



La réglementation des services entre droit administratif comparé,
droit administratif européen et droit administratif global"

Vendredi 8 février 2008

L'exemple du traitement communautaire des services d'intérêt économique général

Sur base de l'ouvrage « *Les services publics locaux face au droit communautaire. Les exigences du marché intérieur* », La Documentation française, 2007¹
Stéphane Rodrigues²

L'ouvrage est introduit par un rappel du cadre juridique communautaire d'ensemble applicable aux activités de service et de son applicabilité de principe aux services publics locaux. Il se focalise ensuite sur trois composantes du droit positif communautaire qui ont ou qui sont susceptibles d'avoir un impact, direct ou indirect, sur le régime des services publics locaux (ci-après « les SPL ») : le statut réservé aux activités qualifiées de service d'intérêt économique général (ci-après « les SIEG ») (I) ; l'encadrement des concessions et délégations de service public (II) et les prescriptions de la directive relative au marché intérieur des services (III). Seules les parties I et II seront ici évoquées.

INTRODUCTION

Rappel de quelques notions du traité CE sur la liberté professionnelle (liberté d'établissement de l'article 43 CE + libre prestation de services de l'article 49 CE) :

- Champ d'application
- Contenu
- Limitations autorisées.

I – Le régime communautaire des SIEG découlant du traité

Si l'émergence d'un véritable régime communautaire des SIEG est encore un phénomène récent, le droit administratif français ne peut plus l'ignorer aujourd'hui pour au moins deux raisons : d'une part, parce qu'un nombre croissant des activités auxquels correspondent les services publics nationaux sont susceptibles d'être qualifiés d'économiques et de ce fait de tomber dans le champ d'application des règles de libre circulation (et de libre concurrence) du traité CE ; et, d'autre part, que ces mêmes activités n'en conservent pas moins une certaine spécificité liée à leur caractère d'intérêt général, spécificité que le droit communautaire peut, voire doit, prendre en considération à travers le régime particulier réservé précisément aux SIEG par la combinaison des articles 16 et 86, paragraphe 2, CE.

A. Définitions et notions en présence

¹ A partir d'une étude pour le compte du Centre d'études et de prospective du Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des Collectivités territoriales. L'approche spécifique des services publics locaux ne sera pas présentée en tant que telle, notamment quant au traitement communautaire des concessions et délégations de service public (v. la partie II de l'ouvrage).

² Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Centre de recherche sur l'Union européenne.

On peut considérer la notion de service d'intérêt général (SIG) comme une création doctrinale en ce sens que c'est la Commission européenne qui l'a utilisée, pour la première fois, dans un acte de droit dérivé non contraignant, à savoir sa communication de 1996 sur « *les services d'intérêt général en Europe* »³. Le concept de SIG demeure d'ailleurs à ce jour cantonné à des communications de la Commission qui ont, soit donné suite à l'initiative de 1996 avec les communications de 2000⁴ et de 2001⁵, soit ouvert de nouvelles perspectives avec un livre vert en 2003⁶ suivi d'un livre blanc en 2004⁷.

Il en est de même de la notion de « *services sociaux d'intérêt général* » (SSIG) qui a été consacrée, comme annoncé dans le livre blanc précité sur les SIG, par une communication du 26 avril 2006 de la Commission⁸ et confirmée dans une communication du 20 novembre 2007⁹.

En revanche, le Traité de Rome connaît, depuis ses origines en 1957, deux autres notions qui ont donc préexisté à celles de SIG et de SSIG : la notion même de service public et le concept de SIEG. Tandis que le droit dérivé a donné naissance à une autre notion proche : celle de service universel. Il y a donc concurrence entre ces notions qui peut nuire à la lisibilité et à la compréhension des concepts en jeu même si leur objectif commun est de rendre compte d'activités d'intérêt général.

A1. Les références du droit primaire et du droit dérivé

Pour appréhender les activités de service public, le traité de Rome de 1957 utilise le concept de SIEG dans l'article 90, paragraphe 2, devenu article 86, paragraphe 2, CE, aux termes duquel : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* ».

Le Traité d'Amsterdam de 1997 a confirmé la référence au concept de SIEG à travers un nouvel article 7D, devenu article 16 CE, qui énonce ce qui suit :

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

En ce qu'il est inséré dans la deuxième partie du traité consacrée aux « *principes* » de l'action communautaire, l'article 16 CE participe à une approche positive, et non plus dérogoire, de la place du service public dans le droit communautaire. En effet, même s'il ne fournit aucun élément précis pour une définition des concepts visés, il permet désormais de distinguer

³ Publiée au *JOCE* C 281 du 26.9.1996, p.3.

⁴ Publiée au *JOCE* C 17 du 19.1.2001, p. 4.

⁵ COM (2001) 598 final du 17 octobre 2001, rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken.

⁶ COM (2003) 270 final du 21 mai 2003. Voir aussi le rapport concernant la consultation sur le Livre vert : SEC (2004) 326 du 29 mars 2004.

⁷ COM (2004) 374 final du 12 mai 2004.

⁸ COM (2006) 177 final : « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne* ».

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

clairement le sort réservé aux missions même de service public identifiées à travers le SIEG (et auxquelles s'adresse l'article 16 CE) de celui réservé aux prestataires de ces missions, les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG telles que mandatées par les Etats membres (et auxquelles s'adressent l'article 86-2 CE).

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a pour sa part, toujours voulu retenir une approche fonctionnelle et matérielle dans l'interprétation de l'article 86-2 CE, au détriment d'une approche organique, afin d'identifier les missions et les conditions dans lesquelles le SIEG est assumé et les contraintes qui s'imposent dans sa gestion. Dans son arrêt de principe *Paul Corbeau* de 1993, la Cour qualifie ainsi la Poste belge de SIEG après avoir constaté que le législateur avait chargé cette entreprise de la mission « *d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* »¹⁰.

Ce faisant, le juge communautaire cherche à écarter tout amalgame entre les concepts d'entreprise publique et de service public, ou encore entre les missions et les statuts des organismes qui les assument, ce dont le législateur communautaire a tenu compte en développant d'autres notions dans le droit dérivé pour rendre compte d'activités ou de missions d'intérêt économique général.

La plupart des directives de libéralisation et d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux (énergie, postes et télécommunications, transports) ont donné naissance à deux concepts dérivés ou proches de celui de SIEG : celui d'obligations de service public (ci-après « OSP ») et celui de service universel (ci-après « SU »).

