la jurisprudence de la Cour de justice par l'intermédiaire de la notion de service universel[1583] », une démarche à laquelle se rallie également S. ZIANI[1584]. Cette généralisation figure également dans les conclusions d'avocats généraux. L'Avocat général RUIZ JARABO COLOMER considère que « Pour trouver un élément commun, il faudrait s'appuyer sur les célèbres lois de Rolland, que les arrêts Corbeau et Almelo évoquent indirectement en exposant les conditions dans lesquelles les services d'intérêt économique général sont fournis: de façon ininterrompue (continuité); au bénéfice de tous les utilisateurs et sur tout le territoire pertinent (universalité); à des tarifs uniformes pour une qualité similaire, sans tenir compte des situations particulières ni du degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle (égalité)[1585] ».

[1582] TPICE, 11 mars 2009, *TF1 contre Commission*, aff. T-354/05 ; Trib., 1er juillet 2010, *M6 et TF1 contre Commission*, aff. T-568 et 573/08 ; Trib., 10 juillet 2012, *M6, Canal+ contre Commission*, aff. T-520/09 ; Trib., 16 octobre 2013, *TF1 contre Commission*, aff. T-275/11.

[1583] DEGUERGUE (M.), « De quelques difficultés de la notion de service social, *A.J.D.A.*, n°4, 4 février 2008, pp. 179 et s.

[1584] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., pp. 377-390.

[1585] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), *Federutility*, préc., pt. 54.

507. Ensemble, ces positions véhiculent l'idée d'une transversalité des principes français du service public structurant l'ensemble des SIEG. Il est vrai que le Tribunal a introduit dans l'affaire *BUPA* des critères minimaux préalables à la qualification du SIEG et qui interviennent également sur son organisation, en l'occurrence l'universalité et le caractère obligatoire du service[1586]. Ceci étant, le Tribunal indique également que : d'une part, « la notion de service universel, au sens du droit communautaire, n'implique pas que le service en cause doive répondre à un besoin commun à l'ensemble de la population ou être fourni sur l'intégralité d'un territoire[1587] », et d'autre part, le caractère obligatoire n'implique pas dans l'affaire une obligation de contracter entre les potentiels assurés et l'organisation en charge d'un SIEG, mais seulement que l'organisme doit contracter avec toute personne qui en fait la demande[1588]. L'expression de service universel n'est pas utilisée de manière analogue à celle issue des directives applicables aux secteurs postal, des communications électroniques[1589]. L'affaire *Iliad contre Commission* en fournit une illustration. L'expression de « service universel » est utilisée pour un service qui n'est pourtant pas déployé sur l'intégralité du territoire, mais concerne 573 000 logements raccordés sur les 744 000. Outre que la Cour de justice n'a pas repris cette lecture, l'usage jurisprudentiel de l'expression de service universel n'est pas le signe de principes transversaux aux SIEG et appelle dès lors à des clarifications[1590].

508. En souhaitant garantir l'accès à un service, la continuité et l'approche matérielle de l'égalité (différenciations tarifaires) apparaissent comme étant concomitantes à cette finalité[1591]. Ils ne constituent pas, en l'état, des principes puisqu'elles ne génèrent aucune obligation vis à vis des États en dehors des services universels, et de rares occurrences dans le gaz. Il ne suffit pas dans l'affaire *Corbeau* que le juge utilise l'universalité des services postaux de base pour en faire une exigence que chaque État doit observer. Les conclusions de l'Avocat général MAZÁK en fournissent une illustration. En notant que « la charge sociale est imposée aux maîtres d'ouvrage et aux lotisseurs dans le cadre d'une politique qui vise à

[1586] TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p.II-81, pt. 172.
[1587] *Ibid.*, pt. 186.
[1588] *Ibid.*, pt. 190.
[1589] On n'inclut pas ici le service universel de l'électricité car nous avons émis des doutes sur la qualification juridique retenue, voy. *Supra*., Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.
[1590] Pour un autre exemple, CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France SA*, aff. C-266/96, *Rec*. p. I-3981, pt. 45 ; Trib., 16 septembre 2013, *Iliad e.a. contre Commission*, aff. T-325/10, EU:T:2013:47, pt. 139.
[1591] CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contre Lankreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, *Rec.* p. I-8089.

pouvoir offrir un accès plus égalitaire au logement social aux groupes de condition modeste ainsi qu'aux groupes socialement défavorisés par une répartition territoriale, fondée sur les besoins réels [1592] », l'avocat général ne dégage pas ses caractéristiques sur la base de principes de fonctionnement des SIEG. Ces caractéristiques sont constatées et ne soumettent pas l'intervention de l'État. Une situation similaire résulte des conclusions de l'Avocat général JÄÄSKINEN dans l'affaire *Emanuela Sbarigia* – jugée irrecevable[1593] – à propos de la loi italienne fixant pour les pharmacies des horaires d'ouverture, notamment pour les gardes diurnes et nocturnes, les jours fériés[1594].

509. Ce constat s'illustre également à propos de la continuité, globalement absente de la jurisprudence, et de la qualité. En se fondant sur les mentions récurrentes de la qualité dans les communications de la Commission depuis 1996, la Pr. CLUZEL-MÉTAYER considère la qualité comme une exigence transversale applicable à l'ensemble des SIEG[1595]. Si l'auteur consent à souligner que juridicité du principe n'est pleinement acquise, les arrêts *Höfner* et *Firma Ambulanz Glöckner* attestent pourtant de sa valeur juridique. Dans ces arrêts, la Cour de justice rejette la légalité des droits exclusifs accordés à une entreprise si elle n'est pas en mesure de répondre à la demande dont le service constitue l'objet. Ceci étant, il faut reconnaître que ces arrêts sont isolés. Si le Tribunal a de nouveau affirmé la règle récemment[1596], elle manque encore d'automaticité. La qualité présente davantage en l'état un paramètre d'interprétation qu'un véritable principe générateur d'obligations à la charge des États pour l'ensemble des SIEG.

510. En ne souhaitant pas reconnaître les lois ROLLAND en tant que principes structurant l'ensemble des SIEG et générant des obligations à charge de l'État, le juge a souhaité préserver leur marge d'appréciation dans la définition et le fonctionnement de ces services. Si ce rejet est conforme avec l'esprit de l'article 14 TFUE et du Protocole 26, il n'est pas sans conséquence. Il ne permet pas de rassembler les SIEG au sein de l'Union européenne

---

[1592] Par exemple, Concl. A.G. MAZÁK (J.), 4 octobre 2012, *Eric Libert e.a.*, aff. C-197 et 203/11, EU:C:2012:621, pt. 52 ;

[1593] La qualification d'entrave au marché intérieur n'est pas reconnue au regard de l'absence d'affectation du commerce entre les États membres.

[1594] Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.), 11 mars 2010, *Emanuela Sbarigia*, aff. C-393/08, *Rec.* p. I-13613, pt. 41.

[1595] CLUZEL-MÉTAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., pp. 435 et s.

[1596] Trib., 25 mars 2015, *Slovenská posta contre Commission*, aff. T-556, EU:T:2015:189, pt. 325.

autour de principes communs. L'affaire récente *Gebhart Hiebler* pourrait cependant être le signe d'inflexions.

B) La clarification nécessaire des formules jurisprudentielles : l'exemple de l'affaire *Gebhart Hiebler*

511. L'affaire récente *Gebhart Hiebler*[1597] porte sur un service public de ramonage réalisé en Autriche. La profession de ramoneur comprend deux volets : le premier comporte des activitiés de nettoyage et d'entretien des captages de fumées et de gaz, des conduits de fumées et de gaz ; le second, une mission « de police du feu » qui se matérialise par des « des missions consist[a]nt notamment dans l'inspection régulière des installations bâties afin de déterminer si les règles législatives ou réglementaires en la matière sont respectées par le propriétaire de l'installation ou l'usufruitier, si la structure bâtie est affectée de désordres qui engendrent un risque d'incendie et si d'autres circonstances sont susceptibles de causer ou de favoriser un incendie, ou de compliquer la lutte contre un incendie et le déroulement des secours[1598] ». Chaque ramoneur exerce dans un secteur et ne peut pas effectuer ses activités (les deux volets) dans un autre. Or, M. Hiebler a démarché des clients dans un secteur qui n'est pas le sien. C'est à l'occasion de contentieux engagés contre lui pour concurrence déloyale que la juridiction nationale a posé à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles portant sur la légalité de cette répartition territoriale.

512. La Cour de justice a dans un premier temps cherché à identifier la présence d'un SIEG à travers la mission de police de feu. À cet égard, elle juge que « conformément à l'article 14 TFUE, à l'article 1er du protocole (nº 26) sur les services d'intérêt général, annexé au traité FUE, et à la jurisprudence constante de la Cour, les ramoneurs agréés dans le Land de Carinthie sont tenus d'assurer, en vertu de ladite obligation de service public, les missions relevant de la «police du feu» au bénéfice de tous les usagers du secteur qui leur est dévolu, de manière à garantir l'égalité d'accès aux prestations, en appliquant des tarifs uniformes dont le montant maximal est fixé par un arrêté du gouverneur de ce Land, et en assurant des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières ni au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle[1599] ».

[1597] CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843.
[1598] *Ibid.*, pt. 36.
[1599] *Ibid.*, pt. 42.

513. Dès l'arrêt *Corbeau*, la Cour de justice a jugé que « 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[1600] ». Le juge ne fait ici que reprendre des caractéristiques utilisées depuis plus de deux décennies pour qualifier un SIEG.

514. L'arrêt *Gebhart Hiebler* est pourtant le signe d'une inflexion dans les formules jurisprudentielles. Alors que les caractéristiques dégagées depuis l'arrêt *Corbeau* n'étaient jusqu'à présent que des indicateurs pour qualifier un SIEG, le juge a procédé à un exercice de généralisation jusqu'à présent inobservé. En jugeant que « conformément à l'article 14 TFUE et l'article 1er du protocole 26, et la jurisprudence de la Cour, les ramoneurs **sont tenus** d'assurer, en vertu de ladite obligation de service public, les missions relevant de la «police du feu» au bénéfice de tous les usagers du secteur qui leur est dévolu, de manière à garantir l'égalité d'accès aux prestations, en appliquant des tarifs uniformes dont le montant maximal est fixé par un arrêté du gouverneur de ce Land, et en assurant des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières ni au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle », il dégage de l'article 14 TFUE plusieurs obligations s'imposant aux États membres portant sur le fonctionnement, et partant, la définition du SIEG. L'obligation de service public serait alors matérialisée sur la base de caractéristiques communes applicables à tous les États.

515. Pour dégager ces obligations, le juge se fonde sur l'article 14 TFUE et le protocole 26. Le premier prévoit que l'Union et les États membres veillent à ce que les services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions économiques et financières qui leur permettent d'accomplir leurs missions. De même, l'article 1er du protocole 26 identifie parmi les valeurs communes des SIEG « 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 ». Que le juge dégage des principes communs portant l'égal accès, la qualité similaire, les tarifs uniformes et le défaut de rentabilité individuel s'inscrit dans la veine de

[1600] CJCE, 19 mai 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2563, pt. 15.

ces articles. L'absence de référence à la continuité par le juge pourrait à cet égard s'expliquer au motif que ces articles n'en font également pas mention.

516. La démarche de la Cour justice pourrait surprendre. L'article 14 TFUE prévoit en effet que la détermination de principes des SIEG appartient au Parlement et au Conseil. L'arrêt *Gebhart Hiebler* ne suffit pas pourtant à conclure que le juge a dégagé des principes structurant l'ensemble des SIEG et faisant peser des obligations sur les États. Outre que cette formule n'a pour l'instant pas été reprise, elle présente des limites liées à la nature juridique de l'Union européenne et au principe d'attribution des compétences. Cette généralisation ne vaut pas lorsque le droit primaire rejette la substantification du service public de radiodiffusion, dans le domaine de la santé et des services sociaux. Si l'affaire *Gebhart Hiebler* s'illustre comme une tentative de la part du juge de rationaliser les formules jurisprudentielles en matière de SIEG, elle suppose d'une part, d'être confortée, d'autre part, d'être précisée (quid des tarifs uniformes au regard du standard de l'abordabilité ?), et enfin, de recevoir un écho doctrinal équivalent à celui de l'arrêt *Corbeau*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

517. Le fonctionnement des SIEG obéit à des règles et des méthodes qui ne leur sont pas spécifiques, tels que l'application des principes de non-discrimination et de transparence. De même, « la nouvelle approche » de réalisation du marché intérieur amorcée par la Commission depuis 1985 est à l'origine d'exigences essentielles valant également pour les SIEG. L'obligation de service public a un rôle à cet égard ambivalent. Si elle sert à matérialiser le principe de transparence, elle sert également à propos des exigences essentielles à limiter une immixtion du droit de l'Union dans le fonctionnement des SIEG.

518. La législation sectorielle, en particulier applicable aux secteurs en réseau, atteste d'une pénétration des principes français du service public, et d' « une modernisation et à un enrichissement de nos règles directrices et fondatrices du service public[1601] ». Cantonnée aux activités de réseau, ces principes ne structurent pas l'ensemble des SIEG. Le fonctionnement des services publics illustre une fois encore que les institutions européennes sont réticentes à dégager des règles transversales à l'ensemble des SIEG. L'obligation de service public n'est pas façonnée dès lors par un ensemble de caractéristiques communes aux États. Et si l'affaire *Gebhart Lieber* rendue récemment par la Cour de justice est le signe, à cet égard, d'une inflexion, elle devra être confortée.

[1601] KARPENSCHIF (M.), « Vers une définition communautaire du service public ? », art. cit.

CONCLUSION DU TITRE 2

519. L'obligation de service public est le reflet de contingences illustrant les difficultés à systématiser les critères de justification et de fonctionnement des SIEG. Destinés à préserver la marge d'appréciation des États, il est rare d'observer que les règles applicables à un secteur valent pour un autre. Les affaires *ANODE*[1602], *Commission contre France*[1603] relatives respectivement aux tarifs règlementés et aux dessertes maritimes vers et en provenance de la Corse, ainsi que l'affaire *Gebhard Hiebler*[1604] relative à un SIEG de ramonage sont cependant d'un contrôle plus rigoureux amorcé par le juge. L'affaire pendante *Commission contre Hongrie* s'inscrit dans cette veine puisque l'Avocat général BOT explicite longuement les raisons pour lesquelles il considère que les services de paiement mobile ne peuvent pas être qualifiés de SIEG[1605]. Cette démarche, qu'il conviendrait de conforter, pourrait marquer progressivement une convergence des règles applicables à la justification et au fonctionnement des SIEG . L'obligation de service public, conçue non comme une formule générale mais comme le support d'engagements de l'Etat, pourrait être envisagée comme le noyau dur de ces services.

[1602] CJCE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier Ministre e.a.*, aff. C-121/15, EU:C:2016:63.

[1603] CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843 .

[1604] Trib., 1er mars 2017, *Commission contre France*, aff. T-366/13, EU:T:2017:135.

[1605] Concl. A.G. BOT (Y.), 14 juin 2018, *Commission contre Hongrie*, aff. C-171/17, EU:C:2018:439, pts. 67 à 82.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

520. L'ouverture à la concurrence des activités en réseau s'est accompagnée d'une multiplication des références à l'obligation de service public destinées à matérialiser le contenu des services d'intérêt général. L'approche de l'obligation de service public secteur par secteur atteste d'une multiplicité des usages. Si elle sert à établir une convergence du contenu des missions d'intérêt général à travers les obligations de service universel, qu'elle identifie un ensemble commun d'obligations portant sur le prix, la localisation géographique, et la fréquence, elle sert également dans de nombreux secteurs secteurs à limiter la préemption du droit de l'Union sur la définition et le fonctionnement des SIEG.

521. Cette sectorisation de l'obligation de service public constitue une limite à la systématisation des SIEG. À cet égard, on note certes que l'État y a recours pour garantir l'accès à un service et que les principes du marché intérieur de la politique de concurrence en conditionnent son intervention à une défaillance des forces du marché. Pourtant, il est difficile d'en faire ressortir une méthode transversale. La justification de l'intervention de l'État repose dans certains secteurs sur l'application d'une méthode économique (transports aérien). Dans d'autres secteurs, le droit de l'Union se révèle particulièrement prolixe (transports terrestres, radiodiffusion, gaz). Au demeurant, l'obligation de service public permet toujours à l'État de proposer des services différents de ceux du secteur privé. Il n'est pas possible d'en conclure que, sous le prisme de la défaillance de marché, l'intervention de l'État est toujours subsidiaire au marché. Cela s'observe particulièrement dans la jurisprudence dès lors que, contrairement à l'aide d'État ou à l'entrave, le SIEG ne font pas l'objet de formules jurisprudentielles établies et rappelées de manière répétitives par le juge.

Troisième Partie

L'ÉCLATEMENT DES DISPOSITIFS DE FINANCEMENT DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC

522. L'article 106 § 2 implique des « arbitrages permanents[1606] » entre des intérêts contradictoires, d'une part, l'instauration d'une concurrence libre et non faussée, d'autre part, la réalisation d'objectifs d'intérêt général par l'intermédiaire d'entreprises sous contrôle ou sous influence publique. Il peut être vu comme une « clause dérogatoire[1607] » à la création d'un marché intérieur libéré de toute entrave[1608]. En établissant le marché comme cadre de référence des échanges entre les États membres, l'Union encourage également ceux-ci à inscrire la délivrance d'activités d'intérêt général suivant une logique de marché.

523. Au-delà des conditions de qualification d'un service d'intérêt général, l'article 106 § 2 TFUE est mobilisé par les États pour justifier des dérogations aux principes des traités afin

---

[1606] DUBOUIS (L.), BLUMANN (C.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2012, 6ème ed., p. 657,

[1607] MEROLLA (M)., MEDINA (C.)., « De l'arrêt ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *C.D.E.*, n°5-6, 2003, pp. 639-694, *spéc.* p. 647.

[1608] CARPANO (E.), « La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur », *R.U.E.*, n°616, 8 mars 2018, pp. 140 et s.

d'assurer le financement des obligations de service public. Le recours à la qualification « d'obligation de de services publics » coïncide avec une évolution fondamentale : l'encadrement et la sécurisation par le droit de l'Union des conditions de financement des activités rattachables à une obligation de service public. C'est sous cet angle que peut être envisagé un régime commun de cette obligation : s'il n'existe guère d'uniformité en ce qui concerne ses conditions de qualification et son contenu, une convergence des droits nationaux est observables s'agissant de ses modalités de financement qui, ainsi que l'a justement souligné le Pr. ECKERT, « est consubstantiel à la notion même d'obligation de service public[1609] ». Les conditions de financement ne doivent toutefois pas excessivement perturber les équilibres de marché : dans la mesure où l'obligation de service public est essentiellement conçue en présence de tiers qui assument cette même obligation, l'enjeu pour le droit de l'Union est concilier la préservation de dispositifs spécifiques de financement avec ces équilibres concurrentiels[1610].

524. Sous l'angle du droit de l'Union, le régime de l'obligation de service public apparaît dès lors comme un ensemble de règles et de dispositifs destinés à garantir dans un cadre concurrentiel le financement des obligations de service public[1611]. La sécurisation du financement repose sur deux exigences complémentaires. D'une part, il s'agit de garantir la viabilité économique et financière des conditions d'exécution des obligations de service public : cet impératif d'équilibre passe par l'utilisation des droits exclusifs ou spéciaux, dont l'attribution est elle-même encadrée par des garanties procédurales **(Titre 1)**. D'autre part, il s'agit d'adapter les formes de financement des obligations de service. Sous cet angle, ces obligations fondent, depuis plus d'une décennie, des régimes spécifiques d'aides d'État **(Titre 2)**.

[1609] ECKERT (G.), « Les modes de financement du service public dans l'environnement concurrentiel », in KOVAR (R.) SIMON (D.), (dir.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Coll. Travaux de la CEDECE, Paris, La documentation française, 2 tomes, 1998, pp. 429 et s., *spéc.* p. 430.

[1610] KARPENSCHIF (M.), « Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? », *R.J.E.P.*, n°628, février 2006, chron. 100009.

[1611] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 289, 2015.

Titre 1

LA PRÉSERVATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

525. Dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Fédérutility*, l'Avocat général RUIZ JARABO COLOMER soulignait que l'arrêt *Corbeau* fut le point de départ de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE[1612]. La mise en œuvre de ce contrôle a conduit le juge à présenter les intérêts en présence de manière binaire, en indiquant que cet article « vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique et social, avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun[1613] ». Cette opposition « quelque peu caricaturale[1614] » entre, d'une part, l'intérêt de l'Union à la mise en œuvre de la concurrence et, d'autre part, l'intérêt des États membres à la préservation de la mission SIEG s'est traduite en pratique par la suppression ou l'aménagement des monopoles instaurés par les États. Nombre d'auteurs ont alors conclu, à raison, que le droit de l'Union a été un vecteur de

---

[1612] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), 20 octobre 2009, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377, pt. 63.

[1613] CJCE, 19 mars 1991, *France contre Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-1223, pt. 12.

[1614] 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, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 769.

réduction du périmètre des services publics[1615], y compris, ainsi que l'a montré R. DE BELLESCIZE, sur les services publics constitutionnels en France[1616].

526. Toutefois, la réduction des monopoles n'est pas la seule conséquence de l'interprétation de l'article 106§2 TFUE. En lien avec les enjeux du financement de l'obligation de service public cette disposition fonde également un droit à la préservation de l'équilibre économique des entreprises investies de missions d'intérêt général **(chapitre 1)**. Cette dimension n'est pas sans risques : en l'absence de garanties d'impartialité et de transparence, elle peut conduire les Etats à pérenniser la place des opérateurs historiques. Aussi, la garantie de l'équilibre économique nécessite-t-elle la reconnaissance corrélative de garanties procédurales. Sur ce plan, le régime de l'exécution de l'obligation de service présente nécessairement des interférences avec les exigences qui résultent des règles européennes régissant les contrats de la commande publique **(chapitre 2)**.

[1615] KOVAR (R.), « La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », Europe, juillet 1992, pp. 1 et s. ; VOGEL (L.), « Chronique du droit de la concurrence », *R.M.C.U.E.*, n°372, 10 novembre 1993, pp. 812 et s. ; MODERNE (F.), « Rapports introductifs », in KOVAR (R.), SIMON (D.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, préc., pp. 27 et s.

[1616] DE BELLESCISE (R.), *Les services publics constitutionnels*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J.,, Tome 244, 2005.

Chapitre 1

La préservation de l'équilibre financier de l'entreprise

527. La réalisation du marché intérieur s'est traduite par une harmonisation du recours aux droits spéciaux ou exclusifs accordés par les États à des opérateurs économiques. S'il a nourri la jurisprudence durant les années quatre-vingt-dix, le contentieux de la légalité de ces droits – envisagé à travers l'article 106 TFUE – s'est tari et est devenu marginal. En revanche, en lien avec la qualification d'obligation de service public, cet article fonde une interprétation spécifique du principe de proportionnalité afin d'apprécier l'adéquation des droits accordés à un opérateur au regard de son environnement concurrentiel. Incontournable en droit de l'Union, le principe de proportionnalité apparaît, de prime abord, comme une mesure d'intérêts divergents en présence. Sa mise en œuvre est hétérogène selon les champs et les politiques de l'Union[1617]. Le contentieux de l'obligation de service public s'inscrit dans cette diversité de mise en œuvre, largement précisée par le juge par le développement

[1617] BARBOU DES PLACES (S.), « Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges. La marge d'appréciation du juge national varie-t-elle selon la qualification de la mesure ? » in NEFRAMI (E.) (dir.), *La marge d'appréciation du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Larcier, 2015 ; BALL (R.), *The legitimacy of the European Union through Legal Rationality. Free Movement of Thrid Country Nationals*, New-York, Routledge, 2014 ; GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité », in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 501-525, *spéc.* p. 501-505 ; XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne, et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., 1996.

d'une approche spécifique du du test de nécessité portant sur le financement des obligations de service public par des droits spéciaux ou exclusifs **(Section 1)**. Centrée sur la préservation de l'équilibre économique de l'entreprise, cette spécificité a été amplifiée dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités en réseau de façon à clarifier les relations entre les services d'intérêt économique général et les autres activités. Elle est récemment à l'origine de nouveaux mécanismes de protection au sein des transports terrestres contrôlés par les autorités de régulation **(Section 2)**.

Section 1. **UNE DÉROGATION D'ORIGINE PRÉTORIENNE**

528. La préservation de l'équilibre économique de l'entreprise chargée des obligations de service public est caractéristique du régime de l'article 106 § 2 TFUE, essentiellement à partir de l'arrêt *Corbeau* **(§1)**. Cette spécificité connaît pourtant une certaine inflexion. La multiplication des contentieux a amené le juge à importer des solutions jurisprudentielles propres aux libertés de circulation au sein de l'article 106 § 2 TFUE, et inversement, à exporter la préservation de l'équilibre économique dans des affaires qui lui sont extérieures **(§2)**.

§1. UNE SPÉCIFICITÉ DÉGAGÉE DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 106 § 2 TFUE

529. Gage de sa spécificité, l'article 106 § 2 TFUE permet aux entreprises chargées d'un SIEG de justifier des dérogations si elles s'avèrent nécessaires pour préserver son équilibre économique. Si une partie de la doctrine en a déduit que cet article admet des dérogations fondées des motifs d'ordre économique[1618] **(A)**, le raisonnement suivi par le juge conduit pourtant à une réponse plus nuancée. La préservation de l'équilibre financier de l'entreprise chargée d'un SIEG n'est pas un motif de justification à des dérogations s'ajoutant aux motifs prévus par les traités ou dégagés par le juge. Il s'agit davantage d'un moyen pris en compte, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, au moment de la mise en œuvre du test de nécessité **(B)**.

[1618] HANCHER (L.), « Case C-320/91 P, Procureur du Roi v. Paul Corbeau, Judgment of the full Court, 19 May 1993 », *C.M.L. Rev.*, 1995, pp. 305-325.

A. L'échec de l'exécution des obligations de service public en l'absence de rentabilité de l'entreprise

530. Les liens entre l'article 106 § 2 TFUE et la préservation de l'équilibre économique de l'entreprise apparaissent à partir de l'arrêt *Inter Huiles* portant sur la directive 75/439/CEE relative à l'élimination des huiles usagées. La France interdit l'exportation des huiles et oblige les entreprises à les confier à des éliminateurs nationaux agréés. Chargés de contribuer aux objectifs de protection de l'environnement et d'économies d'énergie, elle justifie l'interdiction afin d'assurer la rentabilité des éliminateurs[1619]. Rejetée par la Cour de justice pour absence d'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE[1620], la Cour de justice ne se prononce pas sur ce moyen. En revanche, l'Avocat général ROZÈS considère sans étayer son propos que l'interdiction d'exportation n'est pas indispensable pour compromettre la rentabilité des entreprises en cause[1621].

531. Il faut attendre dix ans et le prononcé de l'arrêt *Corbeau* pour que le motif de rentabilité soit de nouveau associé à l'article 106 § 2 TFUE. En se fondant sur l'expression d' « échec à l'accomplissement en droit ou en fait à la mission particulière », la Cour de justice a jugé que cet article suppose de rechercher si une restriction ou une exclusion de toute concurrence peut être nécessaire à l'entreprise pour réaliser sa mission, notamment dans des conditions économiques acceptables[1622]. Ce raisonnement est conforté par l'arrêt *Almelo*. En s'appuyant expressément sur la motivation de l'arrêt *Corbeau*, la Cour de justice a jugé que « des restrictions à la concurrence de la part d'autres opérateurs économiques doivent être admises, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci. A cet égard, il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise[1623] ».

[1619] CJCE, 10 mars 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" e.a.*, aff. 172/82, *Rec.* p. 555, pt. 13.

[1620] *Ibid.*, pts. 15 et 16.

[1621] Concl. A.G. ROZÈS (S.), 10 février 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles"*, préc.

[1622] CJCE, 19 mai 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2563, pt. 16.

[1623] CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477, pt. 49.

532. Caractéristique d'un standard juridique, l'expression de « conditions économiques acceptables » est un motif de dérogation devant être apprécié de manière stricte[1624]. Il pose la question du seuil à partir duquel l'absence de droits spéciaux ou exclusifs ne permettrait plus à l'entreprise de réaliser la mission de service public. À cette fin, on peut se reporter à une analyse linguistique de l'article 106 § 2 TFUE, et en particulier de l'expression d' « échec l'accomplissement en droit ou en fait à la mission particulière ». A. DERINGER a noté en 1965 que l' « échec » est traduit dans la version allemande du traité CEE par « verhindert » qui s'interprète non comme des difficultés à réaliser la mission, mais au contraire comme une impossibilité[1625]. Or, les expressions d' « échec » et de « conditions économiquement acceptables » ne se superposent pas. C'est probablement la raison pour laquelle le Tribunal a jugé dans l'affaire *Air Inter SA* qu'il ne suffit pas que l'accomplissement de la mission d'intérêt général soit gêné ou rendu plus difficile mais qu'il y ait échec – au sens littéral – à son exercice[1626]. Cet arrêt a été interprété comme durcissant le contrôle de proportionnalité par rapport à l'arrêt *Corbeau*[1627] en opérant un truchement de la référence aux « conditions économiques acceptables » par celle de l'impossibilité à réaliser la mission. Mais cette lecture peut elle-même être nuancée dans la mesure où les affaires ultérieures et notamment l'arrêt *Commission contre France* a réintroduit la référence « aux conditions économiques acceptables[1628] ». Moins qu'un durcissement du contrôle de proportionnalité, il apparaît que le juge attend depuis l'arrêt *Air Inter SA* que les États membres fournissent davantage d'éléments d'appréciation, telles que des données économiques, financières, et sociales pour que l'évaluation de la dérogation puisse être effectuée[1629]. Il cherche, par le recours à une analyse empirique supposée exhaustive, à éviter que l'article 106 § 2 TFUE ne devienne un moyen de contourner le régime des libertés de circulation ou de la politique de concurrence.

[1624] 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, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 767-782.

[1625] DERINGER (A.), « The interprétation of article 90 (2) of the EEC Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1965, pp. 129-138.

[1626] TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA*, aff. T-260/94, *Rec.* p. II-997, pt. 138.

[1627] MAILLO (J.), « Services of General Interest an EC Competition Law », in AMATO (G.), et EHLERMANN (C.-D.) (dir)., *EC Competition Law. A critical assessment*, Portland, Hartpublishing, 2007, pp. 591 et s.

[1628] CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre France*, aff. C-159/94, *Rec.* p. I-5815, pt. 95.

[1629] TPICE, *Air Inter SA*, préc., pt. 139 ; CJCE, *Commission contre France*, préc., pt. 106.

533. La Cour de justice n'a jamais donné d'éléments permettant d'envisager le seuil à partir duquel les conditions économiques ne seraient plus acceptables. L'explication peut résider dans la nature des contentieux au sein desquels le juge a fait usage de ce standard. Essentiellement soulevés dans le cadre de renvois préjudiciels en interprétation, la Cour de justice a en effet toujours renvoyé à l'appréciation du juge national[1630]. L'absence de précisions manifeste la volonté pour le juge de s'en réserver l'appréciation[1631] : il conserve, au cas par cas, l'appréciation qu'il convient de porter sur l'échec de la réalisation d'une obligation de service public.

B. Un motif utilisé dans le cadre du test de nécessité

534. Les solutions issues des arrêts *Corbeau* et *Almelo* ont été perçues comme un moyen de justifier des dérogations aux règles des traités sur des motifs économiques[1632]. De longue date, dans le champ du marché intérieur, la Cour de justice rejette la justification des entraves fondée des objectifs économiques, tel que par exemple la recherche d'une maximisation des recettes du Trésor public[1633]. L'article 106 § 2 TFUE n'introduit cependant pas exactement une exception à cette règle ainsi que le montre l'affaire *RTE contre Commission*. Le Tribunal a jugé en effet que « à cet égard, il est difficilement concevable que la publication de magazines généraux de télévision, par des tiers, et l' adaptation corrélative de la requérante aux exigences du marché, puissent porter atteinte aux objectifs de service public, invoqués par la requérante, et notamment à la promotion des émissions de haut niveau culturel, destinées à des minorités, ou en irlandais. Il apparaît, à l'inverse, que le fait de se réserver la publication de l'information sur les programmes hebdomadaires se justifie uniquement à des fins commerciales, et ne contribue donc en rien à la réalisation de la mission d' ordre culturel, social et éducatif impartie à RTE[1634] ».

535. La préservation de l'équilibre financier de l'entreprise ne constitue pas une justification en soi s'ajoutant aux dérogations énoncées dans les traités et celles dégagées

---

[1630] Par exemple, CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843.

[1631] RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, Tome 135, 1980, pp. 55-56.

[1632] HANCHER (L.), « Case C-320/91 P, Procureur du Roi v. Paul Corbeau, Judgment of the full Court, 19 May 1993 », art. cit.

[1633] CJUE, 11 juin 2015, *Berlington e.a. contre Magyar Àllam*, aff. C-98/14, EU:C:2015:386, pt. 60. Not. PERALDI LENEUF (F.), *R.E.D.C.*, n°1, 2014, pp. 271-279.

[1634] TPICE, 10 juillet 1991, *RTE contre Commission*, aff. T-69/89, *Rec*. p. II-485, pt. 83.

par le juge. La préservation de l'équilibre financier de l'entreprise n'est qu'un moyen destiné à réaliser l'objectif assigné à l'entreprise. Elle est analysée dans le cadre du contrôle général de proportionnalité au stade de la nécessité de la mesure ainsi que l'illustre l'arrêt *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a.*. L'affaire porte sur l'octroi d'un droit exclusif à une entreprise nationale portant sur l'incinération des déchets dangereux justifié par la nécessité de « réduire les coûts de l'entreprise chargée de l'incinération des déchets dangereux et à lui permettre ainsi d'être économiquement viable[1635] ». La Cour de justice juge que « même si la tâche confiée à cette entreprise pouvait constituer une tâche d'intérêt économique général, il appartiendrait au gouvernement néerlandais, comme le relève M. l'avocat général au point 108 de ses conclusions, de démontrer, de manière satisfaisante pour la juridiction nationale, que cet objectif ne peut pas être atteint par d'autres moyens[1636] ». Il y a ici une distinction entre d'une part, l'objectif d'intérêt général (protection de l'environnement) qui justifie la dérogation aux règles des traités, et d'autre part, les moyens associés à sa réalisation (droit exclusif nécessaire à l'équilibre financier de l'entreprise). L'article 106 § 2 TFUE ne remet en conséquence pas en cause la règle selon laquelle une dérogation au marché intérieur est interdite si elle poursuit un objectif économique. Il se singularise en revanche en permettant dans le cadre du contrôle de nécessité d'invoquer le motif de rentabilité de l'entreprise. Cette distinction s'est cependant partiellement résorbée sous l'impulsion de plusieurs affaires portant tant sur des SIEG que sur affaires plus classiques relatives à des entraves au marché intérieur.

§2. UNE SPÉCIFICITÉ FRAGILISÉE

536. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité ne repose pas sur une spécificité absolue, propre et circonscrite à l'article 106 § 2 TFUE. D'une part, l'article 106 § 2 peut en théorie fonder d'autres sujétions **(A)**, d'autre part, la préservation de l'équilibre financier se retrouve ponctuellement dans le traitement des libertés de circulation **(B)**.

A. Un élargissement artificiel de la solution *Corbeau*

537. Quelques années après les arrêts *Corbeau* et *Almelo*, la Cour de justice s'est de nouveau intéressée à la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE à l'occasion de plusieurs

[1635] CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, aff. C-203/96, *Rec.* p. I-4075, pt. 66.
[1636] *Ibid.*, pt. 67.

affaires mettant en cause les droits exclusifs d'importation d'électricité et de gaz détenus par plusieurs entreprises nationales, dont EDF et GDF. Elle a, dans ce cadre, précisé jugé qu' « il n'est pas nécessaire, pour que les conditions d'application de l'article 90, paragraphe 2, du traité [106 § 2 TFUE] soient remplies, que la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général soit menacée. Il suffit que, en l'absence des droits litigieux, il soit fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise, telles qu'elles sont précisées par les obligations de service public[1637] ». Confirmée par la suite dans l'arrêt *Albany*[1638], et plus récemment en 2011 dans l'arrêt *AG2R*[1639], cette solution montre que la Cour de justice n'entend pas réduire le recours à l'article 106 § 2 TFUE uniquement à la justification de l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs afin de protéger la viabilité financière de l'entreprise chargée d'un SIEG. Elle a dès lors procédé à un élargissement de la portée de l'article 106 § 2 TFUE par rapport aux arrêts *Corbeau* et *Almelo*.

538. Dans ces affaires, la Cour de justice entreprend une extension de la fonction de l'article 106 § 2 TFUE en soulignant que la suppression des droits exclusifs modifierait substantiellement les conditions de fourniture, de continuité, et d'égalité de traitement des abonnés[1640]. Sans y faire référence explicitement, c'est un enjeu de sécurité d'approvisionnement qui est mis en exergue par la Cour pour valider la dérogation à la libre circulation des marchandises sur le fondement de l'article 106 § 2 TFUE. Or, dans l'affaire *Campus oil* relative l'obligation pour les importateurs de produits pétroliers de s'approvisionner dans une certaine mesure auprès d'une raffinerie située sur le territoire national, la Cour de justice avait déjà utilisé le motif de la sécurité d'approvisionnement pour justifier une entrave à la libre circulation des marchandises en l'absence d'un SIEG[1641].

539. Outre que l'on peine à faire ressortir la spécificité de l'article 106 § 2 TFUE par rapport au raisonnement déjà existant dans le cadre des libertés de circulation, l'élargissement opéré par la Cour de justice se concentre *in fine* sur la situation financière de l'entreprise. Dans l'arrêt *Commission contre France*, elle a affirmé qu' « il est incontestable

---

[1637] CJCE, *Commission contre France*, préc., pt. 95.

[1638] CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-57/96 *Rec.* p. I-5751, pt. 107.

[1639] CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/09, *Rec.* p. I-973, pt. 76.

[1640] CJCE, *Commission contre France*, préc., pt. 98.

[1641] CJCE, 10 juillet 1984, C*ampus Oil Limited et autres contre ministre de l'Industrie et l'Energie et autres*, aff. C-72/83, *Rec.* p. 2727, pts 35 et 36.

que, en cas de suppression des droits exclusifs d'importation et d'exportation, certains consommateurs iraient s'approvisionner sur les marchés étrangers et certains producteurs ou exportateurs iraient y vendre leurs produits lorsque les prix pratiqués sont respectivement plus bas et plus élevés que ceux pratiqués par EDF et GDF[1642] ». Confortée à l'analyse des affaires *Albany* et *AG2R*[1643], la viabilité financière reste centrale au sein de l'article 106 § 2 TFUE.

B. Le recours à la notion de préservation de l'équilibre financier en dehors de l'article 106 § 2 TFUE

540. Depuis l'arrêt *The Queen contre Secretary of State for Social Security*[1644], la Cour de justice a reconnu la possibilité de déroger aux libertés de circulation afin de préserver l'équilibre financier du système de sécurité sociale. L'affaire a concerné la transposition de la directive 79/7 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière sociale[1645], et dont l'article 7 prévoit la possibilité pour les États d'exclure de son champ d'application la fixation de l'âge de retraite. Appelée à se prononcer sur sa portée, la Cour de justice a affirmé « bien que les considérants de la directive ne précisent pas la raison d'être des dérogations qu' elle prévoit, on peut déduire de la nature des exceptions figurant à l' article 7, paragraphe 1, de la directive que le législateur communautaire a entendu autoriser les États membres à maintenir temporairement, en matière de retraites, les avantages reconnus aux femmes, afin de leur permettre de procéder progressivement à une modification des systèmes de pension sur ce point sans perturber l' équilibre financier complexe de ces systèmes, dont il ne pouvait méconnaître l' importance[1646] ».

541. Confirmée à plusieurs reprises[1647], la Cour de justice a, indépendamment de la directive 79/7 dégagé à partir de l'affaire *Nicolas Decker* le principe selon lequel « il ne

---

[1642] CJCE, *Commission contre France*, préc., pt. 97.

[1643] CJCE, *Albany*, préc., pt. 108 ; CJUE, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc., pt. 77.

[1644] CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen contre Secretary of State for Social Security*, aff. C-9/91, *Rec.* p. I-4297.

[1645] Dir. 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.C.E.* n° L 6 du 10 janvier 1979, pp. 24-25.

[1646] CJCE, *The Queen contre Secretary of State for Social Security*, préc., pt. 15.

[1647] CJCE, 30 mars 1993, *Thomas*, aff. C-328/91, *Rec.* p. I-1267, pt. 9 ; CJCE, 11 août 1995, *Secretary of State for Social Security*, aff. C-92/94, *Rec.* p. I-2546, pt. 12 ; CJCE, 19 octobre 1995, *The Queen et The*

saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave[1648] ». Des précisions ont ensuite été apportées dans l'arrêt *Smith Peerboms* dans lequel elle a indiqué que cette raison impérieuse est liée à l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, objectif dont la réalisation est intrinsèquement connexe à son mode financement[1649]. Elle a explicité son propos en précisant qu'« il est notoire que le nombre des infrastructures hospitalières, leur répartition géographique, leur aménagement et les équipements dont elles sont pourvues, ou encore la nature des services médicaux qu'elles sont à même d'offrir, doivent pouvoir faire l'objet d'une planification, laquelle répond, en règle générale, à diverses préoccupations[1650] ». Ainsi, « d'une part, cette planification poursuit l'objectif de garantir sur le territoire de l'État concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité. D'autre part, elle participe d'une volonté d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter, dans la mesure du possible, tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines. Un tel gaspillage s'avérerait en effet d'autant plus dommageable qu'il est constant que le secteur des soins hospitaliers engendre des coûts considérables et doit répondre à des besoins croissants, tandis que les ressources financières pouvant être consacrées aux soins de santé ne sont, quel que soit le mode de financement utilisé, pas illimitées[1651] ».

542. Le recours à cette raison impérieuse n'est pas sans limite. Elle ne peut, par exemple, justifier l'obligation d'obtenir une autorisation préalable de l'organisme de sécurité sociale avant d'acheter une paire de lunettes dans un autre État membre que celui d'affiliation, dès lors que « le remboursement forfaitaire de lunettes et de verres correcteurs achetés dans d'autres États membres n'aurait pas d'incidence sur le financement ou l'équilibre du système de sécurité sociale[1652] ». En revanche, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut servir à justifier une autorisation préalable à la prise en charge

---

Secretary of State for Health, aff. C-137/94, *Rec.* p. I-3422, pts. 19 à 24 ; CJCE, 30 janvier 1997, *Livia Blaestra*, aff. C-139/95, *Rec.* p. I-568, pt. 35.

[1648] CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker*, aff. C-120/95, *Rec.* p. I-1871, pt. 39.

[1649] CJCE, 28 avril 1998, *Kohl*, aff. C-158/96, *Rec.* p. I-1931, pt. 50 ; CJCE, 12 juillet 2001, *B.S.M. Smits*, aff. C-157/99, Rec. p. I-5509, pt. 73.

[1650] CJCE, 16 mai 2006, *The Queen contre Bedford Primary Care Trust*, aff. C-372/04, *Rec.* p. I-4376, pts. 109.

[1651] *Ibid.*, pt. 110.

[1652] CJCE, *Nicolas Decker*, préc., pt. 40.

financière de soins pratiqués dans un autre État membre[1653], car à l'inverse « une telle possibilité serait, en effet, susceptible de conduire à une sous-utilisation des équipements matériels lourds implantés dans l'État membre d'affiliation et subventionnés par celui-ci ou encore à une charge démesurée pour le budget de la sécurité sociale de cet État membre[1654] ». Le motif tiré de l'équilibre financier du système de sécurité sociale fonde dès lors une distinction entre le régime des soins ambulatoires pour lesquels un régime d'autorisation préalable à la prise en charge est une entrave à la libre prestation de services, et le régime des soins hospitaliers pour lesquels l'autorisation peut être fondée sur ce même motif. Autant faut-il, toutefois, que le patient soumis à une exigence d'autorisation bénéficient de droits procéduraux : sa demande de prise en charge doit être examinée de manière impartiale, transparente et, surtout, suivant un délai acceptable par rapport au soin pratiqué[1655]. Ainsi que l'a justement souligné le Pr. L. AZOULAI, ce régime ne fonde pas, en tant que tel, un droit d'accès aux soins dans un Etat autre que l'Etat d'affiliation : il fonde un droit « à la justice procédurale »[1656] pour le patient qui souhaite bénéficier d'une thérapie dans un autre Etat.

543. La préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale a fait l'objet de codification dans plusieurs directives. Outre que la directive services y fait explicitement référence[1657], et que ce motif se trouverait également selon l'Avocat général WATHELET au fondement de la directive 2004/38/CE relative à la libre circulation des citoyens[1658], ce motif a servi de manière tout à fait originale à justifier l'adoption de la directive 2011/24/UE relative à la mobilité des patients[1659]. La proximité de cette raison impérieuse avec les

---

[1653] CJCE, *The Queen contre Bedford Primary Care Trust*, préc., pts. 107 à 113. Cela ne vaut pas en revanche si l'état de santé du patient a nécessité une intervention en urgence dans l'État membre autre que celui d'affiliation, CJUE, 5 octobre 2010, *Georgi Ivanov Elchinov*, aff. C-173/09, *Rec.* p. I-8889, pt. 45.

[1654] CJUE, 5 octobre 2010, *Commission contre France*, aff. C-512/08, *Rec.* p. I-8833, pt. 41.

[1655] Ces précisions sur le régime procédural ont été systématisées dans l'arrêt, CJCE, grd. chb., 16 mai 2006, *Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust et Secretary of State for Health*, aff. C-372/04, *Rec.* p. I-4325.

[1656] AZOULAI (L.), « En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale ! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union », *R.D.S.S.*, n°5, 2006, pp. 843-851.

[1657] Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36, art. 4 sous 4).

[1658] Concl. A.G. WATHELET (M.), 26 mars 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14, EU:C:2015:210, pt. 90, en n'obligeant pas dans certaines cas les États à prendre en charge les personnes qui font usage de leur liberté de circulation.

[1659] Dir. 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *J.O.U.E.* n° L 88 du 4 avril 2011, pp. 45-65, pts. 29 : « il convient d'assurer une plus grande sécurité juridique en matière de remboursement des coûts des soins de santé pour les patients et pour les professionnels de santé, les prestataires de soins de santé et les

solutions rendues dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE est manifeste et a conduit la doctrine à constater un rapprochement de l'article 106 § 2 TFUE avec les règles du marché intérieur[1660]. Cette proximité s'observe particulièrement dans l'affaire *Kattner Stahlbau GmbH*. Après avoir rappelé que le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse, la Cour de justice a affirmé que « le regroupement de toutes les entreprises relevant du régime concerné au sein de communautés de risques, permet à celui-ci, qui poursuit, ainsi qu'il ressort du point 38 du présent arrêt, un objectif social, d'opérer selon un système mettant en œuvre le principe de solidarité, caractérisé, notamment, par le financement au moyen de cotisations dont le montant n'est pas strictement proportionnel aux risques assurés et par le service de prestations dont la valeur n'est pas strictement proportionnelle aux cotisations[1661] ». Bien qu'il utilise le même vocable que lorsqu'il qualifie un SIEG en matière sociale[1662], le juge ne fait ni référence à la présence d'un SIEG, ni référence à l'article 106 § 2 TFUE.

544. La préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale est une raison impérieuse cantonnée à la matière sociale et sanitaire. Elle ne structure pas le contrôle de proportionnalité, de manière général pour les libertés de circulation, ni dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE. Pourtant, un système de sécurité sociale est reconnu comme un service d'intérêt général et qualifié de service public dans la plupart des Etats. Aussi, l'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour de justice se fonde progressivement sur l'article 106 § 2 TFUE afin de distinguer cette disposition de la jurisprudence usuelle en matière de libertés de circulation. Cependant, il n'est pas certain que la qualification d'entreprise, constituant une condition d'applicabilité de l'article 106 § 2 TFUE, eut été retenue[1663]. Afin d'éviter un tel blocage, on peut supposer que la Cour de justice a préféré dégager une raison impérieuse aboutissant à la mise en place d'un contrôle analogue. Il en résulte cependant une différence

---

institutions de sécurité sociale » ; DE LA ROSA (S.), « The Directive on Cross-Border Healthcare or the Art of Codifying Complex Case Law, *C.M.L. Rev.*, 2012, pp. 49 and f.

[1660] HATZOPOULOS (V.), « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.) (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 209.

[1661] CJCE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH*, aff. C-350/07, *Rec.* p. I-1513, pt. 87.

[1662] CJCE, *Albany*, préc. ; CJCE, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc.

[1663] La Cour de justice pourrait toujours considérer que l'organisme doit être considéré comme une entreprise au regard des effets sur le marché, comme elle l'a déjà fait pour les centres hospitaliers et pour les organismes de radiodiffusion. Cependant, cela remettrait en cause le caractère hybride des services sociaux dégagé depuis l'arrêt *Poucet et Pistre* selon lequel seul un faisceau d'indices permet de déterminer si l'organisme est ou non une entreprise, CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et 160/91, *Rec.* p. I-637.

sur la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. La préservation de l'équilibre financier est considérée comme un objectif d'intérêt général qui s'ajoute à ceux prévus par les traités et dégagés par le juge. Or dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE, elle ne constitue pas un motif de justification à une dérogation, mais un moyen mobilisé dans le cadre du test de nécessité.

Section 2. **UN MOTIF UTILISÉ POUR APPRÉCIER LA PORTEE DES DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS**

545. La préservation de l'équilibre économique justifie des dérogations aux traités. Son champ est cependant contrôle tant par le juge que par le législateur. À de rares exceptions **(§2)**, elle ne justifie des droits spéciaux ou exclusifs qu'au sein du SIEG **(§1)**.

§1. LA PRÉSERVATION DES DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS AU SEIN DES SIEG

546. La préservation de l'équilibre financier a essentiellement servi à justifier la mise en place d'un régime de péréquation des coûts, parfois renforcée par le législateur dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau **(A)**. Si cette technique permet aux États membres de prévoir les moyens de financer les obligations de service public, elle est également révélatrice des ambiguïtés qui caractérisent la qualification du SIEG **(B)**.

A. Le financement de l'activité d'intérêt général par la péréquation interne des coûts

547. Dans l'arrêt *Corbeau*, la Cour de justice a dégagé la règle selon laquelle l'entreprise réalisant une mission d'intérêt économique général doit pouvoir bénéficier du droit d'effectuer cette mission tant sur les pans rentables de l'activité que pour ceux qui ne le sont pas[1664]. À défaut, ainsi que l'a souligné l'Avocat général TESAURO, « la concurrence se concentrerait sur les lignes les plus rentables, en exerçant une pression progressive sur les tarifs et, partant, un écrémage des profits de l'administration postale. La prise en charge des

[1664] CJCE, *Corbeau*, préc., pts. 17 et 18.

services plus onéreux et, de ce fait, structurellement déficitaires serait en revanche laissée à l'administration postale[1665] ».

548. Cette technique octroie à l'entreprise chargée d'un SIEG les moyens d'assurer son équilibre économique grâce à une péréquation entre les pertes et profits des différents segments de l'activité dont elle est chargée par l'État. Dans l'affaire *Commission contre France*, la Cour de justice a souligné qu'avec « la suppression des droits exclusifs d'importation et d'exportation, certains consommateurs iraient s'approvisionner sur les marchés étrangers et certains producteurs ou exportateurs iraient y vendre leurs produits lorsque les prix y pratiqués sont respectivement plus bas et plus élevés que ceux pratiqués par EDF et GDF[1666] ». De même dans l'arrêt *Albany*, elle a jugé qu'« en cas de suppression du droit exclusif du fonds de gérer le régime de pension complémentaire pour tous les travailleurs d'un secteur déterminé, les entreprises employant un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses rechercheraient des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés. Le départ progressif des «bons» risques laisserait au fonds sectoriel de pension la gestion d'une part croissante de «mauvais» risques, provoquant ainsi une hausse du coût des pensions des travailleurs, et notamment de ceux des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses, auxquelles le fonds ne pourrait plus proposer de pensions à un coût acceptable[1667] ». Plus récemment, c'est le même raisonnement qui fut mis en exergue dans l'affaire *Gebhart Hiebler*, dans laquelle le juge a indiqué qu'« il ne saurait ainsi être exclu que, en l'absence d'une délimitation par secteurs, les ramoneurs décident d'exercer leurs activités uniquement dans les localités jugées attractives et donc en faveur d'une partie limitée de la population, de sorte que les habitants des localités moins attractives souffriraient d'un nombre insuffisant de prestataires disponibles pour assurer un service de ramonage sûr et de qualité[1668] ».

549. L'ouverture à la concurrence a été l'occasion pour le législateur de conforter la technique de péréquation envisagée par la Cour de justice comme justification aux

---

[1665] Concl. A.G. TESAURO (G.), 9 février 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2533 ; ECKERT (G.), *Droit public des affaires*, Coll. Focus droit, Paris, L.G.D.J., 2ème ed. 2013, pp. 174 et s.

[1666] CJCE, *Commission contre France*, préc., pt. 97.

[1667] CJCE, *Albany*, préc., pt. 108.

[1668] CJUE, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, préc., pt. 63.

monopoles pour les services universels des postes et l'électricité et des communications électroniques. Elle a également été au centre des négociations des règlements portant sur l'imposition d'obligations de service public dans les transports terrestres. Le refus de substantifier l'obligation de service public dans ces transports et la nature essentiellement procédurale du règlement 1370/2007 expliquent qu'il ne fasse aucune référence à la possibilité d'utiliser des lignes rentables pour financer des lignes non rentables. Il est simplement souligné que « lorsqu'une autorité compétente décide d'octroyer à l'opérateur de son choix un droit exclusif et/ou une compensation, quelle qu'en soit la nature, en contrepartie de la réalisation d'obligations de service public, elle le fait dans le cadre d'un contrat de service public[1669] ». La révision en 2016 du règlement 1370/2007 se révèle cependant plus explicite, en prévoyant que les autorité compétentes ont « la possibilité de regrouper des services couvrant leurs coûts et des services ne couvrant pas leurs coûts[1670] ».

550. Il en résulte une singularité du financement des obligations de service public dans les transports terrestres au regard des autres modes de transport. L'affaire *Air Inter SA* relative au refus de la direction générale de l'aviation civile d'autoriser une compagnie aérienne souhaitant réaliser des liaisons entre Paris Toulouse et Paris Marseille en a été la première illustration. Selon le gouvernement, cette exclusivité accordée à la compagnie Air Inter sur ces lignes permet de financer d'autres lignes déficitaires[1671]. Cette argumentation est cependant rejetée par le Tribunal en se fondant sur le règlement 2408/92 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires. En l'occurrence, il juge que le règlement « prévoit un examen liaison par liaison, à l'exclusion de toute logique de réseau et de toute péréquation tarifaire liée à un tel concept de réseau[1672] ». Et si le Tribunal envisage l'hypothèse dans laquelle il pourrait être dérogé au règlement sur le fondement de l'actuel 106 § 2 TFUE s'il met en échec la mission impartie à l'entreprise, il conclut à la négative en posant des exigences qui rendent peu réaliste

[1669] Règlement (UE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, *J.O.U.E.* n° L 315 du 03 décembre 2007, p. 1, art. 3 § 1, non modifié par le règlement 2016/2338/UE.

[1670] *Ibid*, tel que modifié par Règlement 2016/2338/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22.

[1671] TPICE, *Air Inter SA*, préc., pt. 98. Cette péréquation constitue selon de l'ancien député Gilles SAVARY « l'arme » française relative à l'égalité tarifaire devant le service public, SAVARY (G.), *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?*, Coll. Monde en cours, Paris, L'aube, 2005, p. 27.

[1672] *Ibid.*, pt. 125.

l'opportunité d'utiliser cette dérogation[1673]. Si le règlement 1008/2008 a conforté cette lecture[1674], il prévoit pourtant de manière peu explicite que l'examen peut avoir lieu non pas liaison par liaison, mais pour un groupe de liaisons pour « des raisons d'efficacité opérationnelle[1675] ». Ni la Commission, ni le juge ne se sont cependant prononcés à ce sujet.

551. Enfin, l'interdiction du financement des lignes de transport soumises à des obligations de service public par des lignes pour lesquelles aucune obligation de service public n'est imposée s'illustre également dans les transports maritimes. Si le règlement 3577/92/CEE n'est pas explicite sur la question, et que la Cour de justice n'a jamais expressément dégagé une telle interdiction à l'instar de l'arrêt *Air inter SA*, l'affaire *ANALIR* a montré que la fixation d'obligations de service public s'apprécie liaison par liaison[1676] ; exigence que le Conseil d'État a rappelé dans l'affaire *Compagnie Méridionale de Navigation*[1677]. Le Tribunal a d'ailleurs récemment conforté cette lecture dans l'affaire *Commission contre France* relative au financement de lignes en provenance et direction de la Corse[1678].

552. La légalité du recours à la péréquation peut expliquer les fluctuations portant sur la charge de la preuve. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité oblige les États invoquant des dérogations aux traités à démontrer qu'il n'existe pas de mesures moins restrictives pour réaliser l'objectif d'intérêt général recherché[1679]. Cette règle vaut également pour les SIEG ainsi que l'appelé l'Avocat général LÉGER dans l'affaire *Âklagaren contre Krister Hanner* afin de « vérifier que la mission spécifique de l'entreprise ne peut être

---

[1673] *Ibid.*, pts. 134 à 141. En l'occurrence, le Tribunal fait peser sur l'État la charge de la preuve et impose qu'il démontre d'une part que la perte des recettes serait d'une ampleur telle qu'elle aurait pour conséquence l'abandon de la desserte des lignes déficiaires (on retrouve ici une argumentation analogue aux directives en matière de télécommunications), et d'autre part, qu'il n'existait aucun moyen alternatif d'assurer la sauvegarde du financement des lignes déficiaires.

[1674] *Ibid.*, art. 16 § 9 ; Voy. également, CE, 15 décembre 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion – Côte de granit*, req. n° 413193, *cons.* 5.

[1675] Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3, art. 16 § 10.

[1676] CJCE, 20 février 2001, *ANALIR*, aff. C-205/99, *Rec.* p. I-1271.

[1677] CE, 13 juillet 2012, *Compagnie Méridionale de Navigation*, req. n° 355616, *cons.* 5.

[1678] Trib., 1er mars 2017, *SNCM contre Commission*, aff. T-454/13, EU:T:2017:134, pts. 196 et s.

[1679] GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité », in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 501-525, *spéc*. p. 501-505 ; SIBONY (A.-L.), BARBIER DE LA SERRE (E.), « Charge de la preuve et théorie du contrôle communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *R.T.D. eur.*, n°2, 15 juin 2007, pp. 205 et s.

accomplie par des mesures moins restrictives[1680] ». Cependant dans l'arrêt *Commission contre France,* la Cour de justice a jugé que « cette charge de la preuve ne saurait aller jusqu'à exiger de cet État membre […] d'aller encore plus loin pour démontrer, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable, par définition hypothétique, ne puisse permettre d'assurer l'accomplissement desdites missions dans les mêmes conditions[1681] ». Dans l'affaire *Albany*, elle a également jugé que la matière sociale justifie qu'elle n'étudie pas l'hypothèse des mesures moins restrictives[1682] ; plus récemment dans l'affaire *Castelnou Energia,* le Tribunal a considéré qu'« il n'appartenait pas à la Commission, dans le cadre de son contrôle restreint, d'effectuer une analyse comparative de l'ensemble des mesures envisageables aux fins d'atteindre l'objectif d'intérêt général poursuivi[1683] ». À l'inverse et de manière plus isolée, la Cour de justice, dans l'affaire *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune,* a étudié les mesures moins restrictives pour conclure qu' « une mesure ayant un effet moins restrictif sur la concurrence, telle qu'une réglementation imposant simplement aux entreprises de faire recycler leurs déchets, n'aurait pas nécessairement garanti le recyclage de la plupart des déchets produits dans la commune, en raison même de l'insuffisance des capacités de traitement desdits déchets[1684] ». En n'appliquant pas la règle usuelle selon laquelle la charge de la preuve pèse sur la partie qui invoque la dérogation, le juge préserve la marge d'appréciation des États sur les moyens à leur disposition pour financer un SIEG.

B) Une technique justifiant l'absence de transversalité de la défaillance de marché comme critère conditionnant l'intervention de l'État

553. La technique de péréquation n'est pas sans effet sur la mise en place d'un marché intérieur libéré de toute entrave. On pourrait en effet envisager une solution moins restrictive pour les entreprises. Les États laisseraient au marché les segments rentables d'une activité, et financerait par un contrat de service public les segments non rentables. Cette position a été défendue par l'avocat général LÉGER dans l'affaire *Âklagaren contre Krister Hanner*

[1680] Concl. A.G. LÉGER (Ph.), 25 mai 2004, *Âklagaren contre Krister Hanner*, aff. C-438/02, *Rec.* p. I-4551 pt. 142.