La notion d'OSP, dérivée de l'article 73 CE dans le secteur des transports¹¹, a été plus récemment introduite dans les textes de libéralisation des marchés de l'électricité¹² puis du gaz¹³. Les Etats membres sont autorisés à imposer aux entreprises de ces secteurs, « *dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat* ». De telles obligations doivent toutefois être « *clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises (concernées) de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux* ». Par ailleurs, pour ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement, l'efficacité énergétique ou la gestion de la demande, ainsi que les objectifs environnementaux précités, les États membres peuvent mettre en oeuvre « *une planification à long terme, en tenant compte du fait que des tiers pourraient vouloir accéder au réseau* ».

¹⁰ V. point 15 de l'arrêt du 19 mai 1993, C-320/91, rec. I-2533 ; confirmé encore récemment par : CJCE, 15 novembre 2007, *International Mail Spain SL*, C-162/06, non encore publié au Recueil.

¹¹ V. règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 156) et règlement (CEE) n° 1107/70 du Conseil, du 4 juin 1970, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 130) ; abrogés et remplacés par le règlement (CE) 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 (JO L 315).

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

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

La notion de SU trouve, pour sa part, ses origines dans la réglementation communautaire des réseaux et services de communications électroniques¹⁴ et des activités postales¹⁵, de la fourniture d' « *un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable* ».

Conscient peut-être que la diversité des concepts utilisés peut nuire à la cohérence du régime auxquels ils correspondent, le législateur communautaire semble favoriser un rapprochement des concepts. C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'introduction de la notion de SU dans le secteur de l'électricité. La directive 2003/54/CE demande aux Etats membres de veiller à ce que tous les clients résidentiels, pour le moins et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises aient le droit de bénéficier d'un SU défini comme étant le droit « *d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents* ».

Reste que cette tendance, *a priori* louable, n'a guère prospéré depuis lors dans le droit dérivé. On a même vu apparaître un nouveau concept de droit dérivé à l'occasion de l'adoption en décembre 2006 de la directive sur les services dans le marché intérieur : celui des services d'intérêt général non économiques (ci-après « SIGNE »), sans guère de précision supplémentaire sur le contenu du concept¹⁶. Toutefois, il est raisonnable de penser que cette nouvelle catégorie s'inspire des réflexions menées par ailleurs par la Commission et dont il découle une ouverture supplémentaire dans le champ conceptuel relatif aux activités d'intérêt général.

A2. Une doctrine en formation : SIG et SSIG

La notion même de SIG fait son apparition dans une communication de la Commission de 1996¹⁷, complétée ensuite par plusieurs autres communications¹⁸. Le concept de SIG y est présenté comme un concept fédérateur, dans lequel s'intégreraient SIG économiques et non économiques. La définition retenue a d'ailleurs évolué, ce qui démontre que l'exercice n'est pas stabilisé. Ainsi, dans son Livre blanc de 2004 la Commission visait-elle les « *activités de service, marchand ou non, considérées comme d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public* »¹⁹. Dans sa dernière communication de 2007, la Commission ne fait plus référence à la distinction marchand/non marchand, mais à celle, plus classique en droit communautaire, entre économique/non économique : « *les services d'intérêt général peuvent être définis comme les services, tant économiques que non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* »²⁰. Reste tout de même à s'entendre sur la distinction entre activités économiques et non économiques.

Rappelons que l'article 2 du Traité CE donne comme mission, entre autres, à la Communauté européenne, de promouvoir un développement harmonieux, équilibré et durable des « *activités économiques* » dans l'ensemble de la Communauté. La notion d'activité économique n'est pas pour autant définie par le traité. Pour la Cour, il s'agit de toute activité

¹⁴ V. directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au service universel et aux droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (JO L 108).

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

¹⁶ V. article 2.2 sous a) de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, qui les exclue de son champ d'application (JO L 376).

¹⁷ JOCE n°C 281 du 26.9.1996.

¹⁸ Notamment une 2^{ème} communication sur les SIG de 2000, un rapport au Conseil européen en 2001, un livre vert en mai 2003, un livre blanc en mai 2004 et, en dernier lieu, la communication précitée de novembre 2007.

¹⁹ COM (2004) 374 final du 12 mai 2004.

²⁰ CMO (2007) 725 précitée.

qui « offre des biens et des services sur le marché »⁽²¹⁾. La notion d'activité économique est particulièrement importante en droit communautaire puisqu'elle est également à la base de la définition jurisprudentielle du concept d'entreprise : « dans le contexte du droit de la concurrence (...), la notion d'entreprise comprend toute unité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et son mode de financement »⁽²²⁾. Peut ainsi exercer une activité économique un organisme à but non lucratif. Il a été jugé en ce sens pour un organisme gérant un régime complémentaire et facultatif d'assurance vieillesse des professions agricoles fondé sur le principe de la capitalisation⁽²³⁾. De même, l'activité d'un fonds de pension déterminant le montant des cotisations, fixant celui des prestations en fonction des résultats financiers de ses placements et adoptant le principe de la capitalisation, a été considérée comme une activité économique aux yeux du juge communautaire⁽²⁴⁾. En revanche, la gestion d'un régime obligatoire d'assurance maladie ne constitue pas une activité économique dès lors qu'elle « remplit une fonction de caractère exclusivement social », parce que fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif⁽²⁵⁾.

De même, ne présente pas un caractère économique l'activité exercée se rattache à l'exercice de « prérogatives typiquement de puissance publique »⁽²⁶⁾. Le champ de cette exception a pu, dans un premier temps, être interprété de manière souple par le juge qui n'a pas hésité à en faire application à l'activité de surveillance antipollution d'un port, au nom de la protection de l'environnement⁽²⁷⁾. Toutefois, une interprétation restrictive nous semble devoir s'imposer, pour ne viser que les activités de nature régaliennne, à savoir les activités qui « relèvent intrinsèquement de la prérogative de l'État (telles que la sécurité intérieure et extérieure, l'administration de la justice, la conduite des relations extérieures et les autres domaines d'exercice de la puissance publique) »⁽²⁸⁾.

Il n'en reste pas moins que la frontière n'est pas toujours facile à tracer, une « zone grise » ayant tendance à apparaître lorsque sont appréhendées certaines activités à l'instar des services sociaux d'intérêt général (ci-après « SSIG »)²⁹. Consciente de cette difficulté, la Commission s'est bien gardée de proposer une définition de ces SSIG, notamment dans sa communication d'avril 2006, la première consacrée à ces services sociaux.

Sont tout de même distinguées deux catégories de SSIG : d'une part, les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale ; et, d'autre part, « les autres services essentiels prestés directement à la personne » (s'en suit une liste indicative autour de quatre pôles : l'aide aux personnes dans le besoin, l'aide à l'insertion et à la formation, l'inclusion des personnes handicapées ou malades, et le logement social). La communication propose alors une série de « caractéristiques d'organisation » pour mieux appréhender les SSIG : fonctionnement sur la base du principe de solidarité ; caractère polyvalent et personnalisé du service intégrant la garantie de droits humains fondamentaux ; absence de but lucratif ; participation de volontaires et de bénévoles ou, encore, grande proximité et relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation « normale » de type fournisseur/consommateur et nécessitant ainsi la participation d'un tiers payant³⁰.

²¹ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, 118/85, rec. 2599, paragraphe 3.

²² CJCE, 23 avril 1991, C- 41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, Rec. 1991, p. I-1979.

²³ CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, C-244/94, Rec. 1995, p. I-04013.

²⁴ CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV*, C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751.

²⁵ CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, Rec.1993, p. I-637.

²⁶ CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, C-364/92, Rec.1994, p. I-43.

²⁷ CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, rec. I-1547.

²⁸ En ce sens, la communication de la Commission de 2000 sur les services d'intérêt général, in *JOCE* n°C 17 du 19.1.2001, paragraphe 28.

²⁹ V. dossier *AJDA* sur les services sociaux, n°4/2008, du 4 février 2008.

³⁰ V. COM (2006) 177 et COM (2007) 725 précitées.

Quoiqu'il en soit, le SSIG correspond à une telle variété et complexité de missions, qu'il se prête avec réticence à un exercice de définition, à la différence, peut-être, des SIEG fournis par les industries en réseaux (énergie, postes et télécommunications, transports). Le traitement des services de santé, non visés par la communication précitée de 2006 sur les SSIG, fournit un autre exemple de cette difficulté, la Commission éprouvant d'ailleurs quelque difficulté à adopter un instrument communautaire qui leur soit consacré³¹.

B. Le régime particulier des SIEG en droit communautaire

Il découle de l'article 86-2 CE un régime dérogatoire au droit commun pour les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG (1), dont le sort réservé aux compensations dites de service public est un des derniers avatars (2).

B1. Portée et conditions d'application du régime dérogatoire de l'article 86-2 CE :

S'il ressort clairement de la jurisprudence que "*s'agissant d'une disposition qui permet, dans certaines circonstances, une dérogation aux règles du traité, la définition des entreprises qui peuvent l'invoquer doit être d'interprétation stricte*"³², la question du champ d'application matériel de l'article 86-2 CE s'est posée pour savoir, en d'autres termes, si cette dérogation pouvait jouer quelle que soit la règle du traité en jeu. La réponse de la Cour a été positive vis-à-vis de l'ensemble des règles du traité³³.

Trois séries de conditions sont requises pour bénéficier de l'article 86-2 CE : un mandatement officiel ; l'échec à la mission de service public et la préservation de l'intérêt communautaire.

Condition n°1 : le mandatement officiel

En premier lieu, l'organisme concerné doit démontrer qu'il s'est vu expressément et effectivement confier une mission de service public « *par un acte de puissance publique* »³⁴, qu'il s'agisse d'une loi³⁵, d'un acte réglementaire, d'un contrat de concession de droit public³⁶ ou encore en application d'une convention internationale³⁷.

Dès lors, de simples relations entretenues avec les pouvoirs publics ne sauraient suffire. En revanche, peu importe que la mission en question ait été confiée à la suite d'une demande de l'entreprise ou de l'organisme missionné. Partant en effet du principe qu'une mission de service public peut être confiée à un opérateur par une concession de service public et qu'une concession ne peut être octroyée qu'avec l'acceptation du concessionnaire, le Tribunal en a déduit que « *l'intervention de l'opérateur chargé d'une mission de service public dans le processus par lequel cette mission lui est confiée ne s'oppose pas à ce que cette mission résulte d'un acte de la puissance publique* ». ³⁸ De même, le fait que l'entreprise en question décide par la suite d'abandonner en tout ou partie l'exploitation de la mission, « *n'est pas de*

³¹ V. les projets de communication et de directive pour la mise en œuvre des droits des patients en matière de soins de santé transfrontières, dont l'adoption était annoncée pour la mi-décembre 2007 mais reportée *sine die* depuis lors.

³² En ce sens : CJCE, 21 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, 127/73, Rec. p. 318, point 19.

³³ V. les arrêts précités dans les affaires Port de Mertet, Corbeau et EDF-GDF.

³⁴ Jurisprudence constante depuis l'arrêt *BRT c. SABAM*, précité, de 1974. Voir aussi TPICE, 13 juin 2000, *EPAC/Commission*, T-204/97 et T-270/97, Rec. II-2267, point 126, et la jurisprudence citée.

³⁵ V. Arrêt « *Corbeau* » précité, concernant le monopole légal de la distribution du courrier en Belgique.

³⁶ V. Arrêt *Commune d'Almelo*, précité, concernant la concession par le ministre de l'économie de la distribution régionale d'électricité aux Pays-Bas.

³⁷ V. Arrêt *Deutsche Post*, précité, de 2000, à propos de la Convention postale universelle.

³⁸ V. Arrêt *Fred Olsen*, précité.

nature à démontrer qu'aucun acte de la puissance publique ne charge(ait)(ladite entreprise) de la gestion d'un service d'intérêt économique général »³⁹.

Reste une question encore ouverte : le mandatement emporte-t-il implicitement mais nécessairement l'obligation de fournir le service en question ? Cette interrogation a vu le jour à propos de la directive Services du 13 décembre 2006 (v. infra) et plus précisément à la lecture du « Manuel » relatif à la mise en oeuvre de cette directive, élaboré par la Commission durant l'été 2007 et qui, à propos des services sociaux exclus du champ d'application du texte, estime que pèse sur l'entreprise mandatée pour assumer une mission d'intérêt général une obligation de faire⁴⁰. Il n'est pas impossible qu'en postulant cela, la Commission ait à l'esprit la jurisprudence de la Cour sur la carence du service public qui conduit à refuser d'appliquer l'article 86, paragraphe 2, CE si l'entreprise qui en revendique le bénéfice "n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités"⁴¹.

Condition n°2 : l'échec à la mission de service public

En second lieu, le gestionnaire du SIEG doit être en mesure de démontrer que l'application des règles du traité ferait « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière » qui lui a été impartie. Là réside le cœur du contrôle exercé par le juge communautaire au titre de l'article 86-2 CE et qui résume parfaitement l'esprit dans lequel la régulation des entreprises de réseaux s'opère.

Le juge va tout d'abord vérifier que les obligations revendiquées par le gestionnaire du SIEG comme devant justifier une dérogation aux règles de concurrence notamment, « *présentent un lien avec l'objet du service d'intérêt économique général en cause* » et « *visent directement à contribuer à la satisfaction de cet intérêt* »⁴².