[1681] CJCE, *Commission contre France,* pt. 101.

[1682] CJCE, *Albany*, préc., pt. 122.

[1683] Trib., 3 décembre 2014, *Castelnou Energía, SL, contre Commission européenne*, aff. T-57/11, EU:T:2014:1021, pt. 171.

[1684] CJCE, 23 mai 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, aff. C-209/98, *Rec.* p. I-3743, pt. 80.

relative au monopole de la vente au détail des médicaments en Suède. Réservé sur l'octroi d'un tel droit exclusif, il a estimé que les effets sur la concurrence seraient moins restrictifs par le recours au contrat de service public dans les zones mal desservies[1685].

554. La lecture proposée par l'Avocat général LÉGER est probablement la plus respectueuse de la mise en place d'une concurrence libre et non faussée. Elle réduit le rôle de l'État au financement des services désertés par les entreprises, ce que la Cour de justice a cherché à éviter en reconnaissant la technique de péréquation. Elle permet d'alléger les charges pesant sur lui en trouvant des sources de financement de l'activité d'intérêt général qui ne reposent pas, ou pas uniquement sur des fonds publics. Un comparatif entre les obligations de service public dans les transports terrestres (plusieurs milliards d'euros chaque année au sein de l'Union) par rapport par exemple aux transports aériens (178 lignes au sein de l'Union européenne) illustre les enjeux liés à la reconnaissance de cette technique. Son absence aurait pour conséquence un alourdissement du coût financier du service public. Dans un contexte de disette budgétaire, il en résulterait une réduction du périmètre du service public, ce que les débats sur la réforme ferroviaire ont mis en évidence[1686]. La péréquation est donc intrinsèquement liée à l'objet et au fonctionnement du service public et, au final, à sa préservation. Elle facilite des dispositifs de redistribution sectorielle, le financement des profils non rentables par les profils rentables, la desserte en électricité ou en transport des zones géographiques difficilement accessibles et/ou peu peuplées, et concourt à l'abordabilité des tarifs « sans tenir compte des situations particulières ni du degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle[1687] ».

555. La péréquation est de nature à expliquer le juge refuse de généraliser la règle selon laquelle l'intervention de la personne publique est conditionnée à la présence d'une défaillance du marché s'appréciant liaison par liaison. Elle permet en effet de qualifier les segments rentables d'une activité de service d'intérêt économique général. On voit ici de quelle façon le mode de financement d'un service par l'État contribue à la qualification et au champ d'un SIEG.

[1685] Concl. A.G. LÉGER (Ph.), *Åklagaren contre Krister Hanner*, préc., pt. 169.
[1686] Par exemple, *Le monde*, 26 août 2018.
[1687] Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.), 20 octobre 2009, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377, pt. 54.

§2. LE REJET DES DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS EN DEHORS DES SIEG

556. En jugeant que l'article 106 § 2 TFUE invite à concilier l'intérêt de l'Union au respect de la concurrence et l'unité du marché commun, la Cour de justice a posé une limite à l'utilisation des entreprises à des fins économiques et sociales par les États membres. En l'occurrence, la Cour, puis le législateur rejettent l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs sur des activités hors du champ du SIEG **(A)**, sauf pour les transports terrestres **(B)**.

A. La rejet d'une péréquation externe des coûts

557. Dans l'arrêt *Corbeau*, la Cour de justice a jugé que « 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[1688] ». Tel est le cas « de 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[1689] ». Le juge refuse que l'entreprise qui a la charge d'un SIEG finance cette activité en bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux sur une activité qui n'a pas cette qualification juridique[1690].

558. Cette solution a été amplifiée par le législateur dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau. En matière postale, la directive 97/67/CE prévoit à l'origine la possibilité pour les États de réserver certains services postaux « pour assurer le fonctionnement du service universel dans des conditions d'équilibre financier[1691] ». Son périmètre a cependant été progressivement restreint – il a comporté la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux (envois rapides et normaux) nationaux et transfrontaliers[1692], y compris le publispostage (promotion de produits par l'usage de

---

[1688] *CJCE, Corbeau,* préc., pt. 19.

[1689] *Ibid.*

[1690] CJCE, *Albany*, préc., pt. 108 ; CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Post AG*, pts. 49 à 52 ; CJUE, *AG2R*, préc., pts. 76-77.

[1691] *Ibid, cons.* 16 ; FRIBOULET (A.), « accords et désaccords sur l'ouverture du marché postal », *R.T.D. Eur.*, n°2, 15 juin 2009, pp. 381 et s.

[1692] La possibilité de réserver les envois postaux transfrontaliers est prévue dans le considérant 19 de la directive 97/67/CE, mais n'est pas reproduit à dans le corps du texte. À l'occasion de l'affaire *International Mail Spain SL*, s'est posée la question de savoir si ces envois peuvent être réservés. La Cour de justice a jugé que tel est le cas en procédant, il nous semble, à une interprétation de la directive à l'aune de la directive

prospectus) dont le poids est inférieur à 350 grammes en 1997[1693], 100 grammes en 2003[1694], 50 grammes en 2006[1695] –, pour être finalement supprimé[1696]. L'article 106 § 2 TFUE ne peut ainsi pas être invoqué pour réserver une partie des services hors du service universel. La Cour de justice en a jugé ainsi à propos de l'autoprestation au motif qu'une telle restriction serait en contradiction avec la finalité de la directive, à savoir une libéralisation progressive et contrôlée du secteur postal[1697].

559. Au sein des communications électroniques, la directive 90/388/CE a identifié la téléphonie vocale comme la principale source de revenus permettant le développement du réseau universel[1698], ce qui a justifié alors qu'elle ne soit pas concernée par l'abolition des droits exclusifs et spéciaux poursuivie par la directive[1699]. Certains État ont pourtant entrepris de manière autonome de supprimer l'exclusivité des droits portant sur la téléphonie vocale[1700], et le Conseil a fini par abolir cette exception par la directive 96/19/CE[1701]. La suppression de l'exclusivité portant la téléphonie vocale s'explique au motif que « le Parlement et le Conseil ont depuis lors reconnu qu'il existe des moyens moins restrictifs que l'octroi de droits exclusifs et spéciaux pour assurer cette tâche d'intérêt économique général[1702] [établissement d'un réseau de service universel] ». Si la technique de péréquation

---

2002/39/CE (non applicable au litige). En l'occurrence, l'arrêt est rendu en 2007 et cette directive révise la directive 97/67/CE en incluant expressément le courrier transfrontalier dans les services pouvant être réservés, voy. CJCE, 15 novembre 2007, *International Mail Spain SL*, aff. C-162/06, *Rec.* p. I-9911.

[1693] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14, art. 7 § 1 et § 2.

[1694] *Ibid.* art. 7 § 1 tel que modifié par la Dir. 2002/39/CE du Parlement et du Conseil, du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce que concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux dans la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 176 du 05 juillet 2002, p. 21.

[1695] *Ibid.*

[1696] *Ibid.*, art. 7 tel que modifié par la Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 52 du 27 février 2008, p. 3.

[1697] CJCE, 11 mars 2004, *ASEMPRE*, aff. C-240/02, *Rec.* p. I-2461, pt. 24.

[1698] Dir. 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 10, *cons.* 18.

[1699] *Ibid.*, art. 2 ; Dir. 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *J.O.U.E.* n° L 256 du 26 octobre 1995, p. 49, *cons.* 5 et 15 ; Dir. 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, *J.O.U.E.* n° L 321 du 31 décembre 1995, p. 6, art. 11 § 4.

[1700] Dir. 95/62/CE, préc., *cons.* 7.

[1701] Dir. 90/388/CEE, préc., art. 2 § 2 tel que modifié par la Dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 74 du 22 mars 1996, p. 13.

[1702] *Ibid.*, *cons.* 4.

dégagée par le juge a en conséquence trouvé un élan dans le droit dérivé, elle génère cependant des difficultés à établir une juste compensation des coûts[1703].

B. Les hypothèses de restrictions aux activités externes aux SIEG

560. Dégagée par l'arrêt *Corbeau* (1), puis reprise par le législateur uniquement dans le cadre des transports terrestres (2), le financement d'un SIEG peut se réaliser par des restrictions à des activités se situant en dehors de son champ. Significatif de la valorisation des SIEG dans la construction européenne, il est rare pourtant que structure du financement soit accueillie par le juge et les autorités de régulation.

1) Une hypothèse essentiellement théorique

561. L'interdiction posée par l'arrêt *Corbeau* selon laquelle la péréquation ne peut s'opérer avec des activités distinctes du SIEG n'est pas absolue. Dès l'arrêt *Corbeau*, la Cour de justice a indiqué que l'interdiction des restrictions de concurrence pour les activités extérieures aux SIEG ne vaut que « 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[1704] ».

562. Il a fallu attendre le récent arrêt *Gebhart Hiebler* pour que la Cour de justice en offre une illustration. L'affaire porte sur l'encadrement de la profession de ramoneurs en Autriche, dont l'exercice est soumis à des limitations territoriales portant tout autant sur certaines missions identifiées d'intérêt économique général (missions relevant de la police du feu) que sur des missions qui n'en ressortent pas. Elle note que « bien que la limitation territoriale en cause au principal vise l'exercice de la profession de ramoneur, dans son ensemble, la réglementation nationale retient comme seul critère de délimitation sectorielle celui relatif au nombre minimal de ramoneurs dont il faut garantir la viabilité économique de l'activité à l'intérieur de chaque secteur pour assurer l'exercice satisfaisant des missions relevant de la «police du feu», sans tenir aucunement compte des activités économiques privées, qui constituent, d'ailleurs, la part la plus substantielle de l'exercice de la profession de

---

[1703] LOMBARD (M.) « Une analyse économique du droit des services publics : « L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ? » par Gilles Savary (Éditions de l'Aube, 2005) », *Droit administratif*, n°5, mai 2005, alerte 11.

[1704] CJCE, *Corbeau*, préc., pt. 19.

ramoneur[1705] ». Si elle en déduit que la législation nationale n'est pas cohérente pour les activités économiques privées (donc hors police du feu) car elle n'aboutit pas à une protection de la santé publique équivalente[1706], la Cour juge cependant que cette exigence de cohérence serait susceptible de s'effacer si la répartition géographique est nécessaire pour assurer l'exercice satisfaisant des missions de police du feu dans des conditions d'équilibre économique[1707]. La Cour de justice renvoie au juge national le soin d'apprécier si les activités privées des ramoneurs et les activités de police du feu sont dissociables, et si tel est le cas, l'invite à rechercher s'il existe une répartition territoriale imposée uniquement sur ces dernières pourrait être suffisante pour assurer leur viabilité économique.

563. Le raisonnement suivi dans l'affaire *Gebhart Hiebler* montre que la justification des droits spéciaux ou exclusifs sur des activités externes au SIEG mériterait de trouver un meilleur équilibre des divers intérêts en présence. En effet, après avoir rejeté le zonage de la profession de ramoneurs car la législation ne respecte pas l'exigence de cohérence en n'assurant pas une protection équivalente de la santé publique pour la population, la Cour de justice a cependant jugé que cette répartition pourrait être conforme avec le droit de l'Union dans l'hypothèse où les activités économiques privées seraient indispensables pour assurer l'équilibre économique des obligations de service public assurées par les ramoneurs (entretien des bâtiments publics). Le juge admet en conséquence que la population ne puisse pas obtenir une protection équivalente afin que l'entretien des bâtiments publics par les ramoneurs (police du feu) réalisé par les ramoneurs se fasse dans des conditions économiques acceptables. Le raisonnement est en conséquence perfectible et mériterait une prise en compte plus équilibrée des divers intérêts en présence, par exemple en obligeant les États à observer l'exigence de cohérence tant pour les activités SIEG que les activités qui n'en relèvent pas. Si l'hypothèse posée par l'arrêt *Corbeau* reste en l'état majoritairement théorique, le législateur l'a réutilisée au sein des transports terrestres.

2) Une approche mobilisée par le législateur dans les transports terrestres

564. L'interdiction de réserver des activités qui ne sont pas des SIEG à l'entreprise chargée d'obligations de service public se retrouve de manière marginale dans le cadre de

[1705] *Ibid.*, pt. 68.
[1706] *Ibid.*, pt. 69.
[1707] *Ibid.*, pts. 71 et 77.

l'ouverture à la concurrence des activités de réseau. Le législateur s'est au contraire attaché à supprimer les droits exclusifs sur de telles activités. Seuls les transports ferroviaires présentent à cet égard une exception importante. Véritable protection « des segments défavorisés du ferroviaire, qui se met au profit d'un sujet qui n'est jamais désigné comme tel : l'usager ![1708] », la directive 2007/58/CE (3ème paquet ferroviaire) prévoit que « les États membres devraient avoir la faculté de limiter le droit d'accès au marché lorsque ledit droit compromettrait l'équilibre économique de ces contrats de service public[1709]. Alors circonscrite aux cas d'accès au réseau pour des trajets internationaux, la faculté est reprise dans la directive dite refonte 2012/34/UE : les États membres peuvent limiter le droit d'accès à l'infrastructure ferroviaire sur les services entre un lieu de départ et une destination qui font l'objet d'un ou plusieurs contrats de service public[1710]. Une entreprise ferroviaire ne réalisant pas des obligations de service public peut se voir interdire soit d'effectuer une liaison, soit de prendre des voyageurs dans une gare située sur le trajet d'un service international et de les déposer dans une autre[1711].

565. Le 4ème paquet ferroviaire a amplifié et a apporté des précisions sur la mise en œuvre de cette dérogation. La limitation est possible pour limiter les conséquences de l'exercice par une entreprise ferroviaire de son droit d'accéder au réseau au titre du régime dit de l'accès libre (« open access »). Désormais généralisé, le droit d'accès permet à n'importe quelle entreprise ferroviaire, titulaire d'une licence ferroviaire, de programmer des sillons de manière libre, y compris pour des liaisons internes[1712]. Mais une telle interdiction ne vaut

---

[1708] GRARD (L.), « L'espace ferroviaire unique européen : des réalités ou des chimères ? », in RAPOPORT (C.) (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 338-346, *spéc.* p. 340.

[1709] Dir. 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 44, *cons.* 10, repris dans la Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *J.O.U.E.* n° L 343 du 14 décembre 2012, p. 32, *cons.* 20.

[1710] Dir. 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fers communautaires, *J.O.C.E.* n° L 237 du 24 août 1991, p. 25, art. 10 tel que modifié par Dir. 2007/58/CE ; Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *J.O.U.E.* n° L 343 du 14 décembre 2012, p. 32, art. 11 § 1 (le droit d'accès à l'infrastructure ferroviaire est prévu par l'article 10 de la directive).

[1711] *Ibid.*

[1712] Depuis la loi du 27 juin 2018 portant pacte ferroviaire, l'article L. 2122-9 du code des transports prévoit, en accord avec la directive 2012/34, que « les entreprises ferroviaires ont, dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires, un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire ». En ce qu'elle vise nécessairement toutes les entreprises ferroviaires, cette formulation abroge le régime antérieur de l'accès limitatif au réseau et consacre un droit général d'accès.

que si aucune solution ne peut être trouvée pour réaliser le service sans porter atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public[1713]. Une dialogue doit alors s'effectuer entre l'État et l'entreprise de façon à trouver une solution qui concilie les différents intérêts en présence. L'enjeu de ce contrôle de l'équilibre économique tient essentiellement à la méthode suivie par le régulateur – en l'occurrence l'ARAFER – pour apprécier les conséquences concurrentielles d'une limitation du droit d'accès.

566. De manière tout à fait originale, si les directives ne prévoient la possibilité de limiter le droit d'accès que pour les services ferroviaires, la France a dupliqué ce mécanisme pour les liaisons par autocar dans le cadre de la loi du 6 août 2015[1714]. L'un de ses apports, abondamment commenté, fut de permettre à des entreprises de transport de fournir des services par autocars sur des liaisons nationales et d'élargir une offre de services qui n'était alors possible que dans le cadre du cabotage[1715]. Toute liaison dont la distance est inférieure à 100km peut cependant être interdite si elle porte atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public[1716]. Il y a ici une illustration de l'influence des dispositifs de contrôle d'accès issus du droit de l'Union sur d'autres activités non directement couvertes par celui-ci. Le système français semble d'ailleurs avoir rencontré un certain succès puisque la Commission a proposé de reprendre ce système dans le cadre de la révision en cours du règlement 1073/2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocars et autobus[1717].

567. L'équilibre économique des contrats de service public est à l'origine d'un contentieux qui se densifie. En France, il couvre entre 2015 et 2018 treize décisions rendues par le Conseil d'État[1718]. Le principal enjeu de ces affaires est lié à l'appréciation de la

---

[1713] Dir. 2012/34/UE, préc., art. 11 tel que modifié par la Dir. 2016/2370/UE.

[1714] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *J.O.R.F.* n° 181 du 7 août 2015, p. 13537.

[1715] Pour une présentation générale de la loi, DELEBECQUE (Ph.), « Le volet transport de la loi Macron : libéralisation du transport de passagers », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°8-9, 2015, dossier 4.

[1716] Code des transports, art. L. 3111-18. Les sénateurs ont tenté de faire passer cette distance à 200km, sans succès. Cela concerne principalement les liaisons ferroviaires, mais la pratique a montré que certaines liaisons de transport routier à destination des aéroports peuvent être concernées, ARAFER, avis n°2016-102 du 04 octobre 2017 relatif au projet de décision du Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé d'interdiction du service déclaré par la société Lacroix Longues Distances sur la liaison entre cet aéroport (pôle multimodal) et Paris (gare de Bercy).

[1717] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1073/2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocars et autobus, COM(2017) 647 final.

[1718] CE, 30 janvier 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n°374022 ; CE, 23 décembre 2016, *Région Aquitaine-Lumousin-Poitou-Charentes*, req. n°399723, *cons.* 3 ; CE, 23 décembre 2016, *Région*

substituabilité entre les services qualifiés et couverts par une obligation de service public avec les services librement organisés[1719]. Le Conseil d'État a refusé de valider l'interdiction d'une liaison d'autocars au motif que cette ligne répond à des besoins des usagers qui ne sont pas ceux visés par le contrat de service public. Il juge ainsi que « pour le service de transport par autocar déclaré par la société Eurolines et au temps de parcours en autocar, sensiblement plus élevé que pour le trajet en train, ce service ne correspond pas aux besoins d'une clientèle se déplaçant fréquemment, en particulier pour des déplacements entre le domicile et le lieu de travail et que l'incidence de l'ouverture du service de transport par autocar devrait demeurer faible pour les voyageurs occasionnels[1720] ». Dans l'affaire *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur* relative à un litige entre la région Provence-Alpes-Côtes d'Azur et l'entreprise Thello à propos d'un projet de liaison entre Milan et Marseille, la liaison ferroviaire internationale a projeté de desservir des gares qui sont également desservies par les services ferroviaires mis en place par la région[1721]. Si les services sont ici donc substituables, l'atteinte à l'équilibre économique du contrat n'a pas été retenue au motif que les tarifs significativement plus élevés sur la liaison internationale n'inciteront pas les voyageurs empruntant le TER (service public) à se reporter sur ce nouveau service[1722]. Pourtant, la substituabilité des services impliquera – certes de manière limitée – un report modal à l'origine d'une perte de recettes pour l'entreprise chargée des obligations de service public. Cela s'illustre dans les avis rendus par l'ARAFER. Dans son avis relatif au projet de décision de la Région Provence – Alpes – Côte d'Azur d'interdiction du service déclaré par la société SNCF-C6 (Ouibus) sur la liaison Avignon et Marseille, elle a noté que la réalisation des liaisons Autocar aura pour effet une perte moyenne sur certains services de 8,4% des recettes et de 2,2% des concours publics, ce qu'elle considère comme limité en

---

Aquitaine-Lumousin-Poitou-Charentes, req. n°399081, *cons.* 5 ; CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, req. n°401751 ; CE, 17 juillet 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé et la société aéroporturaire de gestion et d'exploitation de Beauvais*, req. n°411711 ; CE, 4 octbore 2017, *Région Pays de la Loire*, req. n°400551, 400552, 400553 ; CE, 9 novembre 2017, *Région Pays de la Loire*, req. n°405974 ; CE, 9 novembre 2017, *Région pays de la Loire*, req. n°403162, 410165 ; CE, 16 février 2018, *Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé*, req. n°410242, 411138.

[1719] CE, *Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé et la société aéroporturaire de gestion et d'exploitation de Beauvais*, préc.

[1720] CE, *Région pays de la Loire*, préc., *cons.* 4.

[1721] CE, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, préc. Not. LANGELIER (E.), *J.C.P. A.*, 2015, act. 133 ; ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°4, avril 2015, comm. 94 ; BAZEX (M.) LANNEAU (R.), *Droit administratif*, n°5, mai 2015, comm. 36 ; SALQUE (Ch.), *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°5, mai 2015, comm. 48.

[1722] *Ibid.*, *cons.* 9.

comparaison des coûts exposés pour financer les lignes[1723]. Ces exemples montrent que le juge et les autorités de régulation accueillent rarement le motif tiré de l'atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public. La multiplication des décisions permettra à termes de situer « des fourchettes » permettant d'apprécier ce risque et de matérialiser les conditions dans lesquelles des dérogations sont nécessaires pour permettre à l'entreprise d'exercer son activité dans « des conditions économiques acceptables ».

568. L'appréciation de l'atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public est le signe que le juge et les autorités de régulation entendent laisser une concurrence monopolistique[1724] se développer même dans le cadre des contrats de service public. L'entreprise titulaire du contrat doit réaliser son activité dans un contexte concurrentiel et doit alors développer des méthodes, au sein du service public, pour conserver sa clientèle. Les critères d'évaluation du test de l'équilibre économique dégagés par la Commission l'illustrent, dès lors que doivent être prises en compte « les possibles réactions concurrentielles de l'entreprise ferroviaire qui exécute le contrat de service public[1725] ». Il en résulte un changement important d'un point de vue de l'usager. En n'étant pas captif des services de service public, il n'est plus totalement un usager, mais un client du service public[1726].

[1723] ARAFER, Avis n°2017-088 du 13 septembre 2017 relatif au projet de décision de la Région Provence – Alpes – Côte d'Azur d'interdiction du service déclaré par la société SNCF-C6 (Ouibus) sur la liaison Avignon et Marseille.

[1724] « situation où l'offre d'un bien est le fait d'une seule entreprise, mais où il est tenu compte de l'existence de substituts à ce bien qui lui font concurrence », GUERRIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, op. cit., p. 82, entrée « concurrence monopolistique ».

[1725] Règlement d'exécution 869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire, *J.O.U.E.* n° L 239 du 12 août 2014, art. 14 sous b).

[1726] PERALDI-LENEUF (F.), « Le consommateur-citoyen et la mutation des obligations de service public », in KOVAR (R.), SIMON (D.), *Services public et communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché. Tome II, Approche transversales et conclusions*, Coll. Travaux de la CEDECE, Paris, La documentation française, 1998, pp. 373-396.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

569. La préservation de l'équilibre économique de l'entreprise chargée d'un SIEG constitue une spécificité de l'article 106 § 2 TFUE amplifiée dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le contrôle de proportionnalité a conduit à une approche casuistique, secteur par secteur. Si certains estiment que cette méthode est propre au contrôle de proportionnalité[1727], d'autres, dont le Pr. PICOD, constatent que « l'absence de caractère systématique de la jurisprudence se rapportant aux modalités de la conciliation a conduit à des présentations doctrinales casuistiques empreintes de prudence[1728] ».

570. La préservation de l'équilibre économique a conduit à valoriser la péréquation interne des coûts de la mission d'intérêt général. Conséquence de l'ouverture à la concurrence, aucune péréquation ne peut se réaliser par des droits spéciaux ou exclusifs portant sur des activités qui lui sont extérieures. Seuls les transports terrestres bénéficient à cet égard d'une dérogation. Ils sont à l'origine de l'introduction de nouveaux mécanismes de contrôle des restrictions assurés par les juridictions et surtout les autorités de régulations nationales, illustrant l'insertion d'une pression concurrentielle pendant la réalisation des obligations de service public.

[1727] SIMON (D.), « Le contrôle de proportionnalité dans exercé par la Cour de justice des communautés européennes », *L.P.A.*, n°47, 05 mars 2009, pp. 17 et s.

[1728] PICOD (F.), « vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », art. cit., p. 771.

Chapitre 2

Les modes d'imposition des obligations de service public

571. Outre son articulation avec l'exigence d'équilibre financier, l'obligation de service public est également associée aux exigences procédurales qui encadrent l'attribution de contrats de commande publique. Signe de la procéduralisation de son attribution, le droit de l'Union offre à cette fin de nombreux instruments destinés à éviter qu'elle soit « enveloppé[e] de secret et d'opacité[1729] » **(Section 1)**.

572. Cette procéduralisation est à l'origine d'une contractualisation des rapports entre l'Union et les États. Pourtant, le droit de l'Union prévoit de nombreuses hypothèses dans lesquelles aucun droit exclusif n'est accordé à l'entreprise réalisant les obligations de service public. Peu exploités, ils manifestent une fragilisation de l'intensité du lien[1730] entre la personne publique et le SIEG, pourtant indispensable pour sa qualification juridique **(Section 2)**.

[1729] Pour reprendre la formule de l'A.G. FENNELY, Concl. A.G. FENNELY (N.), 18 mai 2000, *Telaustria,* aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745, pt. 43.

[1730] Formule utilisée par La Pr. BOITEAU en droit français à propos de l'arrêt *APREI,* BOITEAU (Cl.), « Vers une définition du service public », *R.F.D.A.*, n°4, 16 juillet 2007, pp. 803 et s.

Section 1. **LA PROCÉDURALISATION DE L'ATTRIBUTION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

573. L'obligation de service public se conçoit dans l'espace du droit de la concurrence et du marché intérieur. Elle se concrétise au sein du marché et obéit aux règles juridiques qui soustendent son fonctionnement. Principe cardinal du droit de l'Union destiné, notamment, à assurer les libertés de circulation, le principe de non-discrimination est associé à l'obligation de service public au stade de son attribution **(§1)**, quel que soit le mode d'imposition choisi par les États **(§2)**.

§1. LA QUALIFICATION D'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC, VECTEUR D'EXTENSION DES EXIGENCES ASSOCIÉES AU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

574. L'application du principe de non-discrimination dans l'attribution des obligations de service public fait naître des obligations à la charge des État qui sont largement inspirées du droit européen de la commande publique **(A)**. Cette application n'est cependant pas uniforme. Il subsiste des situations dans lesquelles le principe peut être écarté **(B)**.

A. Des obligations issues des principes fondamentaux de la commande publique

575. Les États membres doivent depuis les directives marchés publics de 1992 et 1993 respecter l'obligation de mise en concurrence et de publicité lorsqu'il souhaitent recourir à une entreprise pour satisfaire leur besoins en matière de services[1731]. L'arrêt *Telaustria* a amplifié la portée de cette obligation, en la faisant découler des exigences du droit primaire

[1731] Dir. 92/50/CE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *J.O.U.E.* n° L 209 du 14 juillet 1992, pp. 1-24 ; Dir. 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture, *J.O.U.E.* n° L 199 du 9 août 1993, pp. 1-53 ; Dir. 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *J.O.U.E.* n° L 199 du 9 août 1993, pp. 54-83 ; Dir. 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 199 du 9 aout 1993, pp. 84-138. Les directives adoptées à cette époque ont significativement élargi l'influence du droit communautaire sur le droit des marchés publics : alors que la première directive marchés publics (directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 pour les marchés de travaux) contenait des obligations minimales uniquement applicables aux marchés publics de travaux conclus par les personnes publiques, le train de directives adopté au début des années 90 a élargi les exigences de mises en concurrence pour l'ensemble des marchés (y compris de services et les marchés des entreprises de réseau ayant la qualité d'entité adjudicatrice). Seuls les contrats de concessions de service ont été exclus des directives, jusqu'à l'adoption de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession.

et en l'appliquant à un contrat de concession, pourtant alors exclu du champ des directives. Dans cette affaire, l'entreprise publique Telekom Austria a conclu avec une société un contrat de concession portant sur la fabrication et la publication de répertoires des abonnés au téléphone. Appelée à se prononcer sur la question de savoir si le contrat entre dans le champ d'application de la directive marchés publics de services de 1992, la Cour de justice répond par la négative. Elle pose cependant le principe selon lequel les contrats publics exclus des directives marchés publics de 1993 sont néanmoins soumis au principe de non-discrimination[1732], duquel elle déduit le principe de transparence imposant aux États « de garantir à tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence[1733] ». Signe de la distinction entre le champ d'application du droit de l'Union et les compétences attribuées à l'Union, l'arrêt *Telaustria* systématise un ensemble de principes fondamentaux de la commande publique dont les exigences doivent être observés par les pouvoirs adjudicateurs. Il s'imposent aux contrats dont la valeur est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis dans les directives marchés et concession s'appliquent[1734], pour autant que le contrat présente un intérêt transfrontalier certain[1735]. Par le raisonnement suivi, l'arrêt a procédé « à une montrée en généralité, en associant principe de transparence à un ensemble de contraintes

[1732] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, préc., pt. 60 et 61.

[1733] *Ibid.*, pt. 62.

[1734] Dir. 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.* n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 1-113 ; Dir. 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.* n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 114-240 ; Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 243-374 ; Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 65-242 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 1-64. Dans la directive concession, le seuil d'applicabilité de la directive est fixé à 5 186 000 euros. Dans le cadre de son pouvoir exécutif, la Commission dispose du droit de réviser les seuils tous les deux ans en prenant des actes délégués. Elle adapte ainsi la valeur des seuils à la valeur des droits de tirages spéciaux (DTS).

[1735] Ce critère peu explicite consiste à vérifier « s'il est probable, eu égard à l'importance de la convention, que des entreprises établies dans d'autres États aient manifesté leur intérêt », ECKERT (G.), « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *R.J.E.P.*, n°722, août 2014, étude 6 ; DE LA ROSA (S.), Vers un approfondissement des règles européennes applicables aux concession de service public. À propos de la directive sur l'attribution des contrats de concession », *L.P.A.*, n°55, 18 mars 2014, pp. 5 et s. Il rejoint, par sa finalité, les critères de l'affectation des échanges et de l'affectation du commerce que l'on retrouve respectivement en droit du marché intérieur et en droit de la concurrence.

procédurales pour le pouvoir adjudicateur[1736] », et permettant « dans le cadre de la commande publique une ouverture à la concurrence la plus large possible[1737] ».

576. Les exigences de la commande publique se sont récemment illustrées au-delà du procédé contractuel dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2006/123 dite services[1738], ainsi que l'illustre l'affaire *Promoimpresa Srl* relative au refus de renouvellement d'une concession domaniale. Son article 12 prévoit que « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture ». Sur son fondement, la Cour de justice a jugé « qu'il s'oppose à une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit la prorogation automatique des autorisations en cours sur le domaine maritime et lacustre et destinées à l'exercice d'activités touristico-récréatives, en l'absence de toute procédure de sélection entre les candidats potentiels[1739] ». Cette décision a eu d'importantes conséquences en France sur les règles applicables au domaine public. En se fondant sur la liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil d'État avait jusqu'à présent refusé l'application des principes fondamentaux de la commande publique aux autorisations d'occupation du domaine public[1740], position désormais obsolète tant à la lecture de l'arrêt *Promoimpresa* que de l'ordonnance du 19 avril 2017[1741].

[1736] DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne-Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 41.

[1737] CJUE, 5 avril 2017, *« Borta » UAB*, aff. C-298/15, EU:C:2017:26, pt. 48. Not. DE LA ROSA (S.), « L'influence grandissante des principes fondamentaux de la commande publique. À propos de l'arrêt BORTA UAB », *R.A.E.*, n°2, 2017, pp. 343-351.

[1738] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* n° L 376 du 27 décembre 2006, pp. 36-68.

[1739] CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpressa Srl*, aff. C-458 et 67/15, EU:C:2016:558, pt. 57. Not. LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), *Contrats et marchés publics*, n°12, décembre 2016, repère 11. Sur les effets de cet arrêt, voy. LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), *Contrats et marchés publics*, n°7, juillet 2018, repère 7.

[1740] CE, 23 mai 2012, *RATP*, req. n°348909.

[1741] CLAMOUR (G.), « Une nouvelle donne pour l'occupation dominale », *Contrats et marchés publics*, n°5, mai 2017, comm. 114 ; SORBARA (J.-G.), « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 », *R.F.D.A.*, n°4, 15 septembre 2017, pp. 705 et s.

577. Le législateur a pris soin dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des activités de réseau d'effectuer de multiples renvois au principe de non-discrimination[1742]. La directive 2002/22/CE relative au service universel dans les communications électroniques prévoit que « Lorsque les États membres désignent des entreprises pour remplir des obligations de service universel sur tout ou partie du territoire national, ils ont recours à un mécanisme de désignation efficace, objectif, transparent et non discriminatoire qui n'exclut a priori aucune entreprise[1743] ».

578. La pénétration des exigences de la commande publique dans l'attribution des contrats de commande publique a été associée à une multitude d'obligations à la charge des États, plus ou moins précises selon le secteur. Elle se matérialisent par exemple, ainsi que l'a jugé le Tribunal dans l'affaire *Iliad contre Commission*, par l'obligation pour les États de respecter la neutralité technologique dans la détermination des caractéristiques du marché[1744]. Le Tribunal considère d'ailleurs dans cette affaire que la neutralité du SIEG est une exigence liée à sa qualification juridique du SIEG. Cette lecture, isolée, invite à la nuance car elle participe davantage aux exigences préalables à l'attribution des obligations de service public qu'elle ne constitue un élément de sa qualification juridique.

[1742] Règlement (CEE) 3577/92 du Conseil du 07 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, *J.O.C.E.* n° L 364 du 12 décembre 1992, p. 7, art. 4 § 1 ; Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3, art. 16 et 17 ; Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, pp. 14-25, art. 9 § 3 tel que modifié par la Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 52 du 27 février 2008, p. 3 ; Dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55-93, art. 7 et 8 ; Dir. 2009/73/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, pp. 94-136, art. 4.

[1743] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51, art. 8.

[1744] Trib., 16 septembre 2013, *Iliad e.a. contre Commission*, aff. T-325/10, EU:T:2013:472, pts. 142 à 145. Il s'agit d'une exigence classique du droit de la commande publique. La Commission a fourni récemment de nombreuses précisions sur ses implications, voy. Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) nº 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil — Obligations de service public (OSP), *J.O.U.E.* n° C 194 du 17 juin 2017, pp. 1-28.

B. L'obligation de service public, fondement d'exclusions

579. L'application des principes de la commande publique n'est pas absolue. Outre qu'elle dépend du champ d'application du droit de l'Union, elle peut être écartée en présence de cas d'exclusions. Dans le droit des marchés et des concessions, les directives adoptées en 2014 ont procédé à une réorganisation des exclusions[1745], en listant tout un ensemble d'exclusions sectorielles et en codifiant les exclusions associées aux relations « public-public »[1746] qui s'inscrivent dans la filière jurisprudentielle du « in house ». Le droit dérivé comporte de nombreuses situations dans lesquelles elles sont exclues[1747].

580. S'il ne s'agit pas ici de revenir sur l'ensemble d'exclusions, il convient toutefois de montrer dans quelle mesure la qualification d'obligation de service public peut servir à justifier des régimes d'exclusions. La qualification peut ainsi fonder certains régimes dérogatoires. Certains sont sectoriels et résultent de la spécificité d'un secteur, typiquement au sein des transports terrestres **(1)**. D'autres sont directement liée à la marge d'appréciation des États lorsqu'ils décident de quelle manière réaliser les obligations de service public. Les principes de la commande publique sont exclus lorsqu'ils décident de réaliser directement la mission d'intérêt général **(2)**. Enfin, de manière plus originale, le principe de non-discrimination peut également être écarté lorsqu'il a pour conséquence de remettre en cause certaines fonctions étatiques **(3)**.

1) Une exclusion partielle et opportune dans les transports terrestres

581. L'attribution d'un contrat de service public dans les transports terrestres obéit à l'obligation d'une mise en concurrence entre soumissionnaires potentiels[1748]. Le règlement

---

[1745] DE LA ROSA (S.), « Les exclusions », *R.F.D.A.*, n°2, 17 mai 2016, pp. 227 et s.

[1746] Selon l'expression retenue par la Commission pour systématiser les différents cas de figure dans lesquels la jurisprudence a exclu, en raison d'une étroite coopération entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs propres services, ou entre les pouvoirs adjudicateurs entre eux, l'applicabilité des directives et des principes fondamentaux de la commande publique, Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »), 4 oct. 2011, SEC (2011) 1169 final.

[1747] Sur la genèse de l'opération de codification réalisée par les directives par rapport au « in house », ECKERT (G.), « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. A propos des contrats des personnes publiques*, L.G.D.J., Paris, 2013, pp. 617-632 ; ECKERT (G.), « Contrat entre personnes publiques et droit de la concurrence », *A.J.D.A.*, n°15, 29 avril 2013, pp. 849.

[1748] Règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, *J.O.U.E.* n° L 315 du 03 décembre 2007, p. 1, art. 5 § 3.

1370/2007 dit « OSP » prévoit que les directives marchés publics s'appliquent ainsi aux contrats dans les transports terrestres par autobus et par tramway[1749]. Le cadre procédural de la mise en concurrence demeure peu précis : les Etats peuvent prévoir un alignement du régime de mise en concurrence suivant le modèle des marchés publics ou des concessions si les contrats répondent aux caractéristiques de ces contrats, ils peuvent également opter pour un régime spécifique en prévoyant une mise en concurrence sur le seul fondement du règlement 1370/2007. Dans ce cas de figure, il leur revient de concevoir un système adapté, où l'attribution du contrat ferroviaire répond aux exigences classiques des principes de non-discrimination, égalité et transparence.

582. À la différence des autres secteurs en réseau cependant, les États ont longtemps eu la possibilité de prévoir l' « attribution d'un contrat de service public à un opérateur de service public donné en l'absence de toute procédure de mise en concurrence préalable[1750] ». Introduite par un amendement du Conseil[1751], cette opportunité n'a pourtant pas empêché certains de considérer que le règlement impose une mise en concurrence de l'attribution des contrats de service public dans le secteur ferroviaire[1752]. Pourtant, le règlement indique lui-même qu'il « n'a pas pour but de poursuivre l'ouverture à la concurrence du marché des services ferroviaires, mais d'instaurer un cadre légal en matière d'octroi de compensation et/ou de droits exclusifs pour les contrats de service public[1753] ». Lors de son adoption en 2007, seule l'ouverture à la concurrence des transports internationaux de voyageurs était programmée. Mais le principe de la mise en concurrence des contrats de service public en matière de transport ferroviaire de voyageurs existait de manière latente : la modification du règlement – intervenue 2016[1754] -, combinée à la mise en œuvre de la directive 2012/34 envisageant l'espace ferroviaire européen ne laissaient guère de toute sur la disparition du régime des droits exclusifs. Il n'en demeure pas moins que les références à l'obligation de

---

[1749] *Ibid.*, art. 5 § 1.

[1750] *Ibid.*, art. 2 sous h).

[1751] Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement Européen et du Conseil sur les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, 12 décembre 2006, COM(2006) 805 final, p. 3.

[1752] Ce que met en évidence l'ancien sénateur E. HERVÉ, HERVÉ (E.), *Le service public ferroviaire et les collectivités territoriales*, Rapport d'information au Sénat fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, n°92, 22 octobre 2013.

[1753] Règlement (CE) 1370/2007, préc., *cons.* 25.

[1754] Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22, *cons.* 20, et art. 3.

service public dans le règlement ferroviaire fonde également la possibilité d'attribuer, dans certains cas, directement le contrat sans mise en concurrence. En matière ferroviaire, l'obligation de service public revêt dès lors une double fonction : elle justifie un régime d'attribution concurrentiel en même temps qu'elle permet, dans certains cas, de déroger à ce même régime et générant alors potentiellement, de nombreuses disparités entre les Etats.

583. Les régimes d'attribution directe prévus par le règlement OSP peuvent être reliés à la nécessité de garantir, pour certaines lignes, la bonne exécution du service public ; L'attribution directe est ainsi une possibilité offerte aux États lorsqu'ils passent des contrats de concession dont la valeur du contrat de service public (1 000 000 d'euros) ou son champ (300 000 kilomètres) est faible[1755], seuils pouvant être relevés lorsque le contrat est attribué à une PME n'exploitant pas plus de 23 véhicules[1756]. L'attribution directe constitue également un moyen de répondre à certaines situations d'urgence afin d'éviter une interruption des services[1757]. Elle s'affirme alors comme un moyen pour l'État d'assurer le fonctionnement du service, et en l'occurrence de préserver leur continuité. Enfin, les États sont libres d'exclure des obligations de mise en concurrence et de publicité la réalisation des services ferroviaires. La révision, en 2016, du règlement OSP a élargi ces cas d'attribution directe. Le législateur a introduit deux cas nouveaux dans lesquels une attribution peut cependant être justifiée, « (a) par les caractéristiques structurelles et géographiques pertinentes du marché et du réseau concernés, et notamment leur taille, les caractéristiques de la demande, la complexité du réseau, son isolement technique et géographique et les services couverts par le contrat ; et (b) lorsqu'un tel contrat aurait pour effet d'améliorer la qualité des services ou le rapport coût-efficacité, ou les deux, par rapport au précédent contrat de service public attribué[1758] ». Ces deux exceptions sont formulées dans un langage très complexe d'ordre économique et financier peu accessible. On pourrait alors envisager que les autorités de régulation puissent/doivent être consultées préalablement à leur mise en œuvre[1759]. En tout état de cause, la réussite de l'ouverture à la concurrence des services publics de transports ferroviaires de voyageurs dépendra de l'usage de ces exceptions.

[1755] *Ibid.*, art. 5 § 4.
[1756] *Ibid.*
[1757] *Ibid.*, art. 5 § 6.
[1758] *Ibid.* art. 5 § 4 bis ajouté.
[1759] À l'instar par exemple des consultations en France relatives au refus de liaison d'autocar justifié par la préservation de l'équilibre économique des transports ferroviaires régionaux (TER).

584. À l'instar de toute exception, celle-ci doit être justifiée par un motif d'intérêt général et être proportionnée par rapport à l'objectif recherché. C'est sur le fondement de la protection de la sécurité nationale que les principes de transparence et de non-discrimination peuvent être écartés dans le cadre de la passation des marchés publics de défense[1760]. L'attribution des contrats de service public sans mise en concurrence en cas d'urgence portant sur l'interruption des services ou les risques trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la continuité des services. Aucune justification objective n'est formulée pour les autres cas d'attribution directe. Que ce soit parce que le montant des marchés publics et concessions soit inférieur aux seuils fixés par les directives, ou qu'il soit inférieur aux seuils imposant des procédures formalisées, le principe de non-discrimination s'applique[1761], la règle posée dans l'arrêt *Telaustria* selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les principes fondamentaux des traités dans la passation des contrats publics inférieurs au seuil s'applique, sauf dans l'hypothèse où il n'existe pas d'intérêt transfrontalier certain. Or, l'exigence de l'intérêt transfrontalier certain ne permet pas d'exclure *ab initio* de la mise en concurrence et des obligations de publicité les contrats de concessions au sein des transports terrestres dont le montant ou le champ sont faibles.

585. L'exclusion des obligations de mise en concurrence et de publicité pour les services ferroviaires tant pour les marchés publics que les concessions ne repose pas sur une justification objective. La Cour de justice a jugé dans l'arrêt *Commission contre France* que l'obligation d'aménagement des droits spéciaux ou exclusifs doit s'effectuer dans les secteurs de l'électricité et du gaz par un acte du législateur. En effet, « Compte tenu des caractéristiques inhérentes à l'électricité et au gaz et des modalités de leur production, de leur transport et de leur distribution, il est tout aussi évident qu'une telle ouverture du marché entraînerait des modifications substantielles de la gestion de ces industries, et notamment en ce qui concerne l'accomplissement des obligations de fourniture, de continuité de l'approvisionnement et d'égalité de traitement entre les clients ou abonnés[1762] ». Cette solution n'est cependant pas duplicable en matière ferroviaire. Contrairement à l'électricité

[1760] Dir. 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fourniture et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, *J.O.U.E.* n° L 216 du 20 août 2009, pp. 76-136.

[1761] Ainsi que le souligne BRACONNIER (S.), « Financement et passation des marchés publics et contrats de partenariat dans un contexte de crise économique », *R.D.I.*, n°5, 11 mai 2009, pp. 273 et s.

[1762] CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre France*, aff. C-159/94, *Rec.* p. I-5815, pts. 98 et 99.

et au gaz en 1997, le législateur a déjà entrepris d'ouvrir à la concurrence le secteur ferroviaire depuis 2001 et explicite dans le règlement les obligations à la charge des États s'il décide de recourir à la mise en concurrence. L'attribution directe est, ici, purement opportune.

586. L'attribution directe que les États pouvaient discrétionnairement décider en matière ferroviaire est supprimée. Si elle contribue alors à une généralisation des principes de la commande publique et met fin à une situation ne reposant, sur le plan juridique, sur aucune justification objective, force est de constater que « le droit européen cultive la modestie... et aussi la patience[1763] ». Le règlement prévoit de nombreuses périodes transitoires, particulièrement longues (à l'instar de la première version du règlement). Si l'entrée en vigueur du règlement est fixée au 24 décembre 2017, les règles relatives à l'attribution directe prennent effet au 3 décembre 2019. Si les États décident d'appliquer le nouveau régime juridique de l'attribution directe dès le 3 décembre 2019, les contrats conclus jusqu'au 2 décembre 2019 peuvent se poursuivre mais ne doivent pas dépasser 10 ans[1764]. Enfin, l'attribution directe prévue pour les services publics de transports ferroviaires dans la version originelle du règlement 1370/2007 peut s'appliquer jusqu'au 25 décembre 2023 et la durée des contrats ne devra pas dépasser 10 ans[1765]. Par exemple, si un contrat de service public est attribué le 24 décembre 2023, la procédure de mise en concurrence ne sera effective qu'à compter de décembre 2033, soit 14 ans après la fin de principe de l'attribution directe, pratiquement 30 ans après l'ouverture à la concurrence du transport international de fret, et globalement, plus de 20 ans après l'ouverture à la concurrence effective de tous les autres secteurs en réseau. Les négociations se sont montrées particulièrement favorables aux États souhaitant préserver leur opérateur historique.

2) Les exclusions pour certaines relations entre personnes publiques

587. Dégagée à partir l'arrêt *Teckal*[1766], la théorie dite du « in house » est conçue comme un ensemble d'hypothèses au regard desquelles l'attribution d'un contrat peut être déliée de l'obligation de mise en concurrence, lorsqu'il existe une forte imbrication entre un pouvoir

[1763] Pour reprendre la formule employée par le Pr. BROUSSOLLE à propos des périodes transitoires prévues dans le règlement 1370/2007, BROUSSOLLE (D.), « Les services de transports rail et route dans le « paquet » normatif européen du 23 octobre 2007 », *A.J.D.A.*, n°8, 3 mars 2008, pp. 393 et s.

[1764] *Ibid.*, art. 8 § 2 bis ajouté.

[1765] *Ibid.*, art. 8 § 2 modifié.

[1766] CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.* p. I-8121.

adjudicateur (ou une entité adjudicatrice) et un tiers contrôlé par celui-ci. Il s'agit d'une théorie du « non-contrat » : en dépit de l'existence formelle d'un tiers, sa personnalité juridique est illusoire du fait de l'absence d'autonomie des volontés[1767]. Plus globalement, les différentes hypothèses de in house – contrôle vertical unilatéral, contrôle conjoint – se sont construites sur « la prémisse suivant laquelle une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs et techniques, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services[1768] ».

588. Les directives marchés publics et concession en 2014 ont procédé à une codification des solutions jurisprudentielles. Cette codification permet d'intégrer différentes formes de relations entre les personnes publiques et leurs démembrements[1769] qui n'effectue en revanche aucune référence à l'obligation de service public. Le règlement 1370/2007 relatif aux obligations de service publics dans les transports terrestres avait déjà procédé à une intégration du droit dérivé du « in house[1770] ». Il présente une spécificité par rapport aux directives marchés publics et concession, car il qualifie d'obligations de service public les obligations entre les personnes publiques identifiées dans le contrat de service public relevant de l'hypothèse du « in house[1771] ». Le in house présente cependant un champ plus restreint que dans le cadre des directives de 2014, d'une part l'exclusion des règles de la commande publique suppose que l'opérateur interne soit contrôlé par la personne publique au sein de son territoire, l'opérateur ne pouvant également pas participer à des appels d'offres en dehors[1772].

589. Il existe à côté du « in house » résultant de l'arrêt *Teckal* puis codifié une autre exception pouvant justifier l'exclusion des règles de la commande publique, dégagée par la

---

[1767] RICHER (L.), *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, coll. Droit des affaires, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 113.

[1768] *Ibid.*, p. 242.

[1769] MARTUCCI (F.) « Les concessions entre entités dans le secteur public : la codification de la jurisprudence relative aux coopérations public-public », in DE LA ROSA (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit de l'Union européenne*, Coll. Trans Eruopes Experts, Paris, Société de législation comparée, Volume 10, 2014, pp. 49-71, *spéc.* p. 54.

[1770] DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, op. cit., pp. 239 et s.

[1771] Règlement (CE) 1370/2007, préc., art. 5 § 2.

[1772] Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n ° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, J.O.U.E. n°C 92 du 29 mars 2014, p. 1, pt. 2.3.1.

Cour de justice dans l'arrêt *Ville de Hambourg*[1773]. L'affaire a porté sur un contrat conclu entre les services de voirie de la ville de Hambourg et quatre communes périphériques destiné à mutualiser la gestion des déchets. Selon la Commission, la conclusion du contrat s'est réalisée, sans publicité et mise en concurrence, en méconnaissance de la directive 2004/18/CE. Après avoir constaté que le situation ne relève pas de l'hypothèse issue de par l'arrêt *Tecka*l en l'absence d'entité juridiquement distincte, la Cour de justice a dégagé une nouvelle exception à l'application des règles de la commande publique, en l'occurrence, en présence d'une coopération dite public-public[1774]. La Cour de justice a dans son arrêt *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* systématisé la nouvelle exception dégagée par l'arrêt *Ville de Hambourg* sous cinq critères cumulatifs[1775]. Si l'arrêt *Ville de Hambourg* n'effectue à aucun moment de référence à l'obligation de service public, une analogie intéressante peut pourtant être identifiée. Le bénéfice de l'exception suppose en effet l'existence d'un contrat entre les entités destinées à mutualiser des tâches communes relevant des compétences des différentes personnes publiques. Ce contrat prendra la forme d'obligations entre les entités portants sur la mise en œuvre, notamment d'un service public. Il y a dans cette perspective un lien juridique proche de celui identifié par le contrat de service public « in house » dans le cadre du règlement 1370/2007.

590. Identifié par de multiples avatars[1776], le *in house* entretient en l'état des relations ambigües avec l'obligation de service public. Cependant, la contractualisation des relations entre personnes publiques pourrait être le signe d'un débordement de l'obligation de service

---

[1773] CJCE, grd. chb., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.* p. I-04747, pts. 38 à 44. Not. MEUNIER (P.), *R.A.E.*, n°2, 2009-2010, pp. 339 et s. À noter que la Cour de justice ne suit pas les conclusions de l'Avocat général MAZÁK qui s'en était tenu à une application classique de la directive 2014/17/CE, Concl. A.G. MAZÁK (J.), 19 février 2009, *Commission c. Allemagne*, préc.

[1774] *Ibid.*, pt. 37 : « le contrat litigieux instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets ».

[1775] CJUE, 19 décembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, aff. C-159/11, EU:C:2012:817, pts. 26 et s. Ainsi que le résume l'avocat MENGOZZI, l'exception dégagée par l'arrêt *Ville de Hambourg* suppose des « contrats qui, premièrement, instituent une coopération entre des entités publiques, coopération ayant, deuxièmement, pour objet d'assurer la mise en œuvre de tâches d'intérêt public qui sont communes à celles-ci. Troisièmement, ces contrats doivent être conclus exclusivement par des entités publiques, sans participation d'une partie privée. Quatrièmement, aucun prestataire privé ne doit être placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et enfin, cinquièmement, la coopération instituée entre les entités publiques doit être uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public », Concl. A.G. MENGOZZI (P.), 23 janvier 2014, *Technische Universität Hamburg*, aff. C-15/13, EU:C:2044:23, pt. 50.

[1776] Typiquement en France à travers la socété publique locale, BEZZINA (A.-Ch.), « Plaidoyer en faveur de la relation in house. À propos des évolutions récentes de la jurisprudence européenne », *R.U.E.*, n°574, pp. 39-51 ;

public au-delà des rapports entre une personne publique et une personne privée consécutif à l'application des principes fondamentaux de la commande publique. L'obligation de service public serait en conséquence associée à toutes les formes d'externalisation des missions de service public. Elle ne serait pas uniquement un moyen de contrôler la bonne application des règles de concurrence, mais également, et de manière plus novatrice, un moyen de justifier leur exclusion.

3) Les exclusions justifiées par la préservation de certaines fonctions étatiques

591. Bien que l'article 106 § 2 TFUE octroie aux États membres le droit de déroger à l'ensemble « des règles des traités » si leur application met en échec la mission impartie à l'entreprise chargée des obligations de service public, « Un doute existe toutefois quant à l'application de cette jurisprudence [Telaustria] au mandatement d'une activité constituant un service d'intérêt économique général[1777] ». En procédant à une lecture littérale de l'article 106 § 2 TFUE, l'Avocat général STIX-HACKL n'observe aucune raison s'opposant à la possibilité de déroger au principe de non-discrimination au stade de l'attribution des obligations de service public[1778]. Pourtant, la Cour de justice a jugé dans l'affaire *Wolfgang Heiser* que l'article 106 § 2 TFUE ne dispense pas l'État membre de respecter l'obligation de notification préalable des aides d'État[1779]. On pourrait en déduire que l'article 106 § 2 TFUE ne permet de déroger aux obligations procédurales procédant du droit de l'Union, et qu'il ne peut servir à déroger à la règle fixée par l'arrêt *Telaustria*. Deux affaires que la Cour de justice a eu à connaitre en 2014 et 2016[1780] attestent pourtant de cette faculté.

592. Les contentieux portent sur l'attribution directe des marchés de services de transports sanitaires à des associations , dont les montants sont inférieurs aux seuils fixés par les directives marchés publics. Appelée à se prononcer sur la compatibilité de la législation nationale avec la libre prestation de service et la liberté d'établissement, la Cour de justice a jugé que « Les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, telle celle en cause au principal, prévoit

---

[1777] MARTUCCI (F.), « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? », BERTRAND (B.), (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 358-359.

[1778] Concl. A.G. STIX-HACKL (Ch.), 12 avril 2005, *CONAME*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7289, ts. 57-65.

[1779] CJCE, 3 mars 2005, *Wolfgang Heiser*, aff. C-172/03, *Rec.* p. I-1627, pt. 51.

[1780] CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda Sanitaria locale e.a.*, aff. C-113/13, EU:C:2014:2440 ; CJUE, 28 janvier 2016, *CASTA e.a.*, aff. C-50/14, EU:C:2016:56. Not. GRARD (L.), *R.T.D. eur.* 2015. 410.

que la fourniture des services de transport sanitaire d'urgence et d'extrême urgence doit être confiée par priorité et par voie d'attribution directe, en l'absence de toute publicité, aux organismes de bénévolat conventionnés, pour autant que le cadre légal et conventionnel dans lequel se déploie l'activité de ces organismes contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels cette réglementation est fondée[1781] ». La raison impérieuse sur laquelle se fonde le juge – le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale – n'est pas nouvelle, et est spécifique au domaine social[1782]. Caractéristique de la prise en compte de l'impératif de solidarité dans le contentieux des libertés de circulation[1783] et, nouvellement, des principes fondamentaux de la commande publique[1784], ces affaires octroient aux États membres le droit de déroger aux obligations procédurales découlant de l'arrêt *Télaustria*.

593. Le domaine social est à l'origine de plusieurs spécificités dans l'application du droit de l'Union qui ne sont pas automatiquement duplicables à d'autres secteurs[1785]. Si ces solutions présentent une certaine originalité en illustrant la valorisation des SIEG par le droit de l'Union, elles révèlent plus largement de quelle façon la prise en compte de la solidarité influe sur la mise en œuvre des principes cardinaux du droit de l'Union et matérialise l'objet d'une économie sociale de marché prévue à l'article 3 § 3 TUE. Ceci étant, les dérogations au principe de non-discrimination dans l'attribution des obligations de service public restent rares au sein des activités en réseau. On n'en trouve qu'une unique illustration dans l'électricité, non liée à l'impératif de solidarité. Les États peuvent déroger aux procédures d'autorisation et d'appel d'offres visant l'installation de nouvelles capacités de production dans le secteur de l'élecricité « si leur application risque d'entraver l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général[1786] ».

[1781] CJUE, *Azienda Sanitaria locale e.a.*, préc., pt. 57 ; CJUE, *CASTA e.a.*, préc., pt. 61.

[1782] Voy. *Supra*. Partie 3, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

[1783] CJUE, *Azienda Sanitaria locale e.a.*, préc., pt. 59. Sur la solidarité en droit de l'Union, voy. BOUTAYEB (Ch.) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Coll. Thèmes et commantaires, Paris, Dalloz, 2011.

[1784] DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, op. cit., pp. 35-38.

[1785] Typiquement, elles sont exclues de l'attribution des obligations de service public dans le secteur aérien.

[1786] Dir. 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55, art. 3 § 14.

§2. LE RÔLE D'ORGANISATION DU MARCHÉ PAR L'ÉTAT ILLUSTRÉ PAR LES MODES DE DÉVOLUTION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

594. La diversité des instruments de dévolution des obligations de service public par l'État est liée à sa fonction d'organisation du marché impartie à l'État[1787]. Si le procédé contractuel s'est imposé comme le mode privilégié de réalisation des obligations de service public **(B)**, les directives sectorielles encouragent cependant les États à recourir à d'autres méthodes qui restreignent moins l'accès au marché **(A)**.

A. Le recours à la réglementation applicable à un secteur

595. Le mécanisme de l'autorisation préalable a généré en France des incertitudes sur la qualification de service public. Renvoyant à une réglementation générale d'une activité de service public[1788], il est à l'origine de l'introduction en droit français du terme d'obligation de service public[1789]. Dès l'affaire *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Le Conseil d'État a posé le principe selon lequel l'État doit assortir d'obligations de service public les demandes d'autorisation portant sur certaines activités concourant à la réalisation d'une mission de service public[1790]. Si la jurisprudence est peu abondante en droit français, le recours à l'autorisation préalable assortie d'obligations de service public s'illustre à de nombreuses reprises en droit de l'Union.

596. Dans l'affaire *BUPA* relative au financement du système d'assurance maladie, le Tribunal a posé le principe selon lequel « l'attribution d'une mission SIEG peut également consister en une obligation imposée à une multitude, voir à l'ensemble des opérateurs actifs sur un même marché[1791] ». En conséquence, « la reconnaissance d'une mission SIEG ne suppose pas nécessairement que l'opérateur chargé de cette mission se voit accorder un droit exclusif ou spécial pour l'accomplir[1792] ». La dévolution des obligations de service public peut s'effectuer par l'intermédiaire des outils qui « portent non pas sur une prestation de

---

[1787] Sur cette fonction, voy. KOVAR (J.-Ph.), *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, Université Strasbourg III, Thèse dactyl., 2005.

[1788] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 289, 2015, pp. 72-73.

[1789] Voy. *Infra*. Introduction.

[1790] CE, sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, req. n°99532 ; CE, sect., 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, req. n°66679 ; CE, sect., 6 février 1948, *Société Radio-Atlantique*, *Rec.* p. 65 ; CE, sect., 6 février 1948, *Compagnie carcassonnaise de transports en commun*, *Rec.* p. 69.

[1791] TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p.II-81, pt. 179.

[1792] *Ibid.*

services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique[1793] ».

597. L'autorisation préalable est un mode de dévolution des obligations de service public qui s'illustre dans de nombreux secteurs[1794]. La réalisation du service universel postal peut obéir soit à des autorisations générales – l'entreprise n'a pas besoin d'obtenir une autorisation de l'autorité de régulation pour entrer sur le marché[1795] – ou à des licences individuelles – l'entreprise doit obtenir une autorisation générale pour entrer sur le marché, autorisation pouvant être subordonnée à la réalisation d'obligations de service universel – [1796]. L'autorisation préalable s'illustre particulièrement dans le secteur des médicaments[1797]. Les grossistes répartiteurs ne peuvent en France exercer leur activité qu'après autorisation délivrée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé[1798]. Aucun contrat de service public n'est conclu, les grossistes investissent le marché de leur propre initiative. L'État se contente de vérifier que l'entreprise pourra réaliser les obligations de service public prévues à l'article R. 5124-59 du code de la santé publique. Les directives sectorielles regorgent dans la continuité d'exemples dans lesquels l'autorisation préalable est distinguée du contrat de service public[1799].