Ensuite, le juge appréciera dans quelle mesure les restrictions à la concurrence « *s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci* »⁴³. Ce critère de nécessité s'apprécie lui-même au regard de l'accomplissement de la mission « *dans des conditions économiquement acceptables* » ou « *équilibrées* »⁴⁴. C'est ainsi que la Cour de justice, dans l'affaire « Corbeau » précitée, a su être sensible aux risques d'écroulement qui résulteraient d'une ouverture trop grande à la concurrence de tous les services postaux, au détriment du service de base et a ainsi admis certaines formes de subventions croisées au sein de l'opérateur historique. Le juge communautaire opère ce faisant un contrôle de proportionnalité.

Mais, s'il n'est pas exigé d'attendre que la « *viabilité économique* » de l'entreprise de service public soit « *menacée* » pour revendiquer le bénéfice de l'article 86-2 CE⁴⁵, encore faut-il, en quelque sorte, mériter cette dérogation, en ce sens que si, de fait, l'entreprise investie d'une

³⁹ *Ibid.*, point 189.

⁴⁰ Document de la DG Marché intérieur de la Commission, téléchargeable à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_fr.pdf. On notera toutefois que la première version du document en français ne comportait pas cette référence à l'obligation de prester, alors que la version en langue anglaise, celle du document original, l'incluait. La mise en concordance des versions linguistiques a donc conduit à aligner le texte français sur le texte anglais, à la lecture de la nouvelle version disponible sur le site internet de la Commission.

⁴¹ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, précité ; 11 décembre 1997, *Job Centre coop. Arl*, C-55/96, rec. I-7119 et 8 juin 2000, *Giovanni Carra*, C-258/98, rec. I-4217, tous rendus à propos des activités d'offices publics de l'emploi.

⁴² En ce sens, l'arrêt précité de la Cour de 1997 dans l'affaire dite EDF-GDF.

⁴³ En ce sens : l'arrêt *Commune d'Almelo*, précité, de 1994.

⁴⁴ En ce sens : les arrêts *Corbeau* (1993) et *Deutsche Post* (2000) précités. Voir aussi l'arrêt précité *TNT Traco*, de 2001, qui précise que la charge de service public doit reposer sur l'entreprise « *indépendamment de la rentabilité du secteur desservi* ».

⁴⁵ En ce sens : l'arrêt *EDF-GDF*, précité, de 1997.

mission d'intérêt général se révèle incapable de satisfaire à celle-ci, elle ne saurait s'en prévaloir comme garde-fou contre toute forme de concurrence⁴⁶.

Condition n°3 : la préservation de l'intérêt communautaire

Il convient enfin de démontrer que le « *développement des échanges* » n'est pas affecté « *dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* ».

On pense tout naturellement à la condition de non affectation du commerce entre Etats membres visée aux articles 81 et 82 CE pour interdire les ententes anti-concurrentielles et les abus de position dominante. La jurisprudence de ces articles énonce que le commerce entre États membres est affecté dans les cas où il est possible, « *sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant que le comportement en question puisse exercer une influence sur les courants d'échange entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique dans tous les États membres* »⁴⁷.

Toutefois, l'article 86-2 semble davantage renvoyer à l'intérêt communautaire que le juge est amené à mettre en balance avec l'intérêt national ou local porté par le SIEG⁴⁸. Or, le contrôle de proportionnalité que le juge opère à nouveau ici risque de ne pas toujours être des plus simples à rendre objectif.

Certes, l'appréciation de l'affectation peut en soi être en tout ou partie quantifiable, lorsqu'il s'agit de constater que les mesures en cause « *sont de nature à avoir des effets restrictifs (...) à un point tel que les échanges intracommunautaires dans le secteur concerné en deviennent pratiquement inexistantes* »⁴⁹. A cet égard, la charge de la preuve s'inverse, puisque c'est à la Commission, et non aux Etats membres, de démontrer en quoi l'intérêt communautaire serait affecté par la dérogation aux règles du traité au profit du SIEG.⁵⁰

B2. Le cas particulier des compensations de service public

Dans le cadre de l'application des articles 87 et 88 CE, le juge communautaire exerce classiquement un contrôle de nécessité et de proportionnalité de l'aide accordée à l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG. Cela n'a pas empêché un débat qui a culminé avec l'arrêt de principe « *Altmark* » de juillet 2003⁵¹ qui a le mérite de trancher entre deux conceptions: la conception stricte de la qualification d'aide d'Etat et celle, plus ouverte, de la compensation.

L'approche privilégiant la qualification d'aide d'Etat avant d'avoir à appliquer l'exception de service public a été privilégiée dans un premier temps par la Commission et lorsqu'elle a voulu s'en départir, elle a été sanctionnée par le Tribunal de première instance dans l'affaire, déjà citée, dite F.F.S.A., où était en cause l'allégement fiscal accordé à La Poste française pour ses prestations en matière d'assurances⁵². Le TPICE donna tort à la Commission qui avait considéré que cette mesure ne constituait pas une aide d'Etat en faisant application, au

⁴⁶ V. jurisprudence précitée sur la carence du service public, à propos d'offices publics de placement de main d'œuvre qui n'étaient « *manifestement pas en mesure de satisfaire la demande présentait le marché du travail* ».

⁴⁷ Cf. CJCE, 11 juillet 1985, *Remia e.a./Commission*, 42/84, rec. 2545, point 22 et CJCE, 21 janvier 1999, *Bagnasco*, C-215/96 et C-216/96, Rec. I-135, point 47.

⁴⁸ Pour la Cour, il s'agit en effet de « *concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou fiscale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun* » : CJCE, 19.3.1991, *France/Commission*, C-202/88, rec. I-1223, spéc. point 12.

⁴⁹ Pour reprendre l'approche proposée par l'avocat général COSMAS sous les arrêts précités du 23 octobre 1997, *EDF-GDF*.

⁵⁰ Voir en ce sens : CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, C-157/94, Rec. I-5699.

⁵¹ CJCE, 24 juillet 2003, C-280/00, Rec. I-7747, in *A.J.D.A.* 2003, p. 1739.

⁵² Arrêt précité du TPICE de 1997 dans une affaire T-106/95.

stade de la qualification, de l'article 86, § 2 CE⁵³. Pour lui, au contraire, il s'agissait bien d'une aide au sens l'article 87, § 1, et l'article 86, § 2 CE ne pouvait être utilisé qu'*a posteriori* de la qualification d'aide, en tant que dérogation au principe d'interdiction.

C'est cette approche 'aide d'Etat' qui va être remise en cause par la Cour favorable à l'approche compensatoire, d'abord de manière quelque peu elliptique dans une affaire « *Ferring* »⁵⁴, puis, plus clairement, dans l'affaire « *Altmark* » : une compensation de service public peut ne pas être qualifiée d'aide d'Etat au regard de l'article 87 CE si quatre conditions sont réunies de manière cumulative :

« - *premièrement, l'entreprise bénéficiaire a été effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;*
- *deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;*
- *troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des surcoûts 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 chargée de l'exécution des obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ».*

Ces conditions relativement sévères peuvent paraître tempérer l'absence de qualification d'aide d'Etat de la subvention de service public, mais elles ne lèvent pas toute incertitude quant à leur contenu et quant à leur portée, ce qui rend d'autant plus malaisée la tâche du juge national à qui il revient de les interpréter et de les appliquer au cas par cas. Comment, par exemple, appréciera-t-il le caractère objectif et transparent du calcul de la compensation, notamment en l'absence de comptabilité analytique, malgré les prescriptions de la directive dite « *Transparence* » de 1980⁵⁵? Comment doit-il quantifier le « *bénéfice raisonnable* » pour l'exécution des obligations de service public ? Qu'est-ce qu'une « *entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée* » ?

Par ailleurs, du point de vue de la sécurité juridique pour les bénéficiaires des compensations, que se passera-t-il si une autorité publique, nationale ou locale, estimant que la compensation qu'elle entend octroyer à une entreprise en charge d'un SIEG satisfait aux conditions posées par la Cour, ne la notifie pas à la Commission et que cette dernière est par la suite saisie d'une plainte d'une entreprise concurrente, plainte dont le traitement aboutit *in fine* à constater la qualification d'aide illégale de ladite compensation et à en exiger le remboursement?

Pour l'heure, la Commission a tenté d'éclairer les autorités compétentes et les opérateurs concernés en adoptant un « *paquet Altmark* », en novembre 2005 composé d'une décision 2005/842/CE concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité aux aides d'État sous la forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général⁵⁶ et d'un

⁵³ Décision de la Commission du 8 février 1995, in *JOCE* C 262 du 7.10.1995, p.11.

⁵⁴ CJCE, 22 novembre 2001, C-53/00, Rec.I-9067.

⁵⁵ Directive 80/723/CE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (*JOCE* L 195 du 29.7.1980, p. 35) telle que modifiée en 1985, 1993, 2000 et dernièrement en 2005 (voir *infra*, avec la directive 2005/81/CE).

⁵⁶ *JOUE* L 312 du 28.11.2005, p. 67.

encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public⁵⁷.

La décision a été adoptée sur la base de l'article 86, paragraphe 3, CE. Elle vise à exempter les Etats membres de l'obligation de notification préalable des compensations de service public qui satisfont aux quatre conditions de la jurisprudence Altmark. L'exemption n'est toutefois applicable qu'aux compensations de faible échelle, c'est-à-dire octroyées aux sociétés réalisant un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions d'euros et pour un montant annuel maximum de 30 millions d'euros. En revanche, les hôpitaux et les entreprises en charge du logement social bénéficient de l'exemption indépendamment des montants concernés, sans que le sort à réserver aux activités annexes ne soit vraiment précisé. Enfin, dans le domaine des transports, l'absence de notification vaut pour les compensations accordées pour les liaisons aériennes ou maritimes avec des îles dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 300.000 passagers par an au cours de deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG ; et il en est de même pour les aéroports dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 1 000 000 de passagers et pour les ports dont le trafic moyen n'a pas atteint 300 000 passagers au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG.

Quant à l'encadrement, qui a une durée de validité de six ans, il énonce les conditions de la compatibilité des autres compensations de service public qui ne sont pas couvertes par la décision d'exemption et qui constituent dès lors des aides d'État susceptibles néanmoins d'être validées en application des critères de mise en oeuvre de l'article 86-2 CE. Les États membres sont par ailleurs invités à procéder au contrôle de l'absence de surcompensation. Pour les y aider, la Commission a parallèlement modifié la directive « Transparence » précitée⁵⁸, pour rendre applicable aux entreprises bénéficiaires de compensations de service public qui réalisent également des activités autres que celles relevant du SIEG l'obligation de tenir une comptabilité séparée, et ce, « *quelle que soit la qualification juridique de ces compensations au regard de l'article 87, paragraphe 1, CE* ».

II – Le traitement des SIEG dans la Directive Services

L'analyse du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur (ci-après la directive 'Services')⁵⁹ au regard de la distinction SIG/SIEG (A) précèdera celle de l'impact qu'elle pourrait avoir sur les régimes nationaux de service public (B).

A – La place des SI(E)G dans la directive 'Services'

Alors que la Commission avait manifestement sous-estimé la question des SI(E)G dans sa proposition de directive, c'est le Parlement européen qui va en faire un de ses chevaux de bataille, par la voix notamment de son rapporteur au fond, Mme Gebhardt. Le Conseil se rallia en grande partie aux exigences parlementaires exprimées à cet égard.

C'est ainsi que le Conseil a accepté tout d'abord le considérant proposé par le Parlement pour rappeler que l'objectif de créer un marché intérieur des services doit être poursuivi en veillant notamment « *à préserver un équilibre entre l'ouverture du marché et la sauvegarde des services publics...* »⁶⁰. Dès lors, la directive ne s'applique que « *dans la mesure où les activités en cause sont ouvertes à la concurrence, de manière à ce qu'elles n'obligent pas les*

⁵⁷ JOUE C 297 du 28.11.2005, p. 4.

⁵⁸ Cf. directive 2005/81/CE modifiant sa directive 80/723/CEE précitée, in JOUE L 312, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JOUE L 376 du 27 octobre 2006). V. Actes du colloque du 15 mars 2007 organisé par la Cour de cassation et l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, « La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur », sous la direction de Laurence Idot, à paraître à la revue *Europe* en 2007.

⁶⁰ Considérant (4).

États membres à libéraliser les services d'intérêt économique général ou à privatiser des entités publiques proposant de tels services, ni à abolir les monopoles existants pour d'autres activités ou certains services de distribution »⁶¹.

S'agissant ensuite de la notion même de SIEG, l'article 4 consacré aux définitions ne fournit malheureusement aucun élément. Tout au plus, un considérant indique-t-il que les SIEG sont « *des services qui sont fournis en contrepartie d'une rémunération* »⁶². Or, une telle approche ne paraît pas évidente, car elle ne fait que renvoyer à la définition du service édictée par le premier alinéa de l'article 50 CE, ce qui ne nous semble pas devoir être le critère distinctif entre SIEG et SIG. Pourtant tel est bien l'intention du texte puisque le même considérant précise justement que les SIG « *ne sont pas couverts par la définition de l'article 50 du traité et ne relèvent donc pas du champ d'application de la présente directive* ». En d'autres termes, un SIG ne pourrait pas être presté contre rémunération, ce qui ne correspond manifestement pas à la réalité des faits, comme le démontre par exemple le cas français de l'ANPE : en tant qu'office de placement des demandeurs d'emploi, elle exerce bien une activité économique qui en fait une entreprise au sens des règles de concurrence et de la jurisprudence Hoffner précitée ; mais en même temps, l'essentiel du service offert l'est sans rémunération sollicitée. Peut-on alors parler de service au sens de l'article CE et donc de mise en œuvre de la directive Services qui, pourtant, n'exclut de son champ d'application que les agences intérimaires du travail ? On regrettera que le Manuel de transposition de la Commission n'éclaircisse pas cette question, se contentant d'affirmer, sans nuance, l'application de la directive aux services de placement ou de recrutement (v. Manuel FR, p. 13).