598. Le recours à la réglementation générale pour imposer les obligations de service public a pour conséquence de la consacrer comme une sujétion imposée aux entreprises. Sa réalisation n'est pas librement consentie, elle conditionne l'autorisation, et plus largement la légalité de l'exercice d'une activité économique par les entreprises dans certains secteurs. L'obligation de service public se présente alors ici comme « l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général de transports de voyageurs qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial,

[1793] Pour emprunter la formule de la Cour de justice distinguant les concessions domaniales et des concessions de services, CJUE, *Promoimpresa*, préc., pt. 47.

[1794] CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, EU:C:2015:843.

[1795] Dir. 97/67/CE, préc., tel que modifié par la directive 2008/6/CE, préc., art. 2 sous 14).

[1796] *Ibid.*, art. 9 § 3.

[1797] Dir. 92/25/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° L 113 du 30 avril 1992, p. 1 ; CJUE, 1er juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez*, aff. C-571/07, *Rec.* p. I-4629.

[1798] Code de la santé publique, art. L. 5124-3.

[1799] Pour les services maritimes, voy. CJCE, 20 février 2001, *ANALIR*, aff. C-205-99, *Rec.* p. I-1271, pt. 64 ; Dir. 2009/72/CE, préc., art. 7 ; Dir. 2009/73/CE, préc., art. 4.

n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie[1800].

B. Le recours au procédé contractuel

599. Si le procédé contractuel est le mode usuel de réalisation des obligations de service public, il est pourtant conçu par le droit dérivé comme un procédé d'exception. Il en résulte un décalage entre la théorie et la pratique **(1)** mettant en évidence les limites de la définition actuelle de l'obligation de service public **(2)**.

1) Le contrat de service public, un procédé d'exception devenu le mode usuel de dévolution des obligations de service public

600. Le procédé usuel de dévolution des obligations de service public est le contrat. Introduit par le règlement 1893/91 du 20 juin 1991 relatif aux obligations de service public dans les transports terrestres, le contrat de service public est défini comme « un contrat conclu entre les autorités compétences d'un État membre et une entreprise de transport dans le but de fournir au public des services de transport suffisants[1801] ». Alors que le secteur terrestre, et surtout le ferroviaire, est marqué à cette période par l'octroi de monopoles, le Conseil impose la contractualisation des rapports entre l'État et une entreprise chargée des obligations de service public « en vue de répondre au principe de l'autonomie commerciale des entreprises de transport[1802] ». Léon DUGUIT s'est à cet égard montré particulièrement prospectif. Il observait déjà en 1913 un mouvement d' « industrialisation des services publics » se caractérisant par une autonomie administrative et financière des entreprises qui en ont la charge[1803]. Il s'agit selon lui d'un seul mode d'organisation permettant de soustraire l'entreprise « aux influences délétères des hommes politiques, sinon c'est la désorganisation,

---

[1800] Règlement (CEE) 3577/92, préc., art. 2 sous 4) ; Règlement (CE) 1370/2007, préc., art. 2 sous e) ; Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 § 1 ; Règlement (UE) 2017/352 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 3 mars 2017, p. 1art. 2 sous 14) ; Le terme d' « exigence » est parfois remplacé par le terme « obligation » sans que cela n'impacte l'unité de l'approche dans les transports.

[1801] Règlement (CEE) 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 169 du 29 juin 1991, pp. 1-3, art. 14.

[1802] *Ibid.*, *cons.* 2.

[1803] DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, rééd. Paris, La mémoire du droit, 1999, pp. 56-57.

l'anarchie, le pillage des finances[1804] », de lui permettre de réaliser des bénéfices et d'assurer plus globalement le bon fonctionnement du service public. À l'image des chemins de fer (que Léon DUGUIT prend d'ailleurs pour exemple), cette autonomie est parfois délicate à assurer tant l'imbrication entre le politique et certaines activités d'intérêt général est grande.

601. La contractualisation de l'exécution des obligations de service public intervient dans ce contexte comme une conséquence de l'affirmation de l'autonomie commerciale des entreprises contrôlées par l'État, et en conséquence, est le reflet d'une externalisation des missions de service public. Le contrat est un mode de formalisation des obligations de service public et sert, pour la Commission et le juge à vérifier l'exigence de définition des obligations de service public. Signe d'une pénétration du droit des obligations en droit public[1805], cette contractualisation n'est pas propre au service public puisqu'elle constitue le procédé commun de satisfaction des besoins de l'État et de ses démembrements[1806]. Aussi, si la notion de contrat de service public est formellement cantonnée au domaine des transports, elle s'illustre en substance au sein des autres activités en réseau.

602. Le procédé contractuel est dans la pratique conçu comme le mode usuel de dévolution des obligations de service public[1807]. Pourtant, les textes relatifs à l'ouverture à la concurrence des activités en réseau montrent qu'il est sur le plan théorique un procédé d'exception. La construction de nouvelles productions d'électricité ne peut obéir à l'appel d'offres « que si, sur la base de la procédure d'autorisation, la capacité de production à construire ou les mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande à prendre ne sont pas suffisantes pour garantir la sécurité d'approvisionnement[1808] ». De même, le règlement 1008/2008 relatif aux services aériens prévoit que si aucun transporteur aérien n'a commencé à exploiter la liaison sur laquelle l'État a imposé des obligations de service public,

---

[1804] *Ibid.*, p. 57.

[1805] AMILHAT (M.), *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit administratif, Bruxelles, Brylant, 2014, pp. 335 et s.

[1806] Dir. 2014/23/UE, préc. ; Dir. 2014/24/UE, préc. ; Dir. 2014/25/UE, préc. ; DUBREUIL (Ch.-A.), *Droit des contrats administratifs*, Coll. Thémis, Paris, P.U.F., 2018 ; RICHER (F.), LICHÈRE (F.), *Droit des contrats administratifs*, Coll. Manuel, Paris, L.G.D.J., 10ème ed., 2016 ; UBAUD-BERGERON (U.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2ème ed., 2017 ; HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, Coll. Cours, Dalloz, 2016.

[1807] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibl. de droit public, Tome 285, Paris, L.G.D.J., Tome 285, 2015, pp. 329 et s. ; KARPESNCHIF (M.), « Le contrat au service de politiques publiques : « Contrat public et Union européenne », *R.F.D.A.*, n°3, 9 juillet 2014, p. 418 ; KARPENSCHIF (M.), « Le contrat public européen », *R.D.C.*, n°3, 2014, p. 539.

[1808] Dir. 2009/72/CE, préc., art. 8 § 1.

il peut en limiter l'accès à un seul transporteur après une procédure d'appel d'offres[1809]. Le droit de l'Union accord une inégale attention au mode d'imposition des obligations de service public. La directive 2002/22/CE laisse par exemple aux États le soin de décider s'ils souhaitent désigner une ou plusieurs entreprises pour garantir le service universel qui pourront se voir attribuer différents éléments du service universel sur toute ou partie du territoire[1810], logique que l'on retrouve pour les postes[1811], et de manière plus caractéristique au sein des transports terrestres. Cette inégale attention n'est pas surprenante, elle est liée au statut de la défaillance de marché comme critère conditionnant l'intervention de la personne publique[1812]. Les secteurs dans lesquels il exerce une véritable contrainte sont justement ceux pour lesquels le contrat de service public est explicitement envisagé comme la solution de dernier recours.

2) Les limites de la définition actuelle de l'obligation de service public

603. La conclusion d'un contrat de service public n'échappe pas au principe de non-discrimination. Dès lors que les seuils sont dépassés ou qu'il présente un intérêt transfrontalier certain ou encore que le droit dérivé a procédé à une harmonisation totale[1813], l'attribution du contrat doit obéir à une procédure de mise en concurrence et de publicité. La législation sectorielle fait à cet égard ressortir certaines spécificités, en particulier dans les transports aériens. L'octroi d'un droit exclusif par le procédé contractuel doit s'effectuer après appel d'offres contrôlé la Commission européenne[1814], qui dispose du droit de suspendre la procédure[1815].

604. L'autorité compétente dispose de plusieurs montages contractuels pour satisfaire son besoin. Le recours à la concession se présente à cet égard comme le mode privilégié de

[1809] Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16 §§ 8 et 9.

[1810] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51, art. 8.

[1811] Dir. 97/67/CE, préc., art. 4. En France la mise en œuvre du service universel a ainsi été octroyée à la poste sans mise en concurrence pour une durée de 15 ans à compter du 1er janvier 2011, Code des postes et des communications électroniques, art. L. 2.

[1812] Voy. *Supra*., Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

[1813] C'est le cas en matière de services aériens. Le règlement (CE) 1008/2008 ne fait pas référence à une logique de seuil ou à l'existence d'un intérêt transfrontalier certain dans la conclusion d'un contrat de service public portant sur une liaison aérienne soumise à obligations de service public, Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 16.

[1814] Règlement (CE) 1008/2008, préc., art. 17. À titre indicatif, c'est la Commission qui assure la publication de l'appel d'offres au *J.O.U.E.*

[1815] *Ibid.*, art. 17 § 10.

réalisation des obligations de service public[1816]. Contrairement à un marché public de services qui suppose une rémunération prédéfinie et couvrant l'intégralité des coûts du service public, la concession fait peser un risque d'exploitation par lequel l'entreprise n'est pas certaine d'amortir des coûts[1817]. Dans certains cas cependant, le recours à la concession ne présente aucun intérêt, notamment si le service ne concerne qu'un nombre limité de bénéficiaires. La personne publique aura dans ce cas recours à des marchés publics de service public[1818].

605. En tout état de cause, la contractualisation des rapports entre l'État et l'entreprise chargée d'une mission SIEG montre que l'obligation de service public ne peut être envisagée comme une sujétion, puisque, par définition, elle n'est plus imposée, mais consentie par l'entreprise proposant de réaliser la mission d'intérêt général. On voit alors ici à quel point le financement, et les modes de financement du SIEG influent sur la définition actuelle de l'obligation de service public.

Section 2. **LE RENOUVELLEMENT DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE DU SIEG PAR L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC**

606. La définition du service public, disait René CHAPUS, est intrinsèquement liée aux liens qu'entretiennent l'activité d'intérêt général et l'État[1819]. Pourtant, le rôle d'organisation

---

[1816] DE LA ROSA (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit de l'Union européenne*, op. cit.

[1817] Dir. 2014/23/UE, préc., art. 5 sous 1). À propos du risque d'exploitation, la directive indique : « L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable » ; PEZ (Th.), *Le risque dans les contrats administratifs*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 274, 2013.

[1818] MOREAU (D.), *Les marchés de service public – Un nouveau mode de gestion des services publics*, Coll. Guides juridiques, Paris, Le moniteur, 2005 ; RICHER (L.), *La concession en débat*, Coll. Systèmes et perspectives, Paris, L.G.D.J., 2014, pp. 167 et s ; S. ZIANI utilise l'expression de marché public de services publics à une autre fin. En partant du postulat que la compensation de service public doit être assortie d'un bénéfice raisonnable, il souligne que l'entreprise ne supporte plus un risque d'exploitation autre que celui d'une mauvaise gestion et qui vaut également pour le marché public. Il admet néanmoins que cette lecture reste en l'état théorique car le distinction continue d'être effectuée entre concession et marché public. ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, op. cit., pp. 339-346. Une telle lecture illustre les difficultés posées depuis l'arrêt *Eurawasser* sur l'étendue de l'expression de risque d'exploitation, CJCE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, *Rec.* p. I-8377. Not. ZIMMER (W.), *Contrats et marchés publics*, 2009, comm. 329 ; SIMON (D.), *Europe*, 2009, 414.

[1819] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Coll. Domat droit public, Paris, Montchrestien, Tome 1, 15ème ed., 2001, p. 580.

du marché imparti à l'État s'est traduit par un renouvellement des rapports qu'il entretient avec le service public. Certaines situations manifestent une fragilisation du lien entre le service d'intérêt économique général et l'État **(§1)**, et, dans de rares hypothèses, sa suppression **(§2)**.

§1 LA FRAGILISATION DE L'INTENSITÉ DU LIEN ENTRE LE SIEG ET L'ÉTAT.

607. La dérogation accordée aux traités prévue par l'article 106 § 2 TFUE suppose qu'une entreprise ait été chargée d'obligations de service public. L'assouplissement de cette exigence participe à une fragilisation du lien entre l'État et l'entreprise **(A)** générant des confusions sur la qualification d'obligation de service public **(B)**.

A. L'assouplissement de la qualification de l'acte de puissance publique

608. L'intensité du lien entre l'État et le service public a fait l'objet en France de discussions abondantes à la suite de l'arrêt *APREI*[1820]. Le Conseil d'État y a posé le principe selon lequel « une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ». En se fondant sur ce principe, il a jugé que « que les centres d'aide par le travail sont au nombre des institutions sociales et médico-sociales dont la création, la transformation ou l'extension sont subordonnées, par la loi du 30 juin 1975 alors en vigueur, à une autorisation délivrée, selon le cas, par le président du conseil général ou par le représentant de l'Etat ; que ces autorisations sont accordées en fonction des « besoins quantitatifs et qualitatifs de la population » tels qu'ils sont appréciés par la collectivité publique compétente ; que les centres d'aide par le travail sont tenus d'accueillir les adultes

[1820] CE, 22 février 2007, *APREI*, req. n°265541. Not. COSTA (D.), « Mission de service public assurée par une personne privée : clarification ou codification », *A.J.D.A.*, n°16, 23 avril 2007, pp. 825 et s. ; BOITEAU (Cl.), « Vers une définition du service public ? », *R.F.D.A.*, n°4, 17 juillet 2007, pp. 803 et s. ; ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., tome 285, pp. 210-215.

handicapés qui leur sont adressés par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel créée dans chaque département ».

609. Illustré dans d'autres affaires ultérieures[1821], l'arrêt *APREI* est le signe que le Conseil d'État distingue l'activité d'intérêt général de l'activité de service public. Si les deux manifestent un lien de rattachement avec l'État se matérialisant par des obligations pesant sur l'activité, c'est, ainsi que le résume la Pr. BOITEAU, « l'intensité de ce rattachement à la personne publique[1822] » qui concoure à la qualification du service public.

610. En procédant par analogie, l'affaire *Fermabel* rendue par la Cour de justice présente de grandes similitudes avec l'arrêt *APREI*. L'affaire porte sur l'applicabilité de la directive services à des services sociaux. Le directive prévoit que de telles activités sont exclues si elles « sont assurées par l'État par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État ». La Cour de justice a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si l'agrément dont doit disposer un organisme pour offrir des services d'accueil de jour et de nuit à des personnes âgées constituent un acte de puissance publique au sens de la directive service.

611. Reprenant un vocabulaire analogue à celui de l'article 106 § 2 TFUE et en se fondant de manière tout à fait originale sur le manuel édité par la Commission sur la mise en œuvre de la directive services[1823], la Cour de justice pose le principe selon lequel « un prestataire de services privé doit être considéré comme mandaté par l'État dans la mesure où il a l'«obligation» de fournir les services sociaux qui lui ont été confiés », supposant « l'engagement contraignant de fournir les services en cause et, d'autre part, la nécessité de le faire dans le respect de certaines conditions spécifiques d'exercice. Ces dernières visent, notamment, à s'assurer que ces services soient offerts conformément aux exigences quantitatives et qualitatives établies et de sorte à garantir l'égalité d'accès aux

[1821] CAA Marseille, 9 mai 2016, *SARL Cathédrale d'images*, req. n°15MA01074. Not. ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°7, juillet 2016, comm. 182 ; CAA Marseille, 11 janvier 2013, *Société de sauvegarde, défense et développement des cinémas de Cannes*, req. n°10MA02088. Not. ECKERT (G.), Contrats et marchés publics, n°3, mars 2012, comm. 82.

[1822] BOITEAU (Cl.), « Vers une définition du service public ? », art. cit.

[1823] Sur cette question, voy. ADALID (S.), « Les dix ans de la directives « services » ou les apories du marché intérieur », *A.D.U.E.*, 2016, pp. 3-20 , *spéc.* pp. 12-13.

prestations[1824] ». Ces conditions ne sont pas remplies du seul fait « qu'une autorité nationale adopte des mesures imposant, pour des raisons d'intérêt général, des règles d'autorisation ou de fonctionnement à l'ensemble des opérateurs d'un secteur économique donné n'est pas, en soi, constitutif d'un tel acte de mandatement[1825] […] ».

612. L'interprétation donnée par la Cour de justice est ici classique et reprend une jurisprudence bien établie sur l'acte de puissance publique. Elle ne rejette pas l'hypothèse dans laquelle une autorisation préalable puisse constituer un acte de mandatement, mais renvoie au juge national le soin de l'apprécier[1826]. Cette qualification juridique a été rejetée par la Cour constitutionnelle belge au motif qu'il ne ressort qu' « il ne peut se déduire des règles prescrites par l'ordonnance que, par l'effet de l'agrément, les établissements concernés seraient chargés d'exécuter des obligations de service public, définies avec précision[1827] ».

613. Il résulte de cette affaire que la qualification d'obligation de service public est intrinsèquement liée aux liens entre l'organisme et l'État. Alors que le premier doit respecter plusieurs obligations en termes d'accueil et de traitement des personnes âgées, elles ne suffisent pas à elles seules à être considérées comme des obligations de service public. Une mise en perspective avec l'arrêt *APREI* se révèle éclairante. Les activités des institutions sociales et médico-sociales doivent respecter plusieurs obligations précises en termes d'accueil des personnes handicapées. Elles seraient, semble-t-il, suffisantes pour que la condition de mandat fixée par la directive services soit accueillie. En n'étant qualifiées de service public en droit interne, elle seraient pourtant chargées d'obligations de service public au sens du droit de l'Union.

614. Plusieurs affaires illustrent que le mandat par lequel l'État doit charger une entreprise de réaliser des obligations de service public est apprécié souplement. Dans l'affaire *Ferring*, le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil a posé à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles en interprétation, notamment, la question de savoir si une entreprise investissant librement un marché sur lequel pèse des contraintes déterminées par l'État a été

[1824] CJCE, 11 juillet 2013, *Femarbel*, aff. C-57/12, EU:C:2013:517, pts. 46 et 47. Not. GUINARD (D.), Services sociaux et services de santé dans le droit de l'Union européenne », *R.D.S.S.*, n°5, 1 novembre 2013, pp. 835 et s.

[1825] *Ibid.*, pt. 49.

[1826] *Ibid.*, pt. 52.

[1827] Cour. constit. Belge, 23 janvier 2014, n°6/2014, pt. B.26.

chargée d'un SIEG[1828]. Selon l'Avocat général TIZZANO, la simple mention des obligations de service public par les différents textes de droit interne suffit à montrer que les grossistes sont investis par un acte de puissance publique[1829]. La Cour de justice a cependant usé de l'économie de moyens et s'est contentée directement d'évaluer la compatibilité de la dérogation avec l'article 106 § 2 TFUE. S'il en résulte que la condition de l'acte de puissance publique est accueillie, le recours à l'économie de moyen semble avoir été utilisé ici davantage comme une stratégie d'évitement, ce qui fait écho à la réflexion du Pr. COUTRON selon laquelle « le recours aux économies de procédure traduit certes la volonté du juge de ne pas s'engager trop hâtivement sur une question sensible[1830] ».

615. Dans l'affaire *BUPA*, le Tribunal a constaté que « le système choisi par l'Irlande ne prévoit pas d'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, mais l'accomplissement de cette mission par tous les opérateurs actifs sur le marché irlandais de l'AMP ». Il juge en conséquence que « l'on ne saurait demander, contrairement à ce que semblent prétendre les requérantes, que chacun des opérateurs soumis aux obligations AMP se voie confier séparément ladite mission par un acte ou un mandat individuel[1831] ». L'acte de puissance publique s'observe ici par l'imposition d'obligations de service public à l'ensemble d'un secteur.

616. Considérés comme « résolument extensive[1832] » par la doctrine, ces arrêts révèlent que la diversité des modes de dévolution des obligations de service public. Cette évolution n'est pas sans risque ainsi que l'illustre l'affaire *H. Kuipers contre Productschap Zuivel* relative à un système de bonus-malus mise en place aux Pays-Bas portant sur la livraison du lait est à cet égard manifeste. Saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour de justice a été appelée à se prononcer sur la compatibilité de ce système avec le règlement 804/68 portant organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers (politique agricole commune)[1833], et la réglementation en matière d'aides d'État.

[1828] *Ibid.*, pt. 13.

[1829] Concl. A.G. TIZZANO (A.), 8 mai 2001, *Ferring SA contre ACOSS*, aff. C-53/00, *Rec.* p. I-9067, pt. 52.

[1830] COUTRON (L.), « Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen. Rapport introductif ». in COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie juridiciaire et application des droits communautaire et européen*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruylant , 2012, p. 18.

[1831] *Ibid.*, pt. 183.

[1832] BROUSSY (E.), « TPICE, 12 février 2008, British United Provident Association LTD (BUPA) e.a./ Commission », *R.A.E.*, n°3, 2007-2008, pp. 651-656, *spéc.* p. 653.

[1833] Règlement (CEE) 804/68 du 27 juin 1968 du Conseil portant organisation commune dans le secteur du lait et des produits laitiers, *J.O.C.E.* n° L 148 du 28 juin 1968, pp. 13-23 (règlement pris dans le cadre de la politique agricole commune).

Dans ses conclusions, l'Avocat général KOKOTT identifie plusieurs obligations de service public telles que la « livraison constante de lait cru de qualité irréprochable sur une longue période » pendant plusieurs semaines, sans utilisation d'antibiotiques[1834] alors cependant qu'aucun service d'intérêt général n'est en cause et que les rapports entre l'État et l'entreprise ne relève que de la simple réglementation économique. En tout état de cause, la diversité des modes de dévolutions des obligations de service public est à l'origine d'un renouvellement de la qualification de l'acte de puissance publique, et plus récemment, d'une atténuation de cette exigence.

B. La qualification de l'obligation de service public indépendamment de l'acte de puissance publique

617. Le droit positif est à l'origine de plusieurs situations dans lesquelles la qualification d'obligation de service public est accueillie indépendamment d'un tel acte de mandatement, notamment sur les liaisons aériennes et maritimes. Le règlement 1008/2008 sur les services aériens prévoit que « si aucun transporteur aérien communautaire n'a commencé ou ne peut démontrer qu'il est sur le point de commencer des services aériens réguliers durables sur une liaison, conformément à l'obligation de service public qui a été imposée sur cette liaison, l'État membre concerné peut limiter l'accès des services aériens réguliers sur cette liaison à un seul transporteur aérien communautaire pour une période maximale de quatre ans[1835] ». *A contrario*, le législateur a donc prévu l'hypothèse dans laquelle l'imposition d'obligations de service public ne s'accompagne d'aucun droit exclusif ou spécial, et, en conséquence, d'aucun lien entre l'État et l'entreprise qui réalise les liaisons faisant l'objet d'obligations de service public. La Cour de justice a également souligné dans l'arrêt *ANALIR* que « dans le cas où des obligations de service public seraient imposées en dehors d'un contrat, l'armateur reste en principe libre de renoncer à fournir les services de transport en question[1836] ». Il n'y a ici pas d'obligation dans le sens où la Cour l'entend dans l'arrêt *Femarbel* ou, de manière plus classique, dans le cadre d'un contrat de service public.

618. Il en résulte des situations dans lesquelles l'entreprise chargée d'un SIEG et l'imposition d'obligations de service public ne se superposent pas. Le législateur passe ici

---

[1834] Concl. A.G. KOKOTT (J.), 16 décembre 2004, *A. H. Kuipers contre Productschap Zuivel*, aff. C-283/03, *Rec.* p. I-4282, pts. 78-84.
[1835] Règlement (CE), 1008/2008, préc., art. 16 § 9.
[1836] CJCE, 20 février 2001, *ANALIR*, préc., pt. 64.

sous silence la question de savoir si, dans une telle hypothèse, de telles lignes seraient qualifiées de SIEG. De même, cette perspective s'illustre également à l'aune de l'arrêt *Ferring* puisque la Cour de justice n'a apporté de précisions sur la question de savoir si les grossistes répartiteurs sont chargés d'un SIEG au sens de l'article 106 § 2 TFUE. Le règlement 1370/2007 fournit un autre exemple de cette situation. Des obligations de service public peuvent concerner la détermination de tarifs maximaux pour tous les voyageurs ou certaines catégories[1837]. En France en l'état, cette obligation est certes prévue dans le cahier des charges de SNCF Mobilités, mais à l'horizon de l'ouverture à la concurrence des lignes dites en *open access*, tous les opérateurs pourront être soumis à ces obligations[1838]. Le règlement n'apporte pas de précisions à la question de savoir si de telles liaisons constituent des services publics. L'obligation de service public se rapproche ici de la terminologie utilisée en droit américain. Aux Etats-Unis en effet, l'obligation de service public sert à imposer à toutes sortes d'entreprises des obligations si leur activité est « affected with a public interest[1839] ».

619. Le rôle d'organisation du marché imparti à l'État le conduit à décider du procédé conciliant l'accès au marché et la réalisation des obligations de service public. Si l'outil contractuel est usuellement employé par l'État et aboutit à l'octroi d'un droit exclusif pour l'entreprise qui en a la charge, d'autres situations montrent pourtant que l'État conçoit son rôle sur le marché différemment, par le recours à un acte de puissance publique qui n'est pas assorti d'un droit exclusif, ou en choisissant de ne pas soumettre les obligations de service public à l'existence d'un tel acte. En laissant les entreprises investir librement les secteurs, l'État n'achète plus des prestations, mais imposent des contraintes au marché que les

---

[1837] Règlement (CE) 1370/2007, préc., art. 3.

[1838] Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n ° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route JO C 92 du 29.3.2014, p. 1–21. À cet égard, le considérant 8 du règlement (CE) no 1370/2007 indique que «les marchés de transport de voyageurs déjà déréglementés et ne connaissant pas de droits exclusifs devraient pouvoir préserver leurs caractéristiques et leurs modes de fonctionnement, dans la mesure où ceux-ci sont compatibles avec les exigences du traité». La Commission souhaiterait cependant souligner que même dans un système déréglementé, l'introduction de dispositions contractuelles visant à promouvoir l'accessibilité de services d'autobus pour certains segments de la population constitue une obligation de service public. Cette obligation relève du règlement (CE) no 1370/2007.

[1839] Voy. Supra., *Introduction*. ; ANÍBAL AVILÉS PAGÁN (L.), « The Role of the European Union's Competition Rules in Shaping the Electric Energy Markets in Europe », *Rev. Jur. U.P.R.*, n°82, pp. 84-119, *spéc.* pp. 88-89. Sur des manifestations de l'obligation de service public aux Etats-Unis, PETRASH (J.), « Long-Term Natural Gaz Contrats : Dead, Dying, or Merely Resting ? », *Energy L. J.*, 2006, pp. 545-582 ; RICE (D.), « Regulation of Direct Broadcast Satellites:International Constraints and Domestic Options », *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 813 et s.

entreprises doivent supporter si elles souhaitent exercer une activité économique. L'imposition d'obligation de service public en dehors du procédé contractuel est le signe d'une fragilisation de la qualification fonctionnelle du SIEG fondée sur l'intensité du lien entre l'État et l'entreprise chargée de la mission. Elle génère des situations peu explicites dans lesquelles s'opère un truchement du SIEG avec l'obligation de service public. La qualification du SIEG ne semble en conséquence pas avoir pleinement intégré que le rôle de l'État dans l'organisation du marché ne s'illustre pas uniquement par le procédé contractuel. Cette absence s'illustre d'ailleurs davantage dans les situations dans lesquelles, tout en conservant la qualification de SIEG, l'État n'intervient plus dans sa réalisation.

§2. LA SUPPRESSION DU LIEN ENTRE LE SIEG ET L'ÉTAT

620. L'obligation de service public est conçue dès l'origine comme un moyen de justifier des dérogations aux principes établis dans les traités. Sans remettre en cause ce lien, les textes relatifs à l'ouverture à la concurrence des activités en réseau ont envisagé l'hypothèse dans laquelle l'obligation de service public est fournie de manière satisfaisante par les forces du marché en l'absence de procédé dérogatoire **(A)**. Iconoclaste, cette conception de l'obligation de service public reste essentiellement théorique. Elle a cependant pour conséquence de fragiliser encore l'approche fonctionnelle du SIEG **(B)**.

A. L'absence de dérogation attachée à la réalisation des obligations de service public

621. Les négociateurs du traité CEE ont posé le principe selon lequel « les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général sont soumises aux règles des traités ». L'article 106 § 2 TFUE prévoit en conséquence la situation dans laquelle un SIEG est réalisé par une entreprise dans des conditions normales de marché. Occultée de la jurisprudence, l'ouverture à la concurrence des activités en réseau prévoit pourtant, au moins sur le plan théorique, que la réalisation d'une mission SIEG puisse s'effectuer en l'absence de dérogation.

622. En prévoyant que les États membres *peuvent* désigner la ou les entreprises chargée(s) d'assurer le service universel[1840], les directives 2002/22/CE et 2008/6/CE envisagent

[1840] Dir. 2002/22/CE, préc., art. 8 ; Dir. 97/67/CE, préc., telle que modifiée par la Dir. 2008/6/CE, préc., art. 9 § 2.

l'hypothèse dans laquelle le service universel est réalisé en l'absence de dérogation. Les communications électroniques en offrent à cet égard un exemple récent, passé inaperçu. La directive 2002/22/CE impose à chaque État de fournir un annuaire et un service de renseignement téléphonique sur l'ensemble du territoire à un prix abordable. Signe d'un retrait progressif et généralisé de l'État au sein des communications électroniques[1841], aucun opérateur n'est depuis 2009 et 2012 respectivement désigné pour fournir un annuaire et un service de renseignements[1842] au motif que le marché propose une offre suffisante ne nécessitant plus une intervention directe de l'État. La loi du 6 août 2015 a d'ailleurs renforcé cette situation en prenant acte de la substituabilité de l'annuaire papier et électronique[1843]. Les entreprises ne bénéficient d'aucun droit spécial ou exclusif destiné à protéger l'équilibre économique de l'entreprise, et ne sont pas chargées d'obligations de service public.

B. La valorisation d'une approche matérielle du SIEG

623. Les liens entre la qualification du SIEG et les dérogations nécessaires aux traités s'illustrent dans plusieurs communications de la Commission. La Commission indique dans sa communication de 2011 que « Les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État. L'obligation de service public est imposée au prestataire par mandat, sur la base d'un critère d'intérêt général garantissant la fourniture du service à des conditions lui permettant de remplir sa mission[1844] ».

624. Le financement du haut débit fournit une illustration de cette qualification du SIEG. La Commission y indique ainsi que « dans les zones où des investisseurs privés ont déjà investi dans une infrastructure de réseau haut débit (ou sont en train d'étendre encore leur réseau) et fournissent déjà des services compétitifs d'accès au haut débit avec une couverture

---

[1841] BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (Ch.), DU MARAIS (B.), SÉE, (A.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 187-188.

[1842] https://www.arcep.fr.

[1843] Loi n°2015-990 du 6 août 2015, art. 129, qui a modifié l'article L. 35-4 du code des postes des communications électroniques. En l'occurrence, avant cette loi le public devait avoir accès à un annuaire papier et électronique, tandis que cet accès est maintenant soit papier, soit électronique.

[1844] Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, 20 décembre 2011, COM(2011) 900 final.

appropriée, la mise en place d'une infrastructure haut débit parallèle, compétitive et financée par des fonds publics ne saurait être qualifiée de SIEG au sens de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE[1845] ». En présence d'infrastructures haut débit financées par le secteur privé, la Commission estime donc que les États ne peuvent sur fonds publics financer une infrastructure analogue. Inversement, la Commission n'empêche pas qu'un État concurrence les infrastructures existantes via une entreprise qu'il créé, pour autant que le financement ne soit pas assuré sur fonds publics. En conséquence, lorsqu'elle écrit qu'en présence d'autres infrastructures de haut débit, « la mise en place d'une infrastructure haut débit parallèle, compétitive et financée par des fonds publics ne saurait être qualifiée de SIEG au sens de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE », ce sont les dérogations aux traités qui servent à qualifier le SIEG.

625. L'ouverture à la concurrence des activités en réseau fournit des illustrations dans lesquelles la qualification d'obligation de service public n'est ni liée à la présence d'un mandat, ni liée à la présence de dérogations. La qualification du SIEG ne répond pas dans cette perspective pas sur une approche fonctionnelle fondée sur ses liens avec l'État, mais sur une approche matérielle. Appliquée aux lignes directrices relatives au financement des infrastructures haut débit, cette méthode revient à qualifier les infrastructures haut débit de SIEG que l'État ou toute entreprise peut en toute circonstance réaliser.

626. Il en résulte une valorisation matérielle du SIEG. Sa qualification juridique procède davantage d'une appréciation de l'intérêt général que du lien entre l'activité et l'État. Cela ne signifie cependant pas que ce lien n'existe plus. Il est, en réalité, renouvelé par la mise en place d'un cadre concurrentiel. En effet, l'absence d'intervention de l'État dans la fourniture des annuaires et des services de renseignements n'implique pas son retrait total du marché. Afin de satisfaire aux obligations déterminées dans la directive 2002/22/CE, l'État a un rôle d'observateur, de régulateur du marché. Si les entreprises ne satisfont plus à un moment donné à la fourniture universelle de ces services, l'État devra à nouveau intervenir pour palier les carences du marché par une réglementation générale du secteur, ou par le contrat de service public.

[1845] Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseau de communication à haut débit, *J.O.U.E.* n° C 25 du 26 janvier 2013, pp. 1-26, *cons.* 20.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

627. La préservation de l’équilibre économique de l’entreprise chargée des obligations de service public s’est traduit, sous l’influence du principe de non-discrimination, par une procéduralisation de leurs conditions d’attribution. Cette procéduralisation a mis en évidence la volonté de préserver pour les États membres et les autorités compétentes la diversité des modes de réalisation des obligations de service public, tout en soumettant au fur et à mesure ces procédures au principe cardinal de non-discrimination.

628. Il en résulte plusieurs interrogations sur la définition même de l’obligation de service public et des liens qu’elle entretient avec l’État. Présentée comme une sujétion en droit dérivé, l’obligation de service public peut être imposée par une réglementation générale. Pourtant, cette conception est fragilisée par la généralisation du recours au procédé contractuel. L’obligation de service public n’est plus dans cette hypothèse imposée, mais librement consentie par les entreprises. Par ailleurs, la diversité des modes d’imposition des obligations de service public montre que l’intensité du lien entre l’État et les entreprises, indispensable pour définir le service public, diffère. S’il est significatif en présence d’un contrat de service public, il se délite par le recours à la réglementation générale, et, dans de rares cas, il s’éteint sans pour autant que la terminologie cesse d’être utilisée.

CONCLUSION DU TITRE 1

629. Dégagée par le juge, puis amplifiée par l'ouverture à la concurrence des activités en réseau, les droits spéciaux ou exclusifs sur des pans rentables d'une activité se justifient par la préservation de l'équilibre économique de l'entreprise chargée des obligations de service public. Cette technique, dite de péréquation ne vaut pas pour tous les secteurs et sert essentiellement à préserver le champ du SIEG pour des activités dont les coûts sont élevés. En évitant de faire peser sur l'État une charge insoutenable, la péréquation s'impose comme un instrument de valorisation des SIEG. Elle présente à cet égard une certaine originalité, car elle illustre pourquoi la défaillance de marché de constitue pas un critère transversal conditionnant l'intervention de la personne publique. La préservation de l'équilibre économique justifie également dans de rares cas la possibilité de réserver ou d'interdire des activités externes au SIEG. Si la législation sectorielle encadre suffisamment cette hypothèse grâce aux autorités de régulation, la jurisprudence se révèle en revanche perfectible en n'assurant pas une répartition équilibrée des intérêts en présence.

630. L'ouverture à la concurrence des activités en réseau et la consolidation d'un droit européen de la commande publique ont engagé un processus de procéduralisation de l'attribution des obligations de service public. L'externalisation des missions d'intérêt général est à l'origine d'une contractualisation des rapport entre l'État et l'entreprise chargée d'un SIEG, et dont l'obligation de service public en matérialise la substance. S'il est majoritaire, le recours au procédé contractuel s'accompagne cependant d'autres méthodes d'attribution des obligations de service public. L'État peut recourir à des règlementations générales qui ne se traduisent pas, ou peu, par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs. Dans cette hypothèse, l'État n'est plus un acheteur de prestations d'intérêt général, mais impose au marché des conditions que les entreprises doivent observer si elles souhaitent l'investir. Cette méthode renouvelle le lien fonctionnel entre l'État et l'entreprise réalisant des obligations de service public. Dans de rares cas, ce lien est même rompu car les entreprises réalisent de manière autonome et sans dérogation les obligations de service public pourtant imposées aux États par le droit dérivé.

TITRE 2

LA TECHNICISATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR L'EVOLUTION DES DISPOSITIFS DE FINANCEMENT

631. En cherchant à éviter que le financement des obligations de service public ne cause des préjudices au marché intérieur, le droit de l'Union favorise des mécanismes permettant davantage que la péréquation d'identifier la « vérité des coûts[1846] », et d'en assurer une juste compensation. Le droit des aides d'État s'est imposé comme le principal mode de financement des obligations de service public. Cette généralisation s'est accompagnée d'une interprétation spécifique de la notion d'aide d'État. Destinée à alléger les obligations pesant sur les États membres, elle s'est pourtant révélée d'une grande complexité dans sa mise en œuvre **(Chapitre 1)**.

632. Le droit de l'Union a également introduit des modes de financement des obligations de service public par le recours à des fonds spécifiques, notamment les Fonds structurels de l'Union et les fonds de compensation alimentés par les entreprises d'un secteur. Les méthodes de financement retenues par les États et l'Union manifestent ainsi de plus en plus un recours direct au marché pour assurer la pérennité des obligations de service public **(Chapitre 2)**.

[1846] LOMBARD (M.) « Une analyse économique du droit des services publics : « L'europe va-t-elle démanteler les services publics ? » par Gilles Savary (Éditions de l'Aube, 2005) », *Droit administratif*, n°5, mai 2005, alerte 11.

Chapitre 1

L'adaptation du droit des aides d'État

633. L'article 107 § 1 TFUE pose le principe selon lequel « sont incompatibles avec le marché intérieur, 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 ». Les aides d'État constituent un instrument de politique économique et sociale[1847] dont les liens avec les obligations de service public ne sont, dès l'origine, pas ignorés. L'article 93 TFUE (ex article 77 TCEE) constitue en effet un cas de compatibilité des aides d'État finançant des obligations de service public dans les transports.

634. L'abolition progressive des droits spéciaux ou exclusifs est à l'origine d'un renouvellement de l'objet des contentieux portant sur le financement des SIEG. L'essentiel des affaires porte depuis une vingtaine d'année sur la légalité du recours aux aides d'État pour financer les obligations de service public. Consécutif à l'exigence de transparence entre

[1847] KARPENSCHIF (M.), *Droit européen des aides d'État*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 3. Pour une étude détaillée de l'usage des aides d'État, voy. PEJOUT (O.), *La conditionnalité en droit des aides d'État*, Bordeaux, Université de Bordeaux, thèse dactyl., 2017.

les États et les entreprises chargées d'une mission de service public, l'obligation de service public y est envisagée comme un instrument comptable.

635. Le recours à l'obligation de service public a permis d'appuyer et de légitimer un mouvement plus global d'adaptation du droit des aides d'État. Sous réserve de plusieurs conditions, le financement des obligations de service public n'entre désormais plus dans le champ des aides d'État **(Section 1)**. Et si plusieurs interventions de la Commission se sont succédées pour atténuer cette adaptation du droit des aides d'État, elles ont dans la pratique contribué à assurer la légalité du financement des obligations de service public par les États **(Section 2)**.

Section 1. **LA NATURE JURIDIQUE DU FINANCEMENT DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC**

636. Le recours à l'obligation de service public sert à justifier des dérogations aux principes fixés par les traités. Outre les entraves ou les pratiques anticoncurrentielles, il sert également à déroger à l'interdiction des aides d'État **(§1)**. Le financement des obligations de service public sur fonds publics présente ici une certaine originalité s'expliquant par le mouvement global de valorisation des SIEG en droit de l'Union. Sous réserve de plusieurs conditions en effet, le financement de l'obligation de service public n'est pas considéré comme une aide d'État **(§2)**.

§1. UNE APPRÉHENSION PAR LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT

637. Balisée dès le contentieux portant sur le traité CECA, l'application des conditions de qualification des aides d'État **(A)** et de leur compatibilité **(B)** invite à appréhender le financement des obligations de service public par ses effets sur le marché.

A. Les conditions de qualification de l'aide d'État

638. Aux termes de l'article 107 § 1 TFUE : « sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, 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 ». Plusieurs critères sont nécessaires pour emporter la qualification juridique de l'aide, à savoir, l'affectation des

échanges et de la concurrence, la provenance de l'aide, son caractère sélectif, et la délivrance d'un avantage[1848].

639. Depuis l'affaire dite de la prime à la poste liée à un contentieux de la CECA, la Cour de justice a établi suivant une formule pratiquement inchangée[1849] que la notion d'aide est « plus générale que la notion de subvention parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques[1850] ». En recourant à une approche large de la notion d'aide et en la limitant pas à quelques formes topiques de l'intervention publique [1851], le juge a - à l'instar de la notion d'entreprise - utilisé la technique de l'attraction et de préemption[1852]. La Cour de justice intègre dans le champ du droit de l'Union un grande nombre de situations – dont la garantie implicite de l'État en est un exemple[1853] – afin d'engager un processus uniformisé du financement des entreprises sur fonds publics.

640. Toutes les conditions de qualification de l'aide d'État n'ont pas fait l'objet d'une égale attention. Le Pr. KARPENSCHIF souligne à cet égard que le critère de l'affectation des échanges et de la distorsion de concurrence « est largement présumé dès lors que les autres

---

[1848] KARPENSCHIF (M.), *Droit européen des aides d'État*, op. cit., pp. 32 et s. ; WINTER (J.-A.), « Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty' », *C.M.L. Rev.*, 2004, pp. 475–504.

[1849] La formule a légèrement évolué : VAN de CASTEELE (K.) « introduction », in MEDERER (W.), PESARESI (N.), VAN HOOF (M.)(ed.), *EU Competition Law*, volume IV Staite Aid, book one, Leuven, Claeys & Casteels, 2008, pp. 187-190 ; ARPIO SANTACRUZ (J.-L.), *States Aides in the European Community: Framework, Exceptions and Implications for National Economic Policies*, thesis, Florence, European University Institute, august 1996, p. 36.

[1850] CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'Acier*, aff. 30/59, *Rec.* p. 3, *spéc.* p. 39 ; ROSE (V.) (dir.), *Common Market Law of Competition*, London, London Sweet & Maxelle, 4ed, 1993, pp. 909-911.

[1851] SIRINELLI (J.), « De l'utilisation des catégories en droit des aides d'État », in BERTRAND (B.) (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016, *spéc.* pp. 369-370.

[1852] AZOULAI (L.), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, n°1, mars 2008, pp. 29 et s.

[1853] CJUE, 3 avril 2014, *France contre Commission*, aff. C-559/12 P, EU:C:2014:217. Not. BOURDON (P.), *R.U.E.*, n°591, 2 septembre 2015, pp. 523 et s. ; ECKERT (G.), J*.C.P. A.*, n°21, 26 mai 2014, 2160. En l'occurrence en tant qu'établissement public industriel et commercial (EPIC), la Cour de justice considère qu'il existe une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allégement des charges qui, normalement, grèvent son budget » (pt. 98). Pour une affaire plus récente, voy. Trib., 26 mai 2016, *France et IFPEN contre Commission*, aff. T-479/11, EU:T:2016:320, et l'affaire jugée en pourvoi, CJUE, 19 septembre 2018, *Commission contre France et IFP Énergies renouvelables*, aff. C-438/16 P, EU:C:2018:737. Sur le sujet, voy. KARPENSCHIF (M.), « LES EPIC dans tous leurs états », *J.C.P. A.*, n°31-35, 27 juillet 2009, 2197.

éléments constitutifs de l'aide sont remplis[1854] ». Les contraintes pesant sur la Commission pour caractériser ces exigences sont moindres qu'en matière d'entente et d'abus de position dominante. Contrairement à la délimitation du marché pertinent, elle doit « établir non pas une incidence réelle de ces aides sur les échanges entre les États membres et la concurrence, mais si lesdites aides sont susceptibles d'affecter ces échanges[1855] ». Cette condition se rapproche davantage de la jurisprudence en matière d'entrave que du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le critère a double fonction, d'une part, il déclenche l'applicabilité du droit de l'Union[1856], d'une part, il permet de déterminer si la mesure cause ou est susceptible de causer un préjudice à la réalisation du marché intérieur[1857]. Majoritairement accueillie, cette condition a depuis le début des années 2000 servi à alléger la charge pesant sur la Commission en excluant les aides n'ayant qu'un effet limité sur le marché intérieur[1858].

641. L'essentiel du contentieux sur la qualification de l'aide d'État porte sur les autres conditions de l'article 107 § 1 TFUE. À travers la notion d'avantage[1859], le juge recherche si l'aide allège les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise[1860]. L'avantage doit avoir été octroyé par l'État ou au moyen de ressources de l'État et « comprend non seulement des prestations positives telles que les subventions elle-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement

---

[1854] *Ibid.*, p. 67.

[1855] CJCE, 29 avril 2004, *Italie contre Commission*, aff. C-298/00, *Rec.* p. I-4121, pt. 49.

[1856] Cette condition a d'ailleurs été utilisée au-delà des entraves et du droit des aides d'État, DE LA ROSA (S.), « Vers un approfondissement des règles européennes applicables aux concessions de service public. A propos de la directive sur l'attribution des contrats de concession », *L.P.A.*, n°55, 18 mars 2014, pp. 5 et s. L'auteur souligne que les principes fondamentaux de la commande publique fixés par le droit de l'Union ne s'appliquent que si la concession, ou même le marché public, présente un intérêt transfrontalier certain. Il poursuit en indiquant que ce critère est directement inspiré de celui de l'affectation des échanges.

[1857] Il s'agit selon la Cour de justice d'apporter « un ensemble d'éléments de droit ou de fait [permettant] d'envisager avec un degré de probabilité suffisant [l'exercice] d'une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre les États membres et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres », CJCE, 17 juillet 1997, *Ferriere Nord contre Commission*, aff. C-219/95 P, *Rec. p.* I-4411, pt. 20. Pour une étude, voy. BERLIN (D.), *Politiques de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Traités, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 202 et s., et 317 et s ; BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 404-426 ; VOGEL (L.), *Code de la concurrence*, Coll. LawLex, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 30 et s.

[1858] KARPENSCHIF (M.), *Droit européen des aides d'État*, op. cit., pp. 70-73.

[1859] *Ibid.*, pp. 74 et s. Sur les rapports entre l'État et les entreprises qu'il contrôle, la qualification de l'avantage peut être rejetée si l'État a agi comme un opérateur économique en économie de marché, voy. CARTIER-BRESSON (A.), *L'État actionnaire*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 264, 2010.

[1860] Trib., 16 juillet 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg contre Commission*, aff. T-309/12, EU:T:2014:676, l'élimination des carcasses d'animaux est une charge que les entreprises d'abattoirs doivent normalement supporter.

grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du terme, sont de même nature et ont des effets identiques ». Dans l'affaire *Vent de colère!*, la loi prévoit que les sommes collectées auprès de tous les consommateurs finals d'électricité destinées à compenser l'obligation d'achat à une prix supérieur à celui du marché de l'énergie éolienne, sont confiées à la Caisse des dépôt et des consignations. Organisme financier disposant d'une autonomie, son statut d'établissement public emporte la condition du financement par l'État, car l'article 107 § & TFUE vise « les avantages accordés directement par l'État, ceux accordés par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet État en vue de gérer l'aide[1861] ». [1862]. L'aide doit enfin être sélective en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, par rapport à d'autres se trouvant dans une situation comparable. La matière fiscale a à cet égard nourri un contentieux dense[1863]. La Cour de justice en a donné une illustration à travers l'arrêt *Commission contre Government of Gilbraltar*[1864]. Le projet de réforme du système général d'imposition des sociétés établies à Gibraltar a visé à établir des impôts complémentaires, dont le calcul s'opère sur la base du nombre de salariés et de la présence de locaux sur le territoire. Cette méthode a eu pour conséquence d'exonérer de l'impôt les entreprises ne disposant pas de salariés ou de locaux à Gibraltar (plus de 8000 entreprises), ce que la Cour de justice considère comme sélectif[1865].

642. Ensemble, ces conditions de qualification de l'aide d'État montrent que « les interventions étatiques prenant des formes diverses et devant être analysées en fonction de leurs effets[1866] ». Au stade de sa qualification juridique, le juge se désintéresse en conséquence de l'objet de l'aide. Par exemple dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des télécommunications, Orange (anciennement France Telecom) est devenue une société anonyme composée de salariés sous contrat de droit privé, mettant fin à la présence de fonctionnaire au sein de l'entreprise. Afin de compenser les coûts des retraites des anciens fonctionnaires de la société, la France a accordé à Orange des exonérations de plusieurs taxes

---

[1861] CJUE, 19 décembre 2013, *Vent de Colère! e.a.*, aff. C-262/12, EU:C:2013:851, pt. 20.

[1862] *Ibid.*

[1863] Voy. récemment pour un exposé didactique de la méthode retenue par la Cour de justice pour caractériser la sélectivité de l'aide, CJUE, 28 juin 2018, *Allemagne contre Commission*, aff. C-209/16 P, EU:C:2018:507, pts. 80 à 89.

[1864] CJUE, 15 novembre 2011, *Commission contre Government of Gilbraltar*, aff. C-106 et 107/09 P, *Rec.* p. I-11113. Not. AALBERS (M.) « Gibraltar : A Rock Solid Interpretation of the Selectivity Criterion », *E.S.t.A.L.*, n°3, 2017, pp. 495-499.

[1865] *Ibid.*, pts. 100 à 110.

[1866] CJUE, *France contre Commission*, préc., pt. 95.

afin de placer la société dans une situation identique à celle de ses concurrents. Dans l'affaire *Orange contre Commission*, le juge a rappelé que l'article 107 § 1 TFUE « ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques[1867] ». L'objet ne peut donc être pris en compte qu'au stade de l'étude de la compatibilité de l'aide.

B. La justification de l'aide d'État sur le fondement de l'article 106 § 2 TFUE

643. Les enjeux de la qualification juridique d'une aide d'État sont procéduraux et politiques. Tout projet d'aide qui réunit les critères de qualification doit faire l'objet d'une notification auprès de la Commission, qui entame alors un dialogue avec l'État et évalue sa compatibilité avec le marché intérieur[1868]. Cette procédure de notification préalable déclenche le délai de *standstill* (que l'on retrouve également par exemple en droit de la commande publique[1869] ou pour les concentrations[1870]) et impose à l'État de ne pas octroyer l'aide avant la décision de la Commission[1871]. Le non-respect de cette procédure induit l'illégalité de l'aide, et l'obligation de récupération de celle-ci par l'État membre[1872]. À cet égard, la Commission peut saisir directement la Cour de justice si l'État n'exécute pas cette obligation[1873].

644. Le respect des exigences procédurales est essentiel. Il permet à la Commission d'évaluer *ex ante* la compatibilité de l'aide avec les traités et d'éviter la situation dit « du fait accompli ». Il concourt à la préservation de l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à l'unité du marché intérieur. Le TFUE effectue une distinction entre les aides compatibles et les aides pouvant être déclarées compatibles. Appartiennent à la première catégorie certaines aides justifiées par des faits historiques tels que les aides octroyées à l'Allemagne destinées à compenser les effets de la division antérieure à la chute du mur de

---

[1867] CJUE, 26 octobre 2016, *Orange contre Commission*, aff. C-211/15, EU:C:2016:798, pt. 38.

[1868] TFUE, art. 107 § 3.

[1869] Dir. 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *J.O.U.E.* n° L 335 du 20 décembre 2007, pp. 31-46. Voy. DE LA ROSA (S.), *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne- Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 425 et s.

[1870] Règlement (CE) 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.U.E.* n° L 24 du 29 janvier 2004, pp. 1-22, art. 4. Voy. VALLINDAS (G.), *Droit européen des concentrations*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2017.

[1871] *Ibid.*

[1872] Pour un exposé, voy. KARPENSCHIF (M.), *Droit européen des aides d'État*, op. cit., pp. 409-454.

[1873] TFUE, art. 107 § 2 : dans l'hypothèse où l'État membre ne respecte pas la procédure de notification préalable, l'affaire tombe sous l'article 107 § 2 qui fait référence aux aides accordés par l'État (et non plus au projet d'aide tel que visé par l'article 107 § 3).

Berlin et la réunification allemande[1874]. Bien qu'un tel cas puisse paraître obsolète, la Cour de justice a jugé qu' « il ne saurait être présumé que lesdites dispositions sont devenues sans objet depuis la réunification de l'Allemagne[1875] ». Appartiennent à la seconde catégorie des aides ayant pour objet le développement économique des régions dont le niveau de vie est bas[1876], la promotion d'un projet d'intérêt européen commun[1877], la culture[1878], ou tout autre objet déterminé par le Conseil sur décision de la Commission[1879]. Cette liste n'est pas exhaustive et peut être enrichie par décision du Conseil sur proposition de la Commission[1880].

645. En envisageant les aides d'État par leurs effets, et non par leur objet, le financement des obligations de service public entre *a priori* dans le champ des aides d'État. La légalité de son financement peut être envisagée soit sur l'une des catégories relevant de l'article 107 § 3 TFUE, soit, à travers l'article 106 § 2 TFUE qui présente l'avantage de pouvoir justifier les aides sur des motifs autres que ceux prévus par l'article 107 § 3 TFUE. Ceci étant, l'appréhension du financement des obligations de service public par le droit des aides d'État est susceptible de générer des tensions entre l'Union et les États membres. Une fois la notification préalable effectuée en effet, la Commission dispose du pouvoir de déclarer l'aide compatible avec les traités, au besoin par le recours à des conditions suspensives[1881]. Elle dispose du pouvoir d'influer sur la mise en œuvre du service public, c'est à dire sur son contenu, puisqu'elle peut assortir la compatibilité de plusieurs modifications sur le fonctionnement du SIEG. L'intérêt pour l'État est d'exciper l'absence de qualification juridique de l'aide d'État afin de préserver son pouvoir discrétionnaire dans la détermination du contenu des obligations de service public. C'est dans ce contexte que s'est ouvert le débat sur la nature juridique du financement des obligations de service public.

[1874] art. 107 § 2 sous c) : le traité prévoit la possibilité pour le Conseil sur proposition de la Commission d'adopter une décision abrogeant cette règle.
[1875] CJCE, 30 septembre 2003, *Freistaat Sachsen*, aff. C-57 et 61/00 P, *Rec.* p. I-9975, pt. 39.
[1876] TFUE, art. 107 § 3 sous a).
[1877] *Ibid.*, art. 107 § 3 sous b)
[1878] *Ibid.*, art. 107 § 3 sous d).
[1879] *Ibid.*, art. 107 § 3 sous e).
[1880] *Ibid.*, TFUE, art. 108.
[1881] TFUE, art. 108 § 3.

§2. LA SOUSTRACTION DU FINANCEMENT DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC AU DROIT DES AIDES D'ÉTAT

646. La nature juridique du financement des obligations de service public est une question controversée à l'origine de multiples divergences au sein des institutions européennes **(A)**. En se fondant sur la nature de l'obligation de service public, la Cour de justice a mis fin à ce débat. Elle a déterminé plusieurs conditions ayant pour effet d'exclure le financement des obligations de service public du champ des aides d'État **(B).**

A. Une nature juridique controversée par les incertitudes sur la notion d'obligation de service public

647. La nature juridique du financement des obligations de service public a toujours fait l'objet de controverses. Avant les affaires *Ferring*, *Altmark*, *Enirisorse*, et *GEMO* **(2)**, elles sont cependant isolées et ont peu attiré l'attention **(1)**.

1) L'absence de continuité jurisprudentielle

648. La nature juridique du financement des obligations de service public a entretenu une certaine confusion des solution, qui s'illustre à travers une série d'affaires soumises à la Cour de justice et au Tribunal. À la question de savoir dans l'affaire *ABDHU* si les indemnités versées aux entreprises chargées de l'élimination de ces huiles usagées sont des aides d'État, la Cour de justice a jugé que si « lesdites indemnités ne doivent pas créer de distorsions significatives de concurrence ni créer des courants artificiels d'échanges de produits », il ne s'agit pas « des aides au sens des articles 92 et suivants du traité CEE [actuels 107 et suivants du TFUE], mais de prix représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises de ramassage ou d'élimination[1882] ». L'absence d'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE explique que cette affaire ait été sous-estimée[1883], car elle est rendue à une époque où les réflexions sur les SIEG sont encore embryonnaires.

[1882] CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, aff. C-240/83, *Rec.* p. 531, pts. 18 à 20 ; Concl. A.G. OTTO LENZ (C.), 22 novembre 1984, *ADBHU*, préc., *Rec.* p. 536 : « Les indemnités s'entendent au contraire comme une contrepartie à des obligations imposées à certaines entreprises dans l'intérêt public […] Les indemnités ne doivent pas dépasser les coûts annuels non couverts et réellement constatés des entreprises, compte tenu d'une bénéfice raisonnable ».

[1883] La doctrine s'est peu intéressée à cet arrêt sous l'angle de l'article 106 § 2 TFUE. M. ARPIO SANTACRUZ a par exemple consacré sa thèse principalement à cet arrêt en le considérant comme pionnier

649. Il faut attendre douze ans plus tard et l'arrêt *FFSA* relatif à des allègements fiscaux accordés par la France à l'entreprise La Poste[1884] pour que la nature juridique du financement des SIEG soit de nouveau abordée. Reprenant les éléments constitutifs de l'aide d'État, la Commission a considéré que « l'avantage fiscal pour la Poste ne va pas donc pas au-delà de ce qui est justifié pour assurer l'accomplissement des missions d'intérêt public auxquelles La poste est tenue en tant qu'exploitant public. Par conséquent, il n'y a pas lieu de conclure à un transfert de ressources de l'État vers les activités concurrentielles de la Poste. Dès lors, en vertu de l'article 90 paragraphe 2, les mesures en causes de constituent pas des aides d'État aux termes de l'article 92 paragraphe 1 du traité[1885] ». En usant de l'objet du financement pour exclure la qualification de l'aide d'État, la Commission propose ici un raisonnement qui diffère de la qualification de l'aide d'État par ses effets.

650. Si le raisonnement retenu par la Commission s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *ABDHU*, il mérite d'être discuté. En tant que disposition de renvoi et de dérogation aux règles des traités, l'article 106 § 2 TFUE doit être combiné avec une disposition substantielle du droit primaire, par rapport à laquelle il apporterait un motif de dérogation. L'article 106 § 2 TFUE ne peut dès lors, en principe, servir à exclure la qualification d'aide d'État. Le Tribunal ne s'y trompe d'ailleurs pas et juge que les allègements fiscaux constituent une aide d'État pouvant être compatibles sur le fondement de l'article 106 § 2 TFUE[1886], position qu'il a conforté dans l'affaire *SIC contre Commission*[1887].

651. Le Tribunal n'a toutefois pas repris la solution rendue par la Cour de justice dans l'arrêt *ABDHU*. Cependant, la Cour s'est ralliée en 2000 à ce raisonnement dans l'affaire *France contre Commission*[1888]. En l'espèce, la France a créé une société destinée à promouvoir la culture française, en l'occurrence sa langue et sa littérature. Pour réaliser cette

---

dans l'appréciation de l'intérêt communautaire, mais ne fait aucunement mention des liens potentiels avec l'actuel 106 § 2 TFUE, voy. ARPIO SANTACRUZ (J.-L)., *States Aides in the European Community : Exceptions and Implications for national Economic Policies*, op. cit.

[1884] TPICE, 27 février 1997, *FFSA contre Commission*, aff. T-106/95, *Rec.* p. II-229. Cet affaire a fait l'objet d'un pourvoi, rejeté par ordonnance, et qui n'apporte pas d'éléments complémentaires, voy. CJCE, ord., 25 mars 1998, *FFSA contre Commission*, aff. C-174/97 P, *Rec.* p. I-1303.

[1885] Aide d'État NN 135/92, *J.O.U.E.* n° C 262/11 du 07 octbore 1995 ; MORTELMANS (K.), The Compenstory Justification Criterion in the Practise of the Commission in Decisions on State Aids », *C.M.L. Rev.*, 1984, pp. 405-434.