Reste à se référer au considérant (70) de la directive selon lequel, « *sans préjudice de l'article 16 du traité* », ne pourront être considérés comme SIEG que les services « *fournis en application d'une mission particulière de service public confiée au prestataire par l'État membre concerné* », étant entendu que l'attribution de cette mission « *devrait se faire au moyen d'un ou de plusieurs actes, dont la forme est déterminée par l'État membre concerné, et devrait définir la nature exacte de la mission attribuée* ». On retrouve ici une des exigences de mise en œuvre de l'article 86-2 CE (voir *supra*).

Pour autant c'est sur un autre terrain que le flou est entretenu par l'article 2 relatif au champ d'application, en ce qu'il en exclut « *les services d'intérêt général non économiques* »⁶³. Doit-on en déduire qu'une distinction doit être établie au sein de la catégorie des SIG entre SIEG et SIGNE, comme on pouvait le penser raisonnablement à la lecture de la doctrine de la Commission et de la jurisprudence de la Cour (cf. *supra*) ? Auquel cas cela contredirait le considérant (17) précité qui semble présenter les SIG (sans référence à leur caractère non économique) comme une catégorie distincte des SIEG.

Mais il est vrai que la source des confusions ne se tarit pas dans le texte, puisqu'elle est entretenue par la liste des autres exclusions édictée par l'article 2.2., exclusions qui visent tout à la fois certains SIEG mais aussi certaines activités qui auraient pu être considérées comme relevant de la catégorie des SIGNE ou du moins de celle, qui l'eut été pertinent de circonscrire, de SSIG.

En premier lieu, donc, plusieurs catégories de services susceptibles d'être qualifiés de SIEG sont visés par l'article 2.2 qui liste les activités exclues de la directive. Il en est ainsi, dans la ligne de ce que le Parlement européen avait d'ailleurs avalisé, de tout ou partie des services de communications électroniques⁶⁴, des services dans le domaine des transports, y compris les services portuaires⁶⁵ et des services audiovisuels⁶⁶.

⁶¹ Considérant (8).

⁶² Considérant (17).

⁶³ Article 2.2, sous a).

⁶⁴ Article 2.2, sous c).

⁶⁵ Article 2.2, sous d).

En second lieu, d'autres activités sont exclues alors qu'elles auraient peut-être pu être couvertes par l'exclusion précitée des SIGNE : il aurait pu en être ainsi des « *activités participant à l'exercice de la puissance publique* »⁶⁷ et des services « *fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics* »⁶⁸.

Enfin, deux autres exclusions posent également une question de positionnement par rapport à la distinction SIG/SIEG : celles relatives aux services de santé et à certains services sociaux. La directive ne s'appliquera pas en effet aux « *services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée* »⁶⁹. Or, la difficulté avec ce type de services c'est qu'ils demeurent dans la zone grise, évoquée précédemment, car ils peuvent très bien se présenter tantôt comme des SIEG tantôt comme des SIGNE⁷⁰.

Il en est de même des services sociaux visés par l'article 2.2 sous j), à savoir ceux relatifs « *au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin* », à condition toutefois d'être assurés « *par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État* ». L'option de la liste limitative, défendue par la Commission, a donc été finalement retenue, le Conseil y ajoutant une référence restrictive au mandatement spécifique de ces services, ce qui risque d'ouvrir la voie à des questions d'interprétation auquel le Manuel de transposition, précité, de la Commission de juillet 2007, ne suffit pas à répondre, quand il n'est pas lui-même à la source de nouvelles interrogations (comme celle, précédemment évoquée, du lien entre mandatement et obligation de fournir le service).

B – Les prescriptions de la directive 'Services' susceptibles d'avoir un impact sur les régimes nationaux de service public

Les Etats membres disposent d'un délai de trois ans, après l'entrée en vigueur du texte, pour transposer la Directive, soit jusqu'au 28 décembre 2009.

Deux types d'impact potentiel peuvent être analysés : d'une part, celui qui se rattache aux dispositions visant à consolider et à garantir la mise en œuvre du DdE et de la LPS (i) ; et, d'autre part, celui qui se rattache aux mesures administratives d'accompagnement (ii).

(i) Impact de la mise en œuvre renforcée du DdE et de la LPS

Dans la mesure où les SPL sont rarement exécutés dans le cadre de la LPS, compte tenu de l'exigence de continuité inhérente à la notion de service public, ce sont certainement les dispositions relatives au DdE qui pourraient avoir un impact plus important.

(+) Les mesures liées au DdE

⁶⁶ Article 2.2, sous g). La qualification de SIEG reste toutefois à démontrer pour les services cinématographiques.

⁶⁷ Article 2.2, sous i), qui ne fait que se conformer à l'article 45 CE. Voir *supra*, en Introduction.

⁶⁸ Article 2.2, sous l) ; exclusion défendue particulièrement par la France.

⁶⁹ Article 2.2, sous f).

⁷⁰ A noter les velléités de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen qui plaidait pour réintroduire les services de santé dans la directive 'Services' mais qui a été désavoué en session plénière (vote du 23 mai 2007 sur le rapport VERGNAUD).

Le chapitre III de la directive, relatif à la liberté d'établissement des prestataires, prévoit deux catégories de prescriptions susceptibles d'avoir une incidence sur le régime des SPL en ce qu'elles encadrent successivement les régimes d'autorisation pour l'accès à une activité de service et à son exercice et qu'elles imposent un exercice d'évaluation des systèmes juridiques existants en la matière.

S'agissant des régimes d'autorisation qui ne sont pas déjà couverts par un instrument communautaire spécifique, ceux-ci doivent satisfaire, sans grande surprise puisque sont reprises là des exigences jurisprudentielles bien connues, aux conditions de non discrimination, de nécessité (justification par une raison impérieuse d'intérêt général) et proportionnalité (impossibilité d'adopter une mesure moins contraignante)⁷¹. Quant aux conditions d'autorisation⁷², elles doivent, d'une part, pour ne pas être utilisés de manière arbitraire, reposer sur des critères clairs et non ambigus, objectifs, rendus publics à l'avance, transparents et accessibles ; et, d'autre part, ne « *pas faire double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre Etat membre ou dans le même Etat membre* ».

C'est ensuite la durée de l'autorisation qui est encadrée⁷³, le principe étant qu'elle ne peut être limitée, sauf exceptions circonscrites à trois cas de figure : « *l'autorisation fait l'objet d'un renouvellement automatique ou est subordonnée seulement à l'accomplissement continu d'exigences* » ; « *le nombre d'autorisations disponibles est limité par une raison impérieuse d'intérêt général* » ; ou « *une durée limitée d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général* ».

Si l'une de ces raisons se trouve être « *la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables* », la directive⁷⁴ renforce son contrôle sur les Etats membres en leur imposant une procédure de sélection impartiale et transparente entre les candidats potentiels, procédure dont l'organisation peut toutefois tenir compte « *de considérations liées à la santé publique, à des objectifs de politique sociale, à la santé et à la sécurité des salariés ou des personnes indépendantes, à la protection de l'environnement, à la préservation du patrimoine culturel et autres raisons impérieuses d'intérêt général, conformément au droit communautaire* ».

Enfin, ce sont les procédures et formalités mêmes d'autorisation qui sont encadrées⁷⁵ en ce sens qu'elles doivent notamment être « *claires, rendues publiques à l'avance et propres à garantir aux parties concernées que leur demande sera traitée avec objectivité et impartialité* » ainsi que dans les plus brefs délais ou du moins un « *délai raisonnable* » ; ne pas être dissuasives « *ni compliquer ou retarder indûment la prestation du service* » et « *être facilement accessibles* », les charges en découlant éventuellement pour les demandeurs devant être raisonnables et proportionnées aux coûts des procédures d'autorisation sans les dépasser.

L'ensemble de ces dispositions conduit en fait à un renversement de la charge de la preuve. Ce sont désormais aux autorités publiques de justifier leur régime d'autorisation préalable. Or, comme certains observateurs l'ont fait remarquer à juste titre, « *appliquer un tel dispositif à l'octroi d'un droit exclusif ou spécial constitue une démarche innovante* » dans la mesure où, « *sans prescrire explicitement que l'attribution d'un SIEG doit faire l'objet d'une procédure d'adjudication, les conditions énoncées n'ont un vrai sens que dans une situation de mise en*

⁷¹ Notamment, est-il précisé par l'article 19.1 sous c), « *parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle* ».

⁷² Article 10 de la directive.

⁷³ Article 11 de la directive.

⁷⁴ En son article 12.

⁷⁵ Article 13 de la directive.

concurrence »⁷⁶. Et d'ajouter que la seule façon d'échapper à cette série de règles consisterait, paradoxalement, « à ne pas ouvrir une certaine activité à la concurrence », puisque, à l'instar des directives relatives aux marchés publics, les obligations prescrites par la directive 'Services' visent « les conditions d'octroi d'une autorisation et non pas la légalité du fait d'avoir désigné une seule entreprise pour assurer le service en cause »⁷⁷. Au demeurant, le considérant (8) précité de la directive semble pouvoir autoriser une telle lecture en restreignant le champ d'application de la directive aux seules activités déjà « ouvertes à la concurrence » et en n'imposant pas l'abolition des « monopoles existants pour d'autres activités ou certains services de distribution ».

En revanche, c'est dans le même esprit d'un renversement de la charge de la preuve qu'est institué par ailleurs un régime d'évaluation des exigences requises pour accéder à une activité de service ou pour l'exercer. L'article 14 de la directive commence par édicter une liste noire d'exigences interdites qui recouvrent huit catégories, pour la plupart découlant déjà du traité (interdiction des discriminations fondées sur la nationalité) ou inspirées de la jurisprudence de la Cour (à l'instar de l'exigence d'avoir un établissement ou d'être inscrit sur un registre professionnel dans plus d'un Etat membre). On signalera plus particulièrement l'interdiction d'appliquer « au cas par cas » un test économique consistant « à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente », étant précisé que cette interdiction « ne concerne pas les exigences en matière de programmation qui ne poursuivent pas des objectifs de nature économique mais relèvent de raisons impérieuses d'intérêt général ».

A côté de cette liste noire, une sorte de liste 'grise' d'exigences est établie à l'article 15 pour les soumettre à évaluation. En d'autres termes, les pouvoirs publics sont tenus d'examiner si leur système juridique comporte de telles prescriptions et, si oui, de vérifier que leur mise en œuvre respecte le triple test de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité. Huit catégories d'exigences sont ainsi répertoriées, parmi lesquelles celles qui pourraient avoir un impact sur les SPL sont relatives aux limites fixées en fonction de la population ou d'une distance géographique minimum entre prestataires, à l'obligation pour le prestataire d'être constitué sous une forme juridique particulière et à la détention du capital d'une société. On pensera notamment ici à la réglementation en matière d'urbanisme commercial et au régime des SEM locales.

Précisons enfin que ces différentes exigences sont placées sous un régime de sursis et de surveillance : en sursis parce ce qu'à partir de la date d'entrée en vigueur de la directive, les Etats membres ne pourront plus introduire de nouvelles exigences de ce type que lorsqu'elles seront conformes au triptyque de conditions précité ; et en sous surveillance parce que les Etats membres devront notifier à la Commission toute nouvelle exigence ainsi que les motivations y afférentes. Si après examen, non suspensif et opéré dans un délai normal de trois mois, la Commission n'est pas convaincue de la compatibilité de ces nouvelles dispositions avec le droit communautaire, elle pourra adopter une décision pour demander à l'Etat membre concerné de s'abstenir de les adopter ou de les supprimer.

Doit-on alors en déduire que « l'obligation de passer par un examen lourd et détaillé pourrait encourager les Etats membres à mettre fin aux SIEG ou bien les décourager à renouveler l'un ou l'autre SIEG »⁷⁸ ? Une telle conclusion peut paraître sévère, d'autant qu'elle doit être relativisée à la lecture du paragraphe 4 de l'article 15 qui prévoit que l'exercice d'évaluation ne s'applique dans le domaine des SIEG que « dans la mesure où (son) application (...) ne

⁷⁶ Berend Jan DRIJBER, « Liberté de prestation de services et SIEG », in LOUIS & RODRIGUES, *op. cit.*, 2006, spéc. page 90.

⁷⁷ *Ibidem*, page 91.

⁷⁸ DRIJBER, *op. cit.*, p. 91.

fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été confiée ». On reconnaît là l'une des facettes du régime protecteur de l'article 86-2 CE (voir *supra*, partie I), sans pour autant alléger la charge de la preuve pour l'autorité publique responsable de la définition du SIEG. Pour autant, le Conseil a tenu à relativiser l'impact du processus d'évaluation en faisant préciser qu'il « *ne devrait limiter en rien la liberté qu'ont les États membres de fixer dans leur législation un niveau élevé de protection de l'intérêt général, en particulier en liaison avec des objectifs en matière de politique sociale* »⁷⁹. Et d'ajouter que l'évaluation devra tenir pleinement compte de la « *spécificité* » des SIEG et des missions particulières qui leur sont assignées, ce qui pourrait justifier certaines restrictions à la liberté d'établissement, « *en particulier quand ces restrictions concernent la protection de la santé publique et la politique sociale* »⁸⁰.