[1886] TPICE, *FFSA contre Commission*, préc., pts 167 à 173. Le Tribunal se réfère à la jurisprudence *Banco Exterior España* (préc.), qui avait également jugé en ce sens. Cependant, la Cour n'avait pas dans cet arrêt effectué une étude de fond car l'aide n'a pas été notifiée.

[1887] TPICE, 10 mai 2000, *SIC contre Commission*, aff. T-46/97, *Rec.* p. II-2125, pt. 84.

[1888] CJCE, 22 juin 2000, *France contre Commission*, aff. C-332/98, *Rec.* p. I-4833.

mission, ladite société a reçu des aides financières annuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une notification préalable à la Commission. La France a cherché à montrer que les aides sont compatibles avec l'article 106 § 2 TFUE, mais la Cour a jugé que le non-respect de l'obligation de notification préalable ne lui permet pas de soulever cette hypothèse[1889]. Implicitement, la Cour de justice semblait envisager le financement des obligations de service public par une lecture combinée des articles 107 § 1 et 106 § 2 TFUE. Ce raisonnement a cependant fait l'objet de nombreux tempéraments dans plusieurs affaires ultérieures.

2) Les interprétations proposées

652. La nature du financement des obligations de service public est à l'origine de plusieurs positions doctrinales. En s'inspirant du droit américain, le Pr. CHÉROT s'est interrogé sur la question de savoir si une obligation de service public peut être considérée comme une privation de propriété[1890]. Dans l'arrêt *Munn v. Illinois* relatif à la détermination par la Ville de Chicago d'un prix maximal pouvant être appliqué par les entreprises de stockage de céréales, la Cour Suprême a jugé que les États fédérés peuvent apporter des limites au 14ème amendement (interdiction de priver les citoyens de leur propriété) par l'imposition des obligations de service public portant sur le contrôle des prix des activités « affected with the public interest[1891] ». Selon le Pr. CHÉROT, l'obligation de service public pourrait en droit de l'Union être considérée comme une privation de propriété et échapperait ainsi au champ des aides d'État. Des arguments complémentaires sont avancés par des praticiens pour étayer cette analyse[1892]. D. TRIANTAFILLOU souligne que les Etats-Unis, en cherchant à valoriser l'initiative privée, ont accordé des droits à des entreprises portant sur la construction et l'exploitation des infrastructures en réseau. L'auteur note que des contraintes peuvent être imposées aux entreprises, notamment sur le prix. Si une entreprise doit facturer aux consommateurs un prix inférieur au prix du marché, l'État lui fournit une compensation afin

---

[1889] *Ibid.*, pts. 31-33.

[1890] CHÉROT (J.-Y.), « Financement des obligations de service public et aides d'État », *Europe*, n°5, mai 2000, chron. 5 ; WINCKLER (A.), « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *Revue lamy de la concurrence*, n°20, juillet/septembre 2009, pp. 144-146 : à propos des concentrations, l'auteur souligne que le droit de l'Union a fait sienne l'approche américaine qui consiste à autoriser une concentration qui porte atteinte à la concurrence, mais sans laquelle l'entreprise serait amenée à disparaître.

[1891] *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876).

[1892] TRIANTAFYLLOU (D.), « L'encadrement communautaire du financement du service public », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 juin 1999, pp. 21 et s.

de ne pas mettre en péril sa survie. La nature de cette compensation est considérée comme une indemnisation destinée à réparer l'atteinte à la jouissance par l'entreprise de ses ,biens.

653. Tant le Pr. CHÉROT que D. TRIANTAFILLOU s'accordaient, en ce début des années 2000, pour conclure qu'un tel raisonnement n'était pas possible en droit de l'Union eu égard à la place embryonnaire des droits fondamentaux[1893]. La reconnaissance du droit de propriété par la Charte des droits fondamentaux[1894] ne s'est guère accompagnée d'une extrapolation de la pratique américaine. La législation sectorielle est par ailleurs peu explicite. Dans certains cas, la compensation est considérée comme une indemnité, semblant alors effectuer un rattachement avec le droit de propriété[1895]. Dans d'autres cas, la nature de la compensation est ignorée[1896]. Au demeurant, l'obligation de service public n'est pas toujours une sujétion imposée à des entreprises. La contractualisation des rapports entre les États et les entreprises chargées de la réalisation une obligation de service public exclut en effet que l'on puisse conclure à une atteinte à la jouissance des biens de l'entreprise. Les mécanismes du droit américain sont en conséquence insuffisants pour appréhender la nature du financement des obligations de service public.

654. Le Pr. CHÉROT a proposé une autre interprétation en se fondant sur les critères de qualification de l'aide d'État. Après avoir rappelé que pour constituer un avantage, une aide d'État doit alléger le budget qui grève normalement une entreprise[1897], l'auteur note que les obligations de service public sont imposées par une personne publique, ne concernent pas l'intégralité d'un secteur et sont extérieures à l'intérêt de l'entreprise. En ne grevant pas normalement le budget de l'entreprise, le financement des obligations de service public ne devrait pas être considéré comme une aide d'État. Cette lecture a trouvé un écho à l'occasion de plusieurs affaires soumises à la Cour de justice : l'affaire *Ferring*[1898] relative à une exonération au profit des grossistes répartiteurs (sociétés qui assurent la logistique entre les

---

[1893] TRIANTAFYLLOU (D.), « L'encadrement communautaire du financement du service public », art. cit. ; CHÉROT (J.-Y.), « Financement des obligations de service public et aides d'État », art. cit.

[1894] CDF, art. 17.

[1895] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14, art. 9 § 4.

[1896] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51, art. 13.

[1897] CHÉROT (J.-Y.), « Financement des obligations de service public et aides d'État », art. cit.

[1898] CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring contre ACOSS*, aff C-53/00, *Rec.* p. I-9067.

laboratoires pharmaceutiques et les pharmacies) du versement d'une taxe destinée à financer la sécurité sociale ; l'affaire *Altmark*[1899] portant sur l'octroi de licences de services réguliers de transports par autocar dans la région de Magdebourg en Allemagne et sur les subventions consécutives ; de manière moins significative, également, les affaires *GEMO*[1900] et *Enirisorse* relatives respectivement à un service public d'équarrissage et à la perception d'une taxe portuaire à l'occasion du chargement et déchargement de marchandises[1901]. Ces affaires ont mis en évidence plusieurs controverses entre les avocats généraux sur la nature du financement des SIEG.

655. Défendue par l'Avocat général LEGER, l'approche « aide d'État » (ou dite du fait justificatif) a consisté à se désintéresser de l'objet du financement des obligations de service public au stade de la qualification de l'aide. L'Avocat général propose de s'en tenir à l'interprétation originaire de la qualification juridique d'aide d'État, en l'envisageant en fonction de ses effets et non en fonction de son objet[1902]. Confortée par une interprétation littérale du traité[1903], l'approche « aide d'État » comportait des contradictions. Elle revenait à affirmer que le financement des obligations de service public est constitutif d'un avantage à l'entreprise chargée de la mission, alors que la Cour de justice a affirmé dès 1973, dans le cadre de la politique des transports, que les obligations de service public constituent des « désavantages économiques[1904] ». Une incohérence pouvait être relevée entre la lecture concurrentielle des effets de l'obligation et le fait que cette même obligation soit envisagée dès l'origine comme un servitude.

656. Défendue par l'Avocat général TIZZANO dans l'affaire *Ferring*, l'approche compensatoire (dite également du fait constitutif) a rejeté la qualification juridique de l'aide d'État si le financement des obligations de service public n'excède pas leur coût au motif

---

[1899] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747. Not. KARPENSCHIF (M.), *L.P.A.*, n°64, p. 4 ; RODRIGUES (S.), *A.J.D.A.*, 2003, p. 1739 ; THOUVENIN (J.-M.), LORIEUX (M.-P.) *R.M.C.U.E.*, 2003, p. 633 ; BELORGEY (J-M.) GERVASONI (S.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, 2003, p. 2146.

[1900] CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, aff. C-126/01, Rec. p. I-13769.

[1901] CJCE, 27 novembre 2003, *Enirisorse SpA et Ministero delle Finanze*, aff. C-34 et 38/01, *Rec.* p. I-14243, pts. 22 et s, Not. POILLOT-PERUZZETTO (S.), *Contrats Concurrence Consommation*, n°4, avril 2004, 63 ; BAZEX (M.), BLAZY (S.), *Droit administratif*, n°1, janvier 2004, comm. 5 ; KATZ (D.), *J.C.P. A.*, 2004. 1125.

[1902] Concl. A.G. LÉGER (Ph.), 19 mars 2002, *Altmark*, préc. pts. 73 et s.

[1903] TFUE, art. 93 : « Sont compatibles avec les traités 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 ».

[1904] CJCE, 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat*, aff. 36/73, Rec. p. 1299, pt. 21.

que l'entreprise n'en tire ni avantage ni désavantage[1905] ». L'Avocat général a conclu qu' « une altération des conditions normales de concurrence ne sera donc possible que dans le cas de compensations qui excèdent le surcoût net découlant de l'accomplissement des obligations de service public[1906] ». Cette approche sera reprise par l'Avocat général JACOBS dans l'affaire *GEMO*, en insistant sur l'exigence de définition des obligations de service public, idéalement par le procédé contractuel[1907] . Il considère inversement que si des doutes subsistent, la qualification de l'aide d'État doit l'emporter. La doctrine a alors considéré que le raisonnement suivi par l'Avocat général JACOBS était révélateur d'un *statut quo*[1908]. En excluant la qualification de l'aide en présence d'obligations clairement définies, et, inversement, en l'accueillant si des doutes persistent, l'approche ne répond pas à la question de savoir si le financement porte sur des charges grevant normalement le budget d'une entreprise[1909]. Reprise par la Cour de justice, cette approche apparaissait comme une solution d'attente : elle évitait un débat de fond sur la nature juridique de l'obligation de service public au profit d'une approche comptable fondée sur la transparence de son financement.

B. La consécration de l'approche compensatoire

657. En consacrant l'approche compensatoire **(1)**, la Cour de justice a reconnu dans le champ des aides d'État une spécificité au financement des SIEG. Elle contribue, par là-même, à leur valorisation **(2)**.

1) Une approche consacrée puis explicitée

658. Dans l'affaire *Ferring*, la Cour de justice a étudié les liens entre des obligations de service public portant sur la détention d'un stock minimal de médicaments et la nature juridique de l'exonération fiscale dont bénéficient les grossistes répartiteurs. Elle considère dans un premier temps que les critères de qualification d'une aide d'État sont réunis aux motifs (i) que l'exonération est non applicable à l'ensemble d'un secteur et constitue dès lors

---

[1905] Concl. A.G. TIZZANO (A.), 08 mai 2001, *Ferring SA contre ACOSS*, préc., pt. 61.
[1906] *Ibid.*, pt. 62.
[1907] Concl. A.G. JACOBS (G.), 30 avril 2002, *GEMO*, préc., pt. 119. L'avocat général offre un résumé des diverses positions, de leurs avantages et de leurs inconvénients.
[1908] MAILLO (J.), « Services of General Economic Interest an EC Competititon Law », AMATO (G.), et EHLERMANN (C.-D.) (dir)., *EC Competition Law. A critical assessment*, Portland, Hartpublishing, 2007, pp. 591 et s.
[1909] Concl. A.G. STIX HACKL (Ch.), 7 novembre 2002, *Enirisorse SpA contre Ministero delle Finanze*, préc., pts. 153 à 161.

un avantage économique, (ii) qu'elle prive la caisse nationale d'assurance maladie de recettes et est dès lors accordée au moyen de ressources de l'État, (iii) qu'elle renforce la position des grossistes par rapport aux laboratoires pharmaceutiques qui sont assujettis à ce texte, (iv) et enfin qu'elle influence le courant des échanges compte tenu du nombre d'entreprises multinationales dans l'Union[1910]. Cependant, la Cour de justice a recherché dans un second temps si l'existence d'obligations de service public conduit à rejeter la qualification juridique d'aide d'État. S'appuyant sur la jurisprudence *ABDHU,* elle juge que si cette exonération « correspond aux surcoûts réellement supportés par les grossistes répartiteurs pour l'accomplissement de leurs obligations de service public, le non-assujettissement de ces derniers à ladite taxe peut être regardé comme la contrepartie des prestations effectuées et, dès lors, comme une mesure ne constituant pas une aide d'État[1911] ».

659. L'arrêt *Ferring* rejette la qualification de l'aide d'État par ses effets en se fondant sur la présence d'obligations de service public. Consacrant l'approche compensatoire défendue par certains avocats généraux, la Cour de justice l'a ensuite explicitée par l'arrêt *Altmark*[1912]. Plusieurs critères, désormais célèbres, doivent être réunis pour que « dans un cas concret, une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'État[1913] » :

- « Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. Dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi devra donc examiner si les obligations de service public qui ont été imposées à Altmark Trans ressortent clairement de la législation nationale et/ou des licences en cause au principal.

- 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. […].

[1910] CJCE, *Ferring*, préc., pts. 20 et 21.
[1911] *Ibid.*, pt. 27.
[1912] CJCE, *Altmark*, préc., pts. 86 et 87.
[1913] *Ibid.*, pt. 88.

- 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 pour l'exécution de ces obligations. […].

- 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[1914] ».

660. L'approche compensatoire retenue par la Cour de justice procède d'une montée en généralité, en ce qu'elle implique une approche globale du financement des obligations de service public qui synthétise des règles jusqu'à alors éparses. L'obligation de définir explicitement les obligations de service public est une exigence que l'on retrouve tant de manière générale dans la directive transparence, que dans les différents textes sectoriels touchant l'ouverture à la concurrence des activités en réseau[1915]. Les exigences relatives à l'absence de surcompensation et à la détermination d'un bénéfice raisonnable se retrouvent dès 1985 dans les conclusions de l'Avocat général OTTO LENZ dans l'arrêt *ABDHU*[1916]. La deuxième condition de l'arrêt *Altmark* relative à la détermination préalable des paramètres de compensation s'illustre dès 1973 dans l'affaire *Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat* portant sur la mise en œuvre du règlement 1191/69[1917] et dans l'affaire *Commission contre Portugal*[1918]. L'exigence de contractualiser sous la forme d'un

[1914] *Ibid.*, pts. 89 à 93.

[1915] Par exemple Dir. 2009/73/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 94, art. 3 § 2.

[1916] Concl. A.G. OTTO LENZ (C.), *ADBHU*, préc.

[1917] CJCE, 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat*, préc., pt. 31.

[1918] CJCE, 26 juin 2001, *Commission contre Portugal*, C-70/99, *Rec.* p. I-4845, pt. 34 : le juge rejette le moyen du gouvernement portuguais tendant à justifier la différence du montant de la taxe de service aux passagers selon le caractère international ou national du trajet par la volonté de dynamiser les régions d'Açores

marché public procède d'une amplification des exigences des directives marchés publics. Enfin, le renvoi à l'entreprise adéquatement gérée n'est qu'une autre façon de faire référence à la théorie de l'opérateur économique en économie de marché qui préexistait en droit des aides d'État[1919].

2) Une spécificité volontairement cantonnée aux SIEG par la Cour de justice

661. La Cour justice a rejeté partiellement la lecture exégétique de la qualification de l'aide prônée alors par l'Avocat général LEGER. Reprise depuis dans de nombreux contentieux[1920], elle se positionne suivant une voie médiane : l'approche du *statut quo* proposée par l'Avocat général JACOBS doit être privilégiée[1921], sauf à montrer que le régime de financement en cause répond aux quatre critères dégagés par l'arrêt *Altmark* et vérifie, dans ce cas, l'approche dite compensatoire.

662. L'approche compensatoire implique que le financement de l'obligation de service public n'est pas considéré comme un avantage allégeant les charges grevant normalement le budget des entreprises et n'entre pas dans le champ des aides d'État. La lecture retenue par la Cour de justice s'attache à préciser la place des obligations de service public dans la construction européenne, et doit en cela être considérée comme une réponse aux critiques formulées à cet égard[1922]. Elle aboutit à sortir le financement des SIEG d'un contrôle *ex ante* de la Commission européenne[1923]. En l'absence de qualification d'aide d'État en effet, les États membres n'ont pas l'obligation de notifier le financement des obligations de service public, et la Commission ne peut pas influer sur le contenu du SIEG en soumettant la compatibilité de l'aide à plusieurs conditions suspensives.

663. Il en résulte une spécificité des SIEG que la Cour de justice a refusée de transposer dans d'autres contentieux portant sur les aides d'État. L'affaire *Orange contre Commission*

---

et de Madère au motif que les obligations de service public doivent être clairement définies et les compensations individualisées.

[1919] MADDALON (Ph.), « Paquet Altmark : quelle sécurité juridique ? », *Contrats Concurrence Concommsation*, n°4, avril 2006, pp. 5 et s.

[1920] CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl e.a.*, aff. C-451/03, *Rec.* p. I-2941 ; TRIB.,, 24 septembre 2015, *TV2 c. Commission européenne*, aff. T-674/11, EU:T:2015:684.

[1921] BOVIS (Ch.), « The application of State Aid Rules to the European Union Transport Sectors », *Columbia J. Eur. L.*, n°11, 2004-2005, pp. 557 et s.

[1922] CE, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Rapport public, 1994, p. 38.

[1923] BOUDIER (F.), « Les subventions d'équilibre d'exploitation d'un service d'intérêt économique général ne sont pas a priori des aides d'État et n'ont pas à être autorisées par la Commission européenne », *J.C.P. A.*, n°38, 15 septembre 2003, 1822.

en est une illustration. La société a tenté d'exciper l'absence de qualification juridique de l'aide en se fondant sur l'objet des exonérations litigieuses, à savoir le financement des retraites des anciens fonctionnaires de la société. Or, la Cour de justice juge que « force est de constater que, à ce jour, le seul cas de figure reconnu par la jurisprudence de la Cour dans lequel la constatation de l'octroi d'un avantage économique n'emporte pas la qualification de la mesure en cause d'« aide d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE est celui d'une intervention étatique représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général pour exécuter des obligations de service public[1924] ». La consécration de l'approche compensatoire montre que le juge a cherché à valoriser la place des obligations de service public en droit de l'Union tout en établissant des garde-fous contre d'éventuels préjudices au marché intérieur. Cet équilibre s'est heurté en pratique à de nombreuses difficultés attestant d'une certaine obsolescence de l'approche compensatoire.

Section 2. **LE DÉPASSEMENT DE L'APPROCHE COMPENSATOIRE**

664. La réception de la solution *Altmark* est à l'origine de plusieurs interrogations et d'incertitudes sur le terrain de la mise en œuvre. Elle a généré une période d'instabilité sur le plan contentieux qui s'explique par les difficultés à la distinguer d'un raisonnement fondé sur l'article 106 § 2 TFUE **(§1)**. Afin d'éviter que le financement des obligations de service public échappe à tout contrôle *a priori* et n'aboutisse à de multiples interprétations divergentes des critères *Altmark*, la Commission est intervenue pour encadrer leur mise en œuvre. Les mécanismes utilisés ont eu pour conséquence de réintroduire le financement des obligations de service public dans le champ des aides d'État **(§2)**.

§1. L'ARTICULATION DE LA SOLUTION ALTMARK AVEC L'ARTICLE 106 § 2 TFUE

665. L'approche compensatoire a eu pour conséquence de sortir une partie du financement des obligations de service public du contentieux relatif à l'article 106 § 2 TFUE **(A)**. Il en a résulté une fragilisation que le juge a tenté d'enrayer **(B)**.

[1924] CJUE, *Orange contre Commission*, préc., pt. 44.

A. La confusion de la solution *Altmark* avec l'article 106 § 2 TFUE

666. Dans l'affaire *Olsen*, le Tribunal a affirmé que l'article 106 § 2 TFUE permet à une aide d'État d'échapper aux règles fixées par les traités si les obligations de service public sont clairement définies[1925]. Sans effectuer un renvoi à l'arrêt *Altmark*, il semble pourtant renvoyer à sa substance. Ce renvoi est explicite dans l'affaire *BUPA* puisqu'il affirme que les conditions *Altmark* renvoient aux conditions de 106 § 2 TFUE[1926]. On peine cependant à distinguer l'arrêt *Altmark* de l'article 106 § 2 TFUE. Après avoir jugé que le financement « n'impliquait pas l'octroi d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. Dès lors, le premier moyen doit être rejeté comme étant non fondé », le Tribunal « estime néanmoins nécessaire d'examiner également le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 86, paragraphe 2, CE ». Or, l'article 106 §2 TFUE n'est pas une disposition autonome. Elle sert à juger de la compatibilité des aides d'État et non à exclure la qualification juridique de l'aide. Le raisonnement du Tribunal contribue ainsi à confondre l'arrêt *Altmark* et l'article 106 § 2 TFUE.

667. Si le Tribunal a par la suite pris de la distance avec sa propre solution dans l'affaire *Deutsche Post AG*[1927], il a fallu attendre l'arrêt *TF1 contre Commission* relatif au financement de France Télévision pour que la distinction entre la solution *Altmark* et l'article 106 § 2 TFUE soit réaffirmée. L'un des moyens soulevés par le requérant reposait sur une erreur de droit commise par la Commission du fait d'une mauvaise application des conditions de l'arrêt *Altmark* et de la reconnaissance de la compatibilité d'une aide[1928]. Cette argumentation est rejetée au motif que « le présent moyen repose sur une confusion de la

---

[1925] TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen SA contre Commission*, aff. T-17/02, *Rec.* p. II-2031, pt. 201.

1926 TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p. II-81 : voy. le plan de l'arrêt qui à chaque fois souligne explicitement et en même temps que le juge a effectué une analyse *d'Altmark* et de l'actuel 106 § 2 TFUE qu'il considère comme analogue.

[1927] TPICE, 1er juillet 2008, *Deutsche Post AG contre Commission*, aff. T-266/02, *Rec.* p. II-1233, pt 74 : après avoir rappelé les conditions *Altmark* le Tribunal a jugé que « Lorsque des ressources d'État ont été octroyées en compensation de surcoûts liés à l'accomplissement d'un SIEG dans les conditions prévues aux points 72 et 73 ci-dessus, la Commission ne saurait, sous peine de priver l'article 86, paragraphe 2, CE de tout effet utile, qualifier d'aide d'État la totalité ou une partie des ressources publiques octroyées si le montant total desdites ressources reste inférieur aux surcoûts engendrés par l'accomplissement de ladite mission de SIEG ». Le Tribunal se fonde sur le point 188 de l'arrêt *FFSA* pour dégager une telle solution. On se montrera cependant réservé sur le parallèle dans cette affaire car si le Tribunal a exclu la possibilité de subventions croisées dans l'hypothèse où l'aide d'État est inférieure aux surcoûts engendrés par la mission SIEG, il n'a pas affirmé que cette infériorité ne permet pas de qualifier l'aide d'aide d'État. L'arrêt *Deutsche Post AG* ne met pas ainsi clairement en évidence la différence entre *Almtark* et l'actuel 106 § 2 TFUE.

[1928] TPICE, 11 mars 2009, *TF1 contre Commission*, aff. T-354/05, *Rec.* p. II-471, pt. 124.

requérante entre le test Altmark, qui vise à déterminer l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, et le test de l'article 86, paragraphe 2, CE, qui permet d'établir si une mesure constitutive d'une aide d'État peut être considérée comme compatible avec le marché commun[1929] ». Réaffirmée trois mois plus tard dans l'arrêt *ASM Brescia SpA*[1930], cette distinction est depuis systématiquement rappelée[1931]. Elle interroge cependant sur l'effet utile de l'article 106 § 2 TFUE.

B. La fragilisation de l'effet utile de l'article 106 § 2 TFUE

668. Le rejet de l'approche compensatoire par l'Avocat général s'est fondé, en partie, sur les conséquences qu'elle pourrait générer pour la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE. Il note que « l'article 90, paragraphe 2, du traité ne sera pas applicable puisque la mesure litigieuse ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 92, paragraphe 1. Toutefois, l'article 90, paragraphe 2, ne sera pas, non plus, applicable dans la seconde hypothèse puisque la partie de l'aide qui excède les coûts des obligations de service public ne relève pas du champ d'application de cette dérogation. Dans ces conditions, il semble que l'arrêt *Ferring* ait privé l'article 90, paragraphe 2, du traité de son utilité dans le domaine des aides d'État[1932] ».

669. Une proximité peut être établie entre les trois premiers critères de la solution *Altmark* et les conditions de mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE. Le critère selon lequel l'entreprise doit être chargée d'obligations de service public clairement définies (1ère condition *Altmark*) est analogue à la présence d'une entreprise chargée des obligations de service public par un acte de puissance publique prévu à l'article 106 § 2 TFUE. La définition des paramètres de compensation et l'absence de surcompensation (2ème et 3ème conditions Altmark) sont analogues au test de proportionnalité destiné à apprécier la dérogation fondée sur l'article 106 § 2 TFUE. Dès lors que ce test impose que les dérogations ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour exécuter les obligations de service public, il en résulte nécessairement que la compensation doive être juste et puisse être vérifiée.

[1929] *Ibid.*, pt. 140.

[1930] TPICE, 11 juin 2009, *ASM Brescia SpA contre Commission*, aff. T-189/03, *Rec.* p. II- 1831, pt. 122 : « Il importe tout d'abord de souligner qu'est en cause, en l'espèce, un régime d'aides. De ce fait, il convient de démontrer que ce régime remplit toutes les conditions pour soit pouvoir échapper à la qualification d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, soit pouvoir bénéficier de la dérogation prévue à l'article 86, paragraphe 2, CE ».

[1931] Trib., 10 juillet 2012, TF1, *M6, Canal + contre Commission*, aff. T-520/09, EU:T:2012, pt. 93.

[1932] *Ibid.*, pt. 82.

670. C'est le 4ème critère de l'arrêt *Altmark* (procédé contractuel par apport d'offres ou entreprise adéquatement gérée) qui sert de facteur de différenciation avec la mise en œuvre de l'article 106 § 2 TFUE[1933]. L'affaire *CBI contre Commission* en fournit une illustration. Le Tribunal a jugé que dans le cadre de l'étude la compatibilité de l'aide, l'absence « de réglementation communautaire harmonisée, la Commission n'est pas habilitée à se prononcer sur l'étendue des missions de service public, à savoir le niveau des coûts liés à ce service, […] ni sur l'efficacité économique de l'exploitant[1934] ». Face aux difficultés portant sur la mise en œuvre des critères *Altmark*, la Commission a proposé d'affiner leur appréciation en les intégrant dans le champ des aides d'État.

§2. LA RÉINTÉGRATION DU FINANCEMENT DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS LE CHAMP DES AIDES D'ÉTAT

671. En ayant pour objet de préciser la mise en œuvre des critères *Altmark*, les interventions de la Commission à travers les paquets *Monti-Kroes*[1935] puis *Almunia-Barnier*[1936] ont été accueillies de manière positive[1937]. Il existe cependant une différence d'ordre méthodologique. La Commission n'entend pas formellement préciser la solution

---

[1933] Trib., *M6, Canal + contre Commission*, préc., pts. 149 à 154 ; Trib., *CBI contre Commission*, préc., pt. 92 ; Trib., 16 octobre 2013, *TF1 contre Commission*, aff. T-275/11, EU:T:2013:535, pts. 122 à 157.

[1934] Trib., *CBI contre Commission*, préc., pt. 294.

[1935] Déc. 2005/842/CE de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE 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.U.E. n° L 312 du 29 novembre 2005, pp. 67-73 ; Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, *J.O.U.E.* n° C 297 du 29 novembre 2005, pp. 4-7.

[1936] Déc. 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° L 7 du 11 janvier 2012, pp. 3-10 ; Communications de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° C 8 du 11 janvier 2012, pp. 4-14 ; Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, *J.O.U.E.* n° C 8 du 11 janvier 2012, pp. 15-22 ; Règlement (UE) 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relative à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° L 114 du 26 avril 2012, pp. 8-13.

[1937] KARPENSCHIF (M.), « Du paquet Monti/Kroes au paquet Almunia : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ? », *J.C.P. A.*, n°1, 9 janvier 2012, 2006 ; CALFLECHE (G.), SORBARA (J.-G.), « Les compensations de service public du paquet almunia, une obscure clarté », *Europe*, n°6, juin 2012, étude 7 ; IDOT (L.), « Service d'intérêt économique général (SIEG) », *Europe*, n°2, février 2012, comm. 87 ; LEPIÈCE (A.), « Le paquet post-Altmark II – Réforme de la réglementation européenne sur le financement des services publics », *J.D.E.*, n°191, juillet 2012, pp. 205-212 ; DONY (M.), « Les règles régissant le financement public des services d'intérêt économique général après la réforme de 2011 », *C.D.E.*, n° 1, 2014, p. 96 ; MAILLO (J.), « Services of General Interest an EC Competition Law », art. cit.

Altmark, puisque la compensation n'est pas dans cette hypothèse une aide d'État. Bien que l'intitulé des paquets puisse parfois porter à confusion[1938], les textes ont eu pour objet de préciser les situations dans lesquelles une aide d'État destinée à financer un SIEG est compatible avec les traités[1939]. Il en a résulté un rapprochement des méthodes d'appréciation de la compensation de service public **(A)** dont la pratique décisionnelle de la Commission en offre d'intéressantes illustrations **(B)**.

A. Un rapprochement des méthodes d'appréciation de la compensation de service public

672. Les deux paquets adoptés par la Commission manifestent une volonté de sectoriser le régime des aides d'État finançant un service public, en renvoyant à la matérialité de l'activité et en privilégiant une logique de seuil. Dans le cadre du paquet *Monti-Kroes*, la décision 2005/842/CE exonère l'obligation de notification préalable de l'aide auprès de la Commission les compensations octroyées à des entreprises réalisant un chiffre d'affaires sur deux ans n'excède pas 100 millions d'euros toutes activités confondues et dont le montant annuel de la compensation est inférieure à 30 millions d'euros. Trois cas particuliers sont par ailleurs identifiés par la Commission : aucun montant n'est fixé pour le financement des hôpitaux et des entreprises de logement social, le seuil est relevé pour les établissements de crédits, et le calcul se fait sur la base du nombre de passagers pour le financement des lignes aériennes/maritimes ainsi que les ports/aéroports[1940]. Si ces seuils sont dépassés, la compensation est soumise à l'obligation de notification préalable[1941].

[1938] La communication porte sur « l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général », alors que son objet est de préciser la mise en œuvre de la solution *Altmark*, qui ne concerne pourtant pas les aides d'État.

[1939] Les différents textes sont pris sur le fondement des articles 106 § 3, 107, et 108 TFUE ; Déc. 2005/842/CE, préc., cons. 5 : « Lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État, et les dispositions des articles 87 et 88 du traité ne s'appliquent pas. Lorsque les États membres ne respectent pas ces critères et que les critères généraux d'applicabilité de l'article 87, paragraphe 1, du traité sont réunis, les compensations de service public constituent des aides d'État soumises aux dispositions des articles 73, 86, 87 et 88 du traité. La présente décision ne devrait donc s'appliquer aux compensations de service public que dans la mesure où elles constituent des aides d'État » ; Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, préc., pt. 2.1 ; Déc. 2012/21/UE, préc., cons. 4 et 5 ; Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, préc., pt. 1.

[1940] Déc. 2005/842/CE, préc., art. 2.

[1941] Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, préc., pt. 1.2

673. Le mouvement de sectorisation ainsi que l'exonération de notification ont été confirmés par le paquet *Almunia-Barnier* par le recours à une méthodologie plus exhaustive. Une communication porte sur les compensations de service public obéissant à l'arrêt *Altmark* et pour lesquelles la question de la notification préalable ne se pose pas[1942]. La décision 2012/21/UE garde la même logique que la décision 2005/842/CE : sont exonérées de l'obligation de notification préalable[1943] les compensations dont le montant annuel est inférieur à 15 millions d'euros (abaissement du seuil par rapport à 2005)[1944], avec des particularités pour les transports autres que terrestres[1945] et le domaine social (d'ailleurs explicité)[1946]. La décision ajoute une condition temporelle par rapport à 2005 puisqu'elle ne s'applique que si la période durant laquelle l'entreprise est chargée du SIEG ne dépasse pas 10 ans[1947]. Par ailleurs, le règlement 360/2012 concerne les compensations inférieures à 500 000 euros, exonérées également de l'obligation de notification préalable[1948]. Enfin, un dernier texte concerne les compensations dont le montant annuel dépasse les seuils de la décision 2012/21 et devant respecter l'obligation de notification préalable[1949].

674. L'exonération de l'obligation de notification préalable pour de nombreuses compensations de service public constitue un premier indicateur du rapprochement entre les compensation de service public dite *Altmark* et les compensations de service public sous la forme d'aide d'État. Elle est insuffisante pour conclure à un rapprochement définitif, car il existe des règlements d'exemption de notification des aides d'État au-delà des SIEG, typiquement pour les aides dites de minimis[1950]. Ce rapprochement s'illustre également sur la base des critères d'évaluation de la compatibilité des compensations de service public sous la forme d'aide d'État. En dehors du règlement 360/2012 (compensations inférieures à

[1942] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, préc.

[1943] Déc. 2012/21/UE, préc., art. 1.

[1944] *Ibid.*, art. 2 § 1 sous a).

[1945] *Ibid*, art. 2 § 1 sous d) et e).

[1946] *Ibid.*, art. 2 § 1 sous b) et c) : respectivement, « à des hôpitaux fournissant des soins médicaux, notamment, s'il y a lieu, des services d'urgence; l'exercice d'activités connexes directement liées aux activités principales, notamment dans le domaine de la recherche, ne fait cependant pas obstacle à l'application du présent paragraphe », « les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables ».

[1947] *Ibid.*, art. 2 § 2.

[1948] Règlement (UE) 360/2012, préc., art. 2. 1.

[1949] Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, préc., pt. 1.7.

[1950] Par exemple, Règlement (UE) 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis, *J.O.U.E.* n° L 352 du 24 décembre 2013, pp. 1-8.

500 000 euros), la Commission évalue la compatibilité des aides sur la base des mêmes critères que ceux établis par le juge dans l'arrêt *Altmark* pour exonérer une compensation de service public de la qualification d'aide d'État[1951]. D'utiles précisions ont été apportées sur le calcul du coût[1952], et sur la notion de bénéfice raisonnable[1953]. La Commission indique enfin qu'il y aura surcompensation si l'exigence de bénéfice raisonnable et dépassée. Si elle est inférieure à 10%, elle peut cependant être reportée sur la période suivante d'exécution du contrat[1954].

675. Ces précisions montrent qu'il n'y a formellement pas de différences entre les trois premiers critères établis par l'arrêt *Almark* pour *qualifier* une compensation de service public et les critères établis par la Commission pour évaluer la *compatibilité* d'une compensation de service public sous la forme d'une aide d'État[1955]. L'enjeu de la différenciation porte sur la 4ème condition Altmark, à savoir la nécessité d'une procédure relevant de la commande publique ou, à défaut, l'attribution du contrat suivant le standard de l'entreprise adéquatement gérée. Pour les compensations de service public *Altmark*, la Commission renvoie aux directives marchés publics auxquelles il convient d'ajouter la directive concession. Le 4ème critère n'est cependant pas retenu en présence d'une procédure négociée sans avis de publicité[1956], sauf dans l'hypothèse où l'entreprise est adéquatement gérée. Ceci étant, la différenciation entre les compensations de service public *Altmark* et les

---

[1951] On retrouve l'obligation de définir clairement les obligations de service public, de définir les paramètres de compensation, et d'éviter toute surcompensation. Pour le paquet de 2005 : Déc. 2005/842/CE, préc., art. 4, 5, et 6 ; Encadrement communautaire des aides d'État sous la forme de compensations de service public, préc., pt. 2.3.12, 2.4, et 3 ; Pour le paquet de 2012 : Déc. 2012/21/UE, préc., art. 4, 5, et 6 ; Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, préc., pt. 2.3.16, et 2.8.

[1952] Déc. 2005/842/CE, préc. art. 5 ; Le paquet Almunia fournit plus de précisions, voy. Déc. 2012/21/UE, préc., art. 5 ; Encadrement communautaire des aides d'État sous la forme de compensations de service public, préc., pt. 2.8. Ici, il y a moins de précision par rapport à la décision 2012/21/UE, mais la Commission renvoie à l'annexe IV de la directive service universel 2002/22/CE qui comporte une méthode détaillée ;

[1953] Déc. 2005/842/CE, préc., art. 5 § 4 ; Déc. 2012/21/UE, préc., art. 5 § 5 ; Encadrement communautaire des aides d'État sous la forme de compensations de service public, préc., pt. 2.8. Il s'agit du taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne sur la durée d'exécution des obligations de service public, ce qui suppose de prendre en compte le risque contractuel et le secteur concerné

[1954] Déc. 2005/842/CE, préc., art. 6 ; Déc. 2012/21/UE, préc., art. 6 § 2. Ce report n'est pas précisé dans Encadrement communautaire des aides d'État sous la forme de compensations de service public, car dans ce cas, il y a une obligation de notification préalable. Il n'est donc pas possible d'anticiper une surcompensation, car dans ce cas, le bénéfice sera considéré comme déraisonnable et l'aide ne sera pas déclarée compatible.

[1955] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, préc., pt. 3.4 et 3.5.

[1956] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, préc., pt. 3.6.1.

compensations de service public aide d'État fondée sur le 4ème critère est rarement observée en pratique. Rares sont les hypothèses dans lesquelles une compensation n'a pas été attribuée dans le cadre d'une procédure de la commande publique. La Commission tente en apparence de continuer à distinguer les deux types de compensation en se référant au standard de l'entreprise adéquatement gérée[1957]. Elle a pourtant manifesté de longue date son refus de déclarer compatibles les aides allouées aux entreprises inefficaces[1958].

676. Sous l'impulsion du processus de codification de la jurisprudence *Altmark* par la Commission, la distinction entre les deux formes de compensation perd dans la pratique de son intérêt. Les mêmes critères, les mêmes terminologies[1959], et souvent les mêmes conséquences (absence de notification) s'observent. La question de savoir si le financement des obligations de service public constituent un avantage ou non est désormais totalement occultée. En précisant les critères de mise en œuvre de l'arrêt *Altmark*, la Commission s'est réappropriée le financement des obligations de service public en le rattachant au droit des aides d'État. Pourtant, un État membre reste libre de s'en écarter en se fondant uniquement sur l'arrêt *Altmark*. En présence d'une compensation supérieure à 15 millions d'euros, il n'a ainsi pas l'obligation de notifier la compensation s'il considère que les quatre critères sont réunis. Afin d'éviter le risque que la compensation soit qualifiée d'aide d'État par la Commission, et qu'il soit obligé de récupérer les fonds délivrés, l'État procèdera à la notification.

677. Ce phénomène est amplifié par l'ouverture à la concurrence des activités en réseau. Les compensations octroyées à des entreprises chargées d'obligations de service public dans les transports terrestres 2007 sont considérées comme des aides d'État[1960]. Le règlement 1008/2008 prévoit que les États doivent notifier à la Commission tout projet de liaison

---

[1957] Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, préc., pt. 2.8 ; Déc. 2012/21/UE, préc., art. 5 § 6.

[1958] Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur,

[1959] Par exemple, pour la compensation et la surcompensation, voy. pour les compensations de service public sous la forme d'aide d'État, Déc. 2012/21/UE, préc., art. 5, et pour les compensations de service public *Altmark*, Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, préc., pt. 35.

[1960] Règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70, *J.O.U.E.* n° L 315 du 03 décembre 2007, p. 1, art. 8.

aérienne soumis à obligations de service public par voie d'appel d'offres[1961]. Les missions des autorités de régulation montrent également un contrôle des compensations[1962]. En France, l'autorité de régulation des communications et des postes est chargée de déterminer le montant des contributions au financement des obligations de service universel et d'en assurer la surveillance[1963], tandis que la Commission de régulation de l'énergie propose chaque année le montant des charges de service public pour l'électricité et le gaz devant être compensées[1964].

B. Les difficultés de mise en œuvre des critères

678. Universitaires et praticiens s'accordent à considérer que les critères issus de l'arrêt *Altmark* manquent d'intelligibilité[1965]. La Cour de justice fait sur ce point preuve de réserves. Dans l'arrêt *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl*[1966] relative à un des services d'assistance fiscale – première affaire portant sur l'ensemble des conditions *Altmark* –, elle a constaté que des services d'assistance fiscale peuvent être qualifiés de SIEG, que la compensation de 14 euros pour chaque déclaration peut satisfaire l'exigence relative à la détermination préalable des paramètres de compensation, et a renvoyé à l'appréciation du juge national l'étude des 3ème et 4ème en se retranchant derrière la subsidiarité juridictionnelle[1967].

[1961] Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3, art. 17.

[1962] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14, art. 22 tel que modifié par la dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 52 du 27 février 2008, p. 3 ; Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51, art. 13 § 2, 13 § 2. Les directives électricité et gaz n'octroient pas explicitement une telle mission à l'autorité de régulation, mais elles se retrouvent en pratique

[1963] Code des postes et des communications électroniques, art. L. 36-7 § al. 4°.

[1964] Code de l'énergie, art. L. 121-6 à L. 121-28 pour l'électricité, art. L. 121-35 à L. 125-44 pour le gaz.

[1965] VOGEL (L.), *Code de la concurrence*, op. cit., pp. 141 et s. ; KARPENSCHIF (M.), *Droit européen des aides d'État*, op. cit., pp. 164 et s. ; Sur l'inintelligibilité des critères, PEIFFERT (O.), « obligations de service public et protection de l'environnement en droit européen des aides d'État : une voie étroite », *Aménagement-Environnement*, 2017, n°1, pp. 6 à 18 ; MADDALON (Ph.), « Paquet Altmark : quelle sécurité juridique ?, art. cit. ; LICHÈRE (F.), « Le financement des charges de service public dans les services d'intérêt économique général », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en Europe*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 61-73.

[1966] CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl e.a.*, préc.

[1967] *Ibid.*, pts. 54 à 72 ; Pour un autre exemple montrant que la Cour de justice est laconique, CJUE, 8 mai 2013, *Eric Libert e.a.*, aff. C-197/11 et C-203/11, EU:2013:288, pt. 90 : « À cet égard, ainsi que l'a relevé M.

679. La pratique décisionnelle de la Commission fournit en revanche de nombreuses précisions sur la mise en œuvre des critères. Méthodiquement, la Commission recherche dans un premier temps si le 4ème critère de l'arrêt *Altmark* est rempli, et, à défaut, envisage l'aide sous l'angle du droit des aides d'État. A l'analyse, force est de reconnaître que ce critère n'est jamais accueilli. De nombreuses situations, en particulier portant sur le financement des aéroports régionaux, montrent que les États n'ont pas eu recours à une procédure de marché public. Dans l'hypothèse inverse, la présence d'une procédure de marché public ou de concession ne se suffit pas à elle-seule, notamment en l'absence d'informations sur le nombre de soumissionnaires[1968] ou si la procédure repose sur des critères essentiellement liés à la protection de l'environnement[1969].

680. À défaut d'une procédure de marché public ou de concession, la Commission fait usage du standard de l'entreprise adéquatement gérée. Sa détermination et son admission demeurent des cas d'école, soit car les États ne fournissent pas d'éléments permettant de comparer les coûts de l'entreprise chargée d'obligation de service public avec des entreprise comparables[1970], soit car ils ne justifient pas en quoi les entreprises comparées sont elles-mêmes adéquatement gérées[1971], soit enfin, dans de rares cas, car l'entreprise n'est adéquatement gérée[1972]. Difficile à mettre en pratique, ainsi que le Tribunal l'a lui-même

---

l'avocat général au point 53 de ses conclusions, il apparaît que, si les dispositions du décret flamand permettent d'identifier les bénéficiaires des mesures édictées par celui-ci, elles ne permettent pas, en revanche, de déterminer de manière suffisamment objective et transparente les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée ».

[1968] Déc., 12 juillet 2018, Aide d'État SA.48119 (2017/N) et SA.49523 (2017/N), relative au financement de certaines lignes maritimes en Croatie, (disponible uniquement en anglais), pt. 43.

[1969] Trib., *Commission contre Allemagne*, préc., pt. 82

[1970] Déc., 25 avril 2018, Aide d'État SA.49482 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Sumburgh ; Déc., 14 février 2018, Aide d'État SA.49331 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Bornhilm (disponible uniquement en anglais) ; Déc., 24 décembre 2017, Aide d'État SA.41147 (2017/NN), relative au financement du Livret A par la Banque Postale ; Déc., 18 juillet 2017, Aide d'État SA.45692 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Inverness (disponible uniquement en anglais) ; Déc., 27 juillet 2016, SA.36672 (2013/NN), relative au financement de la société nationale de programme France Médias Monde – FMM ; Déc., 7 mai 2014, Aide d'État SA.32635 (2012/E), relative au financement de la RTBF ; Déc., 23 janvier 2013, Aide d'État SA.29367 (2012/NN), relative au financement du Livret A par la Banque Postale ; Déc., 22 juillet 2010, Aide d'État n°95/2010, relative à l'aide à la création d'une station de radio locale Radio Bleu Maine.

[1971] Déc., 25 mai 2018, Aide d'État SA.49203 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Bacau ; Déc., 19 janvier 2015, Aide d'État SA.38757, relative au financement de l'aéroport de Skelleftea (disponible uniquement en anglais), pt. 34.

[1972] Déc., 27 mars 2013, Aide d'État SA.32170 (2014 NN – ex 2010/CP) et SA.32953 (2014 NN) – ex 2011CP, relative, notamment, au financement de lignes ferroviaires de fret, pt. 90 (uniquement disponible en anglais). La Commission a observé que Trenitalia présente d'importantes défaillances en particulier dans le sud de l'Italie par rapport à d'autres entreprises ferroviaires au sein de l'Union européenne.

reconnu[1973], le standard de l'entreprise adéquatement gérée contraint les États et en particulier les collectivités locales à disposer d'informations qui alourdissent la charge de la preuve.

681. La compensation est, en pratique, toujours considérée comme une aide d'État, pouvant être compatible avec le droit de l'Union. Rares sont les décisions de la Commission dans lesquelles elle juge que l'aide ne peut être compatible. Elles concernent souvent les situations dans lesquelles les obligations de service public ne sont pas correctement définies[1974] ou lorsqu'il n'existe pas d'acte de puissance publique[1975]. La rigueur du standard de l'entreprise adéquatement gérée contraste ici avec la souplesse dont la Commission fait preuve pour apprécier la compatibilité.

682. La détermination des paramètres de calcul de la compensation doit en principe reposer sur la méthode du coût net évité[1976]. Elle « consiste à calculer le coût net, nécessaire, effectif, escompté, pour exécuter les obligations de service public comme la différence entre le coût net supporté par le prestataire lorsqu'il exécute ces obligations et le coût ou bénéfice net du même prestataire lorsqu'il ne les exécute pas[1977] ». Dans la plupart de ses décisions, la Commission admet cependant que le recours à cette méthode n'est pas approprié car il n'existe pas de prestataire comparable[1978]. Elle se contente dès lors de vérifier l'adéquation entre les coûts et le montant de la compensation. Cette vérification est parfois également délicate, en particulier lorsque la compensation n'est pas évaluable financièrement mais constitue des avantages en nature[1979]. L'exigence de la détermination préalable des paramètres de compensation est également un moyen d'éviter les subventions croisées. De manière originale, la Commission a décidé que ce critère n'est pas respecté dans la décision

---

[1973] Trib., *TV2 contre Commission*, préc., pt. 114.

[1974] Déc., Aide d'État SA.32635 (2012/E), préc.

[1975] Déc., Aide d'État SA.32170 (2014 NN – ex 2010/CP) et SA.32953 (2014 NN) – ex 2011CP), préc., 184.

[1976] SAUTEL (O.), « Les enjeux de la mise en place d'une approche plus économique des aides d'État ; le cas de la méthode du coût net évité pour les compensations de service public », *Revue Lamy de la concurrence*, n°51, juin 2016, pp. 42 et s.

[1977] Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, préc., pts. 24 à 27.

[1978] En particulier pour les aéroports régionaux, Déc., Aide d'État SA.49482 (2017/N), préc. ; Déc., Aide d'État SA.49331 (2017/N), préc. ; Déc., Aide d'État SA.49203 (2017/N) ; Déc., Aide d'État SA.38757, préc., pt. 111 ; Trib., *TV2 contre Commission*, préc., pt. 114-119. O. PEIFFERT note à cet égard que certaines installations de traitement de déchets dangereux peuvent présenter une spécificité qui les rend unique sur un État, PEIFFERT (O.), « obligations de service public et protection de l'environnement en droit européen des aides d'État : une voie étroite », art. cit.

[1979] CJUE, 16 avril 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias*, aff. C-690/13, EU:C:2015:235, pts. 32 à 35.

portant sur le financement de RTBF au motif qu' « un tiers ne serait pas en mesure d'identifier les recettes et les coûts des activités commerciales de la RTBF sur la base de ses comptes[1980] ». La clarté des paramètres de compensation s'observe par l'accessibilité des données financières par des non-spécialistes.

683. Afin de veiller à ce que l'entreprise ne soit pas inefficace, la Commission vérifie l'existence de mesures incitatives imposées par les États. Que l'État diminue annuellement le montant de la compensation[1981], qu'il existe des pénalités, des indicateurs de qualité, de performance, que l'entreprise doit fournir chaque année un comparatif de ses coûts avec d'autres entreprises[1982], sont autant d'indicateurs qui sont considérés par la Commission comme des mesures incitatives[1983].

684. En matière de surcompensation, la Commission contrôle s'il existe dans l'acte de puissance publique des dispositions ou des stipulations par lesquelles l'État entend vérifier régulièrement qu'aucune surcompensation ne résulte de la réalisation des obligations de service public[1984]. Ce contrôle l'invite à prendre en compte tant les recettes dégagées par l'activité, la compensation, que des recettes moins directes, telles que les publicités dans le secteur de la radiodiffusion[1985]. Le contrôle du bénéfice raisonnable fait l'objet de peu de précisions. Pour l'essentiel, les affaires dont la Commission a eu à connaître montrent que le montant de la compensation n'est jamais suffisant pour couvrir les coûts de l'entreprise[1986]. Elle a cependant précisé que la prise en compte d'un risque ne vaut pas dans l'hypothèse où celui est inexistant. Dans l'affaire du financement du Livret A, la centralisation des encours auprès de la Caisse des Dépôts et des Consignations ne fait peser aucun risque sur la Banque Postale puisque la CDC doit, sur sa demande, lui rembourser l'intégralité des montants centralisés[1987].

[1980] Déc., Aide d'État SA.32635 (2012/E), préc., pt. 233. Sur les rapports entre l'audiovisuel et les critères *Altmark*, voy. CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK LTD contre Commission*, aff. C-660/15 P, EU:C:2017:178. Not. CARTIER-BRESSON (A.), *Journal européen et international de droit Média-Art-Culture*, n°3, 19 juin 2018, p. 223 et s.

[1981] Déc., Aide d'État SA.41147 (2017/NN), préc., pt. 113 et s.

[1982] Déc., Aide d'État SA.38757, préc.

[1983] Déc., 27 avril 2018, Aide d'État SA.49335 (2017/N), relative au financement d'autoroutes en Italie (disponible uniquement en anglais), pt. 155.

[1984] Déc., Aide d'État SA.49482 (2017/N), préc. ; Déc., Aide d'État SA.29367 (2012/NN), préc.

[1985] Déc., Aide d'État SA.32635 (2012/E), préc., pt. 243.

[1986] Déc., Aide d'État SA.49331 (2017/N), préc. ; Déc., Aide d'État SA.45692 (2017/N), pt. 113.

[1987] Déc., Aide d'État SA.29367 (2012/NN), préc., pt. 76.

685. Les critères d'évaluation du financement des obligations de service public servent à éviter des préjudices au marché intérieur en fixant un seuil à ne pas dépasser. Il est pourtant surprenant de constater qu'il n'existe pas d'obligation à la charge de l'État de compenser intégralement les sujétions qu'il impose à des entreprises. Outre qu'il en résulte une contradiction avec certaines textes[1988], cette absence a pour conséquence de faire peser sur le marché le financement des pertes de l'entreprise dans la réalisation des obligations de service public.

[1988] Règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérence à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 156 du 28 juin1969, p. 1, qui a consacré un tel droit. Abrogré, ce même droit n'est pas repris, au moins textuellement, à partir du règlement 1370/2007.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

687. L'adaptation du droit des États impulsée par les arrêts *Fering* et *Altmark* a contribué à valoriser les missions d'intérêt économique général. En se fondant sur l'objet du financement des obligations de service public pour rejeter la qualification de l'aide d'État, le juge a introduit dans le champ des aides d'État une spécificité qui est un marqueur du régime juridique des SIEG. Cette valorisation ne s'est cependant pas accompagnée d'une clarification de la nature juridique de la compensation de service public. Le juge se fonde uniquement sur des critères procéduraux pour exclure ou non de la qualification d'aide d'État.

688. Le manque de praticité des critères dégagés par le juge pour que la compensation échappe à la qualification d'aide d'État a amené la Commission a codifié la jurisprudence *Altmark*, puis à l'expliciter. La pratique décisionnelle de la Commission montre néanmoins que les critères restent pratiquement impossibles à réunir. Ce faisant, la Commission a intégré le financement des obligations de service public dans le champ des aides d'État puisque le financement est dans la pratique toujours envisagé sous l'angle de l'article 106 § 2 TFUE. Ses décisions continuent d'apporter régulièrement des précisions sur la mise en œuvre des critères, elles montrent que le contrôle de la surcompensation apparaît comme le fil directeur de l'examen des financements. S'il en résulte une protection des entreprises n'assurant pas des obligations de service public, il n'en demeure pas moins que le droit de l'Union reste perfectible pour celles qui les réalisent. En dehors de quelques secteurs, il n'existe en effet pas un droit à une compensation intégrale des coûts des obligations de service public.

Chapitre 2

Le recours aux Fonds

689. S'il demeure peu étudié, le recours à des fonds de financement constitue un moyen complémentaire aux aides d'État pour financer les obligations de service public. Consacrés dès l'amorce de l'ouverture à la concurrence des télécommunications et des postes, les fonds de compensation peuvent être un mode de financement des obligations de service public pour les nouveaux entrants sur le marché. Peu utilisés compte tenu de leur complexité, ils sont cependant à l'origine d'un contentieux récent **(Section 1)**.

690. Les fonds structurels de l'Union apparaissent également comme un autre mode de valorisation des obligations de service public en droit de l'Union. Le plan JUNCKER a, à cet égard, montré que l'Union européenne cherche à financer des projets d'investissement, non sur des fonds publics, mais par des mécanismes complexes mobilisant les marchés financiers et les garanties d'emprunt. Les Fonds structurels illustrent également avec la technique de péréquation des coûts et les fonds de compensation de quelle façon le marché est utilisé comme un cadre de référence du financement des obligations de service public **(Section 2)**.

Section 1. **L'INTÉRÊT CONTRASTÉ DES FONDS DE COMPENSATION**

691. La suppression des droits spéciaux ou exclusifs des opérateurs historiques a nécessité de renouveler les méthodes de financement des obligations de service public[1989]. À cet égard, le recours à des fonds de compensation a initialement connu un certain attrait[1990] puisqu'ils font contribuer les nouveaux entrants sur le marché au financement des obligations de service public. Considéré comme un financement par solidarité des concurrents[1991] en contrepartie de l'accès au marché, ce mécanisme a finalement suscité peu d'intérêt. Il n'a pas été généralisé et a été abandonné dans certains secteurs[1992] car il suppose la mise en place d'un système complexe générant des retombées financières relativement faibles. Les fonds de compensation concernent en l'état essentiellement le financement des différents services universels. Ils sont confiés aux autorités de régulation nationales afin d'éviter que l'opérateur historique en charge de service universel ne l'utilise pour abuser de sa position dominante[1993]. Dans les secteurs des communications électroniques et des postes, la multiplication des nouveaux entrants sur le marché est à l'origine d'un contentieux sur le champ des contributeurs au fonds de compensation **(A)**. Dans le secteur de l'électricité, les liens entre le fond de compensation et le service universel apparaissent tenus. Moins qu'un usage pour le financement direct des obligations de service universel, il sert surtout à réaliser d'autres objectifs **(B)**.

[1989] KAPENSCHIF (M.), « Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? », *R.J.E.P.*, n°628, février 2006, chron. 100009 ; KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°3, 16 septembre 1996, pp. 493 et s.

[1990] En particulier de la Commission, MARCHESSOU (Ph.), « Les modes de financement du service universel existants en droit communautaire », in KOVAR (R.), SIMON (D.) (dir.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Coll. Travaux de la CEDECE, Paris, La documentation française, 1998, tome 2, pp. 287-296. Voy. également plus récemment, MET-DOMESTICI (A.), « La libéralisation des services postaux. Les enjeux de l'ouverture totale à la concurrence », *R.M.C.U.E.*, n°515, 10 février 2008, pp. 114 et s.

[1991] RODRIGUES (S.), *Les services publics locaux face au droit communautaire. Les exigences du marché intérieur*, Paris, La documentation française, 2007, p. 757.

[1992] La France avait recours dans le secteur aérien le fonds d'intervention pour les aéroports et le transport aérien (FIATA), DUPERON (O.), « Le fonds de péréquation des transports aériens ou la mise en œuvre d'une conception européenne du service public dans le domaine de l'aviation civile française », *Revue française de droit aérien*, 1996, pp. 35 et s. Mis en place par la loi n°95-115 du 4 février 1995, le fonds d'intervention pour les aéroports et le transport aérien a été supprimé par la loi de finance n°2004-1484 du 30 décembre 2005 de finances pour 2005, art. 57. Le financement s'opère dorénavant par le recours à des fonds publics sous la forme d'un contrat de service public.

[1993] LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2002, pp. 263-281.

§1. LA DÉTERMINATION DU CHAMP DES CONTRIBUTEURS

692. Les fonds de compensation au sein des communications électroniques et des postes ont été reconnus en droit de l'Union respectivement à partir des directives 96/10/CE[1994] et 97/67/CE[1995]. Signe que l'obligation de service universel ne constitue pas nécessairement une sujétion, l'instauration d'un fonds suppose que l'entreprise chargée des obligations de service universel assure une charge injustifiée (dit aussi inéquitable[1996]) appelant à une compensation[1997]. En France, l'article L. 2-2 du code des postes et des communications électroniques prévoit qu'un fonds de compensation puisse être institué pour financer les activités de service universel réalisées par La Poste. Il n'a, pour le moment, pas été activé[1998].

693. Le recours au fonds de compensation n'est possible que pour financer le service universel. À l'occasion de l'affaire *Mobistar*, la Cour de justice a jugé que si les États sont libres, aux termes de directives 2002/22/CE, d'ajouter des obligations additionnelles au service universel, leur financement ne peut pas être assuré par la participation d'entreprises[1999]. La mise en œuvre de ces fonds suppose de trouver un équilibre de façon à assurer le financement du service universel sans que la contribution ne constitue une barrière à l'entrée sur le marché[2000]. À cette fin, le champ des contributeurs au financement du fond est laissé à l'appréciation des États membres[2001]. La multiplication des entreprises agissant

---

[1994] Dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 74 du 22 mars 1996, p. 13, art. 4 quater.

[1995] Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14, art. 9 § 4.

[1996] *Ibid.*

[1997] Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.Ua.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51, art. 13 § 2 ; Cette règle est reproduite en France à l'article L. 35-3 III du code des postes des communications électroniques.

[1998] Ainsi que l'a souligné l'ARCEP dans sa Décision n°2017-1130 du 28 septembre 2017 relative à l'évaluation pour l'année 2016 du coût net du maillage complémentaire permettant à La Poste d'asssurer sa mission d'aménagement du territoire.

[1999] Dir. 2002/22/CE, préc., art. 32 ; CJUE, 11 juin 2015, *Base Company NV et Mobistar NV*, aff. C-1/14, EU:C:2015:378, pt. 43. Not. SLAUTSKY (E.), « Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale : quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union », *C.D.E.*, n° 3/4, 2016, p. 881.

[2000] FRIBOULET (A.), « Accords et désaccords sur l'ouverture du marché postal », *R.T.D. eur.*, n°2, 15 juin 2009, pp. 381 et s.

[2001] Dir. 2002/22/CE, préc., art. 13.

dans le secteur postal est cependant à l'origine de questionnements sur la sélection des entreprises appelées à contribuer aux fonds de compensation.

694. Le récent arrêt *Confetra*, rendu par la Cour de justice le 31 mai 2018[2002], est une bonne illustration des problématiques inhérentes au choix des opérateurs. Dans cette affaire, elle a apporté des précisions sur la sélection des entreprises pouvant être sollicitées pour contribuer au fond de compensation en matière postale. Elle a jugé qu'un prestataire de service postaux concerne au moins un service d'acheminement à titre principal, et à titre accessoire, un service de levée, de tri ou de distribution des envois postaux[2003]. Des entreprises de transports routier, de fret, et de courrier exprès réunissant ces deux critères constituent en conséquence des prestataires de services postaux et peuvent être soumis à une autorisation générale pour exercer leur activité en matière postale[2004]. Le droit dérivé ne s'oppose pas à ce que de tels prestataires de services postaux doivent contribuer au fonds de compensation pour autant qu'il existe entre le service universel et les services de ces entreprises un degré suffisant d'interchangeabilité[2005]. À cet égard, cette condition ne s'apprécie pas par l'opposition entre service universel et autres services. Il s'agit d'examiner si les services peuvent « du point de vue de l'utilisateur, être considérés comme étant des services relevant du service universel du fait qu'ils présentent un degré suffisant d'interchangeabilité avec celui-ci[2006] ». Le raisonnement retenu par la Cour de justice présente l'intérêt de ne pas enfermer le financement par fonds de compensation. Cependant, la solution aurait probablement mérité de reposer sur un autre fondement. L'interchangeabilité n'est pas appréciée au regard du droit positif, mais par renvoi à la perception du champ du service universel par l'utilisateur, peu importe que celle-ci soit erronée.

695. Outre que leur complexité en fait des instruments peu attractifs, les fonds de compensation dans les secteurs des communications électroniques et des postes ont probablement manqué d'ambition. Le service universel a octroyé à chaque ressortissant de l'Union européenne un ensemble commun de droits prenant la forme d'obligations de

---

[2002] CJUE, 31 mai 2018, *Confetra e.a. contre Autoritá per le Garanzie nelle Comunicazioni*, aff. C-259 et 260/16, EU:C:2018:370. Not. CAZET (S.), « Service postal », *Europe*, n°7, juillet 2018, comm. 275.
[2003] *Ibid.*, pt. 34.
[2004] *Ibid.*, pt. 61.
[2005] *Ibid.*, pt. 72.
[2006] *Ibid.*

service universel imposées aux États. Il ne s'est pas posé en retour la question de savoir de quelle façon ces ressortissants pourraient à leur tour contribuer à la garantie de ces droits. À cet égard, on aurait pu imaginer que le financement des obligations de service universel déficitaires soit mutualisé au niveau européen plutôt qu'à une échelle strictement nationale. Cette mutualisation aurait pu faire l'objet d'une mission attribuée à l'organe des régulateurs européens des communications électroniques, contribuant d'une part à valoriser les réseaux européens des régulateurs[2007], et surtout, d'autre part, à matérialiser une solidarité à l'échelle de l'Union.

§2. LA TRANSFORMATION DES MOYENS DE RÉALISATION DES OBLIGATIONS DE SERVCIE PUBLIC : l'EXEMPLE DE l'ARRÊT *Messer France SAS contre Premier Ministre*

696. Bien que la législation sectorielle n'y fasse pas référence, le recours aux fonds de compensation se retrouve également dans les secteurs de l'énergie. L'arrêt *Messer France SAS contre Premier ministre* rendu par la Cour de justice le 25 juillet 2018 a mis en évidence que leur fonction diffère des secteurs des communications électroniques et des postes[2008]. Ils servent à financer des obligations dont le lien avec la réalisation des obligations de service universel n'est pas évident.

697. L'affaire a porté sur la contribution au service public de l'électricité (CSPE) en France avant ses réformes de 2010 et 2015[2009]. La contribution au service public de l'électricité porte sur de nombreux objets. Elle sert à financer les surcoûts résultant de l'obligation d'achat par les fournisseurs d'électricité de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelable et par cogénération[2010] (68% en 2018 du montant de la CSPE[2011]), à compenser les surcoûts de production dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental, la tarification sociale pour les personnes en situation de précarité (jusqu'à récemment), et enfin les coûts portant sur le fonctionnement administratif

---

[2007] Sur les mission des réseaux européens de régulateur, voy. DELZANGLES (H.), « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », *Revue de l'économie publique*, n°692, décembre 2011, pp. 2 et s.

[2008] CJUE, 25 juillet 2018, *Messer France SAS contre Premier Ministre*, aff. C-103/17, EU:C:2018:587.

[2009] Pour une présentation, voy. CICILE (M.-Cl.), REDON (D.), BARTHÉLEMY (Ch.), « La réforme de la contribution au service public de l'électricité », *R.F.D.A.*, n°3, 13 juillet 2017, pp. 462 et s.

[2010] Pour une illustration, CJUE, 19 décembre 2013, *Asssociation vent De Colère!*, aff. C-262/12, EU:C:2013:851.

[2011] Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 12 juillet 2018 relative à l'évaluation des charges de service public pour 2010. Disponible sur www.cre.fr.

du médiateur de l'énergie et de la Caisse des dépôts et consignations (chargée de la gestion du CSPE). Les coûts du fonds de compensation ne cessent d'augmenter (pratiquement 8 milliards d'euros pour 2019) et constituent environ 20% de la facture du consommateur.

698. Les produits énergétiques font partie avec l'alcool, le tabac et les boisons alcoolisés de produits imputés de droits d'accises, c'est à dire de droits désignant « traditionnellement les taxes indirectes qui sont assises sur la consommation ou l'utilisation de certains produits[2012] ». À la différence de la TVA, ces droits d'accises ne sont pas liés à la valeur « des produits, mais sur les quantités de produits consommés (litres d'alcool ou de carburant, nombre de cigarettes, etc.)[2013] ». Ils ont fait l'objet d'une harmonisation, d'abord par la directive générale directive 92/12/CEE[2014], puis de manière plus exhaustive et sectorielle par plusieurs directives, en l'occurrence en matière énergétique par la directive 2003/96/CE[2015]. La directive 92/12/CEE a laissé aux États membres la possibilité de prévoir en sus ou en l'absence de droits d'accises harmonisé le choix de recourir à des taxes indirectes poursuivant des finalités spécifiques (TIFS). Il s'agit, ainsi que l'explique l'Avocat général SÁNCHEZ-BORDONA, de respecter la « diversité des traditions fiscales des États membres en la matière et dans le recours fréquent aux impositions indirectes pour appliquer des politiques non budgétaires[2016] ». La taxe doit notamment poursuivre une finalité spécifique pour être conforme au droit de l'Union.

699. En l'absence de transposition de la directive 2003/96 par la France avant la réforme de 2010 de la CSPE, c'est à l'aune de la directive 92/12/CEE que sa légalité a été soumise à la Cour de justice dans l'arrêt *Messer France SAS contre Premier Ministre* pour la période antérieure à cette loi. La finalité spécifique de la taxe est acquise si elle poursuit une finalité autre que budgétaire. À cet égard, si sans surprise la Cour de justice considère que le montant

---

[2012] MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Droit fiscal européen*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuel, Bruxelles, Bruylant, pp. 486 et 487.

[2013] *Ibid.*

[2014] Dir. 92/12/CEE du Conseil du 25 février 1992 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise, *J.O.U.E.* n° L 76 du 23 mars 1992, pp. 1-13, remplacée par la Dir. 2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 relative au régime général d'assice et abrogeant la directive 2012/12/CE, *J.O.U.E.* n° L 9 du 14 janvier 2009, pp. 12-30.

[2015] Dir. 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *J.O.U.E* n° L 283 du 31 octobre 2003, pp. 51-70. ORTEGA IBÀÑEZ (A), « Les défaillances du régime des droits d'accises européen sur les produits énergétiques », *J.D.E.*, n°236, 15 février 2017, pp. 48 et s.

[2016] Concl. A.G. SÁNCHEZ-BORDONA (C.), 7 mars 2018, *Messer France SAS contre Premier ministre*, préc., pt. 55.

de la CSPE alloué au fonctionnement du médiateur de l'énergie et à la Caisse des dépôts et des consignations ne poursuit pas une finalité spécifique, son raisonnement sur le volet environnement et social de la CSPE sont éclairants. En effet, le financement des surcoûts pour les zones isolées et pour les facilités octroyées aux ménages en situation de précarité est considéré comme une finalité normalement assurée par l'État, qui n'est dès lors pas spécifique à la contribution pour l'énergie[2017]. En revanche, la Cour de justice considère - de manière laconique - que le financement des surcoûts liés à l'obligation d'achat de la production d'électricité par des sources d'énergie renouvelable poursuit une finalité spécifique[2018]. La Cour suit en cela la position de l'avocat général selon lequel, à défaut d'une telle reconnaissance, aucune imposition indirecte ne pourrait relever de l'exception prévue par la directive 92/12/CEE[2019].

700. Si l'on a pu douter que le droit de l'Union ne prenne pas en considération les fonctions sociales assumées par les États, la Cour de justice affirme clairement le contraire avec l'arrêt *Messer France SAS contre Premier Ministre*. Que le versant social de la CSPE ne respecte pas la directive 92/12/CEE ne remet cependant pas en cause le financement des obligations de service public par les États. Ce financement doit être mis en conformité avec les règles fiscales harmonisées de la directive 2003/96/CE, ce que, au demeurant, la France a entrepris en renformant la CSPE en 2010 et 2015. Le financement des obligations de service public s'est en conséquence adapté sous l'impulsion d'une harmonisation des règles fiscales européennes, montrant une fois encore de quelle façon s'opère la conciliation des intérêts des États membres et de l'Union dans le cadre de la réalisation du marché intérieur.

701. L'arrêt *Messer France SAS contre Premier Ministre* est enfin l'illustration des difficultés à se saisir de l'obligation de service public dans le secteur de l'électricité. En l'occurrence, le fonds de compensation sert essentiellement à financer la transition énergétique (68% des coûts). Si les directives autorisent les États à imposer des obligations de service public portant sur l'environnement, le volet environnemental de la CSPE ne vise pas à financer directement l'objet du service public, c'est à dire l'accès à l'électricité. Le financement de l'obligation de service public confirme en conséquence que l'obligation de

[2017] CJUE, *Messer France SAS contre Premier Ministre*, préc., pts. 43 et 44.
[2018] *Ibid.*, pt. 45.
[2019] Concl. A.G. SÁNCHEZ-BORDONA (C.), *Messer France SAS contre Premier ministre*, préc., pt. 73.

service public est au sein de l'électricité une terminologie essentiellement générique servant à protéger la politique énergétique des États membres.

Section 2. **LE MANQUE DE VISIBILITÉ DES FONDS STRUCTURELS**

702. L'obligation de service public est formellement peu associée aux instruments de financement dont dispose l'Union européenne. Elle demeure à titre principal une qualification dont les États membres peuvent se saisir pour identifier des activités essentielles et/ou pour délimiter des exigences spécifiques qui pèsent sur des entreprises assurant, sous le contrôle d'une personne publique, ces mêmes activités. Néanmoins, les activités matérielles peuvent, dans certains cas, obtenir des financements européens qui concourent à leur fonctionnement. Les fonds structurels de l'Union[2020], à savoir le fonds européen de développement régional, le fonds de cohésion, et le fonds social européen interviennent davantage pour le financement des infrastructures nécessaires à la réalisation de ces missions, et moins durant leur exécution[2021]. Ils concourent à un objectif général de renforcement de la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union[2022] et répondent à une mise en œuvre fondée sur l'additionnalité des financements. Les compétences octroyées à l'Union à cette fin en font des instruments manquant de visibilité, car conditionnés par les projets des États membres **(§1)**. À travers la politique des réseaux transeuropéens et d'autres initiatives plus éparses, les fonds structurels sont mobilisés essentiellement dans le domaine social pour lutter contre la précarité, et pour assurer l'interopérabilité des infrastructures de transports, de télécommunications, et d'énergie **(§2)**.

[2020] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 289, 2015, pp. 86-89.

[2021] Le fonds européen et de garantie agricole n'est pas concerné.

[2022] L'article 174 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que, pour renforcer sa cohésion économique, sociale et territoriale, l'Union vise à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions ou îles les moins favorisées, et qu'une attention particulière soit accordée aux zones rurales, aux zones où s'opère une transition industrielle et aux régions qui souffrent de handicaps naturels ou démographiques graves et permanents. L'article 175 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit plusieurs instruments financiers pour réaliser les objectifs de l'article 174: le Fonds européen d'orientation de garantie agricole (FEADER), le Fonds social européen (FSE), le Fonds européen de développement régional (FEDER), auxquels s'ajoutent les dispositifs de financement de la BEI et d'autres instruments financiers (dont le Fonds de cohésion et le Fonds pour les affaires maritimes et la pêche, FEAMP, qui ne sont pas formellement identifiés par le traité comme des Fonds structurels).

§1. UN MODE DE FINANCEMENT CONDITIONNÉ PAR LA SUBSIDIARITÉ

703. Les Fonds structurels sont formellement rattachés à la politique de cohésion, économique sociale et territoriale de l'Union, mais leur mise en œuvre interfère nécessairement avec d'autres politiques européennes, telles que la politique sociale, la politique environnementale ou encore la politique énergétique. Depuis 2013 et l'adoption d'une nouvelle programmation, les Fonds sont regroupés dans une catégorie commune: les « Fonds structurels d'investissement » (ou Fonds ESI)[2023]. Le fonds social européen (FSE) finance les facilités d'emploi, la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs, la formation et la reconversion professionnelles[2024]. Il interviennent dans la mise en oeuvre des politiques sociale, industrielle[2025]. Le fonds de cohésion sert à financer les projets d'infrastructures et des projets dans le domaine de l'environnement[2026] et contribuent à la mise en œuvre de la politique des réseaux, de la politique de l'environnement[2027]. Enfin, l'ensemble des fonds est associé à la politique de cohésion économique, sociale et territoriale[2028]. En soutenant les actions des États membres, ils promeuvent « un développement harmonieux de l'ensemble de l'Union » et en particulier visent à réduire les niveaux de développements des régions et en particulier des régions isolés[2029]. Le fonds européen de développement régional (FEDER) occupe à cet égard une place privilégiée puisque son objet vise spécifiquement à réduire les disparités entre régions[2030].

704. Caractéristiques de l'imbrication des politiques de l'Union[2031], les fonds structurels accompagnent l'exercice des compétences par l'Union et les États membres. Ils ne participent pas toujours pourtant à donner de la lisibilité sur l'étendue des compétences, ainsi

---

[2023] Règlement (UE) 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant disposition générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, pp. 320-469. Le règlement constitue l'épine dorsale de la réglementation relative aux Fonds structurels jusqu'en 2020.

[2024] TFUE, art. 162.

[2025] Respectivement, TFUE, Titre X, art. 151 et s ; Titre XVII, art. 173 et s.

[2026] TFUE, art. 177.

[2027] Respectivement, Titre XVI, art. 170 et s. ; Titre XX, art. 191 et s.

[2028] TFUE, Titre XVIII.

[2029] TFUE, art. 175.

[2030] TFUE, art. 175.

[2031] NEFRAMI (E.) (dir.*), Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013.

que l'illustre la politique des réseaux. C. TOVO note à cet égard qu'il existe une contradiction entre la forme et la substance de cette politique[2032]. Rangé en effet au sein des compétences partagées, l'article 171 TFUE indique que l'Union n'intervient que pour fixer des orientations identifiant les projets d'intérêt commun européens, faciliter la coordination entre les États membres et l'Union. Si certaines orientations ont un objectif programmatique, d'autres en revanche prennent la forme d'actes législatifs déterminant les critères d'éligibilité d'un projet d'intérêt commun au financement par le fonds de cohésion[2033].

705. Les fonds structurels ont pour objectif d'accompagner les projets des États, et non de donner à l'Union le moyen de se substituer à eux. Fonctionnant sur la logique du cofinancement, il appartient donc aux États de solliciter l'Union européenne pour la mise en œuvre des projets. L'on notera avec intérêt que le contentieux des fonds structurels, qui renvoie le plus souvent à des affaires relatives à des corrections financières adoptées par la Commission à l'égard des Etats, illustre d'intéressantes articulations avec le régime des directives marchés ou concessions. Lorsque le bénéficiaire méconnaît les règles de commande publique, soit les dispositions des directives relatives aux marchés publics et aux concessions, soit les principes fondamentaux de la commande publique dans l'hypothèse où il s'agit de marchés situés sous les seuils européens, la Commission est en droit d'appliquer une correction financière qui prend la forme d'une réduction du concours du ou des Fonds mobilisés. La jurisprudence a d'ores et déjà reconnu cette prérogative dans le cas de marchés publics utilisant des Fonds structurels[2034]. Au cours de l'année 2013, six décisions, *Royaume d'Espagne c/ Commission* (quatre affaires)[2035], *République française c/ Commission*[2036] et *Commune d'Ancone*[2037] ont significativement approfondi ce volet, quantitativement croissant, du contentieux des Fonds structurels en lien avec l'adoption de corrections financières par la Commission. Il en résulte des contraintes renforcées dans l'hypothèse où une personne publique, agissant en qualité de pouvoir adjudicateur, doit assurer une obligation de service public au sens du droit de l'Union (par exemple une liaison ferroviaire) tout en bénéficiant de fonds européens. Dans ce cas de figure, n'importe quelle irrégularité

[2032] TOVO (C.), *Réseaux transeuropéens et services dans les secteurs de l'énergie, des télécommunications et du transport*, Strasbourg, Université de Strasbourg, thèse dactyl. 2015, pp. 4 et s.

[2033] *Ibid.*, pp. 16 et s.

[2034] Trib., 14 avril 2011, *Royaume des Pays-Bas contre Commission*, aff. T-70/09, *Rec.* p. II-114.

[2035] Trib., 15 janvier 2013, *Royaume d'Espagne contre Commission*, aff. T-54/11, EU:T:2013:10 ; Trib., 16 septembre 2013, *Espagne contre Commission*, aff. T-402/06, aff. T-2 et 3/07, EU:T:2013:445.

[2036] CJUE, 26 septembre 2013, *République française contre Commission*, aff. C-115/12 P, EU:C:2013:596.

[2037] CJUE, 14 novembre 2013, *Comune di Ancona contre Regione Marche*, aff. C-388/12, EU:C:2013:734.

au regard des directives européennes pourra justifier une mesure de correction financière, qu'il s'agisse de la précision des critères de l'offre économiquement avantageuse[2038] (aff. T-402/06, aff. T-2/07, aff. T-3/07) ou de la modification d'un contrat en cours d'exécution qui conduirait à des modifications substantielles[2039].

§2. UN MODE FINANCEMENT ORIENTÉ ESSENTIELLEMENT VERS LA PRÉCARITÉ ET L'INTEROPÉRABILITÉ DES INFRASTRUCTURES

706. Outre le programme PROGRESS conçu comme un instrument complémentaire au FSE destiné à financer l'agenda social de la Commission sur la période 2007-2013[2040], les Fond structurels soutiennent plusieurs actions en matière sociale[2041] auxquelles les services d'intérêt général sont associés. Créé par la décision 573/2014/UE, le réseau des services publics de l'emploi a pour objectif de favoriser l'inclusion des personnes au chômage au sein de l'Union européenne[2042]. Il peut pour réaliser ses différents projets identifiés solliciter le financement par des fonds structurels[2043]. Par ailleurs, le Fonds social européen peut contribuer à financer directement plusieurs services d'intérêt général en matière sociale, indépendamment de leur caractère économique. Le règlement 1304/2013 prévoit en effet que « Le FSE peut servir à améliorer l'accès à des services d'intérêt général abordables, durables et de qualité, notamment dans le domaine des soins de santé, des services dédiés à l'emploi et à la formation, des services s'adressant aux sans-abri, de l'accueil extra-scolaire ainsi que des services de garderie et de soins de longue durée[2044] ». En renvoyant en substance au vocabulaire du protocole 26 sur les services d'intérêt général[2045], le FSE

[2038] Trib., 16 septembre 2013, *Espagne contre Commission*, préc.

[2039] CJUE, 14 novembre 2013, *Comune di Ancona contre Regione Marche*, préc.

[2040] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un agenda social renouvelé : opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXIe siècle, COM 2008 412 final. Le Programme PROGRESS a par la suite fait l'objet d'une modification par le Règlement (UE) 1296/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant un programme de l'Union européenne pour l'emploi et l'innovation sociale (EaSI) et modifiant la décision n°283/2010/UE instituant un instrument européen de microfinancement Progress en faveur de l'emploi et de l'inclusion sociale, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, pp. 238-252.

[2041] Pour une analyse détaillée, voy. PONGÉRARD-PAYET (H.), « La politique régionale et de cohésion : étude rétrospective d'une politique clé au service de l'Europe », *R.U.E.*, n°619, 12 juin 2018, pp. 351 et s.

[2042] Déc. 573/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'amélioration de la coopération entre les services publics de l'emploi, *J.O.U.E.* n° L 159 du 28 mai 2014, pp. 32-39.

[2043] *Ibid.*, *cons.* 17.

[2044] Règlement (UE) 1304/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds social européen et abrogeant le règlement (CE) n° 1081/2006 du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, pp. 470-486.

[2045] TFUE, protocole 26, art. 1 : « Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent

constitue un instrument de valorisation des valeurs de l'Union européenne auxquelles les services d'intérêt général contribuent.

707. Le règlement 1301/2013 portant sur la définition du FEDER identifie les priorités d'investissement et des clés de répartition des financements au niveau des États membres[2046]. Distinguant les régions développées, les régions en transition, et les régions les moins développées, le règlement prévoit que les États doivent investir l'essentiel des fonds provenant du FEDER dans la recherche, les technologies de l'information et des communications, la compétitivité des PME, la transition vers une économie à faible émission de carbone[2047]. Ce dernier objectif fait d'ailleurs l'objet d'une attention particulière car un pourcentage minimal des dépenses doit y est spécifiquement alloué[2048]. Le règlement contient également des dispositions particulières pour la réalisation des obligations de service public au sein des régions ultrapériphériques. En sus des subventions standards, une allocation spécifique peut être ajoutée aux États sans avoir à observer les règles de répartition des financements et pouvant couvrir l'intégralité des dépenses d'investissement, alors que le financement par les fonds obéit normalement à la règle du cofinancement[2049].

708. Les Fonds structurels sont mobilisés par l'Union européenne pour réaliser des actions très diverses au-delà de la matière sociale. La directive 2009/33 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et en économie d'énergie oblige les acheteurs publics à prendre en considération les incidences environnementales et énergétiques lors de l'achat de véhicules de transport routier (cycle de vie, CO^2)[2050]. Applicable au règlement 1370/2007 portant sur les obligations de service public au sein des transports terrestres[2051], la directive prévoit que les acheteurs peuvent à cette fin recourir aux Fonds structurels[2052]. Sans

---

notamment : […] un niveau élève 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 ». Une différence réside cependant entre le protocole 26 et le règlement 1304/2013. Alors que le premier concerne uniquement les services d'intérêt économique général, le second s'adresse à l'ensemble des services d'intérêt général.

[2046] Règlement (UE) 1301/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds européen de développement régional et aux dispositions particulières relatives à l'objectif « Investissement pour la croissance et l'emploi », *J.O.U.E.* n° L 347 du 21 décembre 2013, pp. 289-302, art. 4 et 5.

[2047] Règlement (UE) 1303/2013, préc., art. 9.

[2048] Par exemple, 20% des ressources totales du FEDER attribuées à l'État doivent concerner cet objectif au sein des régions développées.

[2049] Règlement (UE) 1303/2014, préc., art. 12.

[2050] Directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et en économie d'énergie, *J.O.U.E.* n° L 120 du 15 mai 2009, pp. 5-12, art. 1.

[2051] *Ibid.*, art. 3 sous b).

[2052] *Ibid.*, *cons.* 37.

contribuer directement à la mise en œuvre des obligation de service public, les fonds sont dans cette hypothèse associés aux exigences minimales que l'acheteur public détermine dans les documents de passation du contrat de service public.

709. Enfin, les Fonds structurels servent de support à la politique des réseaux pour assurer l'interopérabilité des systèmes de transports et les interconnexions des systèmes énergétiques[2053]. Portant essentiellement sur les investissements d'infrastructures, la politique des réseaux ne présente pas de lien apparent avec les obligations de service public, qui sont davantage associées à la réalisation d'une activité d'intérêt général. Elle peut cependant contribuer à assurer leur fonctionnement, directement et indirectement. Dans le cadre du programme RTE-T (Réseau transeuropéen de transport)[2054], le financement de l'ERTMS dans le ferroviaire contribue à assurer une meilleure gestion du trafic[2055]. Principalement utilisé dans les corridors européens et comme un moyen de gestion des goulots d'étranglement, il peut servir à améliorer la qualité des lignes de service public en assurant une meilleure planification globale du réseau ferroviaire. En matière énergétique, les obligations de service public ont notamment pour objet d'assurer la pérennité de l'approvisionnement en électricité et en gaz. Malgré les différents règlements sur la sécurité d'approvisionnement accompagnant leur mise en œuvre[2056], la sécurité d'approvisionnement garde essentiellement une dimension nationale. Il n'existe pas encore, à l'échelle de l'Union, une imbrication suffisante des réseaux d'électricité et de gaz. En soutenant le financement

---

[2053] TFUE, art. 171 § 1 ; Déc. n°1364/2006/Ce du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 établissant des orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie et abrogeant la décision 96/391/CE et la décision n°1229/2003/CE, *J.O.U.E.* n° L 262 du 22 septembre 2006, pp. 1-23.

[2054] MAYET (R.) « Le réseau transeuropéen de transport : Le dessous des cartes », *R.M.C.U.E.*, n°484, 10 janvier 2005, pp. 11 et s. ; VINOIS (J.-A.), « Le réseau transeuropéen de transport : après les décisions juridiques, reste le financement », *R.M.C.U.E.*, n°401, 10 septembre 1996, pp. 569 et s.

[2055] Voy. notamment, Règlement d'exécution (UE) 2017/6 de la Commission du 5 janvier 2017 relatif au plan européen de déploiement du système européen de gestion du trafic, *J.O.U.E.* n° L 3 du 6 janvier 2017, pp. 6-28.

[2056] Pour le gaz : Dir. 2004/67/CE du Conseil du 26 avril 2004 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 127 du 29 avril 2003, p. 62 ; Règlement (UE) n°994/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité d'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant la directive 2004/67/CE du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 295 du 12 novembre 2010, p. 1 ; Règlement (UE) n°2017/1938 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant le règlement (UE- n° 994/2010 *J.O.U.E.* n° L 280 du 28 octobre 2017, pp. 1-56 ; Pour l'électricité : Dir. 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures, *J.O.U.E.* n° L 217 du 08 août 2006, p. 8 ; Règlement (CE) n°714/2009 du Parlement et du Conseil du 12 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n°1228/2003, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 15.

de telles initiatives, la politique des réseaux pourrait renforcer les obligations de service public imposées par les États en matière de sécurité d'approvisionnement. Cependant, les discussions en cours sur l'électricité montrent qu'ils ne sont prêts à financer de tels projets que de manière marginale[2057].

[2057] PETIT (Y.), « La solidarité énergétique entre les États membres de l'Union européenne : une chimère ? », *R.A.E.*, n°4, 2009/2010, pp. 771 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

710. S'ils se révèlent comme des instruments intéressants de financement des obligations de service public par le marché, le recours aux fonds de financement présente un intérêt contrasté. Les fonds de compensation constituent certes un mode de financement par solidarité des concurrents, mais sa complexité et leurs usages à d'autres fins que les obligations de service public, ainsi que l'illustre l'arrêt *Messer France SAS contre Premier ministre*, encourage les États à se reporter sur des modes plus classiques de financement des SIEG. Quant aux fonds structurels, le droit de l'Union offre de nombreuses situations dans lesquelles les États peuvent y recourir pour financer des dépenses d'investissement. Ils se présentent comme un moyen de valorisation des obligations de service public dans des domaines des traités pour lesquels l'Union dispose peu de compétences, ou peine à dégager un consensus (la matière sociale). En étant davantage associé à la création d'un véritable marché intérieur des activités en réseau par les interconnexions, ils pourront contribuer à enrichir les principes de fonctionnement des SIEG (sécurité d'approvisionnement).

CONCLUSION DU TITRE 2

711. La suppression progressive des droits spéciaux et exclusifs s'est accompagnée d'une généralisation du recours aux financements publics pour assurer la pérennité des obligations de service public. Bien qu'il puisse prendre plusieurs formes, telles que des subventions octroyées par les États, le recours aux fonds structurels, ou le recours à des fonds de compensation, le financement est généralement octroyé dans le cadre d'un contrat de service public par des aides financières. Cette généralisation a justifié une adaptation de la catégorie juridique de l'aide d'État par l'introduction des notions de compensations de service public.

712. Si l'on peut se satisfaire de la multiplication des instruments offerts essentiellement à destination des collectivités infra-étatiques, les conséquences à en tirer sur un plan plus théorique sont décevantes. Bien que la Cour ait impulsé au début des années 2000 une réflexion sur la nature juridique de la compensation de service public, cette réflexion ne présente plus aujourd'hui d'intérêt pour les institutions européennes. Davantage que toutes les autres dispositions du droit matériel avec lesquelles l'obligation de service public interagit, le droit des aides d'État et l'encadrement juridique des fonds structurels attestent en effet de son délaissement théorique au profit d'une approche technique fondée sur une litanie de règles procédurales que le droit de l'Union impose de respecter.

CONCLUSION DE LA PARTIE 3

713. Le droit de l'Union reconnaît plusieurs moyens destinés à financer, et en conséquence, à pérenniser la réalisation des obligations de service public. Ensemble, ces règles illustrent l'imbrication du financement avec la définition de l'obligation de service public, et ont à cet égard mis en évidence de nombreuses contradictions. Continuant à marquer l'approche sectorielle de l'obligation de service public, ces moyens diffèrent souvent d'un secteur à un autre. Par la technique de la péréquation, ils illustrent les raisons pour lesquelles la défaillance de marché ne conditionne que de manière partielle l'intervention de la personne publique. Dans certains secteurs en effet, le rejet partiel de la défaillance de marché se justifie par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs sur des pans d'une activité qui n'auraient pû, en l'absence de ce rejet, être qualifiés de service d'intérêt général. Par ailleurs, en permettant dans de rares cas de réserver, limiter, ou interdire l'exercice d'activités extérieures au SIEG afin d'en préserver l'équilibre économique, le contrôle de proportionnalité fait peser des charges inégales aux États selon les secteurs. Il préserve très largement la marge d'appréciation des États dans certaines cas (*Gebhart Hiebler*), se révèle particulièrement poussé dans d'autres (transports terrestres).

714. La mission d'organisation du marché impartie à l'État se traduit par une diversité des modes d'imposition révélant l'existence d'un lien plus ou moins fort, et dans certains cas récents, inexistant, entre l'États et l'entreprise réalisant les obligations de service public[2058]. À cet égard, l'obligation de service public reste définie comme une sujétion alors que le procédé contractuel, supposant le consensualisme, s'est généralisé. L'adaptation du droit des aides d'États a évité la question de la nature de l'obligation de service public en proposant une distinction entre compensation de service public « dite *Almark* » et compensation de service public « dite aide d'État » fondée sur des exigences procédurales. En ce qu'il renvoie l'impression d'être à l'origine de solutions de circonstance, le financement du SIEG confirme le besoin général de clarification de l'obligation de service public.

[2058] KOVAR (J.-Ph.), *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, Université Strasbourg III, Thèse dactyl., 2005.

CONCLUSION GÉNÉRALE

715. Cantonnée à l'origine dans le traité CEE au sein de la politique des transports, l'obligation de service public irrigue désormais de nombreux domaines du droit de l'Union. Si elle est essentiellement associée dans l'exercice des compétences par l'Union à l'ouverture à la concurrence des activités en réseau, l'obligation de service public sert plus généralement dans le champ du droit de l'Union à matérialiser le contenu des services d'intérêt économique général et l'externalisation de leur réalisation.

716. De cette recherche, on retiendra qu'il n'est pas possible de réduire l'obligation de service public à une dialectique fondée sur la distinction entre une notion et son régime juridique. Au contraire, il existe une forte imbrication des liens entre la détermination, le fonctionnement, le mode d'attribution, et le financement de l'activité d'intérêt général. Cette imbrication révèle, notamment à travers l'étude de l'ouverture à la concurrence des activités en réseau, qu'il n'existe pas d'approche unifiée et transversale de la notion de service d'intérêt général par l'obligation de service public au profit d'une approche sectorielle. L'obligation de service public est en conséquence davantage le signe que la notion de service d'intérêt général est en réalité plurielle en étant utilisée comme un moyen de préserver de la marge d'appréciation des États membres et la diversité des situations nationales. Elle se traduit alors, et de manière très nette, par la protection des intérêts étatiques. Ce faisant cependant, l'obligation de service public présente parfois les traits d'une notion générique, sert à justifier des solutions de circonstances et à éviter de procéder à un véritable exercice de catégorisation indispensable à l'identification d'une notion juridique.

717. L'application de la méthode inductive à la multiplication des références à l'obligation de service public fait néanmoins ressortir une transversalité partielle. L'obligation de service public manifeste une intervention de l'État sur le marché dans le but de garantir l'accès à un service d'intérêt général, et dont la légalité est conditionnée à la présence d'une défaillance de marché. Ce constat ne vaut cependant pas pour tous les secteurs. L'obligation de service public sert parfois un autre objet que l'accès à un service, et la légalité de l'intervention étatique n'est pas toujours juridiquement conditionnée à une défaillance de marché. Bien que l'on imagine difficilement que les États interviennent dans la pratique en dehors d'une telle défaillance de marché, l'absence d'approche transversale s'explique par des intérêts sectoriels qui dépassent le champ juridique. En l'occurrence, c'est la tentative de conciliation

des intérêts en présence, la mise en place d'une concurrence libre et non faussée d'une part, la poursuite par l'État d'intérêts propres, d'autres part, qui est révélatrice des difficultés à se saisir de l'obligation de service public.

718. Si René CHAPUS considérait le lien entre la personne publique et l'activité d'intérêt comme indispensable pour parvenir à la définition du service public en droit français[2059], force est de constater que ce lien présente de multiples manifestations en droit de l'Union européenne. Il peut, classiquement, s'illustrer par le contrat de service public par lequel l'État charge une entreprise de réaliser des obligations de service public. Il peut également se manifester par l'imposition d'une réglementation générale applicable à un secteur. Dans cette perspective, le lien est caractérisé par l'autorisation d'exercer une activité sous réserve du respect de plusieurs obligations de service public. Dans les deux cas, l'exécution des obligations est assortie de droits spéciaux ou exclusifs et, éventuellement d'une compensation de service public. Dérogeant aux principes du droit de l'Union, l'obligation de service public matérialise ici la fonction dérogatoire de l'intérêt général.

719. Par ailleurs, et alors que l'étude de la notion de service d'intérêt général a souvent pour corollaire de réduire l'intervention de l'État sur le marché à une dialectique opposant ce service au service librement fourni par le secteur privé, l'obligation de service public en permet une appréhension plus fine. L'intervention de l'État ne se réduit pas à cette opposition. L'obligation de service public est également conçue comme un moyen d'accompagner et de façonner la réalisation des activités économiques par les entreprises. L'Avocat général SÁNCHEZ-BORDONA ne s'y trompe d'ailleurs pas, lorsque, dans de récentes conclusions, il affirme que la directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen « envisage la coexistence, sur les réseaux ferroviaires des États membres, de prestations de service librement accessibles et de services soumis à des contrats de service public[2060] ».

[2059] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Coll. Domat droit public, Paris, Montchrestien, tome 1, 15ème ed., 2001, p. 580.

[2060] Concl. A.G. SÁNCHEZ-BORDONA (C.), 19 septembre 2018, *Konkurrensverket contre SJ AB*, aff. C-388/17, EU:C:2018:738, pt. 62 ; Cette idée de complémentarité s'est également illustrée dans les débats récents en France sur la réforme ferroviaire, à propos de la possibilité d'imposer aux services ferroviaires en *open acess* des obligations de service public sur certaines lignes desservies. Sur une ligne donnée, une partie des dessertes serait le seul résultat de la volonté de l'entreprise, tandis qu'une autorité compétente lui imposerait, par le recours à l'obligation de service public, de desservir également d'autres dessertes sur cette même liaison.

720. Enfin, et pour établir un parallèle avec le droit interne, on se souvient que dans son arrêt du 22 janvier 1921, le Tribunal des conflits a posé la règle selon laquelle « qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire[2061] ». Par analogie avec cet arrêt, le Pr. TRUCHET a émis l'hypothèse que le SIEG renvoie à l'industriel ordinaire évoqué par le Tribunal des conflits[2062]. Cette analogie se vérifie en effet et mérite d'être complétée. L'ouverture à la concurrence des activités en réseau démontre que le lien fonctionnel entre l'obligation de service public et l'État n'est pas conçu de manière inconditionnelle. Il est parfois ténu, lorsque l'obligation de service public n'est pas imposée par une autorisation préalable à l'exercice d'une activité économique, ou lorsqu'elle n'est assortie d'aucun droit spécial ou exclusif ou d'aucune compensation de service public. Tout en étant contraire à son intérêt commercial à l'instar de nombreuses règles qui ne sont pas propres aux services d'intérêt général, l'entreprise réalise les obligations comme un industriel ordinaire. Plus rarement, et plus récemment, le droit de l'Union illustre également l'hypothèse dans laquelle un service d'intérêt général dispose de cette qualification juridique indépendamment d'une intervention de l'État, et par conséquence, indépendamment de l'imposition d'obligations de service public à une entreprise. Iconoclastes, ces manifestations participent à l'affaiblissement de l'approche fonctionnelle du service d'intérêt économique général.

721. La fragilisation de l'approche fonctionnelle de l'obligation de service public s'explique en définitive par la fonction d'organisation du marché assurée par l'État. La tentative de conciliation entre la concurrence et les intérêts poursuivis par les États s'est en effet traduite par la multiplication des formes d'intervention de l'État, et dès lors, par la diversification des déclinaisons de l'obligation de service public. Il peut en résulter, à première vue, une confusion avec les missions d'intérêt général imposées par l'État dans de de nombreux secteurs pour réaliser des objectifs non économiques. La distinction entre l'activité de service public et l'activité privée d'intérêt général continue néanmoins d'être pertinente. À propos des activités de librairies pour lesquelles la France intervient de plus en

---

L'obligation de service public serait donc ici complémentaire au libre exercice de l'activité économique par l'entreprise.

[2061] TC., 22 janvier 1921, req. n° 00706.

[2062] TRUCHET (D.), « Renoncer à l'expression « service public » », *A.J.D.A.*, n°11, 24 mars 2008, pp. 553 et s.

plus pour tenter d'en sauver la pérennité, le Pr. PONTIER a récemment observé que « L'activité de librairie ne devient pas (ou pas encore) un service public, comme a pu l'être la reprise par une commune de certaines activités ou entreprises commerciales. Elle demeure privée, mais c'est une activité privée d'intérêt général, elle est très bonne illustration de la distinction entre service public et activité privée[2063] ». Une telle distinction gagnerait à être transposée en droit de l'Union européenne. Elle contribuerait à éviter un usage extensif de l'obligation de service public fragilisant en l'état l'identification d'une véritable d'une notion juridique, ce qui supposerait une définition plus précise de la notion en se fondant sur plusieurs caractéristiques, la présence d'un intérêt général, la réaffirmation du lien fonctionnel entre l'obligation et l'État, l'objet de l'obligation, la présence de dérogations aux principes déterminés dans les traités, et la diversité des modes de dévolution de l'obligation. L'obligation de service public pourrait , en conséquence, être reconsidérée comme étant « l'obligation prise en charge par une personne publique ou privée sur la base d'un mandat, destinée, sur le fondement de dérogations aux traités, à garantir l'accès à un service d'intérêt général et la satisfaction de besoins collectifs ». L'actualité jurisprudentielle récente tend d'ailleurs à illustrer une orientation vers cette approche générale, ainsi qu'en témoignent les récentes conclusions de l'Avocat général HOGAN dans l'affaire *Engie contre ministère de la transition écologique*[2064].

722. Au-delà de ces interrogations, on ne peut également s'empêcher de noter que les rapports entre le droit de l'Union européenne et l'obligation de service public obéissent également, sur certains sujets, à une stratégie d'évitement. La question, pourtant essentielle, de la participation du public à la prise de décision est en l'état totalement ignorée des procédures décisionnelles sur la détermination et la mise en œuvre des obligations de service public. De la même façon, le rapport à la laïcité et conséquemment à la neutralité est également absent du débat à l'échelle européenne sur les services d'intérêt général, alors qu'il pourrait trouver un terrain d'expression sous l'angle des valeurs qu'ils doivent véhiculées aux termes de l'article 14 TFUE.

723. Plus généralement, la tentative de recomposition de l'obligation de service public à travers ses multiples manifestations se termine sur une tableau inachevé, l'Union européenne

---

[2063] PONTIER (J.-M.), « Les librairies dans la cité », *A.J.D.A.*, n°19, 4 juin 2018, p. 1057.

[2064] Concl. A.G. HOGAN (G.), 19 septembre 2019, *Engie contre Ministère de la transition écologique*, aff. C-523/18, EU:C:2019:769, pts. 42 et s.

ayant tendance à délaisser une réflexion théorique de la notion de service d'intérêt général au profit d'une approche technique – le désintérêt actuel de la nature juridique de la compensation de service public est à cet égard particulièrement manifeste – . Or, la lecture sectorielle de l'obligation de service public et la nécessité de la clarifier doivent s'inscrire dans une réflexion plus globale, et plus théorique, sur les rapports entre l'Union, ses États membres et le projet européen de société. Indéniablement, l'obligation de service public concourt à la valorisation des services d'intérêt général. Elle contribue à matérialiser l'objectif d'une économie sociale de marché prévue à l'article 3 § 3 TUE, en illustrant de quelle façon l'instauration d'un cadre concurrentiel s'est accompagnée de la préservation des dispositifs de solidarité mis en place par les États membres et qui se concrétisent dans le fonctionnement quotidien des collectivités infra-étatiques. En dehors des services universels cependant, cette valorisation ne se réalise pas de manière descendante par l'imposition d'obligations aux États par le droit de l'Union, mais de manière ascendante en utilisant le droit de l'Union comme un moyen de préserver les intérêts étatiques et d'identifier des besoins locaux. Le droit de l'Union, s'il est en effet à l'origine de profondes transformations des services publics au sein des États membres, préserve les interventions des États sur le marché. Il fixe davantage un cadre général obligeant les États à établir une réflexion sur l'intérêt de leur intervention qu'il ne constitue un instrument de leur limitation. Ce constat, qui s'illustre dans les rares cas dans lesquels l'intervention d'un État est sanctionnée pour erreur manifeste d'appréciation, présente alors l'obligation de service public alors comme un exemple de la nouvelle méthode d'intégration du droit de l'Union destinée à respecter les intérêts propres aux États[2065]. On en vient alors à émettre l'hypothèse que la construction d'une notion unifiée de service d'intérêt général présentant des caractéristiques communes sur le plan matériel pourrait être encouragée par d'autres instruments du droit de l'Union. À ce titre, et de manière encore insuffisamment exploitée, les groupements européens de coopération territoriale (GECT) pourraient contribuer à établir cette convergence par une association transfrontalière entre collectivités infra-étatiques déterminant des obligations communes entre au moins deux États membres[2066].

[2065] BERTRAND (B.), « La nouvelle approche du droit de l'intégration », in *L'identité du Droit de l'Union, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 553-571.

[2066] Règlement (UE) n°1302/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n°1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de de groupement de ce type, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, pp. 303-319.

724. Ces considérations illustrent la part d'ambiguïté que recèle la référence à l'obligation de service public. Le cadre général fixé par l'Union se révèle, en effet, rarement prescriptif et ne contraint que peu les États, ou alors de manière très inégale. La préservation de la marge d'appréciation a d'indéniables vertus, parmi lesquelles l'affirmation d'une prévalence des solidarités de proximité et la reconnaissance d'une autonomie interne, souvent locale, pour satisfaire les besoins collectifs. Ces justifications ne sont pas neutres dans le contexte contemporain de crise de légitimité de l'Union. Néanmoins, la permanence du cadre concurrentiel, conjuguée à des interprétations insuffisamment stabilisées de l'obligation de service public dans la jurisprudence, ne contribue guère à faire changer la perception générale sur la relation entre le droit de l'Union et le service public. L'on serait tenté de reprendre le constat de Marcel GAUCHET sur la démocratie européenne : « la vérité est que les Européens ne savent pas ce qu'ils ont bâti »[2067]. En multipliant les références à l'OSP, ces mêmes européens ont cru établir un équilibre, certes circonscrit à certaines politiques, entre des impératifs contradictoires, l'affirmation et la consolidation du paradigme concurrentiel d'un côté, l'imposition de sujétions particulières pour garantir, matériellement, la satisfaction de besoins collectifs. Mais cette conciliation est à l'image des paradoxes de la construction européenne : parfois mal comprise, souvent déformée, extraordinairement complexe dans sa mise en œuvre et son financement, elle peine à contribuer, à son échelle, à réenchanter le projet européen.

[2067] GAUCHET (M.), *Le nouveau Monde. L'avènement de la démocratie*, t. 4, Paris, Gallimard, 2017, p. 262.

ANNEXE – TABLEAU RÉCAPITULATIF DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

(Le tableau reprend en l'état les obligations de service public telles qu'elles sont énumérées au sein des directives et règlement sectoriels ainsi que dans certains actes de la Commission)

Secteur	Obligations de service public	Source	Caractère contraignant
Transports terrestres	Obligation d'exploitation, c'est à dire "l'obligation pour les entreprises de transport de prendre, pour les lignes ou installations dont l'exploitation leur a été confiée par concession ou autorisation équivalente, toutes les mesures en vue de garantir un service de transport répondant à des normes fixées de continuité, de régularité et de capacité. Sont également visées l'obligation d'assurer l'exploitation de services complémentaires, ainsi que l' obligation d' entretenir en bon état des lignes, du matériel, pour autant qu'il est excédentaire par rapport à l'ensemble du réseau, et des installations après la suppression des services de transport". Obligation portant sur le transport, c'est à dire "l'obligation pour les entreprises de transport d'accepter et d'effectuer tout transport de voyageurs ou de marchandises à des prix et conditions de transport déterminées". Obligation portant sur la tarification, c'est à dire "l'obligation pour les entreprises de transport d'appliquer des prix fixés ou homologués par voie d' autorité contraires à l'intérêt commercial de l'entreprise et résultant soit de l'imposition, soit du refus de modification de mesures tarifaires particulières, notamment pour certaines catégories de voyageurs, certaines catégories de produits ou pour certaines relations".	Règlement (CEE) n° 1191/69, art. 2 § 3, §4, §5 (abrogé)	Faculté offerte aux États
	Aucune référence dans le règlement ; les lignes directrices évoquent la fréquence en matinée ou début de soirée, les tarifs, la qualité.	Règlement (CE) n° 1370/2007 ; Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n ° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route	
	Aucune référence	Règlement (UE) n° 2338/2016	

Transports maritimes	"S'ils imposent des obligations de service public, les États membres s'en tiennent à des exigences concernant les ports à desservir, la régularité, la continuité, la fréquence, la capacité à prester le service, les tarifs pratiqués et l'équipage du navire".	Règlement (CEE) n° 3577/92, art. 4 § 2.	Faculté offerte aux États
Transports aériens	Normes fixes en matière de continuité, de régularité, de prix ou de capacité minimale.	Règlement (CE) n° 1008/2008, art. 16.	Faculté offerte aux États
	"Les obligations de régularité et de capacité consistent principalement à fixer des capacités minimales en termes de sièges offerts ou de fréquence minimale devant être offerte au cours d'une période de temps donnée. Ces obligations peuvent varier en fonction des heures de départ, des jours de la semaine, de la saison, etc. Une ou deux fréquences quotidiennes peuvent ainsi être considérées comme normales dans la plupart des cas, mais il peut arriver qu'une OSP n'exige qu'une seule fréquence par semaine". "Les obligations peuvent consister principalement à fixer un plafond ou des grilles tarifaires pour tout ou partie des services fournis. Les grilles peuvent définir des catégories tarifaires ou des tarifs préférentiels pour certaines catégories de passagers (p. ex.: résidents et étudiants)".	Lignes directrices interprétatives relative au règlement (CE) n° 1008/2008, pts. 45 à 50.	Faculté offerte aux États
Ports	Obligations de service public portant sur la disponibilité des services portuaires, c'est à dire pour l'ensemble des utilisateurs du port, à tous les postes d'amarrage et sans interruption, de jour comme de nuit, tout au long de l'année, la disponibilité des services pour tous les utilisateurs aux mêmes conditions, l'accès à des prix abordables pour certaines catégories d'utilisateurs, la fourniture de transports adéquats, la sécurité, la sûreté ou la viabilité environnementale, et la cohésion sociale.	Règlement (UE) n° 2017/352, art. 7.	Faculté offerte aux États
Électricité	Obligations de service public pouvant porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité, les prix de fourniture, la protection de l'environnement, l'efficacité énergétique, la protection du climat, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables.	Dir. 2009/72/CE, art. 3.	Faculté offerte aux États
	Droit d'être approvisionné, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires. Assurer la transparence des conditions contractuelles (informations sur la consommation, les sources d'énergie, les émisions CO2), possibilité de changer de fournisseur, prendre des mesures spéciales pour les clients résidant dans des régions reculées ; prendre des mesures appropriées "telles que des plans nationaux d'action dans le domaine de l'énergie, des prestations au titre des régimes de sécurité sociale pour assurer aux consommateurs vulnérables l'approvisionnement nécessaire en électricité, ou des aides à l'amélioration de l'efficacité énergétique, afin de lutter contre la pauvreté énergétique là où elle se présente, y compris dans le contexte plus large de la pauvreté en général".		Obligations imposées aux États

Gaz	Obligations de service public pouvant porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité, les prix de fourniture, la protection de l'environnement, l'efficacité énergétique, la protection du climat, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables.	Dir. 2009/73/CE, art. 3.	Faculté offerte aux États
	Assurer la transparence des conditions contractuelles, possibilité de changer de fournisseur devant être effectué sous trois semaines maximum, prendre des mesures spéciales pour les clients résidant dans des régions reculées ; interdiction d'interrompre la fourniture lorsque le consommateur traverse des difficultés ; prendre des mesures appropriées "telles que des plans nationaux d'action dans le domaine de l'énergie, des prestations au titre des régimes de sécurité sociale pour assurer aux consommateurs vulnérables l'approvisionnement nécessaire en électricité, ou des aides à l'amélioration de l'efficacité énergétique, afin de lutter contre la pauvreté énergétique là où elle se présente, y compris dans le contexte plus large de la pauvreté en général".		Obligations imposées aux États
Médicaments	Garantir en permanence un assortiment de médicaments capables de répondre aux exigences d'un territoire géographiquement déterminé et d'assurer la livraison des fournitures demandées dans de très brefs délais sur l'ensemble dudit territoire.	Dir. 2004/27/CE, art. 81.	Faculté offerte aux États
Communications élecroniques	La mise à "disposition de tous les utilisateurs finals sur leur territoire, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable", le raccordement en position déterminée doit permettre de donner et recevoir des appels internationaux et un accès fonctionnel à internet, l'annuaire doit être distribué à chaque utilisateur au moins une fois par an, postes téléphoniques publics payants, services spécifiques pour les personnes handicapées, numéro d'urgence "112", transparence des relations contractuelle définie explicitée en annexe de la directive.	Dir. 2002/22/CE, art. 4, 5, 20.	Obligations imposées aux États
Postes	La levée, le tri, le transport et la distribution des services postaux nationaux et européens, c'est à dire des envois postaux jusqu'à 2 kg, les colis postaux jusqu'à 10kg, 1. et des services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée. Ces opérations doivent être réalisées au moins cinq jours ouvrables par semaines, sauf circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles, l'État doit prévoir suffisamment de points d'accès en particulier pour les régions rurales et faiblement peuplées, le prix des prestations doit être abordable pour permettre à tous les utilisateurs potentiels de bénéficier du service, ce qui peut impliquer la gratuité pour certaines catégories de personnes, ou encore la mise en place d'un tarif unique.	Dir. 97/67/CE, tel que modifié par la dir. 2008/6/CE, art. 3, 12.	Obligations imposées aux États

Radiodifusion	Pour les raisons exposées dans la Partie 2 - Titre 1 - Chapitre 2, il n'y a pas de référence au contenu de l'obligation de service public pour la radiodifussion de service public. On trouve uniquement quelques références par lesquelles la Commission européenne expose ce qui ne sera pas considéré comme des obligations de service public : la Commission souligne qu'elle rejettera une telle qualification juridique pour les obligations portant sur la publicité, du commerce électronique, de l'utilisation de numéros de téléphone spéciaux dans le cadre de jeux dotés d'un prix, de parrainage ou de marchandisage	Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, pt. 48.	Faculté offerte aux États

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

(La bibliographie ne reprend pas toutes les références en note de bas de page)

I. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES, RÉPERTOIRES, FASCICULES

- **BARAV (A.), PHILIP (Ch.) (dir.)**, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, P.U.F, 1993.
- **BAZEX (M.), ECKERT (G.), LANNEAU (R.), LE BERRE (Ch.), DU MARAIS (B.), SÉE**, (A.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, 2016.
- **BERNARD (E.)**, *Commission européenne*, *Rep. dr. européen*, Dalloz, juin 2016.
- **BLANQUET (M.)**, *Compétences de l'union – Architecture de l'Union*, Fasc. 170, janvier 2012 ; *Compétences de l'union – exercice des compétences*, Fasc. 175, septembre 2014.
- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12ème ed., 2018.
- **DE LA ROSA (S.)**, *Politique de cohésion économique, sociale, et territoriale. - Cadre juridique et organisation générale*, Fasc. 2210, juin 2012.
- **DINTILHAC (F.)**, « Rapprochement des législations », *Rep. dr. européen*, Dalloz, août 2006.
- **GUERRIEN (B.)**, *Dictionnaire d'analyse économique*, Coll. Repères, Paris, La découverte, 1996.
- **GUIBAL (M.)**, *Commerce et industrie*, *répert. dr. commercial*, février 2003.
- **GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.)**, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 22ème ed., 2014-2015.
- **KOVAR (R.), POILLOT-PERUZZETTO (S.)**, *Politique de concurrence*, Encycl. Dalloz, août 2016.
- **PUIGELIER (C.)**, *Dictionnaire juridique*, Coll. Paradigme – Vocabulaire, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- **TOUZEIL-DIVINA (M.)**, *Dictionnaire de droit* public *interne*, Paris, LexisNexis, 2017.

II. TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX

- **AUBY (J.-B)., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.)**, *Traité de droit administratif européen*, Coll. Administrative law – Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2ème ed., 2014.
- **BERLIN (D.)** *Politiques de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Traités, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- **DE LAUBADÉRE (A.)**, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1953.
- **DE LAUBADÈRE (A.), VENEZIA (J.-Cl.), GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Tome 1, 9ème ed., 1984.
- **DUGUIT (L.)**, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, rééd. Paris, La mémoire du droit, 1999.
- **GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Tome 1, 16ème ed, 2001.
- **PICARD (A.)**, *Traité des chemins de fer*, Paris, J. Rotschild, Tome 2, 1887.

III. MANUELS, COURS, COMMENTAIRES

- **AUBY (J.-M.), BON (P.), AUBY (J.-B.), TERNEYRE (Ph.)**, *Droit administratif des biens*, Coll. Précis, Paris, Dalloz, 7ème ed., 2016.
- **BELLIS (J.-F.)**, *Droit européen de la concurrence*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- **BERGEL (J.-L.)**, *Théorie générale du droit*, Paris, Coll. Méthode du Droit, Paris, Dalloz, 5ème ed., 2012 ;
- **BOSCO (D.), PRIETO (C.)**, *Droit européen de la concurrence*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- **BOUTAYEB (Ch.)**, *Droit matériel de l'Union européenne*, Coll. Manuel, Paris, L.G.D.J., 4ème ed., 2017.
- **BRACONNIER (S.)**, *Droit des services publics*, Coll. Thémis, Paris, P.U.F., 2ème ed., 2007.
- **BLUMANN (Cl.), DUBOUIS (L.)**, *Droit matériel de l'Union européenne*, Coll. Précis Domat, Paris, L.G.D.J., 7ème ed., 2015 ; *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 6ème ed., 2016.

- **CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, Coll. Domat droit public, Paris, Montchrestien, Tome 1, 15ème ed., 2001.
- **CHEVALIER (J.)**, *Le service public*, Coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2015.
- **CHÉROT (J.-Y.)**, *Droit public économique*, Coll. Corpus Droit public, Paris, Economica, 2ème ed., 2007.
- **COLSON (J.-Ph.), IDOUX (P.)**, *Droit public économique*, Coll. Manuel, Paris, L.G.D.J., 8ème ed., 2016.
- **CRAIG (P.), DE BÚRCA (G.)**, *EU Law. Texts, Cases, ans Materials*, Oxford University Press, Oxford, 5ème ed., 2011.
- **DE GROVE VALDEYRON (N.)**, *Droit européen de la santé*, Coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 2ème ed., 2018.
- **DE LA ROSA (S.)**, *Droit européen de la commande publique*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuels, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- **DENUIT (R.)**, *Politique culturelle européenne*, Coll. idéée d'Europe, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Cologne, C. Heysmanns, 1965 ;
- **DONY (M.)**, *Droit de l'Union européenne,* Bruxelles, U.L.B., 7ème ed., 2018.
- **DUBREUIL (Ch.-A.)**, *Droit des contrats administratifs*, Coll. Thémis, Paris, P.U.F., 2018.
- **ECKERT (G.)**, *Droit public des affaires*, Coll. Focus droit, Paris, L.G.D.J., 2ème ed. 2013.
- **EISENMANN (Ch.)**, *Cours de droits administratif*, Coll. Anthologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1982.
- **GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.)**, *Les grands avis du Conseil d'Etat,* Coll. Grands avis, Dalloz, Paris, 2ème ed., 2002.
- **GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.)**, *Droit constitutionnel et institutions publiques*, Coll. Domat Droit public, Paris, Montschrestien, 28ème éd., 2011.
- **GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), LONG (M.)**, *Droit du service public*, Col. Domat – Droit public, Paris, L.G.D.J., 4ème ed., 2016.
- **ISAAC (G.), BLANQUET (M.),** *Droit général de l'Union européenne*, Coll. Sirey Université, Paris, Sirey, 11ème ed., 2018.

- **JACQUÉ (J.-P.)**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Coll. Cours, Paris, Dalloz, 8ème ed., 2015.
- **GREAVES (R.)**, *Transport Law of the European Community*, Londres, Athlone, 1991.
- **HANCHER (L.), OTTERVANGER (P.), JAN SLOT (P.)**, *EC State Aids*, London, Sweet & Maxwel, 3ème ed., 2006.
- **HEIDENHAIN (M.)**, *European State Aid Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- **HOEPFFNER (H.)**, *Droit des contrats administratifs*, Coll. Cours, Dalloz, 2016.
- **KARPESNCHIF (M.), NOURISSAT (C.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Coll. Themis, Paris, P.U.F., 2ème ed., 2014.
- **KARPENSCHIF (M.)**, *Droit européen des aides d'État*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- **LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), DEFFIGIER (Cl.),** Droit des services publics, Paris, LexisNexis, 3ème ed., 2018.
- **LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Coll. Grands arrêts, Paris, Dalloz, 21ème ed., 2017.
- **MAITROT DE LA MOTTE (A.)**, *Droit fiscal européen*, Coll. Droit de l'Union européenne – Manuel, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- **MARTUCCI (F.),** *Droit de l'Union européenne*, Coll. HyperCours, Paris, LexisNexis, 1ère ed., 2017.
- **MEDERER (W.), PESARESI (N.), VAN HOOF (M.)**, *EU Competition Law*, volume IV Staite Aid, Book one, Leuven, Claeys & Casteels, 2008.
- **JAMIN (Ch.), MELLERAY (F.)**, *Droit civil et droit administratif*, Coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2018.
- **MESCHERIAKOFF (A.-S.)**, *Droit des services publics*, Coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2ème ed., 1997.
- **MERCADAL (B.)**, *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis, Paris, Dalloz, 1996.
- **PAULIN (Ch.)**, *Droit des transports*, Litec, Paris, LexisNexis, 2005.
- **PICOD (F.)**, *Jurisprudence de la CJUE*, Coll. Droit de l'Union européenne – Grands arrêts, Bruxelles, Bruylant, 2015.

- **PICOD (F.)**, *Jurisprudence de la CJUE*, Coll. Droit de l'Union européenne – Grands arrêts, Bruxelles, Bruylant, 2018.
- **PICOD (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.)** (dir.), *Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*., Coll. Droit de l'Union européenne – Textes et commentaires, Bruxelles, Bruylant, 2018.
- **PINGEL (I.)**, *De Rome à Lisbonne, Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, Munich, Paris, Bruxelles, 2ème ed., 2010.
- **PINDYCK (R.), RUBINFELD (D.)**, *Microéconomie*, Londres, Pearson, 8ème ed., 2012.
- **PRIOLLAUD (F.-X.), SIRITZKY (D.)**, *Le traité de Lisbonne*, Paris, La documentation française, 2008.
- **RICHER (F.), LICHÈRE (F.)**, *Droit des contrats administratifs*, Coll. Manuel, Paris, L.G.D.J., 10ème ed., 2016.
- **RODIÈRE (R.)**, *Droit des transports, Transports terrestres et aériens*, Paris, Sirey, 2ème ed., 1977.
- **ROLLAND (L.)**, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2ème ed. 1928 ; *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 3ème ed., 1930.
- **ROSE (V.)**, *Common Market Law of Competition*, London, London Sweet & Maxelle, 4ème ed., 1993.
- **ROUX (J.)**, *Droit général de l'Union européenne*, Coll. Objectif Droit – Cours, Paris, LexisNexis, 5ème ed., 2016.
- **SAVARY (G.)**, *L'Europe va-t-elle démanter les services publics ?*, Coll. Monde en cours, Paris, L'aube, 2005.
- **SIMON (D.)**, *Le système juridique communautaire*, Coll. Droit fondamental, Paris, P.U.F., 3ème ed., 2001.
- **UBAUD-BERGERON (U.)**, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2ème ed., 2017.
- **VOGEL (L.)**, *Code de la concurrence*, Coll. Lawlex, Bruxelles, Bruylant, 2ème ed., 2018.

III. OUVRAGES SPÉCIAUX

- **ALEXY (R.)**, *A Theory of Constitutionnal Rights*, Oxford, OUP oxford, 2010.
- **BACHOUÉ PEDROUZO (G.), COLAVITTI (R.)**, *Les organismes de coopération territoriale*, Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2018.
- **BAILLEUX (A.), DUMON (G.)**, *Le pacte constitutionnel européen. Tome 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- **BALL (R.)**, *The legitimacy of the European Union through Legal Rationality. Free Movement of Thrid Country Nationals*, New-York, Routledge, 2014.
- **BERGEAL (C.)**, *Manuel de légistique*, Coll. Les indispensables, Paris, Berger-Levrault, 8ème ed., 2018.
- **BERNARDEAU (L.), CHRISTIENNE (J.-Ph.)**, *Les amendes en droit de la concurrence*, Coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2013.
- **BOY (L.), RACINE (J.-B.), SUEUR (J.-J.) (dir.)**, *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Coll. Droit & économie internationale, Bruxelles, Larcier, 2011.
- **CACHARD (O.)**, *Le transport international aérien de passagers*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, 2015.
- **COHEN (E.), HENRY (Cl.)**, *Sercice public, Secteur public*, Coll. Les rapports du Conseil d'analyse économique, Paris, La documentation française, 1997, p. 9.
- **COMMUN (P.)**, *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Coll. Penseurs de la Liberté, Paris, Les belles lettres, 2016.
- **DECRETON (dir.)**, *Service public et lien social*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2000.
- **DELILLE (T.)**, *L'analyse d'impact des règlementations dans le droit de l'Union européenne*, Coll. Droit des technologies, Bruxelles, Larcier, 2013.
- **DOUSSAN (I.) (dir.)**, *Les futurs du droit de l'environnement*, Coll. Droit et développement durable, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- **DU MARAIS (B.)**, *Droit public de la régulation économique*, Coll. Amphithéâtre, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

- **LEVY (D.)**, *Europe's Digital Revolution:Broadcasting Regulation, the EU and the National State*, London and New York, Routledge, 1997.
- **KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, traduction EISENMANN (Ch.), Paris, Dalloz, 1962.
- **LEBLOND (L.)**, *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- **LEVEQUE (F.)**, *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 2004.
- **MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.)**, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008.
- **MAGNAN DE BORNIER (J.)**, *Le Monopole*, Coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 1986.
- **MAJONE (G.)**, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Coll. clés politique, Paris, Montchrestien, 1996.
- **MATERNE (T.)**, *La procédure en manquement d'État*, Coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2012.
- **MERLIN (P.)**, *Géographie, économie et planification des transports*, Coll. Fondamental, Paris, P.U.F., 1991.
- **MOREAU (D.)**, *Les marchés de service public – Un nouveau mode de gestion des services publics*, Coll. Guides jurisiques, Paris, Le moniteur, 2005.
- **MUSGRAVE (R.)**, *A theory of Public Finance*, Mc Graw Hill, 1959.
- **OST (F.)**, *À quoi sert le droit ?*, Coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant 2016.
- **PESCATORE (P.)**, *Public and private aspects of community law*, New York, Barry Hawk Editor, 1986
- **POUND (R.)**, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922.
- **RODRIGUES (S.)**, *Les services publics locaux face au droit communautaire. Les exigences du marché intérieur*, Paris, La documentation française, 2007.
- **RAWLS (J.)**, *A theory of justice*, New York, Oxford University Press, 1971.
- **RICHER (L.)**, *La concession en débat*, Coll. Systèmes et perspectives, Paris, L.G.D.J., 2014.
- **RIOUX (M.)**, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale*, Coll. Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2012 ;

- **VALLINDAS (G.)**, *Droit européen des concentrations*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- **SZYSZCZAK (E.)**, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford et Portland, 2007.
- **WARLOUZET (L.)**, *Le choix de la CEE par la France*, Coll. Histoire économique et financière – XIXè-XXè, Paris, I.G.P.E., 2011.
- **WEHLANDER (C.)**, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, Springer, La Haye, 2016.
- **ZILLER (J.)**, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Coll. Manuali. Diritto, Bologne, Il Mulino, 2013.

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

- **AMATO (G.), et EHLERMANN (C.-D.)** (dir)., *EC Competition Law. A critical assessment*, Portland, Hartpublishing, 2007.
- **BARBOU DES PLACES (S.)** (Dir.), *Aux marges du Traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant 2011.
- **BERROD (F.), ULLESTAD (A.)**, *La mutation des frontières dans l'espace européen de l'énergie*, Coll. Paradigme, Bruxelles, Larcier, 2016.
- **BERTRAND (B.)** (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- **BERGER (G.)** (dir.), *Politique et technique*, Paris, P.U.F., 1958.
- **BOURREAU (M.)** (dir.), *Régulation des communications électroniques*, Coll. IRIS, Paris, Lavoisier Hermes, 2016.
- **BOUTAYEB (Ch.)** (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Coll. Thèmes et commantaires, Paris, Dalloz, 2011.
- **BLUMANN (Cl.)** (dir.), *vers une politique européenne de l'énergie*, Coll. Droit de l'Union européenne – Coloques, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- **CARPANO (E.), CHASTAGNARET (M.), MAZUYER (E.)** (dir.), *La concurrence règlementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2016.
- **CAUDAL (S.)** (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008.

- **COUTRON (L.)** (dir.), *Pédagogie juridiciaire et application des droits communautaire et européen*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruylant , 2012.
- **CREMONA (M.)** (dir.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- **DEBARGE (O.), GEORGOPOULOS (Th.), RABAEY (O.)** (dir.), *La Constitution économique de l'Union européenne*, Coll. LE G.I.E.P.I., Bruxelles, Bruylant, 2008.
- **GAUTIER (Y.), KOVAR (R.), RITLENG (D.)** (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Coll. de l'université Robert Schuman, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2007.
- **GIORGINI (G.-C.), PEREZ (S.)** (Dir.), *Droit et marché intérieur de l'art en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- **VANDAMME (J.), RODRIGUES (S.)** (dir.), *L'accès aux services d'intérêt général*, Paris, ASPE Europe, 2003.
- **DE LA ROSA (dir.)**, *L'encadrement des concessions par le droit de l'Union européenne*, Coll. Trans Eruopes Experts, Paris, Société de législation comparée, Volume 10, 2014.
- **DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.)** (dir.),, *L'unité des libertés de circulation*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- **FERRARI-BREEUR (C.)** (dir.), *La directives « services » en principes et en pratiques*, Coll. Centre d'études européennes de la faculté de droit de l'Université Jean Moulin – Lyon 3, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- **FLAESCH-MOUGIN (C.)** (dir.), *La relance de l'Union européenne et la Présidence française*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- **GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.-J.)** (dir.), *Les Novelles. Droit des communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969.
- **GRARD (L.)** (dir.), *L'Europe et les services publics*, Coll. Droit, Bordeaux, P.U.B., 2007.
- **JOUNO (Th.)** (dir.), *Questions européennes, Le droit et les politiques de l'Union*, Coll. Major, Paris, PUF, 2009.

- **KOUBI (G.), GUGLIELMI (G.-J.)** (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003.
- **KOVAR (R.), SIMON (D.)** (dir.), *Services public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Coll. Travaux de la CEDECE, Paris, La documentation française, 2 tomes, 1998.
- **NEERGAARD (U.), SZYSZCZAK (E), VAN DE GRONDEN (J.-W.), KRAJEWSKI (M.)** (dir), *Social Services of General Interest in the EU*, Springer, La Haye, 2012.
- **LE GAC-PECH (S.)** (dir.), *Les droits du cocontractant vulnérable*, Bruxelles, Larcier, 2016.
- **LIMPENS-MEINERTZHABEN (A.)**, **DE RIPAINSEL-LANDY (D.), GÉRARD (A.), WAELBROECK (M.)** (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE*, Bruxelles, Presses de l'ULB, 1976.
- **LOUIS (J.-V.), RODRIGUES (S.)** (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- **MBONGO (P.) et VAUCHEZ (A.)** (dir.), *Dans la fabrique du droit européen*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- **MÉGRET (J.), LOUIS (J.V.), VIGNES (D.), WAELBROECK (M.)** (dir.), *Le droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, ULB, 1972.
- **MELLERAY (F.)** (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- **NEERGAARD (U.), NIELSEN (R.), ROSEBERRY (L.-M.)** (dir.), *The services directive. Consequences for the welfare State and the European Social Model*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2008.
- **NEFRAMI (E.)** (dir*.), Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- **NEFRAMI (E.)**, *La marge d'appréciation du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- **PERALDI-LENEUF (F.)** (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne : quelle nouvelle approche ?*, Coll. Droit de l'Union européenne – Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- **PERALDI-LENEUF (F.)** (dir.), *Jeux et paris en ligne*, Coll. Code économique européen, Larcier, Bruxelles, 2015.

- **POILLOT (E.), RUEDA (I.)**, *Les frontières du droit privé européen*, Coll. de la faculté de droit, d'économie et de finance de l'université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2012.
- **POILLOT-PERUZZETO (S.)**, *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, Montchrestien, 1998.
- **POTVIN-SOLIS (L.)** (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en Europe*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- **POTVIN-SOLIS (L.)**, *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- **POTVIN-SOLIS (L.)**, *Politiques de l'Union européenne et des droits fondamentaux*, Coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant , 2016.
- **RAPOPORT (C.)** (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen*, Coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Larcier, 2015.
- **SÉNÉCHAL (J.), VOINOT** (D.) (dir.), *Vers un droit européen des contrats spéciaux – Towards a european lo of specific contracts*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- **SYRPIS (P.)** (dir.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- **SNYDER (F.), SONNTAG (A.), SHEN (W.)** (dir.), *La main visible – Perspectives européennes et globales sur la régulation des marchés financiers et la gouvernance économique*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- **SZYSZCZAK (E.), DAVIES (J.), ANDENÆS (M.), BEKKEDAL (T.)** (ed.), *Developments in Services of General Interest*, Springer, La Haye, 2011.
- **TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.)** (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Coll. Traités Dalloz, Paris, Dalloz, tome 3, 2012.
- **VIDELIN (J.-Ch.)** (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire*, Coll. Colloques et débats, Paris, LexisNexis, 2013.

V. THÈSES

- **ARPIO SANTACRUZ (J.-L.)**, *States Aides in the European Community: Framework, Exceptions and Implications for National Economic Policies*, thesis, Florence, European University Institute, august 1996.

- **ASSIS DE ALMEIDA (J.-G.)**, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence*, Paris, Université Paris II, thèse dactyl., 1994.
- **ARSAC (M.)**, *L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire*, Coll. Droit, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 1997.
- **BAHOUGNE (L.)**, *Le financement du service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 289, 2015.
- **BERNARD (E.)**, *La spécificité du standard en droit communautaire*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- **BERTRAND (B.)**, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- **BILGER (F.)**, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Coll. Bibliothèque d'économie politique, Paris, L.G.D.J., Tome 5, 1964.
- **BLANC (F.)**, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 285, 2015.
- **BÖHM (F.)**, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftsordnung*, Sinzheim, Nomos, 2010 (réédition).
- **BORDEREAUX (L.)**, *Service public et manutention portuaire : les déboires d'un couple méconnu*, Nantes, Université de Nantes, thèse dactyl., 1999.
- **BLOTTIN (B.)**, *Concurrence, régulation et énergie. Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- **BRACQ (S.)**, L'article 90 (CEE/CE), Lille, Université Lille 2, Thèse dactyl., 1999.
- **CALANDRI (L.)**, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 259, 2009.
- **CALLEY (G.)**, *L'exploitation publique des services postaux*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 224, 2002.
- **CANEDO (M.)**, *Le mandat en droit administratif*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 215, 2001.
- **CARIAT (N.)**, *La charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États-membres*, Coll. Centre des droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2016.

- **CARTIER-BRESSON (A.)**, *L'État actionnaire*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 264, 2010.
- **CAZET (S.)**, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- **CHARBIT (N)**, *Le droit de la concurrence et secteur public*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2002.
- **CLAMOUR (G.)**, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006.
- **CLUZET-MÉTAYER (L.)**, *Le services public et l'exigence de qualité*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, Volume 52, 2006.
- **CONSTANTINESCO (V.)**, *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, Bibl. de droit international, Tome 74, Paris, L.G.D.J., 1974.
- **CORREIA (V.)**, *L'Union européenne et l'ordre internationale de l'aviation civile : la contribution de l'Union européenne aux évolutions contemporaines du droit aérien international*, Bordeaux, Université Bordeaux, Thèse dactyl., 2012.
- **COSSALTER (Ph.)**, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, Tome 249, 2007.
- **CHUNG (C.-M.)**, *The Application of EC Law to Public Enterprises: article 90 of the Treaty of Rome*, Oxford, Oxford University, these dactyl., 1995.
- **DE BELLESCISE (R.)**, *Les services publics constitutionnels*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 244, 2005.
- **DE LA ROSA (S.)**, *La méthode ouverture de coordination dans le système juridique communautaire*, Coll. Travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- **DELILE (J.-F.)**, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- **DELZANGLES (H.)**, *L'indépendance des autorité de régulation sectorielles : communications, électroniques, énergie et postes*, Bordeaux, Université Bordeaux IV, thèse dactyl. , 2008.

- **DUBOUT (E.)**, *L'article 13 CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèse, Bruxelles, Paris, 2006.
- **FASSASSI (I.)**, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, Volume 165, 2017.
- **FARTUNOVA (M.)**, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- **GAUTIER (Y.)**, *La délégation en droit communautaire*, Strasbourg, Université Strasbourg III, thèse dactyl., 1995.
- **GRARD (L.)**, *Du marché unique des transports aériens à l'espace aérien communautaire. Contribution à l'étude du droit positive et prospective juridique*, Bordeaux, Université Bordeaux I, Thèse dactyl., 2 tomes, 1992.
- **HAMONIAUX (T.)**, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Coll. Systèmes, Paris, L.G.D.J., 2001.
- **HERTZOG (R.)**, *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité des services publics*, Strasbourg, Université Strasbourg III, thèse dactyl., 1972.
- **HO-DAC (M.)**, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- **ISIDORO (C.)**, *L'ouverture à la concurrence de l'électricité à la concurrence communautaire, et sa mise en œuvre (Allemange, France, Italie, Royaume-Uni)* ; Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 242, 2006.
- **JURY (F.)**, *L'efficacité du service public dans l'Union européenne*, Lyon, Université Jean Moulin Lyon III, thèse dactyl., 2017.
- **KATSIREA (I.)**, *Public Broadcasting Standards and European Law. A Comparative Examination of Public Service Obligations in Six Member States*, Coll. Information Law Series, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.
- **KOVAR (J.-Ph.)**, *L'État et les modes d'organisation du marché*, Strasbourg, Université Strasbourg III, Thèse dactyl., 2005.
- **KAROVA (R.)**, *Liberalization of Electricity Market and Public Service Obligations in the Energy Community*, Coll. Energy and Environmental Law & Policy Series, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012.

- **LAGET-ANNAMAYER (A.)**, *La régulation des services publics en réseau*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2002.
- **LE BOT (F.)**, *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, Paris, Université Panthéon-Assas Paris II, thèse dactyl., 2012.
- **LIGER (S.)**, *L'entreprise de réseau en droit communautaire de la concurrence*, Orléans, Université d'Orléans, thèse dactyl., 2003.
- **MADDALON (Ph.)**, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., tome 253, 2007.
- **MARTIN (S.)**, *Les transformations contemporaines des services publics de transport*, Bordeaux, Université Montesquieu – Bordeaux IV, thèse dactyl., 2010.
- **MONGOUACHON (C.)**, *Abus de position dominante et secteur public*, Coll. Competition Law, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- **LEPOUTRE (N.)**, *Le dialogue entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne par le mécanisme du renvoi préjudiciel*, Lille, Université de Lille, thèse dactyl, 2016.
- **NISTOR (L.)**, *Publics Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, La Haye, Springer, 2011.
- **PEIFFERT (O.)**, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- **PEJOUT (O.)**, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, Bordeaux, Université de Bordeaux, Thèse dactyl., 2017.
- **PEZ (Th.)**, *Le risque dans les contrats administratifs*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 274, 2013.
- **PICOD (F.)**, *Règlementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, Strasbourg, Université Strasbourg III, thèse dactyl., 1994.
- **PISIER-KOUCHNER (E.)**, *La théorie du service public dans l'œuvre de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J., 1972.
- **POPOVIC (D.)**, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, Coll. Bibliothèque de droit international et de droit de l'Union européenne, Paris, L.G.D.J., Tome 122, 2009.

- **QUESSETTE (L.)**, *Au croisement de l'État, du service public et du marché, recherches sur les chemins de fer en droit administratif français*, Coll. Centre de recherches administratives, P.U.A.M., Aix-Marseille, 2013.
- **RAMBAUD (R.)**, *L'institution juridique de régulation : recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2012.
- **RIALS (S.)**, *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, Tome 135, 1980.
- **RODRIGUES (S.)**, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Paris, Tec & Doc, 2000.
- **SABART (G.)**, *Les services publics en réseau (publics utilities) : essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et le Grande-Bretagne*, Marseille, Université Aix-Marseille III, thèse dactyl., 2003.
- **SÉE (A.)**, *La régulation du marché en droit administratif : Étude critique*, Coll. bibliothèque des thèses, Paris, Mare et Martin, 2018.
- **SERVOIR (A.)**, *L'adaptation des chemins de fer français à la nouvelle réglementation communautaire du transport ferroviaire*, Nancy, Université Nancy II, thèse dactyl., 1998.
- **SÈVE (M.)**, *La régulation financière face à la crise*, Coll. Droit et économie, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- **THIRION (N.)**, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- **TOVO (C.)**, *Réseaux transeuropéens et services dans les secteurs de l'énergie, des télécommunications et du transport*, Strasbourg, Université de Strasbourg, thèse dactyl. 2015.
- **TRUCHET (D.)**, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, L.G.D.J., 1977.
- **VAN LEEUWEN (B.)**, *Paradoxes of Convergence. European Standardization of Services and Its Impact on Private Law*, European University Institute, 2015.

- **XYNOPOULOS (G.)**, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne, et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- **ZIANI (S.)**, *Du service public à l'obligation de service public*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., Tome 285, 2015.

VI. MÉLANGES

- *A man for all teaties, Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- *Europe(s), Droit(s) européen's) – Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- *L'identité du Droit de l'Union, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- *Mélanges W.J. van der Meersch, Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professons édita*, Bruxelles, Bruylant, tome 2, 1972.
- *Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Alain-Serge Mescheriakoff*, Paris, L.G.D.J., 2013.
- *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Paris, IRJS Editions, 2018.
- *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. A propos des contrats des personnes publiques*, L.G.D.J., Paris, 2013.
- *Le service public, Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Coll. Études, mélanges, travaux, Paris, Dalloz, 2016.

VII. ARTICLES

- **ADAMS (J.)**, « Future of the Local Service Carriers Public Service vs. Federal subsidy », *J. Air L. & Com.*, 1956, p. 127.
- **ADALID (S.)**, « Les dix ans de la directives « services » ou les apories du marché intérieur », *A.D.U.E.*, 2016, p. 3.

- **ANÍBAL AVILÉS PAGÁN (L.)**, « The Role of the European Union's Competition Rules in Shaping the Electric Energy Market in Europe », *Jur. U.P.R.*, 2013, p. 118.
- **ARHEL (P.)**, « Activités des juridictions communautaires en droit de la concurrence (mars 2011) », *L.P.A.*, n°131, 4 juillet 2011, p. 5.
- **AUERBACH (J.)**, « What Has Legal Education to Do With Justice ? », *Soc. Resp. Journal. L. Med.*, 1977, p. 37.
- **AZOULAI (L.)**, "En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale ! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union", *R.D.S.S.*, n°5, 2006, p. 843.
- **AZOULAI (L.)**, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, n°1, mars 2008, p. 29.
- **BARBÉ (V.)**, « L'appartenance à une Europe Unie du Traité de Rome au 'Brexit', *R.U.E.*, n°613, décembre 2017, p. 653.
- **BASILIEN-GAINCHE (M.L.)**, « La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz. Une reconfiguration des obligations de service public », *A.J.D.A.*, n°2, 15 janvier 2007, p. 74.
- **BAVASSO (A.)**, « Public Service broadcasting and State Aid Rules : between a Rock and a hard Place », *E.L.R.*, 2002, p. 340.
- **BAZEX (M.)**, « Entre concurrence et régulation, La théorie des facilités essentielles », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 2001, n°119, p. 37.
- **BELLOUBET-FRIER (N.)**, « Le principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1998, p. 152.
- **BERLIN (D.)**, « L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises, *R.T.D. eur.*, 1991, p. 1.
- **BERNARD (E.)**, « L '« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *R.I.D.E.*, n°3, 2009.
- **BERROD (F.), MESTRE (Ch.)**, « L'incidence des considérations organiques sur la distinction entre les actes délégués et les actes d'exécution », *R.T.D. eur.*, n°1, 5 juin 2015, p. 79.
- **BERTRAND (B.)**, « La Cour de justice et l'hypothèse », *C.D.E.*, n°2, 2013, p. 445.
- **BERTRAND (B.)**, « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs ; le dualisme des pouvoirs d'exécution, *R.T.D. eur.*, n°1, 2015, p. 21.

- **BERNARD (N.)**, « The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity », *C.M.L. Rev*, 1996, p. 633.
- **BEZZINA (A.-Ch.)**, « Plaidoyer en faveur de la relation in house. À propos des évolutions récentes de la jurisprudence européenne », *R.U.E.*, n°574 , p 39.
- **BOY (L.)**, « Le droit de la régulation », *D.*, n°37, 2001, p. 3031.
- **BLANC (F.)**, « La paradoxe de la libéralisation du notariat par l'administration », *J.C.P. N.I.*, n°36, 2014, 1153.
- **BLONK (W.-A.-G.)**, « Applying Rules of Competition to Transport by Rail, Road, and Inland Waterway », *C.M.L. Rev.*, 1969, p. 451.
- **BLUMANN (Cl.)**, « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht », *R.A.E.*, n°2, 2012, p. 235.
- **BOURGET (R.)**, « Propos sur quelques promoteurs de la fiscalité sur l'énergie », *R.E.I.D.F.*, n°3, 2016, p. 281.
- **BOISSARD (B.)**, « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *R.D.P.*, n°5, 1 septembre 2006, p. 1301.
- **BOITEAU (Cl.)**, « Concept communautaire de service public et services publics locaux », *R.F.D.A.*, n°2, 10 mars 1995, p. 320.
- **BOITEAU (Cl.)**, « Vers une définition du service public », *R.F.D.A.*, n°4, 16 juillet 2007, p. 803.
- **BOUCQUEY-NORGAARD (N.)**, « La normalisation européenne au service de la consommation durable », *R.E.D.C.*, n°4, 2002, p. 251.
- **BOUDET (J.-F.)**, « Droit au compte, droit au crédit : service de base ou service universel ? », *R.D.S.S.*, n°1, 27 février 2017, p. 14.
- **BOUDIER (F.)**, « Les subventions d'équilibre d'exploitation d'un service d'intérêt économique général ne sont pas a priori des aides d'État et n'ont pas à être autorisées par la Commission européenne », *J.C.P. A.*, n°38, 15 septembre 2003, 1822.
- **BOUL (M.)**, « Le « publics goods » : traduction juridique d'une notion économique », *R.F.D.A.*, n°3, juillet 2013, p. 557.
- **BOUVERESSE (A.)**, « De l'incidence des considérations organiques dans le contentieux de la légalité », *R.T.D. eur.*, n°1, 5 juin 2015, p. 63.
- **BOVIS (Ch.)**, « The application of State Aid Rules to the European Union Transport Sectors », *Columbia J. Eur. L.*, n°11, 2004-2005, p. 557.

- **BRACQ (S.)**, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 2004, p. 33 ;
- **BRACQ (S.)**, « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? », *R.T.D. eur.*, n°3, 14 novembre 2011, p. 517.
- **BRACONNIER (S.)**, « Financement et passation des marchés publics et contrats de partenariat dans un contexte de crise économique », *R.D.I.*, n°5, 11 mai 2009, p. 273.
- **BROTHWOOD (M.)**, « The Commission Directive on Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings », *C.M.L. Rev.*, 1981, p. 201.
- **BROUSSOLLE (D.)**, « Les services de transports rail et route dans le « paquet » normatif européen du 23 octobre 2007 », *A.J.D.A.*, n°8, 3 mars 2008, p. 393.
- **BUZELAY (A.)**, « De la dérégulation des télécommunications dans l'Union », *R.M.C.U.E.*, n° 434, 10 janvier 2000, p. 24.
- **CALFLECHE (G.), SORBARA (J.-G.)**, « Les compensations de service public du paquet almunia, une obscure clarté », *Europe*, n°6, juin 2012, étude 7.
- **CARPANO (E.)**, « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *A.D.U.E.*, 2016, p. 45.
- **CARPENTIER (M.)**, « Télévision haute définition du laboratoire au marché », *R.M.C.*, n°334, 10 février 1990, pp. 11.
- **CASSIA (P.)**, « Service public et droit communautaire », *L.P.A.*, n°133, 4 juillet 2002, p. 4.
- **CICILE (M.-Cl.), REDON (D.), BARTHÉLEMY (Ch.)**, « La réforme de la contribution au service public de l'électricité », *R.F.D.A.*, n°3, 13 juillet 2017, p. 462.
- **CHALTIEL (Fl.),** « Traité de Lisbonne : le service public », *L.P.A.*, n° 109, 30 mai 2008, p. 6.
- **CHAMON (M.)**, « Le recours à la soft law comme moyen d'éluder les obstacles constitutionnels au développement des agences de l'UE », *R.U.E.*, n°576, p. 152.
- **CHARBIT (N.)**, « Le financement des missions de service public au regard du Traité d'Amsterdam », *R.D.P.*, n°160, juin 2000, p. 18.
- **CHARLES LE BIHAN (D.)**, « Services d'intérêt économique général et valeurs communes », *R.M.C.U.E.*, n°519, juin 2008, p. 356.

- **CHAPUS (R.**), « Le service public et la puissance publique », *R.D.P.*, 1968, p. 235.
- **CHÉROT (J.-Y.)**, « L'article 90, paragraphe 2 du traité de Rome et les entreprises de réseau », *A.J.D.A*, n°3, 20 mars 1996, p. 171.
- **CHÉROT (J.-Y.),** « L'article 90, paragraphe 2, du Traité CE après les arrêts de la Cour de justice des communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité », *R.F.D.A.*, n°1, 9 février 1998, .p. 135.
- **CHÉROT (J.-Y.),** « Financement des obligations de service public et aides d'État », *Europe*, n°5, mai 2000, chron. 5.
- **CHÉROT (J.-Y.)**, « Le « plan d'action » de la Commission dans le domaine des aides d'État », *A.J.D.A.*, n°44, 24 décembre 2007, p. 2412.
- **CHEVALLIER (J.)**, « La nouvelle réforme des télécommunications, ruptures et continuités », *R.F.D.A.*, n°5, 9 septembre 1996, p. 909.
- **CLAMOUR (G.)**, « Une nouvelle donne pour l'occupation dominale », *Contrats et marchés publics*, n°5, mai 2017, comm. 114.
- **CRISTOL (D.)**, « Les habits neufs du service public hospitalier », *R.D.S.S.*, n°4, 26 août 2016, p. 643.
- **CONSTANTINESCO (V.)**, « Le processus de décision : vers une nouvelle gouvernance ? », *Europe*, n°7, juillet 2008, dossier. 8.
- **DAVIES (G.),** « Subsidiarity : The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », *C.M.L. Rev.*, 2006, p. 63.
- **DEBÈNE (M.), RAYMUNDIE (O.)**, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *A.J.D.A.*, n°3, 20 mars 1996, p. 183.
- **DE CORAIL (J.-L.)**, « L'approche fonctionnelle du service public : ses réalités et ses limites », *A.J.D.A.*, Hors Série, 20 janvier 1997, p. 20.
- **DEGUERGUE (M.)**, « De quelques difficultés de la notion de service social, *A.J.D.A.*, n°4, 4 février 2008, p. 179.
- **DE LA ROSA (S.)**, « The Directive on Cross-Border Healthcare or the Art of Codifying Complex Case Law, *C.M.L. Rev.*, 2012, p. 49.
- **DE LA ROSA (S.)** « Vers un approfondissement des règles européennes applicables aux concession de service public. À propos de la directive sur l'attribution des contrats de concession », *L.P.A.*, n°55, 18 mars 2014, p. 5.
- **DE LA ROSA (S.)**, « Les exclusions », *R.F.D.A.*, n°2, 17 mai 2016, p. 227.

- **DE LA ROSA (S.)**, « De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés. A propos de l'intervention étatique sous de forme de prix réglementés sur le marché du gaz », *R.A.E.*, n°3, 2016, p. 529.
- **DE LA ROSA (S.), RAPOPORT (C.)**, La bataille du rail a commencé. Premières décisions de la Cour de justice sur la mise en œuvre des directives ferroviaires », *Europe*, n°7, juillet 2013, étude 7.
- **DELEBECQUE (Ph.)**, « Le volet transport de la loi Macron : libéralisation du transport de passagers », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°8-9, 2015, dossier 4.
- **DELMAS-MARTY (M.)**, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, p. 951.
- **DELZANGLES (B.)**, « La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire », *R.D.P.*, n°4, 1 juillet 2009, p. 1115.
- **DELZANGLES (B.)**, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », *Revue de l'économie publique*, n°692, décembre 2011, p. 2.
- **DERINGER (A.)**, « The interprétation of article 90 (2) of the EEC Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1965, p. 129.
- **DEROUDILLE (A.)**, « La notion d'unité économique en droit de l'Union européenne », *R.D.U.E.*, 2016, n°3/4, p. 555.
- **DESMARIS (Ch.)**, « La régionalisation ferroviaire en Suisse : la performance sans la compétition. Un exemple pour la France ? », *Politiques et management public*, n°31/2, 2014, p. 169.
- **DESTAILLEUR (Th.)**, « La sécurité d'approvisionnement énergétique : une contribution contrastée à l'émergence d'un droit de la régulation des flux », *A.D.U.E.*, 2016, p. 97.
- **DE STREEL (A.)**, « The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The Case of electronic communications », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n°1, 2008, p. 90.
- **DE STREEL (A.), DEFREYNE (E.)**, « La régulation du service public des médias par le contrôle des aides d'État », *J.D.E.*, n°221, juillet 2015, p. 281.

- **DEZOBRY (G.)**, « Électricité nucléaire et facilité essentielle », *R.A.E.*, n°4, 2009/2010, p. 763.
- **DONNIER (V.)**, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *R.F.D.A.*, n°4, 2006, pp. 1219.
- **DONNIER (V.)**, « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *R.F.D.A.*, n°1, 14 janvier 2008, p. 13.
- **DONY (M.)**, « Les règles régissant le financement public des services d'intérêt économique général après la réforme de 2011 », *C.D.E.*, n° 1, 2014, p. 96.
- **DUBOS (O.)**, « L'union européenne et la régulation : parcimonie et énergie… », *R.M.C.U.E.*, n°549, 2011, p. 383.
- **DUBOUT (E.)**, « Principes, droits et devoir dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.T.D. eur.*, n°2, 8 août 2014, p. 409.
- **DUPERON (O.)**, « Le fonds de péréquation des transports aériens ou la mise en œuvre d'une conception européenne du service public dans le domaine de l'aviation civile française », *Revue française de droit aérien*, 1996, p. 35.
- **DURANT (Cl.-F.)**, « Service public europée, et politique industrielle ou la promotion de l'intérêt général et du service au citoyen », *R.M.C.U.E.*, n°396, 10 mars 1996, p. 211.
- **ECKERT (G.)**, « Contrat entre personnes publiques et droit de la concurrence », *A.J.D.A.*, n°15, 29 avril 2013, p. 849.
- **ECKERT (G.)**, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *R.J.E.P.*, n°722, août 2014, étude 6.
- **EHLERMANN (C.-D.)**, « quelles règles de fonctionnement pour le marché intérieur de l'énergie ? », *R.M.C.U.E.*, n°380, p. 450.
- **ENCINAS DE MUNAGORRI (R.)**, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », *R.T.D. civ.*, n°3, septembre 2006, p. 505.
- **FABRE-MAGNAN (M.)**, « Le domaine de l'autonome personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.
- **FALLON (M.), SIMON (A.-N.)**, « La directive « services » : quelle contribution au marché intérieur ? », *J.D.E.*, n°136, février 2007, p. 33.

- **FINES (F.)**, « Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires ? », *R.A.E.*, n°1, 2003-2004, p. 37.
- **FITZJEAN O COBHTHAIGH (A.)**, « Affaire Vent de colère ! : épilogue ? », *Energie Environnement Infrastructures*, n°11, novembre 2016, comm. 73.
- **FOULQUIER (N.), ROLIN (F.)**, « Constitution et service public », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°37, octobre 2012.
- **FRIBOULET (A.)**, « accords et désaccords sur l'ouverture du marché postal », *R.T.D. Eur.*, n°2, 15 juin 2009, p. 381.
- **FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Les différentes définitions de la régulation », *L.P.A.*, n°82 ,10 juillet 1998, p. 5.
- **FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.
- **GAUDIN (H.)**, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *R.A.E.*, n°1, 2003-2004, p. 7.
- **GAUTIER (M.), MELLERAY (F.)**, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *R.A.E.*, n°1, 2003-2004, p. 27.
- **GIACOBBO-PEYRONNEL (V.), FOUQUET (T.), SLADIC (J.), VANHAM (E.)**, « Les règles de concurrence applicables aux entreprises », *J.D.E.*, n°186, février 2012, p. 45.
- **GLAIS (M.)** « Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, n°1, 1998, p. 85.
- **GRARD (L.)**, « Libre concurrence et services publics. Avec ou sans constitution l'union européenne maintient le cap de la conciliation des impératifs », *R.A.E.*, n°2, 2006, p. 255.
- **GRARD (L.)**, « Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement », *Droit des transports*, n°3, mars 2008, comm. 26.
- **GRARD (L.)**, « Etude d'impact du droit communautaire sur les règlementations étatiques des transports », *C.D.E.*, n°3-4, 2008, p. 268.
- **GRARD (L.)**, « Transposition de la première génération de directives ferroviaires : la Cour de justice de l'Union européenne didactitcenne du droit », *Revue de droit des transports*, n°3, juillet 2013, étude 3.

- **GRARD (L.)**, « Chronique de droit européen des transports- Enfin un règlement « services portuaires » ! Transparence et ouverture minimaliste à la concurrence », *R.T.D. eur.*, n°1, 26 avril 2018, p. 165.
- **GRARD (L.)**, « 60 ans de politique aérienne commune », *R.U.E.*, n°619, 12 juin 2018, p. 342.
- **GOUGUET (J.-J.), PRIMAULT (D.)**, « Les agents dans le sport professionnel : analyse économique », *R.J.E.S.*, n°81, décembre 2007, p. 7.
- **GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.)**, « Le droit, comme la langue, vit dans la conscience populaire », *A.J.D.A.*, n°22, 23 juin 2008, p. 1169.
- **GUILLOUD (L.)**, L'inscription des actes législatifs de l'Union européenne dans les traités : une vitoire à la Pyrrhus ? », *R.U.E.*, n° 548, 10 mai 2011, p. 285.
- **HAMON (F.)**, « Portée du monopole postal : conditions dans lesquelles un opérateur économique établi dans un État membre peut offrir certains services spécifiques dissociables du service d'intérêt économique général », *A.J.D.A.*, n°12, 20 décembre 1993, p. 856.
- **HATZOPOULOS (V.)**, « L' « Open Network Provision » (ONP) moyen de dérégulation, *R.T.D. eur.*, n° 1, mars 1994, p. 63.
- **HATZOPOULOS (V.)** « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses. Une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *R.T.D. eur.*, n°2, juin 1998, p. 191.
- **HATZOPOULOS (V.)** « Du principe de non-discrimination (au niveau européen) au principe de la bonne administration (au niveau national) ? », *C.D.E.*, 2016/1, p. 311.
- **HOUYET (Y.)**, « Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs et spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics », *R.T.D. eur.*, n°2, 15 juin 2007, p. 253 ;
- **IDOT (L.)**, « La notion d'entreprise », *Rev. Soc.*, n°2, 13 juillet 2001, p. 191.
- **IDOT (L.)**, « Concurrence et libre circulation », *R.A.E.*, n°3, 2005, p. 391.
- **IDOT (L.)**, « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *J.D.E.*, août 2007, n°142, p. 225.
- **IDOT (L.)**, « Entreprise sociale et concurrence », *Concurrences*, n°1-2013.
- **IDOUX (P.)**, « Le droit public économique vu à travers la crise », *Droit administratif*, n°3, mars 2010, étude 5.

- **JACQUÉ (J.-P.)**, Questions à l'Europe, questions sur l'Europe », *R.D.P.*, n°3, 01 mai 2008, p. 822.
- **JANICOT (L.)**, « Le principe d'égalité devant le service public », *R.F.D.A.*, n°4, 13 septembre 2013, p. 722.
- **JAN SLOT (P.)**, « Energy and Competition », *C.M.L. Rev.*, 1994, p. 511.
- **JENNY (F.)**, « Droit des télécommunications : quelles leçons tirer des exemples étrangers ? », *A.J.D.A.*, n°3, 20 mars 1997, p. 217.
- **JENNY (F.)** « Des services publics dans le marché et hors marché : service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général », *L.P.A.*, n°239, novembre 2004, p. 6.
- **KARPENSCHIF (M.)**, « De nouvelles règles pour le financement des aéroports et de certaines lignes aériennes », *J.C.P. A.*, n°49, 5 décembre 2005, 1377.
- **KARPENSCHIF (M.)**, « Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? », *R.J.E.P.*, n°628, février 2006, chron. 100009.
- **KARPENSCHIF (M.)**, « Contrats de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ? », *J.C.P. A.*, n°8, 18 février 2008, p. 2038.
- **KARPENSCHIF (M.)** « Vers une définition communautaire du service public ? », *R.F.D.A.*, n°1, 14 janvier 2008, p. 58.
- **KARPENSCHIF (M.)**, « LES EPIC dans tous leurs états », *J.C.P. A.*, n°31-35, 27 juillet 2009, 2197.
- **KARPENSCHIF (M.)**, « Du paquet Monti/Kroes au paquet Almunia : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ? », *J.C.P. A.*, n°1, 9 janvier 2012, 2006.
- **KARPESNCHIF (M.)**, « Le contrat au service de politiques publiques : « Contrat public et Union européenne », *R.F.D.A.*, n°3, 9 juillet 2014, p. 418.
- **KARPENSCHIF (M.)**, « Le contrat public européen », *R.D.C.*, n°3, 2014, p. 539.
- **KEMPF (H.)**, « Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 (les origines de la politique concurrentielle américaine) », *Cahiers d'économie politique*, 1992, n°20-21, p. 187.
- **KERF (M.), GERADIN (D.)**, « Controlling Market Power in Telecommunications : Antintrust vs Secti-Specific Regulation », *Berkeley Technology L. J.*, 1991, pp. 919 ;
- **KESSLER (F.)**, « L'obligation d'affiliation aux régimes des professions libérales : des difficultés sans fin ? », *R.D.S.S.*, n°2, 30 avril 2012, p. 213.

- **KOVAR (R.)**, « La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », *Europe*, juillet 1992, p. 1.
- **KOVAR (R.)**, « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°2, 14 juin 1996, p. 215.
- **KOVAR (R.)**, « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D. eur.*, n°3, 16 septembre 1996, p. 493 .
- **KOVAR (J.-Ph.)**, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, p. 7.
- **LAFFINEUR (J.-L.), GRUNCHARD (M.), LEROY (C.)**, « Les possibilités de recours contre une norme technique dans l'Union européenne », *R.E.D.C.*, n° 4, 2009, p. 813.
- **LAGET-ANNAMAYER (A.)**, « Le gouvernement peut-il encore règlementer les prix, malgré la proclamation d'un principe de liberté ? », *A.J.D.A.*, n°21, 12 juin 2006, pp. 1169 et s.
- **LAGONDET (F.)**, « Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public. À propos de la directive électricité », *Europe*, n°5, mai 1997, p. 4.
- **LAVIALLE (Ch.)**, « La réserve des cinquante pas du Roi ou la naissance du domaine public », *R.F.D.A.*, n°3, 9 juillet 2014, p. 451.
- **LE BERRE (Ch.)**, « La logique économique dans la définition du service public », *R.F.D.A.*, n°1, 2008, p. 50.
- **LE MIRE (P.)**, « Modalités d'exercice de la compétence de la Commission des Communautés européennes », *A.J.D.A.*, n° 7-8, 20 juillet 1991, p. 538.
- **LEPIÈCE (A.)**, « Le paquet post-Altmark II – Réforme de la réglementation européenne sur le financement des services publics », *J.D.E.*, n°191, juillet 2012, p. 205.
- **LOMBARD (M.)**, « Commentaire de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service », *A.J.D.A.*, n°9, septembre 1998, p. 716.
- **LOMBARD (M.), «** Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.*, n°10 du 14 mars 2005, p. 530.

- **LOMBARD (M.)**, « Une analyse économique du droit des services publics : « L'europe va-t-elle démanteler les services publics ? » par Gilles Savary (Éditions de l'Aube, 2005) », *Droit administratif*, n°5, mai 2005, alerte 11.
- **LONG (M.)**, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *R.F.D.A.*, n°3, 9 mai 1995, p. 497.
- **LONG (M.)**, « Service public et réalités économiques du XIX^{è} au droit commaunautaire », *R.F.D.A.*, n°6, 9 novembre 2001, p. 1161.
- **LONG (M.)** « Questions transversales – Tarification, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, dossier 27.
- **LOUIS (J.-V.)**, « Le Traité d'Amsterdam : une occasion perdue ? », *R.M.C.U.E.*, n°2, février 1997, p. 5.
- **MACLENNAN (J.-F.)**, « Facing the Digital Future: Public Service Broadcasters and State Aids Law in the European Union », *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 1999-2000, p. 159.
- **MADDALON (Ph.)**, « Paquet Altmark : quelle sécurité juridique ? », *Contrats Concurrence Concommsation*, n°4, avril 2006, p. 5.
- **MARCHAND (J.)**, « Réflexions sur le principe de transparence », *R.D.P.*, n°3, 1er mai 2014, p. 677.
- **MARCOU (G.)**, « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, n°7, 20 février 2006, p. 347.
- **MARTIN (S.)**, « Le nouveau règlement communautaire sur les services publics de transport par chemin de fer et par route », *Droit Administratif* n° 4, Avril 2008, comm. 60.
- **MAYET (R.)**, « Le réseau transeuropéen de transport : Le dessosu des cartes », *R.M.C.U.E.*, n°484, 10 janvier 2005, p. 11.
- **MELLERAY (F.)**, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *R.F.D.A.*, n°4, 17 septembre 2016, p. 679.
- **MÉMETEAU (G.)**, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *R.T.D. civ.*, n°4, 14 décembre 1990, p. 611.
- **MERLAND (G.)**, « L'intérêt général, instrument efficace de la protection des droits fondamentaux », Les *Nouveaux cahiers de droit constitutionnel*, n°16, juin 2004.

- **MEROLLA (M)., MEDINA (C.)**, « De l'arrêt ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *C.D.E.*, 2003/5-6, p. 639.
- **MET-DOMESTICI (A.)**, « La libéralisation des services postaux. Les enjeux de l'ouverture totale à la concurrence », *R.M.C.U.E.*, n°515, 10 février 2008, p. 114.
- **MICHEL (V.)**, « La compétence de la Communauté en matière de santé publique », *R.A.E.*, n°2, 2003-2004, p. 163.
- **MODERNE (F.)**, « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *R.F.D.A.*, n°3, 11 mai 2001, p. 563.
- **MONACO (R.)**, « Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen », *R.I.D.C.*, 1960, p. 61.
- **MORGAN DE RIVERY (E.), LE BERRE-DODET (N.), RABEUX (L.)**, « La longue marche vers la libéralisation du secteur postal », *R.A.E.*, n°3, 2005, p. 439.
- **NAVEL (L.)**, « Les travaux préparatoires dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.D.P.*, n°5, Septembre 2016, p. 1547.
- **NEDJAR (D.)**, « Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques », *R.F.D.A.*, n°2, 10 mars 1992, p. 291.
- **NIHOUL (P.)**, « Les relations entre libéralisation et protection des consommateurs. Une analyse fondée sur l'étude du cadre règlementaire relatif aux communications électroniques dans la Communauté européenne », *R.E.D.C.*, n° 2, 2009, p. 439.
- **NICINSKI (S.)**, « Le mode de régulation », *R.F.D.A.*, n°4, 13 septembre 2010, p. 735.
- **NICINSKI (S.)**, « Les droits exclusifs », *R.F.D.A.*, n°3, 12 juillet 2018, p. 479.
- **ORTEGA IBÀÑEZ (A)**, « Les défaillances du régime des droits d'accises européen sur les produits énergétiques », *J.D.E.*, n°236, 15 février 2017, p. 48.
- **PAIS ANTUNES (L.-M.)**, « L'article 90 du Traité CEE », *R.T.D. eur.*, n°2, 14 juin 1991, p. 187.
- **PAULIAT (H.)**, « Le cas des services postaux », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, dossier 29.
- **PEIFFERT (O.)**, « Obligations de service public et protection de l'environnement en droit européen des aides d'État : une voie étroite », *Aménagement-Environnement*, 2017, n°1, p. 6.

- **PÉRALDI LENEUF (F.)**, « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 2010, p. 7.
- **PERVENCHE (B)**, « Regards croisés. Droit européen du travail : récentes évolutions et perspectives », *Obs. Bxl.*, n°83, 2011, p. 25.
- **PETIT (Y.)**, « A la recherche de la politique européenne de l'énergie », *R.T.D. Eur*. 2006, p. 593.
- **PETIT (Y.)**, « La solidarité énergétique entre les États membres de l'Union européenne : une chimère ? », *R.A.E.*, n°4, 2009/2010, p. 771.
- **PETIT (Y.)**, « Politique agricole commune et environnement », *R.A.E.*, n°4, 2011, p. 693.
- **PETRASH (J.)**, « Long-Term Natural Gaz Contrats : Dead, Dying, or Merely Resting ? », *Energy L. J.*, 2006, p. 545.
- **PEYLET (R.)**, « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », *R.F.D.A.*, n°2, 9 mai 2011, p. 311.
- **PICOD (F.)**, « Le nouveau cadre institutionnel de l'Union européenne », *J.C.P. G.*, 2010, doctr. 400.
- **PICOD (F.)**, « Loyauté du commerce et libre circulation des marchandises », *R.A.E.*, n°2, novembre 2011, p. 253.
- **PLATTEAU (K.)**, « Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case », *E.C.L.R.*, 1991, p. 105.
- **PLESSIX (B.)**, « L'éternelle jouvence du service public », *J.C.P. A.* 2005, 1350.
- **POILLOT-PERUZZETTO (S.)** « Décision d'association d'entreprises d'avocats et d'experts comptables », *R.T.D. Com.*, n°2, 14 juin 2002, p. 389.
- **PONGÉRARD-PAYET (H.)**, « La politique régionale et de cohésion : étude rétrospective d'une politique clé au service de l'Europe », *R.U.E.*, n°619, 12 juin 2018, p. 351.
- **PONTIER (J.-M.)**, « Sur la conception française de service public », *D.* , n°2, 11 janvier 1996, p. 9.
- **PONTIER (J.-M.)**, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998. 327.
- **PONTIER (J.-M.)**, « Le droit du nucléaire, droit à penser », *A.J.D.A.*, n°30, septembre 2015, p. 1680.

- **PONTIER (J.-M.)**, « Les librairies dans la cité », *A.J.D.A.*, n°19, 4 juin 2018, p. 1057.
- **PRIETO (C.)**, « Loyauté du commerce et droit européen de la concurrence », *R.A.E.*, n°2, 2011, p. 299.
- « Public service obligations : A Blessing or a Liability ? » (édito), *C.M.L. Rev.*, 1996, p. 395.
- **RAPP (L.)**, « La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel », *R.M.C.U.E.*, n°389, 10 juin 1995, p. 352.
- **RAPP (L.)**, « Le service public : l'expérience américaine », *A.J.D.A.*, Hors série, 20 juin 1997, p. 159.
- **RICHER (L.)**, « Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française », *D.* 1999, p. 523.
- **RICHER (L.)**, « Droit d'accès et service public », *A.J.D.A.*, n°2, 16 janvier 2006, p. 73.
- **RICE (D.)**, « Regulation of Direct Broadcast Satellites:International Constraints and Domestic Options », *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 1979-1980, p. 813.
- **RIPHAGEN (W.)**, « The Transport Legislation of the European Communities its relationships to International Treaties and its effect in Member States », *C.M.L. Rev.*, 1966, p. 291.
- **RITLEG (D.)**, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *R.T.D. eur.*, n°4, 14 décembre 2012, p. 67.
- **ROBERT (J.)**, « Doubts on a Common Transport Policy », *C.M.L. Rev.*, 1968, p. 193.
- **RODIÉRE (R.)**, « L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la CEE », *R.T.D. eur.*, 1965, p. 350.
- **RODRIGUES (S.)**, « Les services publics et le traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE », *R.M.C.U.E.*, n° 414, janvier 1998, p. 37.
- **RODRIGUES (S.)**, « Les services d'intérêt (économique) général et le Traité de Lisbonne. Ou comment assumer pour l'Union européenne et les États membres une responsabilité commune à l'égard des consommateurs », *R.E.D.C.*, n° 3/4, 2010, p. 679.

- **RONTCHEVSKY (N.)**, « Adoption de codes de bonne conduite en matière d'analyse financière », *R.T.D. com.*, n°4, 15 décembre 2004, p. 778.
- **SAMUELSON (P.-A.)**, « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, n°4, 1954, p. 387.
- **SAUTEL (O.)**, « Les enjeux de la mise en place d'une approche plsu économique des aides d'État ; le cas de la méthode du coût net évité pour les compensations de service public », *Revue Lamy de la concurrence*, n°51, juin 2016, p. 42.
- **SCHINDLER (P.)**, « Public enterprises and the EEC Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1970, p. 57.
- **SÉE (A.)**, « Le réseau modèle de régulation », *Energie-Environnement-Infrastructures*, n°10, octobre 2016, dossier 25.
- **SIBONY (A.-L.), BARBIER DE LA SERRE (E.)**, « Charge de la preuve et théorie du contrôle communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *R.T.D. eur.*, n°2, 15 juin 2007, p. 205.
- **SIMON (D.)**, « Les fondations : L'Europe modeste ? Symboles, valeurs et objectifs », *Europe*, n°7, juillet 2008, dossier 4.
- **SIMON (D.)**, « Le contrôle de proportionnalité dans exercé par la Cour de justice des communautés européennes », *L.P.A.*, n°47, 05 mars 2009, p. 17.
- **SIMON (D.)**, « Relations UE/CANADA : zone de turbulences ? », *Europe*, n°11, novembre 2016, repère 10 ; « L'avis 2/15 sur l'accord de libre-échange entre l'Union et le Singapour : un apport majeur pour les modalités de conclusions des accords ultérieurs « de nouvelle génération » (CETA, TAFTA, nouveau « partenariat » avec le Royaume-Uni) », *Europe*, n°7, juillet 2017, Étude 7.
- **SORBARA (J.-G.)**, « La modernisation du droit des proprietés publique par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 », *R.F.D.A.*, n°4, 15 septembre 2017, p. 705.
- **SLAUTSKY (E.)**, « Financement du service universel des communications électroniques et automie nationale : quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union », *C.D.E.*, n° 3/4, 2016, p. 881.
- **SOLE (D.)**, « Services of General Economic Interest in tje EU : A 50-Year-Battle Between Liberalization, Deregulation and Subsidiarity », *Eur. J. L.*, 2003, p. 335.

- **SOLEILHAC (Th.)**, « Les bibliothèques numériques, un domaine immatériel », *A.J.D.A.*, n°21, du 16 juin 2008, p. 1113.
- **STABENOW (W.)**, « The Common Market for Transport in the European Economic Community », *C.M.L. Rev.*, 1963, p. 391.
- **SUMRADA (N.), NOHLEN (N.)**, « Control of State Aid for Public Service Broadcasting : Analysis of the European Commissions's Recent Policy », *E.S.A.L.Q.*, 2005, p. 609.
- **SUNSTEIN (C.-R.)**, « Television and the Public Interest », *Cal. L. Rev*., 200, p. 499.
- **SZALAY (K.)**, « The Development of the European Union's Policy on State Aid to Public Service Broadcasting – From early cases to formulated policy – », *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecc*, 2012, p. 256.
- **THÉOPHILE (D.)**, « Concurrence – Déséquilibre. – Les excès de la régulation concurrentielle », *J.C.P. G.* 2015. doctr. 674.
- **THIEFFRY (P.)**, « Mesures publiques de protection de l'environnement et concurrence », *A.J.D.A.*, n°4, 29 janvier 2007, p. 170.
- **TIMSIT (G.)**, « La régulation – La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, n°109, 2004, p. 5.
- **TRIANTAFYLLOU (D.)**, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 juin 1999, p. 21.
- **TRUCHET (D.)**, « Unité et diversité des « grands principes du service public », *A.J.D.A.*, 1997, p. 38.
- **TRUCHET (D.)**, « Renoncer à l'expression « services public » », *A.J.D.A.*, n°11, 24 mars 2008, p. 553.
- **VAN DER WOUDE (M.)**, « article 90: competing for competence », *E.L. Rev.*, 1992, p. 60.
- **VEDEL (G.)**, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *J.C.P. G.*, 1948. I. 682.
- **VEDEL (G.)**, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P. G.*, 1950. I. 851.
- **VIDELIN (Ch.)**, « Réforme ferroviaire : réforme, vous avez dit réforme ? À propos de la loi n°2014-872 du 4 août 204 », *J.C.P. A.*, n°49, 8 décembre 2014, p. 2342.

- **VILCHES ARMESTO (L.)**, « IMS Health : dernier développement de la CJCE relatif au refus de licence en droit de propriété intellectuelle » *R.D.T.I.*, n°3, décembre 2004, p. 65.
- **VINOIS (J.-A.)**, « Le réseau transeuropéen de transport : après les décisions juridiques, reste le financement », *R.M.C.U.E.*, n°401, 10 septembre 1996, p. 569.
- **VIOUJAS (V.)**, « Les obligations du service public hospitalier :quelles spécificités ? », *R.D.S.S.*, n°4, 21 août 2017, p. 644.
- **VOISSET (M.)**, « Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *R.F.D.A.*, n°2, 10 mars 1995, p. 304.
- **WACHSMANN (A.), BERROD (F.)**, « Les critères de justification des monopoles. Un premier bilan après l'affaire *Corbeau* », *R.T.D. eur.*, n°1, 15 mars 1994, p. 30.
- **WALINE (M.)**, « Compte-rendu de Roger Latournerie, sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public ». Agonie ? Convalescence ? Jouvence ?, *R.D.P.*, 1961, p. 708-720.
- **WATHELET (M.)**, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *C.D.E.*, n° 5-6, 2000, p. 585.
- **WINTER (J.-A.)**, « Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty' », *C.M.L. Rev.*, 2004, p. 475.
- **ZIANI (S.)**, « Service public et droit de l'Union européenne », *Droit administratif*, n°10, octobre 2012, comm. 86.

VIII. ENTRETIENS

- **OTTO LENZ (C.)**, ancien avocat général, 7 juillet 2016, Andelot, Abbaye de Septfontaines.
- **HERVÉ (E.)**, ancien sénateur, 13 janvier 2014, Sénat, Paris.

TABLE DE JURISPRUDENCE

(Les notes d'arrêts ne sont pas toujours reproduites en intégralité dans le corps de la thèse pour ne pas en alourdir le contenu)

I. DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

A. COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉES EUROPÉENES

- CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'Acier*, aff. 30/59, *Rec.* p. 3
- CJCE, 18 mai 1962, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr contre Haute autorité de la CECA*, aff. 13/60, *Rec.* p. 165
- CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 1
- CJCE, 25 juillet 1964, *Flaminio Costa contre Enel*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141
- CJCE, 16 juin 1966, *Allemagne contre Commission*, aff. 52 et 55/65, *Rec.* p. 229
- CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH contre Hauptzollamt Paderborn*, aff. 27/68, *Rec.* p. 211
- CJCE, 10 décembre 1968, *Commission contre Italie*, aff. 7/68, *Rec.* p. 619
- CJCE, 10 décembre 1969, *Commission contre France*, aff. C-6 et 11/69, *Rec.* p. 523
- CJCE, 14 juillet 1971, *Ministère public luxembourgeois contre Madeleine Muller, veuve J. P. Hein e.a. (dite Port de Merter)*, aff. 10/71, *Rec.* p. 723
- CJCE, 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat*, aff. 36/73, *Rec.* p. 1299
- CJCE, 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior (dit aussi BRT I)*, aff. 127/73, *Rec.* p. 313
- CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 411
- CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners contre Belgique*, aff. 2/74, *Rec.* p. 631
- CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837

- CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. contre Commission*, aff. 40/73, *Rec.* p. 1663
- CJCE, 13 novembre 1977, *INNO contre ATAB*, aff.13/77, *Rec.* p. 2115.
- CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649
- CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes*, aff. 138/79, *Rec.* p. 3333
- CJCE, 14 juillet 1981, *Gerhard Züchner contre Bayerische Vereinsbank AG*, aff. 172/80, *Rec.* p. 2021
- CJCE, 6 juillet 1982, *Italie contre Commission*, aff. 188 à 190/80, *Rec.* p. 2547
- CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg contre Parlement européen*, aff. 230/81, *Rec.* p. 258
- CJCE, 02 mars 1983, *GVL contre Commission* aff. 7/82, *Rec.* p. 483
- CJCE, 10 mars 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" e.a.*, aff. 172/82, *Rec.* p. 555
- CJCE, 10 juillet 1984, *Campus oil*, aff. 72/83, *Rec.* p. 2727
- CJCE, 20 mars 1985, *Italie contre Commission*, aff. 41/83, *Rec.* p. 880
- CJCE, 22 mai 1985, *Parlement contre Conseil*, aff. 13/83, *Rec.* p. 1513
- CJCE, 3 octobre 1985, *CBEM contre CLT et IPB*, aff. 311/84, *Rec.* p. 3261
- CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les verts » contre Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339
- CJCE, 30 avril 1986, *Ministère public contre Asjès e.a.*, aff. 209 à 212/84, *Rec.* p. 1457
- CJCE, 17 décembre 1987, *Bovo Tours BV et Van Touringcars BV contre Ministre des Transports, des Eaux et des Travaux publics e.a.*, aff. 88/86, *Rec.* p. 5429
- CJCE, 30 juin 1988, *Commission contre Grèce*, aff. 226/87, *Rec.* p. 3620
- CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86, *Rec.* p. 5365
- CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Seed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH*, aff. 66/86, *Rec.* p. 803
- CJCE, 12 juillet 1990, *A. Foster e.a. contre Bristish Gas plc*., aff. C-188/89, *Rec.* p. I-3313
- CJCE, 19 mars 1991, *France contre Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-125

- CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser et Macrotron GmBH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-197
- CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE e.a. (ERT)*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925
- CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali poro di genova Spa et Siderurgica Gabrielli Spa*, aff. C-179/90, *Rec.* p. I-5889
- CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas e.a. contre Commission*, aff. C-48 et 66/90, *Rec.* p. I-565
- CJCE, 17 novembre 1992, *Espagne, Belgique et Italie contre Commission*, aff. C-271, 281, 289/90, *Rec.* p. I-5833
- CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen contre Secretary of State for Social Security*, aff. C-9/91, *Rec.* p. I-4297
- CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et 160/91, *Rec.* p. I-637. Not. *J.C.P. G.* 1993, p. 264. Not. BLAISE (J.-B.), IDOT (L.), *R.T.D. eur.*, 1996, p. 567
- CJCE, 30 mars 1993, *Thomas*, aff. C-328/91, *Rec.* p. I-1267
- CJCE, 19 mai 1993, *Procédure Pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2563. Not. HANCHER (L.), *C.M.L. Rev.*, 1995, p. 305 ; VOGEL (L.), *R.M.C.U.E.*, 1993, p. 812 ; HAMON (F.), *A.J.D.A.*, 1993, p. 865 ; BOUTARD-LABARDE (M.-Ch.), *J.C.P. G.*, 1993, doctr. 3702
- CJCE, 19 janvier 1994, *SAT contre Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* p. I-43. Not. Not. BOLZE (Ch.), *R.T.D. com.*, 15 septembre 1994, p. 606 ; CHAVRIER (H.), HONORAT (E.), POUZOULET (Ph.), *A.J.D.A.* 1994. 286
- CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de Espan&a SA et Ayuntamiento de Valencia*, aff. C-387/92, *Rec.* p. I-877
- CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477. Not. VOGEL (L.), *R.M.C.U.E*, 1995, 46 ; DUTEIL DE LA ROCHÉRE (J.), *D.* 1995, p. 17 ; HAMON (F.), *A.J.D.A.*, 1994, p. 637 ; BLAISE (J.-B.), IDOT (L.), *R.T.D. eur.*, 1995, p. 39
- CJCE, 11 août 1995, *Secretary of State for Social Security*, aff. C-92/94, *Rec.* p. I-2546
- CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA*, aff. C-244/94, *Rec.* p. I-4013. Not. CHAVRIER (H.), HONORAT (E.), DE BERGUES (G.), *A.J.D.A.*, 1996, p. 273

- CJCE, 19 octobre 1995, *The Queen et The Secretary of State for Health*, aff. C-137/94, *Rec.* p. I-3422. Not. VAN RAEPENBUSCH (S.), *Droit social*, 1997, p. 397
- CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international e.c. contre La Poste*, aff. C-39/94, *Rec.* p. I-3547. Not. CHAVRIER (H.), HONORAT (E.), DE BERGUES (G.), *A.J.D.A.*, 1996, p. 739
- CJCE, 30 janvier 1997, *Livia Blaestra*, aff. C-139/95, *Rec.* p. I-568
- CJCE, 20 février 1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter e.a. contre* Commission, aff. C-107/95 P, *Rec.* p. I-947. Not. IDOT (L.), *Europe*, 1997, comm. 103
- CJCE, 18 mars 1997, *Diego Calì contre SEPG*, aff. C-343/95, *Rec.* p. I-1547. Not. BLAISE (J.-B.), IDOT (L.), *R.T.D. eur.*, 1997, p. 459
- CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre Italie, Pays-Bas et France*, aff. C-157 à 159/94, *Rec.* p. I-5815. Not. JAN SLOT (P.), *C.M.L. Rev.*, 1998, p. 1183
- CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link A/S et De Danske Statsbaner (DSB)*, aff. C-242/95, *Rec.* p. I-4449. Not. CHAVRIER (H.), LEGAL (H.) DE BERGUES (G.), *A.J.D.A.*, 1998, p. 310
- CJCE, 17 juillet 1997, *Ferriere Nord contre Commission*, aff. C-219/95 P, *Rec. p.* I-4411
- CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, aff. C-44/96, *Rec.* p. I-102. Not. Not. CHAVRIER (H.), LEGAL (H.) DE BERGUES (G.), *A.J.D.A.*, 1999, p. 302 ; LLOREND (F.), TERNEYRE (Ph.), *R.D.I.*, 1998, p. 238
- CJCE, ord., 25 mars 1998, *FFSA contre Commission*, aff. C-174/97 P, *Rec.* p. I-1303
- CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker*, aff. C-120/95, *Rec.* p. I-1871. Not. CHAVRIER (H.), LEGAL (H.) DE BERGUES (G.), *A.J.D.A.*, 1998, p. 801 ; LHERNOUD (J.-Ph.), *R.D.S.S.*, 1998, p. 615
- CJCE, 28 avril 1998, *Kohl*, aff. C-158/96, *Rec.* p. I-1931. Not. LHERNOUD (J.-Ph.), *R.D.S.S.*, 1998, p. 615
- CJCE, 18 juin 1998, *Commission contre Italie*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-3851
- CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France SA*, aff. C-266/96, *Rec.* p. I-3981
- CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. contre Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer,* aff. C-203/96, *Rec.* p. I-4075. Not. SIMON (D.), RIGAUX (A.), *Europe*, 1998, 292

- CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-779
- CJCE, 23 février 1999, *Parlement contre Conseil*, aff. C-42/97, *Rec.* p. I-869. Not. GADBIN (D.), *R.T.D. eur.* 1999, p. 321
- CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, aff. C-57/96, *Rec.* p. I-5751
- CJCE, 21 septembre 1999, *Brenjens*, aff. C-115 à 117/97, *Rec.* p. I-6025. Not. CHAVRIER (H.) LEGAL (H.), DE BERGUES (G.), *A.J.D.A.*, 1999, p. 307
- CJCE, 21 septembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV et Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, aff. C-219/97, *Rec.* p. I-6121
- CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.* p. I-8121. Not. ARNOULD (J.), *R.F.D.A.*, 2000, p. 2
- CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Post AG contre GZS et Citicorp*, aff. C-147/97 et C-148/97, *Rec.* p. I-825. Not. IDOT (L.), *Europe*, n°4, avril 2000, comm. 110
- CJCE, 23 mai 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, aff. C-209/98, *Rec.* p. I-3743. Not. PERUZZETTO (S.), *Contrats Concurrence Consommation*, 2000, 147
- CJCE, 22 juin 2000, *France contre Commission*, aff. C-332/98, *Rec.* p. I-4833. Not. LEGAL (H.), LAMBERT (Ch.), BELORGEY (J.-M.), *A.J.D.A.*, 2001, p. 329
- CJCE, 26 juin 2001, *Commission contre Portugal*, C-70/99, *Rec.* p. I-4845. Not. HUGLO (J.-G.), *R.T.D. eur.*, 2001, p. 743
- CJCE, 12 juillet 2001, *B.S.M. Smits*, aff. C-157/99, Rec. p. I-5509. Not. NOURISSAT (C.), *J.C.P. G.*, 2001, p. 10002
- CJCE, 20 février 2001, *ANALIR*, aff. C-205/99, *Rec.* p. I-1271. Not. DELEBECQUE (Ph.), *R.T.D. com.*, 2001, p. 571
- CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contre Lankreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, *Rec.* p. I-8089. Not. PERUZZETTO (S.), *Contrats Concurrence Consommation*, 2002, 13
- CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring contre ACOSS*, aff C-53/00, *Rec.* p. I-9067. Not. POILLOT-PERUZZETTO (S.), *R.T.D. com.*, 2002, p. 400
- CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal*, aff. C-218/00, *Rec.* p. I-691. Not. IDOT (L.), *R.T.D. Eur.*, 2003, p. 287

- CJCE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters e.a. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, *Rec.* p. I-577. Not. POILLOT-PERUZZETTO (S.), *R.T.D. com.*, 2002, p. 389
- CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab e.a.*, aff. C-513/99, *Rec.* p. I-7213. Not. BELORGEY (J.-M.), GERVASONI (S.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, 2002, p. 1122
- CJCE, 4 juin 2002, *Commission contre Belgique*, aff. C-503/99, *Rec.* p. I-4809
- CJCE, 13 mai 2003, *Commission contre Espagne*, aff. C-463/00, *Rec.* p. I-4581. Not. IDOT (L.), *Europe*., août-septembre 2002, comm. 286
- CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747. Not. KARPENSCHIF (M.), *L.P.A.*, n°64, p. 4 ; RODRIGUES (S.), *A.J.D.A.*, 2003, p. 1739 ; THOUVENIN (J.-M.), LORIEUX (M.-P.) *R.M.C.U.E*., 2003, p. 633 ; BELORGEY (J-M.) GERVASONI (S.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, 2003, p. 2146
- CJCE, 6 novembre 2003, *Piergiogio Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.* p. I-13076. Not. BELORGEY (J-M.) GERVASONI (S.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, 2004, 315
- CJCE, 30 septembre 2003, *Freistaat Sachsen*, aff. C-57 et 61/00 P, *Rec.* p. I-9975. Not. FOUQUET (Th.), *R.M.C.U.E.*, 2004, p. 323
- CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, aff. C-126/01, *Rec.* p. I-12769. Not. BELORGEY, GERVASONI (S.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, 2003, p. 2146
- CJCE, 27 novembre 2003, *Enirisorse SpA et Ministero delle Finanze*, aff. C-34 et 38/01, *Rec.* p. I-14243. Not. POILLOT-PERUZZETTO (S.), *Contrats Concurrence Consommation*, n°4, avril 2004, 63 ; BAZEX (M.), BLAZY (S.), *Droit administratif*, n°1, janvier 2004, comm. 5 ; KATZ (D.), *J.C.P. A.*, 2004, 1125
- CJUE, 11 mars 2004, *Asempre*, aff. C-240/02, *Rec.* p. I-2475. Not. IDOT (L.), *Europe*, 2004, comm. 138
- CJCE, 29 avril 2004, *Italie contre Commission*, aff. C-298/00, Rec. p. I-4121. Not. IDOT (L.), *Europe*, 2004, comm. 216
- CJCE, 22 février 2005, *Commission contre T-Mobile Austria GmbH*, aff. C-141/02 P, *Rec.* p. I-1316. Not. RICHER (L.), JEANNENEY (P.-A.), CHARBIT (N.), *A.J.D.A.*, 2005, p. 1216
- CJCE, 3 mars 2005, *Wolfgang Heiser*, aff. C-172/03, *Rec.* p. I-1627. Not. FOUQUET (Th.), *R.M.C.U.E.*, 2006, p. 342

- CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie e.a.*, aff. C-17/03, Rec. p. I-5016. Not. IDOT (L.), *Europe*, n°8-9, août 2005, comm. 292 ; VEROT (C.), *R.J.E.P.*, n°645, août 2007, comm. 8
- CJCE, gde. chb., 16 mai 2006, *Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust et Secretary of State for Health*, aff. C-372/04, Rec. p. I-4325
- CJCE, 9 mars 2006, *Commission contre Espagne*, aff. C-323/03, *Rec.* p. I-2161
- CJCE, 30 mars 2006 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl e.a.*, aff. C-451/03, *Rec.* p. I-2941. Not. PRIETO (C.), *R.T.D. eur.*, 2007, p. 75
- CJCE, 5 septembre 2006, *Transalpine Olleintung*, aff. C-368/04, *Rec.* p. I-9957. Not. BROUSSY (E.), DONNAT (F.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, 2007, p. 295
- CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338, 359, et 360/04, *Rec.* p. I-1932. Not. SIMON (S.), *Europe*, 2007, comm. 141
- CJCE, 15 novembre 2007, *International Mail Spain SL*, aff. C-162/06, Rec. p. I-991. Not. IDOT (L.), *Europe*, 2008, comm. 12
- CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, Rec. p. I-11173. Not. BROUSSY (E.), DONNAT (F.), LAMBERT (Ch.), *A.J.D.A.*, n°5, 11 février 2008, pp. 240
- CJCE, 1er juillet 2008 *MOTOE contre Elliniko*, aff. C-49/07, *Rec.* p. I-4863
- CJCE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH*, aff. C-350/07, *Rec.* p. I-1513
- CJCE, 26 mars 2009, *Selex contre Commission et Eurocontrol*, aff. C-113/07 P, *Rec.* p. I-2207
- CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarország Kereskedelmi bt contre Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa*, aff. C-132/08, *Rec.* p. I-3841. Not. SIMON (D.), *Europe*, 2009, comm. 231
- CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. C-171 et 172/07, *Rec.* p. I-4171. Not. PEIGNÉ (J.), *R.D.S.S.*, 2010, p.129
- CJCE, grd. chb., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.* p. I-04747. Not. MEUNIER (P.), *R.A.E.*, n°2, 2009-2010, p. 339
- CJCE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, *Rec.* p. I-8377. Not. ZIMMER (W.), *Contrats et marchés publics*, 2009, comm. 329 ; SIMON (D.), *Europe*, 2009, 414

B. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

- CJUE, Gde chbr., 20 avril 2010, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377. Not. AUBERT (M.), BROUSSY (E.), DONNAT (F.), *A.J.D.A.* 2010. 1578
- CJUE, 5 octobre 2010, *Georgi Ivanov Elchinov*, aff. C-173/09, *Rec.* p. I-8889. Not. AUBERT (M.), BROUSSY (E.), DONNAT (F.), *A.J.D.A.* 2010. 2305
- CJUE, 1er juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez e.a.*, aff. C-570 et 571/07, *Rec.* p. I-4629. Not. PEIGNE (J.), *R.D.S.S.* 2010. 969
- CJUE, ord., 9 juin 2011, *TF1 et M6 contre Commission*, aff. C-451/10 P, *Rec.* p. I-85
- CJCE, 28 juillet 2011, *Commission contre Belgique*, aff. C-133/10, *Rec.* p. I-116
- CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/09, *Rec.* p. I-973. Not. DEL SOL (M.), *R.D.S.S.* 2011. 197
- CJUE, 15 novembre 2011, *Commission contre Government of Gilbraltar*, aff. C-106 et 107/09 P, *Rec.* p. I-11113. Not. AALBERS (M.) *E.S.t.A.L.*, n°3, 2017, p. 495
- CJCE, 21 décembre 2011, *Enel Produzione SpA contre Autorità per l'energia elettrica e il gas*, aff. C-242/10, *Rec.* p. I-13665
- CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, aff. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33. Not. ROBIN-OLIVIER (S.), *R.T.D. eur*. 2012. 490
- CJCE, 1er mars 2012, *Ascafor et Asidac contre Administración del Estado*, aff. C-484/10, ECLI:EU:C:2012:113
- CJUE gde. Chb., 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233. Not. LEVADE (A.), *Constitutions* 2012. 290
- CJUE, 12 juillet 2012, *Compass-Datenbank GmbH contre Autriche*, aff. C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449. Not. IDOT (L.) *Europe*, 2012. comm. 394
- CJUE, 19 décembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, aff. C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817
- CJUE, 26 février 2013 (version rectifiée au 7 mai 2013), *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105. Not. COPAIN (C.), *AJ pénal* 2013. 270
- CJUE, 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, aff. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127. Not. IDOT (L.), *R.T.D. eur.* 2013. 829

- CJUE, 28 février 2013, *Commission contre Autriche*, aff. C-555/10, ECLI:EU:C:2013:115. Not. GRARD (L.) *R.T.D. eur*. 2014. 201
- CJUE, 28 février 2013, *Commission contre Allemagne*, aff. C-556/10, ECLI:EU:C:2013:116. Not. GRARD (L.) *R.T.D. eur*. 2014. 201
- CJUE, 28 février 2013, *Commission contre Hongrie*, aff. C-473/10, EU:C:2013:113. Not. GRARD (L.) *R.T.D. eur*. 2014. 201
- CJUE, 18 avril 2013, *Commission contre France*, aff. C-625/10, ECLI:EU:C:2013:243. Not. GRARD (L.) *R.T.D. eur.* 2014. 201
- CJUE, 30 mai 2013, *Commission contre Pologne*, aff. C-512/10, ECLI:EU:C:2013:338. Not. GRARD (L.) *R.T.D. eur*. 2014. 201
- CJCE, 11 juillet 2013, *Femarbel*, aff. C-57/12, ECLI:EU:C:2013:517. Not. GUINARD (D.), *R.D.S.S.*, n°5, 1 novembre 2013, p. 835
- CJUE, 26 septembre 2013, *République française contre Commission*, aff. C-115/12 P, ECLI:EU:C:2013:596
- CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. contre Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625. Not. GUIOT (F.-V.), *R.T.D. eur.* 2014. 389
- CJUE, 22 octobre 2013, *Pays-Bas contre Essent e. a..*, aff. C-105/12, ECLI:EU:C:2013:242
- CJUE, 14 novembre 2013, *Comune di Ancona contre Regione Marche*, aff. C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734
- CJUE, 12 décembre 2013, *Ministero dello Sviluppo economico e.a.*, aff. C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827
- CJUE, 19 décembre 2013, *Vent de Colère! e.a.,* aff. C-262/12, ECLI:EU:C:2013:851. Not. THIEFFRY (P.), *D.* 2014. 224
- CJUE, 27 février 2014, *OSA contre Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, aff. C-351/12, ECLI:EU:C:2013:749
- CJUE, gde. chb., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12 ECLI:EU:C:2014:2. Not. CJUE, gde. chb., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12 ECLI:EU:C:2014:2. Not, HORDIES (J.-P.), *Obs. Bxl.*, n°97, 15 janvier 2014, p. 48 ; LYON-CAEN (A), *Rev. Trav.*, n°2, p. 77 ; AUBERT (M.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.), *A.J.D.A.*, n°6, 17 février 2014, p. 336 ; DITTERT (D.), « Droits fondamentaux européens : vers un effet direct

horizontal généralisé ? », *R.A.E.*, n°1, 2014, p. 177 ; SIMON (D.), *Europe*, n°3, mars 2014, comm. 112 ; SURREL (H.), « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé dans la Charte des droits fondamentaux », *J.C.P. G.*, 2014. 319 ; DE LA ROSA (S.), *D.* 2014. p. 705 ; DUBOUT (E.), *R.T.D. eur.*, n°2, p. 40 . ; CAVALLINI (J.), , *J.C.P. S.*, 2014, 1232

- CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126
- CJUE, 3 avril 2014, *France contre Commission*, aff. C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217. Not. BOURDON (P.), *R.U.E.*, n°, 591, 2 septembre 2015, p. 523
- CJUE, 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel contre Freistaat Bayern*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350. Not. GRARD (L.), *R.T.D. eur.* 2015. 409
- CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda Sanitaria locale e.a.*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440. Not. GRARD (L.), *R.T.D. eur.* 2015. 410
- CJUE, 18 décembre 2014, Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2015:2454. Not. PICOD (F.), *J.C.P. G.*, 2015, 145 ; PICOD (F.), RIDEAU (J.) L'avis 2/13 : morceaux choisis », R.A.E., n°1, 2015, pp. 7 et s. ; SIMON (D.), *Europe*, n°2, février 2015, étude 2 ; SZYMCZAK (D.), *A.J.D.A.* 2015, 268 ; LABAYLE (H.), SUDRE (F.), *R.F.D.A.* 2015. 3 ; JACQUE (J.P.) *R.T.D. eur.* 2014. 823
- CJUE, ord., 3 février 2015, *Equitalia Nord SpA contre CLR di Camelliti Serafino & C. Snc*, aff. C-68/14, ECLI:EU:C:2015:57
- CJUE, 16 avril 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias*, aff. C-690/13, ECLI:EU:C:2015:235
- CJUE, ord., 21 mai 2015, *Slovenská autobusová doprava Trnava a.s contre Krajský úřad Olomouckého kraje*, aff. C-318/14, ECLI:EU:C:2015:352
- CJUE, 11 juin 2015, *Base Company NV et Mobistar NV*, aff. C-1/14, ECLI:EU:C:2015:378
- CJUE, 11 juin 2015, *Berlington e.a. contre Magyar Àllam*, aff. C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386. Not. DEFOSSEZ (A.), *R.T.D. eur.* 2016. 195 ; PERALDI LENEUF (F.), *R.E.D.C.*, n°1, 2014, pp. 271-279
- CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelinie Bulgaria AD*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480. Not. PAULIAT (H.), *J.C.P. A.* 2016, p. 2005

- CJUE, 10 septembre 2015, *Commission européenne contre République de Pologne*, aff. C-36/14, ECLI:EU:C:2015:570
- CJUE, gde. chb., 15 septembre 2015, *Jobcenter Berlin Neukölin contre Nazifa Alimanovic e.a.*, aff. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597. Not. PICOD (F.), in PICOD (F.), *Jurisprudence de la CJUE*, Coll. Droit de l'Union européenne – Grands arrêts, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 229
- CJCE, 6 octobre 2015, *Commission contre Jørgen Andersen*, aff. C-303/03 P, ECLI:EU:C:2015:647
- CJUE, 22 octobre 2015, *« EasyPay » AD e.a.*, aff. C-185/14, ECLI:EU:C:2015:716 ; Not. CLEMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.), Coralie MAYEUR-CARPENTIER (C.) *R.F.D.A.* 2016. 577
- CJUE 26 novembre 2015, *Verin für Konsumenteninformation*, aff. C-326/14, ECLI:EU:C:2015:782. Not. BROUSSY (E.), CASSAGNABERE (H.), GÄNSER (C.), *A.J.D.A.* 2016. 306
- CJUE, 23 décembre 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843. Not. DEFOSSEZ (A.), *R.T.D. eur.* 2016. 188
- CJUE, 23 décembre 2015, *Scotch Whisky Association, contre Lord Advocate*, aff. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845. Not. BROUSSY (E.), CASSAGNABERE (H.), GÄNSER (C.), *A.J.D.A.* 2016. 306
- CJUE, 28 janvier 2016, *CASTA e.a.*, aff. C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56. Not. LEVI (L.), RODRIGUES (S.)n *R.U.E.* 2017. 231
- CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpressa Srl*, aff. C-458 et 67/15, ECLI:EU:C:2016:558. Not. LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), *Contrats et marchés publics*, n°12, décembre 2016, repère 11. Sur les effets de cet arrêt, voy. LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), *Contrats et marchés publics*, n°7, juillet 2018, repère 7
- CJCE, 7 septembre 2016, *ANODE contre Premier Ministre e.a.*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:63. Not. CACCIALI (M.), *R.F.D.A.* 2017. 268
- CJUE, 26 octobre 2016, *Orange contre Commission*, aff. C-211/15, ECLI:EU:C:2016:798. Not. CLEMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.), Coralie MAYEUR-CARPENTIER (C.) *R.F.D.A.* 2017.155

- CJUE, 27 octobre 2016, *Hörmann Reisen GmbH contre Stadt Augsburg et Landkreis Augsburg*, aff. C-292/15, ECLI:EU:C:2016:817. Not. DURVIAUX (A.-L.), *R.T.D. eur.*, n°2, juillet 2017, p. 303 ; LÉVI (L.), RODRIGUES (S.), *R.U.E.*, n°607, avril 2017, p. 231
- CJUE, 16 novembre 2016, *DHL Express*, aff. C-2/15, ECLI:EU:C:2016:880
- CJUE, 28 janvier 2017, *Commission contre Allemagne*, aff. C-482/14, ECLI:EU:C:2017:499. Not. GRARD (L.), *R.T.D. eur*. 2018. 154
- CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK LTD contre Commission*, aff. C-660/15 P, ECLI:EU:C:2017:178. Not. CARTIER-BRESSON (A.), *Journal européen et international de droit Média-Art-Culture*, n°3, 19 juin 2018, p. 223
- CJUE, 5 avril 2017, *« Borta » UAB*, aff. C-298/15, ECLI:EU:C:2017:26, pt. 48. Not. DE LA ROSA (S.), *R.A.E.*, n°2, 2017, p. 343
- CJUE, 25 octobre 2017, *Commission contre Conseil*, aff. C-687/15, ECLI:EU:C:2017:803. Not. BOSSE-PLATIERE (I.), *RTD eur.* 2018. 203
- CJUE, 9 novembre 2017, *CTL Logistics,* aff. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834
- CJUE, Gde. chb., 14 novembre 2017, *Président de l'Autorité de la concurrence contre APVE e.a.*, aff. C-671/15, ECLI:EU:C:2017:860. Not. IDOT (L.), *Europe*, n°1, janvier 2018, comm. 17
- CJUE, 20 décembre 2017, *ENI e.a.*, aff. C-226/16, ECLI:EU:C:2017:1005
- CJUE, 26 avril 2018, *Cellnex Telecom SA contre Commission*, aff. C-91 et 92/17 P, ECLI:EU:C:2018:284
- CJUE, 31 mai 2018, *Confetra e.a. contre Autoritá per le Garanzie nelle Comunicazioni*, aff. C-259 et 260/16, ECLI:EU:C:2018:370. Not. CAZET (S.), *Europe*, n°7, juillet 2018, comm. 275
- CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a.*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385
- CJUE, 28 juin 2018, *Allemagne contre Commission*, aff. C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507
- CJUE, 25 juillet 2018, *Messer France SAS contre Premier Ministre*, aff. C-103/17, ECLI:EU:C:2018:587
- CJUE, 19 septembre 2018, *Commission contre France et IFP Énergies renouvelables*, aff. C-438/16 P, ECLI:EU:C:2018:737

- CJUE, 20 septembre 2018, *Espagne contre Commission*, aff. C-114/17 P, ECLI:EU:C:2018:753
- CJUE, 30 avril 2019, *avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, avis 1/17, EU:C:2019:41
- CJUE, 29 juillet 2019, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-411/17, EU:C:2019:622

C. TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann contre Commission*, aff. T-69/89, *Rec.* p. II-485
- TPICE, 27 octobre 1994, *Ladbroke contre Commission*, aff. T-32/93, *Rec.* p. II-1018
- TPICE, 27 février 1997, *FFSA contre Commission*, aff. T-106/95, *Rec.* p. II-229 /
- TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter SA*, aff. T-260/94, *Rec.* p. II-997
- TPICE, 17 février 1998, *Pantochim contre Commission*, aff. T-107/96, *Rec.* p. II-311
- TPICE, 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV contre Commission*, aff. T-111/96, *Rec.* p. II-2941. Not. BLAISE (J.-B.), IDOT (L), *R.T.D. eur.*, 1999, p. 271
- TPICE, 3 juin 1999, *TF1 contre Commission*, aff. T-17/96, *Rec.* p. II-1761
- TPICE, 8 juillet 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV contre Commission européenne*, aff. T-266/97, *Rec.* p. II-2329
- TPICE, 10 mai 2000, *SIC contre Commission*, aff. T-46/97, *Rec.* p. II-2125. Not. CHÉROT (J.-Y.), *Europe*, 2000, 221
- TPICE, 13 juin 2000, *EPAC*, aff. T-204 et 270/97, *Rec.* p. II-67
- TPICE, 30 janvier 2002, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH contre Commission*, aff. T-54/99, *Rec.* p. II-313
- TPICE, 30 septembre 2003, *ARD contre Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* p. II-3832
- TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen SA contre Commission*, aff. T-17/02, *Rec.* p. II-2031
- TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a.*, aff. T-289/03, *Rec.* p. II-81. Not. BROUSSY (E.), *R.A.E.*, 2007-2008, p. 651
- TPICE, 26 juin 2008, *SIC contre Commission*, aff. T-442/03, *Rec.* p. II-1161

- TPICE, 1er juillet 2008, *Deutsche Post AG contre Commission*, aff. T-266/02, *Rec.* p. II-1233
- TPICE, 22 octobre 2008, *TV2 e.a. contre Commission*, aff. T-309, 317, 329, 336/04, *Rec.* p. II-2935
- TPICE, 11 juin 2009, *ASM Brescia contre Commission*, aff. T-189/03, *Rec.* p. II-183
- TPICE, 1 juillet 2010, *M6 et TF1 contre Commission*, aff. T-568/08 et T-573/08, *Rec.* p. II-3397

D. TRIBUNAL

- Trib., 22 mars 2011, *Altstoff Recycling Austria AG contre Commission*, aff. T-419/03, *Rec.* p. II-975. Not. IDOT (L.) *R.T.D. eur.* 2011. 825
- Trib., 14 avril 2011, *Royaume des Pays-Bas contre Commission*, aff. T-70/09, *Rec.* p. II-114
- Trib., 29 mars 2012, *Telefónica e.a. contre Commission*, aff. T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172. Not. IDOT (L.) *R.T.D. eur.* 2012. 437
- Trib., 7 novembre 2012, *CBI contre Commission*, aff. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584. Not. GUINARD (D.), *R.D.S.S.*, 2013. 431
- Trib., 29 novembre 2012, *Groupement des cartes bancaires « CB » contre Commission*, aff. T-491/07, ECLI:EU:T:2012:633. Not. IDOT (L.) *R.T.D. eur.* 201. 829
- Trib., 15 janvier 2013, *Royaume d'Espagne contre Commission*, aff. T-54/11, ECLI:EU:T:2013:10
- Trib., 16 septembre 2013, *Iliad e.a. contre Commission*, aff. T-325/10, ECLI:EU:T:2013:472. Not. MAYEUR-CARPENTIER (C.), CLEMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.) *R.F.D.A.* 2014. 335
- Trib., 16 septembre 2013, *Colt Télécommunications France contre Commission*, aff. T-79/10, ECLI:EU:T:2013:463. Not. MAYEUR-CARPENTIER (C.), CLEMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.) *R.F.D.A.* 2014. 335
- Trib., 16 octobre 2013, *TF1 et M6 contre Commission*, aff. T-275/11, ECLI:EU:T:2013:53. Not. MAYEUR-CARPENTIER (C.), CLEMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.) *R.F.D.A.* 2014. 335

- Trib., 11 juillet 2014, *DTS contre Commission*, aff. T-533/10, ECLI:EU:T:2014:629. Not. MAYEUR-CARPENTIER (C.), CLEMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.) *R.F.D.A.* 2015. 387
- Trib., 16 juillet 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung contre Commission*, aff. T-309/12, ECLI:EU:T:2014 :676
- Trib., 3 décembre 2014, *Castelnou Energía, SL, contre Commission européenne*, aff. T-57/11, ECLI:EU:T:2014:1021. Not. TESSON (F.) *A.J.D.A.* 2015. 1960
- Trib., 25 mars 2015, *Slovenská posta contre Commission*, aff. T-556/08, ECLI:EU:T:2015:189. Not. IDOT (L.) *R.T.D. eur.* 2015. 826
- Trib., 26 octobre 2015, *Espagne contre Commission*, aff. T-461/13, ECLI:EU:T:2015:891. Not. AYACHE (L.), Charlotte MICHELLET (C.), *Rev. U.E.* 2017. 53
- Trib., 3 mars 2016, *Simet SpA contre Commission*, aff. T-15/14, ECLI:EU:T:2016:124 , pt. 159-161. Not. IDOT (L.), *Europe*, n°5, mai 2016, comm. 169
- Trib., 19 avril 2016, *Bruno Costantini contre Commission européenne*, aff. T-44/14, ECLI:EU:T:2016:223. Not. DUPONT-LASSALLE (J.), *Europe*, n°6, juin 2016, comm. 184 ; *Obs. Bxl.*, n° 105, 2016, p. 77
- Trib., 26 mai 2016, *France et IFPEN contre Commission*, aff. T-479/11, ECLI:EU:T:2016:320. Not. MAYEUR-CARPENTIER (C.), CLEMENT-WILZ (L.), MARTUCCI (F.) *R.F.D.A.* 2016. 1014
- TPIUE, ord., 24 juin 2016, *Onix Asigurări SA contre Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles*, aff. T-590/15, ECLI:EU:T:2016:374.
- Trib., 15 décembre 2016, *Espagne contre Commission*, aff. T-808/14, ECLI:EU:T:2016:734
- Trib., 18 janvier 2017, *Jørgen Andersen contre Commission*, aff. T-92/11 RENV, ECLI:EU:T:2017:14
- Trib., 1er mars 2017, *SNCM contre Commission*, aff. T-454/13, ECLI:EU:T:2017:134. Not. RASSAFI-GUIBAL (H.), *J.D.E.*, n° 240, 2017/6, p. 231
- Trib., 5 février 2018, *Dôvera contre Commission*, aff. T-216/15, EU:T:2018:64

E. CONCLUSIONS D'AVOCATS GÉNÉRAUX

- **Concl. A.G. ALBER (S.)**, 1er février 2001, *TNT Traco SpA contre Poste Italiane SpA e.a.*, aff. C-340/99, *Rec.* p. I-4109.
- **Concl. A.G. BOBEK (M.)**, *Pula Parking d.o.o contre Sven Klaus Tederahn*, aff. C-551/15, ECLI:EU:C:2016: 825.
- **Concl. BOT (Y.)**, 11 septembre 2007, *Commission contre Salzgitter AG*, aff. C-408/04 P, *Rec.* p. I-2772.
- **Concl. A.G. BOT (Y.)**, 14 octobre 2008, *Santa Casa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-7633.
- **Concl. A.G. BOT (Y.,)**, 30 janvier 2014, *Parlement contre Conseil*, aff. C-658/11, ECLI:EU:C:2014:41.
- **Concl. A.G. BOT (Y.)**,14 juin 2018, *Commission contre Hongrie*, aff. C-171/17, ECLI:EU:C:2018:439.
- **Concl. A.G. COSMAS (G.)**, 26 novembre 1996, *Commission contre France*, aff. C-157 à 160/94, *Rec.* p. I-5699.
- **Concl. A.G. COSMAS (G.)**, 10 décembre 1996, *Diego Calì*, aff. C-343/95, *Rec.* p. I-1547.
- **Concl. A.G. CRUZ VILLALÓN (P.)**, 22 juin 2010, *Base NV e.a.*, aff. C-389/08, *Rec.* p. I-9073.
- **Concl. A.G. CRUZ VILLALÓN (P.)**, 14 mars 2013, *Femarbel*, aff. C-57/12, ECLI:EU:C:2013:171.
- **Concl. A.G. CRUZ VILLALÓN (P.)**, 18 juillet 2013, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2013:491.
- **Concl. A.G. DARMON (M.)**, 8 avril 1992, *British gaz*, aff. C-188/89, *Rec.* p. I-4081.
- **Concl. A.G. DARMON (M.)**,8 février 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, *Rec.* p. I-1477.
- **Concl. A.G. DUTHEILLET DE LAMOTHE (A.)**, 1er juillet 1971, *Ministère public luxembourgeois contre Madeleine Muller, veuve J. P. Hein e.a. (dite Port de Merter)*, aff. 10/71, *Rec.* p. 723.
- **Concl. A.G. FENNELY (N.)**, 18 mai 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745.
- **Concl. A.G. HOGAN (G.)**, 19 septembre 2019, *Engie contre Ministère de la transition écologique*, aff. C-523/18, EU:C:2019:769.
- **Concl. A.G. JACOBS (F.-G.)**, 15 janvier 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-197.

- **Concl. A.G. JACOBS (F.-G.)**, 20 mai 1992, *Espagne, Belgique et Italie contre Commission*, aff. C-271, 281, 289/90, *Rec.* p. I-5833.
- **Concl. A.G. JACOBS (F.-G.)**, 23 octobre 1997, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, aff. 203/96, *Rec.* p. I-4075.
- **Concl. A.G. JACOBS (F.-G.)**, 28 janvier 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.* p. I-5751.
- **Concl. A.G. JACOBS (F.-G.)**, 17 mai 2001, *Firm Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, pt. 175 ; 30 avril 2002, *GEMO*, aff. C-126/01, *Rec.* p. I-13769.
- **Concl. A.G. JACOBS (F.-G.)**, 22 mai 2003, *AOK Bundesverband e.a. contre Ichthyol-Gesellschaft Cordes, hermani & co e.a.*, aff. C-264/01, 306/01, 354/01, 355/01, *Rec.* p. I-2493.
- **Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.)**, 11 mars 2010, *Emanuela Sbarigia*, aff. C-393/08 ; 14 avril 2011, *Commission contre Pologne*, aff. C-271/09, *Rec.* p. I-13613.
- **Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.)**, 6 septembre 2012, *Commission contre Autriche*, aff. C-555/10, ECLI:EU:C:2012:C:527.
- **Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.)**, 6 septembre 2012, *Commission contre Allemagne*, aff. C-556/10, ECLI:EU:C:2012:528.
- **Concl. A.G. JÄÄSKINEN (N.)**, 13 décembre 2012, *Commission contre République Tchèque*, aff. C-545/10, ECLI:EU:C:2012:791.
- **Concl. A.G. KOKOTT (J.)**, 16 décembre 2004, *A. H. Kuipers contre Productschap Zuivel*, aff. C-283/03, *Rec.* p. I-4282.
- **Concl. A.G. LA PERGOLA (A.)**, 4 mars 1999, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Mircrosystemps Limited et Oy Transatlantic Sofware Limited contre Procureur de district et État finlandais*, aff. C-124/97, *Rec.* p. I-6067.
- **Concl. A.G. LA PERGOLA (A.)**, 1er juin 1999, *Deutsch Post AG et Citicorp Kartenservice GmbH*, aff. C-147/97 et C-148/97, *Rec.* p. I-825.
- **Concl. A.G. LAGRANGE (M.)**, date des conclusions non disponible, *Phoenix-Rheinrohr AG contre Haute autorité*, aff. 20/58, *Rec.* p. 168.
- **Concl. A.G. LÉGER (P.)**, 21 octobre 1999, CJCE, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, aff. 209/98, *Rec.* p. I-3743.
- **Concl. A.G. LÉGER (P.)**, 10 juillet 2001, *J. C. J. Wouters e.a. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, *Rec.* p. I-1577.

- **Concl. A.G. LÉGER (P.)**, 19 mars 2002, *Altmark*, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747 ; 25 mai 2004, *Åklagaren contre Krister Hanner*, aff. C-438/02, *Rec.* p. I-4551.
- **Concl. A.G. LUÍS DA CRUZ VILAÇA (J.)**, 14 mai 1987, J., *Openbaar Ministerie contre Nertsvoederfabriek Nederland BV*, aff. C-118/86, *Rec.* p. 3901.
- **Concl. A.G. MAYRAS (G.)**, 12 février 1974, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior (dit aussi BRT I)*, aff. 127/73, *Rec.* p. 313 ; 28 mai 1974, *Jean Reyners contre Belgique*, aff. 2/74, *Rec.* p. 665.
- **Concl. A.G. MAZÁK (J.)**, 19 février 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.* p. I-04747.
- **Concl. A.G. MAZÁK (J.)**, 4 octobre 2012, *Eric Libert e.a.*, aff. C-197 et 203/11, ECLI:EU:C:2012:621.
- **Concl. A.G. MENGOZZI (P.)**, 23 janvier 2014, *Technische Universität Hamburg*, aff. C-15/13, ECLI:EU:C:2044:23.
- **Concl. A.G. MENGOZZI (P.**), 12 avril 2016, *ANODE contre Premier ministre*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:248 ; 27 juillet 2017, *ENI SpA*, aff. C-226/16, ECLI:EU:C:2017:616.
- **Concl. A.G. OTTO LENZ (C.)**, 22 novembre 1984, *ADBHU*, aff. 240/83, *Rec.* p. 531.
- **Concl. A.G. OTTO LENZ (C.)**, 29 avril 1988, *Ahmed Seed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH*, aff. Rec. p. 803.
- **Concl. A.G. OTTO LENZ (C.)**, 11 janvier 1994, *Banco Exterior de España*, p aff. C-387/92, *Rec.* p. I- 877.
- **Concl. A.G. POIARES MADURO (M.)**, 10 novembre 2005, *FENIN*, *Rec.* p. I-6295.
- **Concl. A.G. REISCHL (G.)**, 20 mars 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 411.
- **Concl. A.G. REISCHL (G.)**, 4 mai 1982, *France contre Commission*, aff. 188 à 190/80, *Rec.* p. 2583.
- **Concl. A.G. REISCHL (G.)**, 17 avril 1982, *Pendy Plastic Products BV contre Pluspunkt Handelgesellschaft mbH*, aff. 228/81, *Rec.* p. 2723.
- **Concl. A.G. REISCHL (G.)**,11 janvier 1983, *GVL contre Commission*, aff. 7/82, *Rec.* p. 483.

- **Concl. A.G. ROEMER (K.)**, 1er avril 1960, *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'est de la France e.a. contre Autorité de la CECA*, aff. 24 et 34/58, *Rec.* p. 643.
- **Concl. A.G. ROEMER (K.)**, 28 octobre 1969, *Società « Eridania »*, aff. C-10/68, *Rec.* p. 492.
- **Concl. A.G. ROEMER (K.)**, 18 septembre 1973, *Werhahn contre Conseil et Commission*, aff. C-63 à 69/72, *Rec.* p. 1275.
- **Concl. A.G. ROZÈS (S.)**, 10 février 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres contre Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles"*, aff. 172/82, *Rec.* p. 555.
- **Concl. A.G. RUIZ JARABO COLOMER (D.)**, 20 octobre 2009, *Federutility*, aff. C-265/08, *Rec.* p. I-3377.
- **Concl. A.G. SÁNCHEZ-BORDONA (C.)**, 7 mars 2018, *Messer France SAS contre Premier ministre*, aff. C-103/17, ECLI:EU:C:2018:170.
- **Concl. A.G. SÁNCHEZ-BORDONA (C.)**, 19 septembre 2018, *Konkurrensverket contre SJ AB*, aff. C-388/17, ECLI:EU:C:2018:738.
- **Concl. A.G. SHARPSTON (E.)**, 14 novembre 2013, *OSA contre Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, préc., ECLI:EU:C:2013:749.
- **Concl. A.G. SLYNN (G.)**, 10 avril 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.* p. 2727.
- **Concl. A.G. SLYNN (G.)**, 3 juin 1981, *Gerhard Züchner contre Bayerische Vereinsbank AG*, aff. 172/80, *Rec.* p. 2021.
- **Concl. A.G. STIX HACKL (Ch.)**, 7 novembre 2002, *Enirisorse SpA contre Ministero delle Finanze*, aff. C-34 et 38/01, *Rec.* p. I-14243.
- **Concl. A.G. STIX HACKL (Ch.)**, 12 avril 2005, *CONAME*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7289 ;
- **Concl. A.G. SZPUNAR (M.)**, 16 juillet 2015, *Gebhart Hiebler contre Walter Schlagbauer*, aff. C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843.
- **Concl. A.G. SZPUNAR (M.)**, 2 juin 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, aff. C-148/15, ECLI:EU:C:2016:394.
- **Concl. A.G. TESAURO (G.**), 13 février 1990, *France contre Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-1239.
- **Concl. A.G. TESAURO (G.)**, 9 février 1993, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2533.

- **Concl. A.G. TESAURO (G.)**, 10 novembre 1993, *SAT et Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* p. I-43.
- **Concl. A.G. TIZZANO (A.)**, 8 mai 2001, *Ferring SA contre ACOSS*, aff. C-53/00, *Rec.* p. I-9067.
- **Concl. A.G. TRABUCCHI (A.)**, 5 avril 1973, *Robert de Greef contre Commission*, aff. 46-72, *Rec.* p. 543.
- **Concl. A.G. VAN GERVEN (W.)**, 19 septembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, *Rec.* p. I-5889.
- **Concl. A.G. VAN GERVEN (W.)**, 16 octobre 1991, *Royaume des Pays-Bas, Koninklijke PTT Nederland NV et PTT Post BV contre Commission*, aff. C-48 et 66/90, *Rec.* p. I-625.
- **Concl. A.G. WATHELET (M.)**, 11 janvier 2018, *Relu Adrian Coman e.a.*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:2.

F. DÉCISIONS DE LA COMMISSION

- Déc. 70/125/CEE : Recommandation de la Commission du 22 décembre 1969, à la République française au sujet de l'aménagement du monopole nationale à caractère commercial des alcools, *J.O.C.E* n° L 31 du 06 février 1970, p. 17
- Déc. 71/224/CEE de la Commission du 02 juin 1971, G.E.M.A. *J.O.C.E.* n° L 134 du 20 juin 1971, p. 27
- Déc. 90/16/CEE de la Commission du 20 décembre 1989 relative à la prestation aux Pays-Bas du service de courrier rapide, *J.O.C.E.* n° L 10 du 12 janvier 1990, p. 47
- Déc. 94/19/CE, du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 – *Sea Containers contre Stena Sealink*), *J.O.U.E.* n° L 15 du 18 janvier1994, p. 8
- Aide d'État NN 135/92, *J.O.U.E.* n° C 262/11 du 07 octbore 1995 ; MORTELMANS (K.), The Compenstory Justification Criterion in the Practise of the Commission in Decisions on State Aids », *C.M.L. Rev.*, 1984, p. 405
- Aide d'État NN 37/2003,1er octobre 2003, *BBC Digital Curriculum*, *J.O.U.E.* n° C 271 du 12 décembre 2003, p. 4

- Déc. 2008/136/CE de la Commission, du 22 juin 2006, sur le financement ad hoc des radiodiffuseurs de service public néerlandais, *J.O.U.E.* n° L 49 du 22 février 2008, p. 1
- Déc., 22 juillet 2010, Aide d'État n°95/2010, relative à l'aide à la création d'une station de radio locale Radio Bleu Maine
- Déc. 2010/607/UE de la Commission du 27 avril 2010 concernant l'aide d'État mise à exécution par la Belgique en faveur de la restructuration de la criée d'Ostende, *J.O.U.E.* n° L 274 du 19 octobre 2010, p. 103
- Déc. 2012/365/UE de la Commission, du 20 décembre 2011, concernant l'aide d'État C 85/01 relative aux mesures ad hoc exécutées par le Portugal en faveur de la RTP, *J.O.U.E.* n° L 183 du 13 juillet 2012, p. 1
- Déc., 23 janvier 2013, Aide d'État SA.29367 (2012/NN), relative au financement du Livret A par la Banque Postale
- Déc., 27 mars 2013, Aide d'État SA.32170 (2014 NN – ex 2010/CP) et SA.32953 (2014 NN) – ex 2011CP, relative, notamment, au financement de lignes ferroviaires de fret, pt. 90 (uniquement disponible en anglais)
- Déc., 7 mai 2014, Aide d'État SA.32635 (2012/E), relative au financement de la RTBF
- Déc., 19 janvier 2015, Aide d'État SA.38757, relative au financement de l'aéroport de Skelleftea (disponible uniquement en anglais)
- Déc., 27 juillet 2016, SA.36672 (2013/NN), relative au financement de la société nationale de programme France Médias Monde – FMM
- Déc. 2016/2395/UE de la Commission, du 5 août 2016, relative à l'aide d'État SA. 32619 (2012/C) (ex 2011/N) notifiée par le Royaume d'Espagne pour le dédommagement de certaines coûts liés au dividende numérique, *J.O.U.E.* n° L 361 du 31 décembre 2016, p. 1
- Déc., 18 juillet 2017, Aide d'État SA.45692 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Inverness (disponible uniquement en anglais)
- Déc., 24 décembre 2017, Aide d'État SA.41147 (2017/NN), relative au financement du Livret A par la Banque Postale
- Déc., 14 février 2018, Aide d'État SA.49331 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Bornhilm (disponible uniquement en anglais)

- Déc., 25 avril 2018, Aide d'État SA.49482 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Sumburgh
- Déc., 27 avril 2018, Aide d'État SA.49335 (2017/N), relative au financement d'autoroutes en Italie (disponible uniquement en anglais)
- Déc., 25 mai 2018, Aide d'État SA.49203 (2017/N), relative au financement de l'aéroport de Bacau
- Déc., 12 juillet 2018, Aide d'État SA.48119 (2017/N) et SA.49523 (2017/N), relative au financement de certaines lignes maritimes en Croatie, (disponible uniquement en anglais)

II. DROIT INTERNE

A. CONSEIL D'ÉTAT

- CE, 04 mars 1910, *Thérond*, req. n°29373
- CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, req. n°06781
- CE, sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, req. n°99532
- C.E., ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, req. n°71398
- CE, sect., 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, req. n°66679
- CE, sect., 6 février 1948, *Compagnie carcassonnaise de transports en commun*, *Rec.* p. 69
- CE, 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, *Rec.* p. 60
- CE, sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, req. n° 57435
- CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, *Rec.* p. 237
- CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n°88032 et 88148
- CE, 11 décembre 1987, *Commune de Pointe-à-Pitre*, req. n°26246
- CE, 5 mai 1995, *Syndicat des commerçants non sédentaires de l'Orne*, req. n° 136296
- CE, 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197018
- CE, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, req. n° 254199
- CE, 17 mai 2006, *Commune de Wissous*, req. n°293110
- CE, ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, req. n°287110

- CE, 22 février 2007, *APREI*, req. n°265541. Not. COSTA (D.), *A.J.D.A.*, n°16, 23 avril 2007, p. 825 ; BOITEAU (Cl.), *R.F.D.A.*, n°4, 17 juillet 2007, p. 803
- CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, req. n°306911. Not. IDOUX (P.), *J.C.P. A.*, n°25, 21 juin 2010, 2203
- CE, 19 janvier 2011, *CCI Pointe-à-Pître*, req. n°341669. Not. ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°3, mars 2011, comm. 86
- CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, req. n°341562. Not. ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°5, mai 2012, comm. 157
- CE, 23 mai 2012, *R.A.T.P.*, req. n° 348909. Not. BRACONNIER (S.), A.J.D.A., 2012, p. 1229
- CE, 13 juillet 2012, *Compagnie Méridionale de Navigation*, req. n°355616. Not. ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, janvier 2013, chronique 1
- CE, 23 juillet 2012, *Région Île-de-France*, req. n°343440. Not. ROUAULT (M.-C.), *L.P.A.*, n°223, p. 3
- CE, 5 mars 2014, *Communuté d'agglomération Maubeuge-Val de Sambre*, req. n°365500
- CE, 10 octobre 2014, *Région Nord-pas-de-Calais*, n°368206. Not. TOUZEIL-DIVINA, « Légalité ou rupture d'égalité ferroviaire », *J.C.P. A.*, n°42, 20 octobre 2014, act. 803
- CE, 19 janvier 2015, *Commune d'Auberive*, req. n°360009
- CE, 30 janvier 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n°374022. Not. LANGELIER (E.), *J.C.P. A.C.T.*, 2015, act. 133 ; ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°4, avril 2015, comm. 94 ; BAZEX (M.) LANNEAU (R.), *Droit administratif*, n°5, mai 2015, comm. 36 ; SALQUE (Ch.), *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°5, mai 2015, comm. 48
- CE, 15 avril 2016, *Association Vent de colère ! Fédération nationale*, req. n° 393721
- CE, 29 juin 2016, *LEEM*, req. n°387890
- CE, 8 juillet 2016, *Beaudout Père et fils*, req. n°357115
- CE., 13 juillet 2016, *M.B.*, req. n° 387763
- CE, 23 décembre 2016, *Région Aquitaine-Lumousin-Poitou-Charentes*, req. n°399081

- CE, 24 février 2017, *Novartis Pharma SAS et Novartis Europharm Limited*, req. n°392459
- CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, req. n°401751
- CE, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et société Coprova*, req. n°401536
- CE, 17 juillet 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé et la société aéroporturaire de gestion et d'exploitation de Beauvais*, req. n°411711
- CE, 19 juillet 2017, *ANODE*, req. n°370321. Not. DE LA ROSA, « Les prix règlementés et les marchés de l'énergie : disparition, sursis ou adaptation ?, *R.F.D.A.*, n°6, 11 janvier 2018, p. 1099
- CE, 4 octbore 2017, *Région Pays de la Loire*, req. n°400551, 400552, 400553
- CE, 16 octobre 2017, *SCCV du 109-131 avenue Gambetta à Bagnolet*, req. n°401706
- CE, 9 novembre 2017, *Région Pays de la Loire*, req. n°405974
- CE, 9 novembre 2017, *Région pays de la Loire*, req. n°403162, 410165
- CE, 15 décembre 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion – Côte de granit*, req. n°413193
- CE, 16 février 2018, *Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé*, req. n°410242, 411138
- CE, 18 mai 2018, *ANODE*, req. n°413688 et 414656

B. COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

- CAA Paris, 3 juillet 2012, *Chambre syndicale des loueurs de voitures automobiles*, req. n°11PA02158
- CAA Marseille, 11 janvier 2013, *Société de sauvegarde, défense et développement des cinémas de Cannes*, req. n°10MA02088. Not. ECKERT (G.), Contrats et marchés publics, n°3, mars 2012, comm. 82
- CAA Nantes, 5 février 2015, *M.B.*, req. n°13NT02217
- CAA Marseille, 9 mai 2016, *SARL Cathédrale d'images*, req. n°15MA01074. Not. ECKERT (G.), *Contrats et marchés publics*, n°7, juillet 2016, comm. 182
- CAA Paris, 20 juin 2016, *M.A.*, req. n°15PA01325

- CAA. Marseille, 6 juin 2017, *Syndicat autonome des sapeurs-pompiers professionnels et des personnels administratifs techniques et spécialisés du Gard*, req. n°15MA01034
- CAA Paris, 15 juin 2017, *M. D.*, req. n°16P100077

C. TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

- T.A. Toulouse, 8 avril 2014, *Fédération départementale des associations ADMR du Lot*, req. n° 1003612, 1003613, 1004573

D. TRIBUNAL DES CONFLITS

- TC., 22 janvier 1921, req. n° 00706

E. COUR DE CASSATION

- Civ., 3ème 8 juin 2017, n°16-16.788. Not. DROSS (W.), « Le contrat : instituer ou empêcher la servitude ? », *R.T.D. civ.*, n°4, 11 décembre 2017, p. 895
- Civ., 1ère, 5 octobre 2017, n°16-21.715. Not. DROSS (W.), « Servitude et ouvrages nécessaires à leur exercice : quelles relations ? », *R.T.D. civ.*, n°1, 31 mars 2018, p. 172

F. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, DC n°79-105. Not. GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVIA (E.), ROUX (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Coll. Grands arrêts, Paris, Dalloz, 18ème ed., 2018
- Cons. const., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisations*, n° 81-132 DC
- Cons. constit., 29 juillet 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC
- Cons. const., 29 mai 2015, n°2015-470 QPC du 29 mai 2015

G. AUTORITÉS DE RÉGULATION

- Aut. Conc., 4 septembre 2014, n° 14-D-09, not. DELPECH (X.), « Nespresso compatible avec le…droit de la concurrence », *Dalloz actu.*, 9 septembre 2014

- ARAFER, avis n°2016-102 du 04 octbore 2017 relatif au projet de décision du Syndicat mixte de l'aéroport de Beauvais-Tillé d'interdiction du service déclaré par la société Lacroix Longues Distances sur la liaison entre cet aéroport (pôle multimodal) et Paris (gare de Bercy)
- Déc. n°2017-1252 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 26 octobre 2017 relative aux caractéristiques d'encadrement pluriannuel des tarifs des prestations du service universel postal sur la période 2019-2022
- ARAFER, Avis n°2017-088 du 13 septembre 2017 relatif au projet de décision de la Région Provence – Alpes – Côte d'Azur d'interdiction du service déclaré par la société SNCF-C6 (Ouibus) sur la liaison Avignon et Marseille
- ARCEP, décision n°2017-1130 du 28 septembre 2017 relative à l'évaluation pour l'année 2016 du coût net du maillage complémentaire permettant à La Poste d'asssurer sa mission d'aménagement du territoire
- Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 12 juillet 2018 relative à l'évaluation des charges de service public pour 2010

III. AUTRES RÉFÉRENCES

A. COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

- Cour. Const., 23 janvier 2014, n°6/2014

B. COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

- *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876)
- *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). not. ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Coll. Grands arrêts, Paris, Dalloz, 2010, p. 141
- *United States v. Terminal Railroad ASS'n*, 224 U.S 383 (1912)
- *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)

TEXTES OFFICIELS

(La distinction entre textes sectoriels et textes non sectoriels a pour objet de regrouper les textes portant sur des secteurs faisant l'objet de nombreuses répétitions)

I. DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

A. TRAITÉS

- Traité sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier.
- Traité instituant la Communauté européenne des communautés européennes.
- Traité instituant la Communauté européenne.
- Traité sur l'Union Européenne.
- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.
- Traité sur l'Union européenne.
- Charte des droits fondamentaux.

B. DIRECTIVES ET RÈGLEMENTS NON SECTORIELS

- Règlement (CEE) 804/68 du 27 juin 1968 du Conseil portant organisation commune dans le secteur du lait et des produits laitiers, *J.O.C.E.* n° L 148 du 28 juin1968, p. 13.
- Règlement (CEE) 517/72 du Conseil du 28 février 1972 relatif à l'établissement de règles communes pour les services réguliers et les services réguliers spécialisés effectués par autocars et par autobus entre les États membres, *J.O.C.E.* n° L67 du 20 mars 1972, p. 19.
- Dir. 75/439/CEE du Conseil du 16 juin 1975 concernant l'élimination des huiles usagées, *J.O.C.E.* n° L 194 du 25 juillet 1975, p. 23.
- Dir. 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *J.O.C.E.* n° L 6 du 10 janvier 1979, p. 24.
- Dir. 88/378/CEE du Conseil, du 3 mai 1988, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la sécurité des jouets, *J.O.C.E.* n° L 187 du 17 juillet 1988, p. 1.

- Dir. 89/106/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction, *J.O.C.E.* n° L 40 du 11 février 1989, p. 12.
- Dir. 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.* n° L 298 du 17 octobre 1989, p. 23.
- Dir. 92/12/CEE du Conseil du 25 février 1992 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise, *J.O.U.E.* n° L 76 du 23 mars 1992, p. 1.
- Dir. 93/119/CE du Conseil du 22 décembre 1993 sur la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort, *J.O.C.E.* n° L 341 du 31 décembre 1993, p. 21.
- Dir. 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *J.O.U.E* n° L 283 du 31 octobre 2003, p. 51.
- Règlement (CE) 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.U.E.* n° L 24 du 29 janvier 2004, p. 1.
- Dir. 2006/42/CE du Parlement et du Conseil, du 17 mai 2006, relative aux machines et modifiant la directive 95/16/CE (refonte), *J.O.U.E.* n° L 157 du 09 juin 2006, p. 24.
- Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.
- Dir. 2006/126/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 relative au permis de conduire, *J.O.U.E.* n° L 403 du 30 décembre 2006, pp. 18.
- Dir. 2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise et abrogeant la directive 2012/12/CE, *J.O.U.E.* n° L 9 du 14 janvier 2009, p. 12.
- Directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et en économie d'énergie, *J.O.U.E.* n° L 120 du 15 mai 2009, p. 5.

- Dir. 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *J.O.U.E.* n° L 88 du 4 avril 2011, p. 45.
- Dir. 2011/83/UE du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil let la directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement et du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 64.
- Règlement (UE) 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° L 114 du 26 avril 2012, p. 8.
- Dir. 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, *J.O.U.E.* n° L 299 du 27 octobre 2012, p. 5.
- Règlement de procédure de la Cour de justice 25 septembre 2012, *J.O.U.E.* n° L 265 du 29 septembre 2012, modifié le 18 juin 2013, *J.O.U.E.* n° L 173 du 26 juin 2013, p. 65, et le 19 juillet 2016, *J.O.U.E.* n° L 217 du 12 août 2016, p.69.
- Règlement (UE) n°1302/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n°1082/2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de de groupement de ce type, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, pp. 303-319.
- Règlement (UE) 1303/2014 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant disposition générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, p. 320.

- Règlement (UE) 1304/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds sociel européen et abrogeant le règlement (CE) n° 1081/2006 du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, p. 470.
- Règlement (UE) 1296/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant un programme de l'Union européenne pour l'emploi et l'innovation sociale (EaSI) et modifiant la décision n°283/2010/UE instituant un instrument européen de microfinancement Progress en faveur de l'emploi et de l'inclusion sociale, *J.O.U.E.* n° L 347 du 20 décembre 2013, p. 238.
- Règlement (UE) 1301/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds européen de développement régional et aux dispositions particulières relatives à l'objectif « Investissement pour la croissance et l'emploi », *J.O.U.E.* n° L 347 du 21 décembre 2013, p. 289.
- Règlement 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union neuropéenne aux aides de minimis, *J.O.U.E.* n° L 352 du 24 décembre 2013, p. 1.
- Dir. 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, *J.O.U.E.* n° L 127 du 29 avril 2014, p. 1.

C. DIRECTIVES ET RÉGLEMENTS SECTORIELS

1. COMMANDE PUBLIQUE

- Dir. 90/531/CEE du Conseil du 7 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, des marchés, et des télécommunications, *J.O.C.E.* n° L 297 du 29 octobre 1990, p. 1.
- Dir. 92/50/CE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *J.O.U.E.* n° L 209 du 14 juillet 1992, p. 1.
- Dir. 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture, *J.O.U.E.* n° L 199 du 9 août 1993, p. 1.

- Dir. 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *J.O.U.E.* n° L 199 du 9 août 1993, p. 54.
- Dir. 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 199 du 9 aout 1993, p. 84.
- Dir. 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.* n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1.
- Dir. 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.* n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114.
- Dir. 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *J.O.U.E.* n° L 335 du 20 décembre 2007, p. 31.
- Dir. 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fourniture et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, *J.O.U.E.* n° L 216 du 20 août 2009, pp. 76.
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, p. 1.
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, p. 65.
- Dir. 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.* n° L 94 du 28 mars 2014, p. 243.

2. TRANSPARENCE

- Dir. 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E* n° L195 du 29 juillet 1980, p. 35.
- Dir. 85/413/CEE de la Commission du 24 juillet 1985 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.* n° L229 du 28 août 1985, p. 20.
- Dir. 93/84/CEE de la Commission du 30 septembre 1993 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.* n° L254 du 12 octobre 1993, p. 16.
- Dir. 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.* n° L193 du 29 juillet 2000, p. 75.
- Dir. 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.* n° L312 du 29 novembre 2005, p. 47.
- Dir. 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.* n° L 318 du 17 novembre 2006, p. 17.

3. FERROVIAIRE

- Règlement (CEE) n°2598/70 du 18 décembre 1970 de la Commission relatif à la fixation du contenu des différentes positions des schémas de comptabilisation de l'annexe I du règlement n° 1108/70 du Conseil du 4 juin 1970, *J.O.C.E*. n° L 278 du 23 décembre 1970, p. 4.
- Dir. 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fers communautaires, *J.O.C.E.* n° L 237 du 24 août 1991, p. 25.
- Règlement (CEE) n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations

inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, et par voie navigable, *J.O.C.E.* n° L 169 du 29 juin 1991, p. 1.

- Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer, *J.O.U.E.* n° L 75 du 15 mars 2001, pp. 1-25.
- Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *J.O.U.E.* n° L 75 du 15 mars 2001, pp. 26-28 ; Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *J.O.U.E.* n° L 75 du 15 mars 2001, p. 29.
- Règlement (CE) n°881/2004 du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne («règlement instituant une Agence»), *J.O.U.E.* n° L 164, 21 juin 2004, p.1.
- Dir. 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, *J.O.U.E.* n° L 164 du 30 avril 2004, p. 44.
- Dir. 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 96/48/CE du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive 2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel, *J.O.U.E.* n° L 164 du 30 avril 2004, p. 114.
- Dir. 2004/51/CE du Parlement européen net du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, *J.O.U.E.* n° L 164 du 30 avril 2004, p. 164.
- Dir. 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités

d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 44.

- Dir. 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007 p. 51.
- Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 1.
- Règlement (CE) n°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *J.O.U.E.* n° L 315 du 3 décembre 2007, p. 14.
- Dir. 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *J.O.U.E.* n° L 343 du 14 décembre 2012, p. 32.
- Règlement d'éxécution 869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire, *J.O.U.E.* n° L 239 du 12 août 2014.
- Dir. 2016/2370/UE, du 14 décembre 2016 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché de services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, *J.O.U.E.* n° L 352 du 23 décembre 2016, p. 1.
- Règlement (UE) n°2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transports de voyageurs par chemin de fer, *J.O.U.E.* n° L 354 du 23 décembre 2016, p. 22.
- Règlement d'exécution (UE) 2017/6 de la Commission du 5 janvier 2017 relatif au plan européen de déploiement du système européen de gestion du trafic, *J.O.U.E.* n° L 3 du 6 janvier 2017, p. 6.

4. AÉRIEN ET MARITIMES

- Règlement (CEE) n°2407/92 du Conseil du 23 juillet 1992 cocnernant les licences des transporteurs aériens, *J.O.C.E.* n° L du 24 août 1992, p. 1.

- Règlement (CEE) n°2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transports aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 8.
- Règlement (CEE) 2409/92 du Conseil du 23 juillet 1992 sur les tarifs des pasagers et de fret des services aérients, *J.O.U.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 15.
- Règlement (CEE) 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre ciruclation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, *J.O.C.E.* n° L 364 du 12 décembre 1992, p. 7.
- Règlement (CEE) 95/93 du Conseil du 18 janvier 1993 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 14 du 22 janvier 1993, p. 1.
- Règlement (CE) 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), *J.O.U.E.* n° L 293 du 31 octobre 2008, p. 3.
- Règlement (UE) 2017/35 du 15 février 2017 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence des ports, *J.O.U.E.* n° L 57 du 03 mars 2017, p. 1.

5. ELECTRICITÉ ET GAZ

- Dir. 90/377/CEE, du 29 juin 1990 du Conseil instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité, *J.O.C.E.* n° L 185 du 17 juillet 1990, pp. 16-24.
- Dir. 90/547/CEE, du 29 octobre 1990 du Conseil relative au transit d'électricité sur les grands réseaux, *J.O.C.E.* n° L 313 du 13 novembre 1990, p. 30.
- Dir. 96/92/CE, du 19 décembre 1996 du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.* n° L 27 du 30 janvier 1997, p. 20.
- Dir. 98/30/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 1.

- Dir. 2003/54/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *J.O.U.E.* n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 37.
- Dir. 2003/55/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *J.O.U.E.* n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 57.
- Dir. 2004/67/CE du Conseil du 26 avril 2004 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 127 du 29 avril 2003, p. 62.
- Dir. 2004/76 du Conseil du 26 avril 2004 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel, *J.O.U.E.* n° L 127 du 29 avril 2003, p. 62.
- Dir. 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures, *J.O.U.E.* n° L 217 du 08 août 2006, p. 8.
- Règlement (CE) n°714/2009 du Parlement et du Conseil du 12 juillet 2009 sur les conditiosn d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n°1228/2003, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 15.
- Dir. 2009/72/CE, du 13 juillet 2009, du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 55.
- Dir. 2009/73/CE, du 13 juillet 2009, du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* n° L 211 du 14 août 2009, p. 94.
- Règlement (UE) n°994/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant des mesures visant à garantir la sécurité d'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant la directive 2004/67/CE du Conseil, *J.O.U.E.* n° L 295 du 12 novembre 2010, p. 1.
- Règlement (UE) n°2017/1938 du Parlement europen et du Conseil du 25 octobre concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant le règlement (UE- n° 994/2010 *J.O.U.E.* n° L 280 du 28 octobre 2017, p. 1.

6. POSTES

- Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.U.E.* n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14.
- Dir. 2002/39/CE du Parlement et du Conseil, du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce que concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux dans la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 176 du 5 juillet 2002, p. 21.
- Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *J.O.U.E.* n° L 52 du 27 février 2008, p. 3.

7. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

- Dir. 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L 131 du 27 mai 1988, p. 73.
- Dir. 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 1.
- Dir. 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.* n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 10.
- Dir. 94/46/CEE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellites, *J.O.U.E.* n° L 268 du 19 octobre 1994, p. 15.
- Dir. 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *J.O.U.E.* n° L 256 du 26 octobre 1995, p. 49.

- Dir. 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, *J.O.U.E.* n° L 321 du 31 décembre 1995, p. 6.
- Dir. 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, *J.O.U.E.* n° L 20 du 26 janvier 1996, p. 59.
- Dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 74 du 22 mars 1996, p. 13.
- Dir. 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, *J.O.U.E.* n° L 117 du 07 mai 1997, p. 15.
- Dir. 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *J.O.U.E.* n° L 199 du 26 juillet 1997, p. 32.
- Dir. 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, *J.O.U.E.* n° L 101 du 1 avril 1998, p. 24.
- Dir. 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associés, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès », *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 7.
- Dir. 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 21.
- Dir. 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre règlementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33.

- Dir. 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51.
- Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n o 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.* n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 11.
- Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 37.
- Règlement (UE) n°531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), *J.O.U.E.* n° L 172 du 20 juin 2012, p. 10.
- Règlement (UE) n°2015/2120 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.U.E.* n° L 310 du 26.11.2015, p. 1.

8. MÉDICAMENTS

- Dir. 92/25/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la distribution en gros de médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° L 113 du 30 avril 1992, p. 1.

- Dir. 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, *J.O.U.E.* n° L 311 du 28 novembre 2001, p. 67.
- Dir. 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, *J.O.U.E.* n° L 136 du 30 avril 2004, p. 34.

9. RADIODIFFUSION

- Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.* n° L 298 du 17 octobre 1989, p. 23.
- Dir. 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.U.E.* n° L 202 du 30 juin 1997, p. 60.
- Dir. 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.U.E.* n° L 332 du 18 décembre 2007, p. 27.
- Dir. 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, *J.O.U.E.* n° L 95 du 15 avril 2010, p. 1.

D. DÉCISIONS

- Déc. 70/125/CEE : Recommandation de la Commission du 22 décembre 1969, à la République française au sujet de l'aménagement du monopole nationale à caractère commercial des alcools, *J.O.C.E* n° L 31 du 06 février 1970, p. 17.

- Déc. du Conseil n° 88/591/CECA, CEE, EURATOM du 24 octbore 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, publiée au *J.O.C.E.*, n° L 319 du 25 novembre 1988, p. 1.
- Déc., 2005/842/CE, du 28 novembre 2005, de la Commission concernant l'application de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° L 312 du 29 novembre 2005, p. 65.
- Déc. n°1364/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 établissant des orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie et abrogeant la décision 96/391/CE et la décision n°1229/2003/CE, *J.O.U.E.* n° L 262 du 22 septembre 2006, p. 1.
- Déc., 2012/21/UE, du 20 décembre 2011, de la Commission relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° L 7 du 11 janvier 2012, p. 3.

E. ACTES ATYPIQUES

1. BILANS ET RAPPORTS

- Bilan annuel de compensation et de placement dans la Communauté économique européenne, 28 mars 1963, COM(63) 111 final.
- Premier rapport biennal concernant la situation économique et financière des entreprises de chemin de fer, 29 juin 1977, COM(77) 295 final.
- Deuxième rapport biennal concernant la situation économique et financière des entreprises de chemin de fer, 7 septembre 1979, COM(79) 447 final.
- Politique ferroviaire de la Communauté : examen et perspectives pour les années 1980, 12 décembre 1980, COM(80) 752 final.
- Troisième rapport biennal concernant la situation économique et financière des entreprises de chemin de fer, 23 juin 1982, COM(82) 103 final.
- Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social relatif au programme Impact, 19 avril 1993, COM(93)156 final.

- Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, Les services d'intérêt général, 17 octobre 2001, COM(2001) 598 final.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive postale, COM (2002) 632 final.
- CE, Collectivitiés publiques et concurrence, EDCE, n°53, 2002.
- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire, 3 mai 2006, SEC(2006) 530.
- Rapport au Président de la Commission européenne, Une nouvelle stratégie pour le marché Unique, 9 Mai 2010.

2. RÉSOLUTIONS

- Résolution du Conseil concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, *J.O.C.E.* n° C 136 du 4 juin 1985, p. 1.
- Résolution sur la mise en œuvre de la cohésion économique et sociale, 22 novembre 1989, J.O.C.E. n° C 323 du 27 décembre 1989, p. 34.
- Résolution du Conseil concernant l'électronique et les technologies de l'information et de la communication, 18 novembre 1991, J.O.C.E. n° C 325 du 14 décembre 1991, p. 2.
- Résolution sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 – Mise en œuvre et développement de l'Union, A4-0102/95, J.O.U.E. n° C 151 du 19 juin 1995, p. 56.
- Résolution sur l'ordre du jour de la Conférence intergouvernementale de 1996 en vue du Conseil européen de Madrid, B4-1563/95, J.O.U.E. n° C 17 du 22 janvier 1996, p. 149.
- Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 25 janvier 1999 concernant le service public de radiodiffusion, J.O.U.E. n° C 30 du 05 février 1999, p. 1.
- Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture à la concurrence du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, C7-0024/2013.

3. AVIS

- Avis 71/82/CEE de la Commission, adressé au gouvernement de la République française au sujet d'un projet de nouveau cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), 29 juin 1971, J.O.C.E n° L 32 du 9 février 1971, p. 19.
- Avis du Comité économique et social, sur une communication de la Commission au Conseil relative au développement de la politique commune des transports, 28 mars 1974, J.O.C.E. n° C 126 du 17 octobre 1974, p. 26.
- Avis sur la communication de la Commission sur une politique ferroviaires commune, 4 juillet 1990, J.O.C.E. n° C 225 du 10 septembre 1990, p. 27.
- Avis de la Commission, Renforcer l'Union politique et préparer l'élargissement, 28 février 1996, COM(96) 90.
- Avis du Comité économique et social européen sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité COM(2007) 528 final ;
- Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Le traité de Lisbonne et le fonctionnement du marché unique » (avis d'initiative), J.O.U.E. n° C 44 du 11 février 2011, p. 68.
- Avis du Comité économique et social européen sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'État applicables aux services d'intérêt économique général » COM(2011) 146 final, J.O.U.E. n° C 248 du 25 mars 2011, p. 149.
- Avis du Comité des régions sur l' « Acte pour le marché unique », J.O.U.E. n° C 166 du 07 juin 2011, p. 52.
- Avis du Comité économique et sociale européen sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe » COM(2011) 900 final, J.O.U.E. n° C 229 du 31 juillet 2012, pp. 98.
- Avis du Comité économique et social européen sur le «Quatrième paquet ferroviaire» qui se compose des sept documents suivants: Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au

Comité des régions relative au «Quatrième paquet ferroviaire — Achever l'espace ferroviaire unique européen pour stimuler la compétitivité et la croissance européennes» COM(2013) 25 final — Proposition de règlement du parlement européen et du conseil abrogeant le règlement (CEE) n ° 1192/69 du Conseil relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer COM(2013) 26 final — 2013/0013 (COD) — Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n ° 881/2004 COM(2013) 27 final — 2013/0014 (COD) — Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n ° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer COM(2013) 28 final — 2013/0028 (COD) — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire COM(2013) 29 final — 2013/0029 (COD) — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne (refonte) COM(2013) 30 final — 2013/0015 (COD) — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité ferroviaire (refonte) COM(2013) 31 final — 2013/0016 (COD) JO C 327 du 12 novembre 2013, p. 122.

4. COMMUNICATIONS, LIVRES BLANCS ET LIVRES VERTS

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à l'harmonisation technique et normalisation : une nouvelle approche, 31 janvier 1985, COM (85) 19 final.
- Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, 14 juin 1985, COM (85) 310 final.
- Communication de la Commission, Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final.
- Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux, 11 juin 1992, COM(91) 476 final.

- Livre vert sur l'innovation, 10 décembre 1995, COM(95) 688 final.
- Les services d'intérêt général en Europe, 11 septembre 1996, COM(96) 443 final.
- Les services d'intérêt général en Europe, 20 septembre 2000, COM(2000) 580 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Achèvement du marché intérieur de l'énergie, 13 mars 2001, COM(2001) 125 final.
- Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, COM 2001/C/320/04, *J.O.U.E.* n° C 320 du 15 novembre 2001, p. 5.
- Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM(2003) 270 final.
- Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004, COM(2004) 374 final.
- Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission, COM (2005) 172 final, 27 avril 2005.
- Communication du 24 mai 2005 de la Commission concernant le réexamen de la portée du service universel, en application de l'article 15 de la diretive 2002/22/CE, COM (2005) 203 final.
- Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public, J.O.U.E. n° C 297 du 29 novembre 2005.
- Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, 26 avril 2006, SEC(2006) 516.
- Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un agenda social renouvelé : opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXIe siècle, COM (2008) 412 final.
- Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, *J.O.U.E.* n° C 257 du 27 octobre 2009, p. 1.
- Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement Européen et

du Conseil sur les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, 12 décembre 2006, COM(2006 805 final, p. 3.

- Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O.U.E.* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7-20.
- Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, 20 décembre 2011, COM(2011) 900 final.
- Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.* n° C 8 du 11 janvier 2012, p. 4.
- Communication de la Commission – Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011), *J.O.U.E.* n° C 8 du 11 janvier 2012, p. 15 ;
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à l'exploitation et à la production d'hydrocarbures (tels que le gaz de schiste) par fracturation hydraulique à grands volume dans l'Union européenne, 22 janvier 2014, COM(2014) 23 final ;
- Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n ° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, J.O.U.E. n°C 92 du 29 mars 2014, p. 1 ;

5. LIGNES DIRECTRICES ET EXPLICATIONS

- Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007/C 303/ 02, *J.O.U.E.* n° C 303/17 du 14 décembre 2007, p. 17.
- Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseau de communication à haut débit, *J.O.U.E.* n° C 25 du 26 janvier 2013, p. 1.
- Communication de la Commission – Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, COM 2014/C 99/03, *J.O.U.E.* n° C 99 du 4 avril 2014, p. 3.

- Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) nº 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil — Obligations de service public (OSP), *J.O.U.E.* n° C 194 du 17 juin 2017, p. 1.

6. QUESTIONS ET RÉPONSES

- Questions écrites à la Commission des Communautés européennes, n°2142/91 de M. Herman VERBEEK (V) (26 septembre 1991), et n°2185/91 de M. Giuseppe MOTTOLA (PPE) (4 octobre 2991), *J.O.C.E.* n° C 162 du 29 juin 1992.
- Réponse Commune aux questions écrites n°2142/91 et 2185/91 donnée par Sir Leon BRITTAN au nom de la Commission, 7 février 1992, *J.O.C.E.* n° C 162 du 29 juin 1992, p. 13.
- Réponse donnée par M. OREJA au nom de la Commission, 20 septembre 1994, *J.O.U.E.* n° C 24 du 30 janvier 1995, p. 1.
- Question écrite P-3036/00 posée par Lisbeth GRÖFELDT BERGMAN (PPE-DE) à la Commission, sur les nouvelles aides d'État ciblées à la télévision suédoise de service public, *J.O.U.E.* n° C 113 E du 18 janvier 2001, p. 223.
- Questions écrite E-3654/00 posée par Elly PLOOIJ-VAN GORSEL (ELDR) à la Commission, sur les différences entre les stations de radio publiques et commerciales dans l'attribution des fréquences, *J.O.U.E.* n° C 187 E du 3 juillet 2001, p. 24.

7. PROPOSITIONS DE DIRECTIVES ET DE RÉGLEMENTS

- Proposition de directive du Conseil, concernant le rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives relatives à la construction et à l'utilisation des pistolets de scellement, 28 juillet 1964, COM (64) 304 final.
- Proposition de décision du Conseil relative à l'assainissement de la situation des entreprises de chemin de fer et à l'harmonisation des règles régissant les relations financières entre ces entreprises et les États, Proposition d'un règlement du Conseil modifiant le règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer, 28 juillet 1971, COM(71) 817 final, p. 1.

- Proposition de règlement (CEE) du Conseil relatif à la création d'une aide nouvelle du Fonds social européen en faveur des jeunes, 10 avril 1978, *J.O.C.E.* n° C 100 du 25 avril 1978, p. 4.
- Proposition de règlement du Conseil relatif au programme-cadre des actions communautaires de recherche et de développement technologique (1987-1991), COM(86) 430 final.
- Proposition de directive du Conseil concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain, COM (89) 607 final, *J.O.C.E.* n° C 58 du 8 mars 1990, p. 16.
- Proposition modifiée du règlement (CEE) du Conseil concernant l'application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, 22 février 1991, COM(91), 54 final.
- Avis en première lecture du Parlement européen concernant la proposition de directive du Conseil concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain, *J.O.C.E.* n° C 183 du 15 avril 1991, pp. 132.
- Proposition de directive du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, COM(1991) 548, *J.O.C.E.* n° L 65 du 22 janvier 1992.
- Proposition modifiée de directive du Parlement europée et du Conseil concernant les règles communues pour le marché intérieur de l'électricité, 7 décembre 1993, 24 février 1992, COM(93) 643.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route, et par voie navigable, COM(2000) 7 final, *J.O.U.E.* n° C 365 E du 19 décembre 2000, p. 169.
- Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route, et par voie navigable, COM 2002/107 final, *J.O.U.E.* n° C 151 E du 25 juin 2002, p. 146.
- Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité ; Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les

directives 96/92/CE et 98/30/CE concernant des règles communes pour les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel, 7 juin 2002, COM(2002) 304.

- Proposition révisée de règlement du Conseil et du Parlement européen relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer, par route, COM 2005/319 final.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, 19 juillet 2007, COM(2007) 528 final.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, 19 juillet 2007, COM(2007) 529 final.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures visant à garantir la sécurité d'approvisionnement en gaz naturel et abrogeant le règlement (UE) n°994/1010, 16 février 2016, COM(2016) 52 final.
- Règlement du Parlement européen et du Conseil sur le marché intérieur de l'électricité (refonte), 23 février 2017, COM (861) final.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (refonte), 23 février 2017, COM (2016) 863 final.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché de l'électricité (refonte), 21 avril 2017, COM (2016) 864 final/2.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un code des communications électroniques européen (refonte), COM 2016/590 final.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la préparation au risques dans le secteur de l'électricité et abrogeant la directive 2005/89/CE, 2 décembre 2016, COM (2016)377.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (refonte), 20 décembre 2017, COM(2016) 380.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1073/2009 établissant des règles communes pour l'accès au

marché international des services de transport par autocars et autobus, COM(2017) 647 final.

II. DROIT INTERNE

A. CODES

- Code de l'énergie.
- Code de l'environnement.
- Code général de la propriété des personnes publiques.
- Code général des collectivités territoriales.
- Code monétaire et financier.
- Code des postes et des télécommunications.
- Code de la santé publique.
- Code des transports.
- Code du travail ;

B. LOIS

- Décret-Loi du 31 août 1937 portant approbation et publication de la convention du 31 août 1937 réorganisant le régime des chemins de fer, *J.O.R.F.* du 1 septembre 1937, p. 10065.
- Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité du gaz, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.
- Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1982, p. 4004.
- Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, *J.O.R.F.* n°157 du 08 juillet 1990, p. 8069.
- Loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime de la Nouvelle Calédonie et des provinces.
- Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, *J.O.R.F.* du 09 décembre 2009, p. 21226.
- Loi 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *J.O.R.F.* n°179 du 5 août 2014, p. 12930.

- Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *J.O.R.F.* n°181 du 7 août 2015, p. 13537.
- Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la république, *J.O.R.F.* n°182 du 8 août 2015, p. 13705.
- loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *J.O.R.F.* n° 181 du 07.08.2015, p. 13537.
- Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *J.O.R.F.* n° 18 du 21 janvier 2017.
- Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, *J.O.R.F.* n° 18 du 21 janvier 2017.
- Loi n°2018-515 du 28 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, *J.O.R.F.* n° 147 du 28 juin 2018.

C. DÉCRETS

- Décret n°83-817 du 13 septembre 1983 portant approbation du cahier des charges de la Société nationales des chemins de fer français, *J.O.R.F.* du 14 septembre 1983, p. 2789.
- Décret n° 2010-932 du 24 août 2010 relatif au transport ferroviaire de voyageurs, *J.O.R.F.* n° 196 du 25 août 2010, p. 15328.
- Décret n°2010-1314 du 2 novembre 2010 relatif aux obligations de service public incombant aux sociétés de courses de chevaux et aux modalités d'intervention des sociétés mères, *J.O.R.F.* n°256 du 04 novembre 2010, p. 19742.
- Décret 2016-555 du 6 mai 2016 relatif au chèque énergie, *J.O.R.F.* du 08 mai 2016.

D. RAPPORTS

- DENOIX DE SAINT MARC (R.), *Le service public*, Rapport au Premier Mnistre, Paris, La documentation française, 1996.
- CE, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Rapport public, 1994.
- HERVÉ (E.), *Le service public ferroviaire et les collectivités territoriales*, Rapport d'information au Sénat, n°92, 2013-2014.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les nombres correspondent au numéro des pages)

-A-

Accès au réseau : 132, 198, 204, 224, 259, 299, 300, 307, 358, 438, 523, 535

Accise : 431, 515

Acte de puissance publique : 58, 64, 76, 77, 79, 81, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 414, 422, 423, 546, 549

Acte atypique : 82, 210, 234, 262, 450

Activité économique : 50, 65, 66, 68, 70, 72, 73, 75, 84, 94, 185, 196, 232, 288, 289, 378, 388, 446, 471

Adaptabilité 312, 320, 322, 546

Aéroport : 196, 276, 278, 351, 359, 360, 421, 508, 509, 511, 513

Aides d'État : 13, 15, 16, 44, 51, 53, 54, 76, 113, 118, 128, 136, 154, 159, 182, 184, 196, 230, 233, 234, 235, 245, 265, 269, 278, 281, 282, 301, 303, 375, 386, 391, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 408, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 426, 457, 468, 472, 474, 475, 482, 485, 528, 530, 532, 533, 534

Altmark : 42, 79, 93, 99, 301, 302, 303, 333, 403, 407, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 423, 425, 480, 481, 482, 493, 505, 550

Approche transversale : 156, 158, 159, 261, 444, 546

ARAFER : 213, 359, 360

-B-

Bénéfice raisonnable : 30, 382, 403, 410, 418, 423

-C-

Carence : 119, 129, 130, 157, 282, 285, 290, 291, 292, 293, 466

Carence de l'initiative privée : 290, 292, 293

CECA : 9, 10, 11, 23, 66, 116, 186, 282, 397, 398, 488, 506, 528, 545

Charte des droits fondamentaux : 7, 12, 14, 17, 29, 36, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 170, 465

Citoyenneté : 151, 242, 255

Clauses transversales : 140

Cohésion : 17, 96, 104, 138, 140, 143, 149, 150, 151, 153, 162, 167, 175, 222, 245, 255, 268, 269, 280, 294, 433, 434, 435, 436, 454, 483, 516, 529

Comité des régions : 152, 154, 159, 210, 241, 280, 436, 529, 530, 531, 532

Comité économique et social européen : 152, 154, 159, 210, 225, 241, 436, 529, 530, 532

Communications électroniques : 25, 125, 132, 140, 158, 193, 200, 201, 202, 205, 206, 212, 228, 242, 243, 247, 249, 251, 252, 253, 259, 264, 279, 282, 308, 312, 314, 321, 324, 350, 355, 367, 381,

389, 390, 406, 420, 427, 428, 429, 430, 461, 468, 482, 485, 513, 525, 526, 536

Compensation : 11, 30, 95, 128, 238, 301, 302, 350, 356, 369, 382, 395, 405, 406, 409, 410, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 440, 441, 442, 445, 446, 528, 532

Compétence : 10, 17, 36, 37, 38, 42, 53, 64, 101, 107, 112, 120, 121, 123, 132, 137, 138, 141, 149, 152, 153, 154, 161, 163, 174, 175, 210, 230, 231, 232, 233, 236, 256, 288, 298, 471, 480, 482, 547

Compétences d'appui, de coordination et de complément : 232

Compétences partagées : 102, 139, 141, 153, 435

Concurrence libre et non faussée : 108, 273, 333, 353, 445

Concurrence monopolistique : 186, 361

Continuité (principe de) : 22, 46, 92, 138, 158, 220, 242, 261, 287, 296, 297, 299, 310, 312, 317, 318, 319, 321, 323, 324, 325, 328, 333, 343, 370, 371, 378, 403, 404, 482, 548, 549

Contrat de service public : 220, 238, 240, 241, 266, 275, 276, 279, 281, 319, 350, 352, 359, 360, 361, 368, 369, 370, 372, 373, 374, 378, 379, 380, 381, 387, 391, 392, 427, 438, 441, 445

Convergence : 30, 33, 178, 217, 233, 242, 254, 264, 314, 330, 331, 334, 548

Coopération loyale : 52

D-

Déchets : 56, 84, 85, 92, 342, 352, 374, 422

Défaillance de marché : 100, 182, 263, 274, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 293, 294, 304, 331, 352, 381, 393, 442, 444

Droits fondamentaux : 7, 12, 17, 29, 150, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 273, 296, 319, 406, 458, 464, 465, 476, 481, 487, 497, 514, 532, 533

Droits spéciaux ou exclusifs : 40, 46, 48, 49, 51, 126, 127, 129, 133, 275, 337, 340, 343, 348, 354, 357, 362, 371, 393, 396, 427, 442, 445

DUGUIT : 2, 3, 4, 263, 294, 296, 379, 455

-E-

Économie sociale de marché : 18, 31, 58, 82, 107, 154, 206, 209, 375, 376, 469

Effet direct : 44, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 78, 81, 283, 339, 403, 496

Égalité (principe de) : 99, 296, 312, 313, 316, 317, 321, 343, 390, 471, 479, 510

Électricité : 6, 25, 30, 38, 47, 48, 57, 81, 90, 91, 92, 97, 124, 125, 132, 137, 140, 163, 186, 193, 198, 199, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 212, 214, 223, 224, 225, 226, 227, 243, 251, 252, 253, 254, 264, 269, 270, 282, 284, 299, 300, 309, 310, 311, 314, 318, 319, 320, 321, 324, 343, 350, 353, 367, 371, 376, 380, 400, 420, 427, 430, 431, 432, 438, 467, 471, 473, 474, 480, 483, 515, 522, 523, 530, 535, 536, 537

Entreprise : 10, 24, 27, 52, 56, 58, 66, 67, 68, 71, 73, 76, 79, 84, 90, 92, 93, 156, 191, 207, 209, 226, 242, 246, 248, 251, 274, 275, 300, 302, 317, 318, 322, 337, 338, 339, 340, 341, 343, 348, 349, 350, 351, 354, 357, 359, 360, 361, 362, 363, 365, 375, 378, 379, 382, 383, 387,

388, 390, 392, 393, 400, 404, 405, 406, 407, 408, 411, 414, 417, 418, 421, 422, 423, 424, 428, 442, 445, 446, 548, 549

Entreprise adéquatement gérée : 411, 418, 421, 422

Équilibre économique : 213, 336, 338, 339, 348, 349, 356, 357, 358, 359, 361, 362, 370, 390, 392, 393, 442

Équilibre général (théorie de) : 181, 185, 188
Équilibre institutionnel (principe de) : 120, 134, 135, 468

État providence : 188

-F-
Facilités essentielles : 187, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 199, 204, 205, 206, 207, 259, 286, 299, 471

FEDER : 143, 433, 434, 437

Finalité sociale : 376

Fonds structurels : 10, 62, 143, 248, 267, 302, 349, 353, 390, 395, 397, 398, 419, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 440, 441, 476

Forces du marché : 273, 276, 283, 309, 322, 331, 389

FSE : 43, 433, 434, 436

-G-
Gaz, 16, 18, 47, 57, 78, 90, 92, 97, 125, 137, 139, 186, 193, 198, 199, 204, 208, 209, 210, 212, 214, 223, 224, 225, 226, 227, 239, 253, 254, 265, 266, 268, 270, 272, 273, 282, 284, 299, 309, 310, 311, 314, 315, 318, 319, 321, 324, 326, 331, 343, 367, 371, 410, 420, 438, 471, 475, 503, 522, 523, 533, 536, 537

-H-
Harmonisation : 18, 96, 109, 110, 122, 123, 124, 132, 134, 178, 304, 305, 306, 337, 381, 431, 432, 484, 529, 531, 534, 546

Haut débit : 82, 87, 136, 247, 265, 281, 282, 284, 287, 390, 391, 533

-I-
In house : 368, 372, 373, 374
Intégration : 9, 11, 15, 17, 18, 21, 44, 102, 108, 123, 140, 165, 166, 167, 183, 210, 211, 239, 251, 255, 279, 316, 373, 448, 545

Interconnexions : 132, 199, 280, 320, 438, 440

Intérêt commercial : 28, 30, 219, 220, 274, 275, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 378, 446

Intérêt public : 74, 78, 190, 234, 289, 290, 292, 293, 373, 374, 403, 404

-J-
Justiciabilité : 58, 164, 166, 546

-K-
KELSEN : 37, 267, 460

-L-
Liberté du commerce et de l'industrie : 288, 289, 292, 293, 366, 480

-M-
Mandat : 76, 100, 231, 234, 385, 386, 390, 391, 447, 465

Médicaments : 38, 88, 97, 222, 223, 229, 256, 266, 272, 282, 318, 319, 353, 378, 408, 526, 527, 535

Monopole : 12, 27, 40, 45, 47, 48, 52, 55, 72, 84, 89, 90, 182, 186, 195, 203, 228, 289, 353, 478, 507, 527

-N-
Non-discrimination : 38, 47, 54, 150, 203, 298, 299, 300, 312, 313, 329, 364, 365, 367, 368, 369, 371, 375, 376, 381, 392, 478

Notion fonctionnelle : 34, 67

Nouvelle approche : 12, 304, 305, 306, 329, 463

-O-
Ordolibéraux : 45, 46, 182, 188, 459

Ordre juridique : 14, 60, 83, 113, 161, 164, 312

-P-
Postes 3, 42, 47, 97, 125, 193, 202, 205, 206, 212, 214, 222, 243, 246, 249, 251, 252, 253, 259, 265, 268, 282, 302, 308, 314, 321, 327, 350, 381, 390, 420, 426, 427, 428, 429, 430, 513, 537

Principes généraux du droit : 161

Primauté, 15, 59, 132, 477, 484

Prix : 16, 22, 31, 57, 90, 93, 120, 174, 182, 184, 185, 186, 187, 189, 198, 204, 207, 212, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 235, 246, 247, 249, 250, 252, 253, 256, 265, 266, 272, 276, 284, 289, 300, 302, 309, 313, 314, 315, 331, 344, 349, 390, 400, 403, 405, 475, 511, 522

Projet européen de société : 448

Proportionnalité : 36, 41, 165, 335, 337, 338, 340, 342, 347, 351, 362, 414, 442, 470, 485

Protocole : 17, 101, 152, 156, 159, 160, 231, 232, 233, 234, 265, 283, 326, 327, 436

-Q-
Qualité : 7, 24, 25, 30, 31, 56, 71, 72, 85, 87, 89, 92, 97, 99, 100, 107, 133, 150, 154, 155, 202, 206, 223, 233, 239, 244, 246, 247, 249, 250, 252, 253, 256, 264, 265, 266, 271, 280, 282, 297, 308, 309, 310, 314, 315, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 345, 349,355, 364, 367, 370, 386, 390, 406, 420, 423, 428, 435, 436, 437, 438, 466, 480, 524, 530, 533

-R-
Radiodiffusion : 74, 87, 136, 161, 201, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 242, 246, 254, 265, 304, 322, 328, 331, 347, 423, 515, 527, 529, 532

Recours en annulation : 234, 282, 299

Recours en carence : 129, 131, 157

Recours en constatation de manquement : 210, 211, 301

Régulation : 12, 17, 34, 40, 46, 54, 67, 75, 85, 108, 128, 133, 134, 180, 182, 184, 186, 187, 188, 189, 192, 198, 200, 202, 203, 204, 205, 207, 212, 213, 224, 230, 234, 246, 259, 298, 306, 318, 338, 356, 361, 370, 378, 393, 420, 427, 430, 459, 464, 465, 468, 469, 471, 472, 473, 475, 476, 477, 480, 481, 482, 485, 486, 513, 537, 547

Renvoi préjudiciel : 64, 72, 89, 90, 162, 337, 463, 468

-S-
Service public virtuel : 20, 21

Service universel : 18, 25, 87, 93, 125, 133, 140, 156, 158, 159, 200, 201, 202, 206, 216, 217, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 264, 268, 310, 312, 313, 315, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 331, 354, 355, 367, 378, 381, 389, 406, 418, 420, 427, 428, 429, 430, 472, 474, 484, 485, 513, 525, 526, 532

Services non économiques d'intérêt général : 100, 101, 103, 152, 153

Services sociaux d'intérêt général : 24, 99, 100, 103, 104, 532, 546

Servitude : 26, 27, 407, 512

SNCF : 47, 195, 196, 208, 219, 237, 360, 361, 388, 513, 530

Soft law : 159, 210, 234, 298, 473

Solidarité : 3, 70, 71, 104, 105, 115, 150, 255, 320, 347, 376, 427, 430, 436, 439, 440, 461, 483, 532

Standard : 28, 29, 162, 268, 275, 312, 314, 315, 316, 317, 328, 340, 341, 418, 421, 422, 465, 469, 548

Subsidiarité, 36 : 112, 161, 165, 285, 420, 482

Surcompensation : 410, 414, 418, 419, 423, 425

-T-

Tarifs : 23, 24, 30, 57, 69, 89, 91, 92, 120, 140, 170, 190, 196, 202, 205, 219, 220, 221, 239, 242, 243, 247, 248, 249, 266, 268, 272, 284, 285, 288, 289, 297, 302, 313, 314, 315, 316, 317, 323, 326, 327, 328, 330, 348, 353, 360, 388, 513, 522

Télécommunications : 47, 48, 49, 97, 125, 131, 132, 133, 135, 188, 200, 202, 230, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 292, 302, 307, 308, 351, 355, 364, 400, 426, 428, 433, 435, 469, 473, 474, 479, 517, 518, 524, 525, 531, 537

Théorie de l'accessoire : 21

Transparence : 24, 49, 66, 153, 182, 197, 198, 212, 222, 224, 226, 227, 239, 241, 247, 254, 265, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 304, 309, 329, 336, 365, 366, 369, 371, 379, 396, 408, 410, 481, 519, 522

Transports aériens : 13, 97, 118, 120, 121, 196, 217, 220, 221, 276, 277, 281, 284, 288, 313, 319, 353, 381, 427, 467, 476, 522

Transports ferroviaires : 116, 193, 213, 237, 238, 278, 358, 370, 372, 537

Transports maritimes : 24, 97, 116, 121, 197, 208, 220, 266, 276, 277, 351, 367, 522, 535

Transports terrestres : 97, 116, 119, 217, 221, 222, 227, 236, 240, 241, 255, 266, 274, 278, 279, 281, 310, 313, 314, 319, 331, 338, 350, 353, 354, 356, 357, 362, 368, 371, 373, 379, 381, 419, 437, 442, 457

Transposition : 210, 234, 301, 344, 431

-U-

Universalité : 87, 92, 156, 252, 253, 284, 297, 323, 324

TABLES DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS ..... **VII**

SOMMAIRE ..... **XI**

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS ..... **XIII**

INTRODUCTION **1**

Section 1. LA DIALECTIQUE DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT DE L'UNION ET LE SERVICE PUBLIC 8

§1. LE DESINTERET ORIGINAIRE DU DROIT DE L'UNION POUR LE SERVICE PUBLIC 9

A. L'omission du service public dans le processus d'intégration partielle porté par le traité instituant la CECA 9

B. L'incorporation négative du service public dans le traité instituant la CEE 11

§2. LA PERSPECTIVE D'UNE CONCILIATION ENTRE LE SERVICE PUBLIC ET LES FINALITES POURSUIVIES PAR LE DROIT DE L'UNION 14

A. La détermination par le juge de la mise en balance de l'intérêt général avec les finalités économiques de l'Union 14

B. L'entreprise de valorisation des services d'intérêt général 17

Section 2. L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 19

§1. UN QUALIFICATIF NON SPÉCIFIQUE AU DROIT DE L'UNION 20

§2. L'EXTENSION D'UNE QUALIFICATION SECTORIELLE 23

§3. LA PLURALITÉ DE SENS ASSOCIÉS À L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 26

A. Une définition fonctionnelle non généralisée 26

B. Une terminologie renvoyant à de nombreux standards juridiques 29

Section 3. L'ENJEU D'UNE ÉTUDE TRANSVERSALE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 31

PREMIERE PARTIE - L'EXTENSION DU DOMAINE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC **37**

TITRE 1 - L'IDENTIFICATION PAR LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL 41

Chapitre 1 - Un champ révélé dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE *43*

Section 1. UN INSTRUMENT DE RENVOI ET DE LIMITATION AUX TRAITÉS 45

§1. LES JUSTIFICATIONS DE L'ARTICLE 106 TFUE AU SEIN DES RÈGLES COMMUNES DE CONCURRENCE 45

A. Le compromis recherché par le traité CEE 46

B. Une disposition destinée à assurer le contrôle de droits spéciaux ou exclusifs 49

§2. UNE MISE EN OEUVRE COMBINÉE AVEC LES RÈGLES DES TRAITÉS 52

A. Le respect de l'octroi des droits spéciaux ou exclusifs avec les règles de concurrence 52

1) Des droits soumis aux interdictions des pratiques anticoncurrentielles et des aides d'État 52

2) L'articulation des articles 106 § 1 et 106 § 2 TFUE 54

B. L'élargissement des justifications au-delà des règles de concurrence 55
1) Une articulation incertaine avec les règles des traités 55
2) La consécration de l'article 106 § 2 TFUE en tant que base juridique transversale à l'ensemble des domaines de compétences 57
Section 2. UN INSTRUMENT DE CONTRÔLE ET D'ACCROISSEMENT DES CONTRAINTES PESANT SUR LES ENTREPRISES MISSIONNÉES PAR UN ÉTAT 59
§1. LA JUSTICIABILITÉ DE L'ARTICLE 106 § 2 TFUE 60
A. Les obstacles à l'effet direct de l'article 106 § 2 TFUE 60
B. Une reconnaissance controversée 62
§2. LA SYSTÉMATISATION D'ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES ASSOCIÉES À UN ACTE DE PUISSANCE PUBLIQUE 65
A. La notion d'entreprise bénéficiant de l'insuffisance de marqueurs sur le champ du droit de l'Union 66
1) Le choix d'une approche fonctionnelle fondée sur l'inopérance de la forme sociale de l'entreprise 66
2) L'accroissement des activités couvertes par la notion d'entreprise 69
a) La qualification d'activité non économique obéissant à des conditions de plus en plus rigoureuses 69
b) La qualification d'activité économique par « effet de contamination » 74
B. La qualification d'acte de puissance publique facilitée par l'usage de l'obligation de service public 77
Chapitre 2 - UNE GÉNÉRALISATION PARTIELLE DU RECOURS À L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 83
Section 1. LA MULTIPLICATION DES MÉTHODES D'IDENTIFICATION D'UN SIEG 84
§1. L'APANAGE DE MÉTHODES CASUISTIQUES 85
A. L'intérêt général présupposé 85
B. L'intérêt général identifié par ses spécificités 88
§2. LA MATÉRIALISATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL PAR L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 90
A. Une utilisation latente la notion à partir de l'arrêt *Corbeau* 90
B. L'obligation générale de définition des SIEG par les obligations de service public 93
Section 2. LA PRÉSENCE RELATIVE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC DANS LE PROCESSUS DE CATÉGORISATION DES SIG 96
§1. DES CHOIX MÉTHODOLOGIQUES À L'INITIATIVE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE 97
A. Le rejet d'une définition matérielle du service d'intérêt général 97
B. Une méthodologie fréinée par les domaines de compétences du droit de l'Union 100
§2 LA PRÉSENCE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC DANS LES SIG SUBORDONNÉE À SON INTÉRÊT FONCTIONNEL 102
A) L'absence de référence dans les SNEIG 103
B) Les références dans les SSIG présentant un caractère économique 105
TITRE 2 - LE RENFORCEMENT DE L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR LES MESURES DE RAPPROCHEMENT 111
Chapitre 1 - Les bases juridiques exploitées 115

Section 1. LA CONSOLIDATION DU RECOURS AUX DOMAINES DES TRANSPORTS, MARCHÉ INTÉRIEUR, ET CONCURRENCE....117

§1. L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC FAÇONNÉE PAR L'EXERCICE DE COMPÉTENCES PARTAGÉES....117
A. La mise en œuvre tardive de la politique des transports....117
1. Une politique indéterminée mais indispensable à la construction européenne....118
2. La suppression des freins matériels et institutionnels....121
B. Le débordement du champ de l'obligation de service public à travers le processus d'harmonisation du marché intérieur....124
1. Les conditions de déclenchement de l'article 114 TFUE....125
2. La multiplication des usages de l'article 114 TFUE relatifs à l'obligation de service public....127
§2. L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC FAÇONNÉE PAR LE POUVOIR DE SURVEILLANCE DE LA COMMISSION....129
A. LA reconnaissance d'un pouvoir de surveillance étendu....129
1. La consécration d'un pouvoir répressif et préventif dans le cadre de l'article 106 § 3 TFUE....129
2. L'absence d'obligation d'agir pesant sur la Commission....132
B. L'usage du pouvoir de surveillance au soutien des États membres....134
1. Le cantonnement volontaire par la Commission de son pouvoir de surveillance....134
2. L'affirmation d'une fonction d'accompagnement du pouvoir de surveillance de la Commission....139
Section 2. LA DIVERSIFICATION DES METHODES DE TRAITEMENT DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC....139

§1. LA RÉALISATION D'OBJECTIFS TRANSERVERSAUX CONTENUS DANS LES POLITIQUES SECTORIELLES....140
A. Le manque d'attractivité des politiques sectorielles....140
B. Une appropriation transversale des objectifs sectoriels....142
§2. LES NOUVELLES MANIFESTATIONS DE LA TECHNIQUE D'ATTRACTION ET DE PRÉEMPTION....144
A. Le dépassement des compétences résiduelles de l'Union grâce aux mécanismes de coopération....145
B. Les accords internationaux, nouvelle source d'extension du champ de l'obligation de service public ?....148
Chapitre 2 - Les bases juridiques inexploitables....153

Section 1. LA NEUTRALISATION DE L'ARTICLE 14 TFUE....155

§1. UNE DISPOSITION CONFORTATIVE....155
A. Des redondances sur la répartition des compétences....156
B. Une portée réduite par la méconnaissance du caractère fonctionnel de la notion de SIEG....158
§2. UNE DISPOSITION INUSITÉE....160
A. L'absence d'obligations pesant sur le législateur....160
B. Le rejet d'une approche transversale des SIEG....162
Section 2. L'AFFERMISSEMENT DU REJET D'UNE APPROCHE TRANSVERSALE DE l'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC....164

§1. LE RECOURS PEU OPÉRATOIRE À LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX....164
A. Le statut des SIEG dans la Charte....165
B. L'absence de justiciabilité de l'article 36....168

§2. ESSAI DE VALORISATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR LE DROIT PRIMAIRE....171
A. Une véritable constitutionnalisation des SIEG par la Charte....172
B. Une réécriture des articles 14 et 106 § 2 TFUE....175

DEUXIEME PARTIE - LA RECHERCHE D'UNE UNITÉ MATERIELLE DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC....181

TITRE 1 - LA NÉCESSAIRE CONTREPARTIE DE L'OUVERTURE CONCURRENTIELLE....183

Chapitre 1 - Un qualificatif associé à l'ouverture à la concurrence des activités en réseau 185

Section 1. LA RÉGULATION NÉCESSAIRE DES MARCHÉS EN RÈSEAU....186

§1. LES OBSTACLES À L'EXERCICE D'UNE CONCURRENCE PURE ET PARFAITE....186
A. L'utilisation de la théorie de l'équilibre général comme cadre général de l'économie de marché....186
B. Un modèle d'identification des imperfections des marchés....187
1) Les cas de défaillances de marché....187
2) Des défaillances observées au sein des activités de réseau....190
§2. LA CORRECTION DES DÉSÉQUILIBRES PAR DE NOUVELLES FORMES D'INTERVENTION DE L'ÉTAT....191
A. La régulation, cadre de correction des situations de concurrence imparfaite....192
B. La conciliation des antagonismes au sein des marchés en réseau par le recours à la théorie des facilités essentielles....194

Section 2. LES PRINCIPES DE L'OUVERTURE À LA CONCURRENCE....197

§1. LA GÉNÉRALISATION DU MODÈLE DE SÉPARATION ENTRE LA GESTION ET L'EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE....198
A. Les transports ferroviaires....198
B. Les transports aériens et maritimes....201
C. L'électricité et le gaz....203
D. Les communications électroniques....205
E. Les postes....207
§2. LES GARANTIES ESSENTIELLES DE L'EXPLOITATION DES INFRASTRUCTURES....208
A. L'identification des fonctions essentielles....208
1) Un noyau dur orienté sur la tarification et l'accès aux réseaux....209
2) Vers un élargissement des effets de la théorie des facilités essentielles ?....211
B. Les restructurations sociétales autour de l'exigence d'indépendance des gestionnaires d'infrastructure....213
C. Le maintien des équilibres par l'institution d'autorités de régulation....217

Chapitre 2 - Essai de systématisation du contenu de l'obligation de service public....221

Section 1. LE REJET D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE DU CONTENU DES SIEG PAR L'OBLIGATION DE SERVIC PUBLIC....222

§1. LA SUBSTANTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC....222
A. La consolidation de jalons matériels par la réalisation du marché intérieur des transports....222
1) Des jalons posés par le règlement 1191/69....223
2) L'affermissement d'un noyau dur d'obligations de service public....225
B. La fragilisation des jalons matériels par la réalisation du marché intérieur de l'énergie....228

§2. LE TARISSEMENT MATÉRIEL DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 232
A. L'interdiction par le droit primaire de déterminer le contenu du service public de radiodiffusion....233
1) Une mission de service public controversée 233
2) La reconnaissance d'une réserve de compétence au profit des États....235
3) Le dépassement de la réserve de compétence justifié par les pouvoirs de surveillance de la Commission 238
B. L'abandon d'une matérialisation des services publics de transports terrestres 241
1) Une révision nécessaire du règlement 1191/69 241
2) Le contenu de l'obligation de service public au cœur de la négociation du règlement 1370/2007 242
3) Un rejet du contenu de l'obligation de service public conforté par la révision du règlement 1370/2007 dans le cadre du 4ème paquet ferroviaire....246
Section. 2. L'EUROPÉANISATION DU CONTENU DES SIEG PAR L'OBLIGATION DE SERVICE UNIVERSEL 247
§1. L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE UNIVERSEL 248
A. Le service universel des communications électroniques 248
1) La reconnaissance du service universel par renvoi aux droits nationaux....248
2) L'élargissement du champ matériel du service universel 251
3) L'appréhension du service universel par le juge 253
B. Le service universel des postes 254
C. Le service universel de l'électricité 256
§2. L'ENRICHISSEMENT DES DROITS ATTACHÉS À LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE 259
A. Le dépassement de l'obligation de service public par l'obligation de service universel 259
B. Une démarche inaboutie 260
TITRE 2 - LE NOYAU DUR DES EXIGENCES INHÉRENTES AUX SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL 265
Chapitre 1 - La justification de l'obligation de service public 267
Section 1. L'INTERVENTION DE L'ÉTAT JUSTIFIÉE PAR LA GARANTIE DE L'ACCÈS À UN SERVICE....268
§1. UNE JUSTIFICATION RESSORTANT DU RECOURS À LA MÉTHODE INDUCTIVE....268
A. La convergence des obligations de service public autour de la notion d'accès ...269
B. La distinction entre la notion d'accès et les motifs d'intérêt général de l'intervention de l'État 272
§2. LA FONCTION DE L'ACCÈS 275
A. Vers une qualification plus rigoureuse de l'obligation de service public 275
B. Vers un approfondissement du contrôle des moyens grâce à l'exigence de cohérence 276
Section 2. LE CONDITIONNEMENT PARTIEL DE L'INTERVENTION DE L'ÉTAT PAR LE CRITÈRE DE LA DÉFAILLANCE DE MARCHÉ....278
§1. LA QUALIFICATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC SUBORDONNÉE AU DÉSINTÉRÊT COMMERCIAL DE L'ENTREPRISE 279
A. Une relation amorcée au sein des transports....279
1) Le recours à l'intérêt commercial pour apprécier le besoin réel de service public dans les transports....279

2) L'absence de contrôle de la légalité des obligations de service public dans les transports terrestres 283
B. L'absence de transversalité du critère de l'intérêt commercial 286
§2. L'AUTOMATICITÉ DE LA DÉFAILLANCE DE MARCHÉ PAR LE RECOURS AUX OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC 290
A. La défaillance de marché, reflet du rejet d'une appréhension transversale des SIEG 290
B. La contribution du droit à l'Union au renouvellement de la liberté du commerce et de l'industrie 293
Chapitre 2 - Les principes du fonctionnement des SIEG *301*
Section 1. LA SYSTÉMATISATION DES PRINCIPES NON SPÉCIFIQUES AUX SIEG 303
§1. L'APPLICATION DE PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION 303
A. L'élargissement de l'accès au SIEG par le principe de non-discrimination 304
B. Le principe de transparence des relations entre l'État et les entreprises réalisant les obligations de service public 305
1) Une exigence limitée de la transparence 306
2) Une exigence affirmée de la transparence 307
§2. L'INFLUENCE DES EXIGENCES ESSENTIELLES SUR LE FONCTIONNEMENT DES SIEG 309
A. Une « nouvelle approche » de la réalisation du marché intérieur 310
B. La détermination d'exigences minimales applicables aux SIEG 313
Section 2. L'ABSENCE DE SYSTÉMATISATION DE PRINCIPES SPÉCIFIQUES AUX SIEG 316
§1. L'AFFERMISSEMENT DES LOIS ROLLAND DANS L'APPROCHE SECTORIELLE DES SIEG 317
A. L'approfondissement du principe de non-discrimination 317
1) Le principe d'accessibilité tarifaire par le recours au standard de l'abordabilité 317
2) La fragilisation de l'abordabilité par la pénétration des principes de l'économie de marché 321
B. La continuité, un principe insuffisamment exploité 322
C. La mutabilité, un paramètre régulant l'intervention de l'État 325
§2. UNE APPRÉHENSION TRANSVERSALE REJETÉE PAR LA PRÉSERVATION DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DES ÉTATS MEMBRES 328
A. Le rejet des lois Rolland en tant que principes structurants des SIEG 328
B) La clarification nécessaire des formules jurisprudentielles : l'exemple de l'affaire *Gebhart Hiebler* 331
TROISIEME PARTIE - L'ÉCLATEMENT DES DISPOSITIFS DE FINANCEMENT DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 337
TITRE 1 - LA PRÉSERVATION DES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC 339
Chapitre 1 - La préservation de l'équilibre financier de l'entreprise *341*
Section 1. UNE DÉROGATION D'ORIGINE PRÉTORIENNE 342
§1. UNE SPÉCIFICITÉ DÉGAGÉE DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 106 § 2 TFUE 342

A. L'échec de l'exécution des obligations de service public en l'absence de rentabilité de l'entreprise 343
B. Un motif utilisé dans le cadre du test de nécessité 345
§2. UNE SPÉCIFICITÉ FRAGILISÉE....346
A. Un élargissement artificiel de la solution *Corbeau* 346
B. Le recours à la notion de préservation de l'équilibre financier en dehors de l'article 106 § 2 TFUE 348
Section 2. UN MOTIF UTILISÉ POUR APPRÉCIER LA PORTEE DES DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS 352
§1. LA PRÉSERVATION DES DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS AU SEIN DES SIEG....352
A. Le financement de l'activité d'intérêt général par la péréquation interne des coûts 352
B) Une technique justifiant l'absence de transversalité de la défaillance de marché comme critère conditionnant l'intervention de l'État....356
§2. LE REJET DES DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS EN DEHORS DES SIEG 358
A. La rejet d'une péréquation externe des coûts 358
B. Les hypothèses de restrictions aux activités externes aux SIEG 360
1) Une hypothèse essentiellement théorique 360
2) Une approche mobilisée par le législateur dans les transports terrestres 361
Chapitre 2 - Les modes d'imposition des obligations de service public....367
Section 1. LA PROCÉDURALISATION DE L'ATTRIBUTION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC 368
§1. LA QUALIFICATION D'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC, VECTEUR D'EXTENSION DES EXIGENCES ASSOCIÉES AU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION....368
A. Des obligations issues des principes fondamentaux de la commande publique...368
B. L'obligation de service public, fondement d'exclusions 372
1) Une exclusion partielle et opportune dans les transports terrestres 372
2) Les exclusions pour certaines relations entre personnes publiques 376
3) Les exclusions justifiées par la préservation de certaines fonctions étatiques .379
§2. LE RÔLE D'ORGANISATION DU MARCHÉ PAR L'ÉTAT ILLUSTRÉ PAR LES MODES DE DÉVOLUTION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC 381
A. Le recours à la réglementation applicable à un secteur 381
B. Le recours au procédé contractuel 383
1) Le contrat de service public, un procédé d'exception devenu le mode usuel de dévolution des obligations de service public 383
2) Les limites de la définition actuelle de l'obligation de service public 385
Section 2. LE RENOUVELLEMENT DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE DU SIEG PAR L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC....386
§1 LA FRAGILISATION DE L'INTENSITÉ DU LIEN ENTRE LE SIEG ET L'ÉTAT....387
A. L'assouplissement de la qualification de l'acte de puissance publique 387
B. La qualification de l'obligation de service public indépendamment de l'acte de puissance publique 391
§2. LA SUPPRESSION DU LIEN ENTRE LE SIEG ET L'ÉTAT 393
A. L'absence de dérogation attachée à la réalisation des obligations de service public 393
B. La valorisation d'une approche matérielle du SIEG....394

TITRE 2 - LA TECHNICISATION DE L'OBLIGATION DE SERVICE PUBLIC PAR L'EVOLUTION DES DISPOSITIFS DE FINANCEMENT 399

Chapitre 1 - L'adaptation du droit des aides d'État *401*

Section 1. LA NATURE JURIDIQUE DU FINANCEMENT DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC 402

§1. UNE APPRÉHENSION PAR LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT 402
A. Les conditions de qualification de l'aide d'État 402
B. La justification de l'aide d'État sur le fondement de l'article 106 § 2 TFUE 406
§2. LA SOUSTRACTION DU FINANCEMENT DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC AU DROIT DES AIDES D'ÉTAT 408
A. Une nature juridique controversée par les incertitudes sur la notion d'obligation de service public 408
1) L'absence de continuité jurisprudentielle 408
2) Les interprétations proposées 410
B. La consécration de l'approche compensatoire 413
1) Une approche consacrée puis explicitée 413
2) Une spécificité volontairement cantonnée aux SIEG par la Cour de justice 416

Section 2. LE DÉPASSEMENT DE L'APPROCHE COMPENSATOIRE 417

§1. L'ARTICULATION DE LA SOLUTION ALTMARK AVEC L'ARTICLE 106 § 2 TFUE 417
A. La confusion de la solution *Altmark* avec l'article 106 § 2 TFUE 418
B. La fragilisation de l'effet utile de l'article 106 § 2 TFUE 419
§2. LA RÉINTÉGRATION DU FINANCEMENT DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS LE CHAMP DES AIDES D'ÉTAT 420
A. Un rapprochement des méthodes d'appréciation de la compensation de service public 421
B. Les difficultés de mise en œuvre des critères 425

Chapitre 2 - Le recours aux Fonds *431*

Section 1. L'INTÉRÊT CONTRASTÉ DES FONDS DE COMPENSATION 432

§1. LA DÉTERMINATION DU CHAMP DES CONTRIBUTEURS 433
§2. LA TRANSFORMATION DES MOYENS DE RÉALISATION DES OBLIGATIONS DE SERVCIE PUBLIC : l'EXEMPLE DE l'ARRÊT Messer France SAS contre Premier Ministre 435

Section 2. LE MANQUE DE VISIBILITÉ DES FONDS STRUCTURELS 438

§1. UN MODE DE FINANCEMENT CONDITIONNÉ PAR LA SUBSIDIARITÉ 439
§2. UN MODE FINANCEMENT ORIENTÉ ESSENTIELLEMENT VERS LA PRÉCARITÉ ET L'INTEROPÉRABILITÉ DES INFRASTRUCTURES 441

CONCLUSION GÉNÉRALE 449

ANNEXE – TABLEAU RÉCAPITULATIF DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC 455

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE 459

TABLE DE JURISPRUDENCE 493

TEXTES OFFICIELS 519

INDEX ALPHABÉTIQUE 545

TABLES DES MATIÈRES 551

L'obligation de service public en droit de l'Union européenne

Cantonnée à l'origine dans le traité CEE au sein de la politique des transports, l'obligation de service public irrigue désormais de nombreux domaines du droit de l'Union. Si elle est essentiellement associée dans l'exercice des compétences de l'Union à l'ouverture à la concurrence des activités en réseau, l'obligation de service public sert plus généralement dans le champ du droit de l'Union à matérialiser le contenu des services d'intérêt général. Conçue de manière sectorielle afin de préserver la marge d'appréciation des États membres dans la définition, le fonctionnement, et le financement de ces activités, elle ne contribue que partiellement à unifier la notion de service d'intérêt général. En justifiant des interprétations spécifiques de certaines catégories juridiques du droit de l'Union européenne, l'obligation de service public contribue en revanche à mettre en évidence une approche de l'intégration centrée sur la préservation des intérêts étatiques. Et si son rattachement à la fonction d'organisation du marché par l'État continue d'en faire un instrument dérogeant au droit commun, ce lien perd de son automaticité. L'obligation de service public amorce, alors, un renouvellement de l'approche fonctionnelle du service d'intérêt général.

Public Service Obligation in European Law

After being confined in the Transport policy by the EEC Treaty, the public service obligation is now related on several Union's areas. Mainly linked to the networking activities within the European Union's exercise of competences, the public service obligation is being used as an overall way to identify the SGI substance within the field of European Law. Shaped on a sectoral basis in order to maintain the Member States margin of discretion about the definition, the operation, and the funding of such services, it partially contributes to unify the SGEI notion. By justifying specific interpretations of EU legal categories, the public service obligation however promotes it in a European integration process based on Member States' interests. Bonded to the market monitoring ensured by Member States, the public service obligation continues to be a mean to override ordinary law. This link is becoming less intense. The public service obligation hence starts the renewal functional approach of the SGEI notion.

Mots clés : obligation de service public – service d'intérêt général – service d'intérêt économique général – activités en réseaux – politique des transports – politique de concurrence – marché intérieur – aide d'État – Fonds structurels.

Institut du Développement et de la Prospective (IDP), Faculté de droit, d'économie, et de gestion de Valenciennes, Université Polytechnique Hauts-de-France, 1 place des Cent Têtes, 59300 Valenciennes.