Quoiqu'il en soit, on ne peut que recommander aux SPL d'être attentifs aux modalités qui seront arrêtées par le législateur français pour rendre opérationnelles et effectives les contraintes du 'screening' ainsi édictées par la directive.

(++) *Les mesures liées à la LPS*

Le chapitre IV de la directive consacré à la LPS devrait avoir un impact plus limité sur les SPL et ce pour au moins deux raisons. La première a déjà été évoquée : la LPS, de part son caractère temporaire, se prête mal à la gestion d'un service public qui doit répondre à l'exigence de continuité, donc, d'une certaine manière, à une relative permanence.

La seconde raison tient au fait que le principe de LPS tel qu'édicté par l'article 16 de la directive⁸¹ ne s'applique pas aux SIEG « *qui sont fournis dans un autre Etat membre* »⁸². Sont notamment visés, la liste n'étant qu'indicative, les services postaux, la production, le transport et la distribution de l'électricité et du gaz, les services de distribution et de fourniture d'eau, les services de traitement des eaux usées et le traitement des déchets.

En tout état de cause, il est utile de rappeler que l'article 16 de la directive ne fait, en somme, qu'opérer, pour l'essentiel, une codification de la jurisprudence existante, en imposant le respect du triple test de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité ; et en édictant une liste noire de sept catégories d'exigences interdites, telles que l'exigence d'un établissement ou d'une inscription préalable à un registre professionnel.

Enfin et surtout, outre les dérogations précitées découlant de l'article 17, le principe peut être assoupli au cas par cas, soit par le jeu de la réserve de l'article 16.3 qui, s'inspirant à nouveau de la jurisprudence, autorise les Etats membres à imposer des exigences justifiées « *par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement* » ; soit par le jeu des dérogations individuelles prévues par l'article 18, bien qu'invocables « *uniquement dans des circonstances exceptionnelles* » au nom de la « *sécurité des services* » et sous certaines conditions strictes (absence d'harmonisation communautaire, niveau de protection plus élevé que celui existant dans l'Etat d'établissement, carence à intervenir de ce dernier et proportionnalité de la mesure restrictive).

(ii) *Impact des mesures d'accompagnement*

L'impact des mesures d'accompagnement édictées par la directive est plus facilement descriptible puisqu'elles correspondent pour l'essentiel à des obligations de faire qui pèsent

⁷⁹ Considérant (71) de la directive.

⁸⁰ Le considérant cite l'exemple, tiré de la jurisprudence, de l'obligation d'adopter une forme juridique spécifique afin d'exercer certains services dans le domaine social, à l'instar de l'exigence de ne pas poursuivre de but lucratif.

⁸¹ Et qui, pour rappel, se substitue au principe du pays d'origine de la proposition initiale de la Commission.

⁸² Article 17 sous 1) de la directive.

sur l'administration au bénéfice des prestataires de service. Néanmoins, comme indiqué précédemment, la portée réelle de ces mesures ne sera appréciable qu'une fois les dispositions transposées en droit interne.

On s'intéressera ici uniquement à l'économie générale des mesures administratives imposées par la directive et touchant successivement à la simplification des procédures, à la qualité des services et à la coopération entre administrations nationales.

Pour ce qui est de la simplification administrative⁸³, l'objectif est de rendre le plus simple possible toute procédure et formalité applicable à l'accès à une activité de service et à son exercice. A cette fin, la Commission peut établir au niveau communautaire des formulaires harmonisés et, en tout état de cause, un principe s'impose aux autorités du pays d'accueil : celui d'accepter tout document émanant du pays d'origine du moment qu'il possède « *une fonction équivalente ou duquel il résulte que l'exigence concernée est satisfaite* »⁸⁴. Par ailleurs, l'ensemble des démarches administratives liées à l'autorisation de l'activité devra pouvoir être effectué « *facilement, à distance et par voie électronique* »⁸⁵, au sein de « *guichets uniques* »⁸⁶ auprès de qui un minimum d'informations et d'assistance devra être accessible aux prestataires et destinataires de services⁸⁷.

La qualité des services fait l'objet du chapitre V de la directive⁸⁸. Une telle préoccupation n'est pas surprenante en soi, car elle constitue déjà une exigence voire une composante de certaines catégories de services, et plus particulièrement des SIEG, en application de la jurisprudence de la Cour ou du droit dérivé (à l'instar de la notion de service universel des postes et télécommunications)(voir *supra*). Il est en revanche plus original d'en faire une exigence communautaire à portée générale dans l'intérêt du destinataire du service, alors même qu'en tant que consommateur, il ne peut en revendiquer autant⁸⁹. L'ambition de la Commission est d'autant plus louable qu'elle ne vise pas seulement l'effort de qualité du prestataire de service, mais également une véritable « *politique de qualité* » de la part des Etats membres. Les prestataires devront certifier leurs activités ou les faire évaluer par des organismes indépendants ; élaborer leur propre charte de qualité ou à participer aux chartes ou labels de qualité élaborés par des organismes professionnels au niveau communautaire⁹⁰ ; et faire jouer le jeu de la transparence la plus grande possible en matière d'information sur la signification et les critères d'attribution des labels et autres marques de qualité relatives aux services. Pour mémoire, d'autres prescriptions sont édictées en matière d'assurances et de garanties professionnelles ; de communications commerciales des professions réglementées ; d'exercice d'activités pluridisciplinaires et de règlement des litiges.

Concernant enfin la coopération administrative⁹¹, les mesures édictées visent principalement à imposer aux Etats membres une obligation d'assistance mutuelle, avec la désignation de « *points de liaison* » et une répartition des rôles dans le contrôle des prestataires entre l'Etat membre d'établissement de ces derniers et l'Etat membre où le service est fourni. Même si le principe du pays d'origine a disparu, un tel partage de la charge des contrôles est essentiel

⁸³ Chapitre II (articles 5 à 8) de la directive, nouveau par rapport à la proposition initiale.

⁸⁴ Article 5.3 de la directive.

⁸⁵ Article 8 de la directive.

⁸⁶ Article 6 de la directive.

⁸⁷ Article 7 de la directive, relatif au « *droit à l'information* ».

⁸⁸ Articles 22 à 27.

⁸⁹ En application de la réglementation prise sur le fondement de l'article 153 CE, même si dans une acception large, les instruments communautaires en faveur de la sécurité des produits et des services, notamment, contribuent nécessairement à la qualité du service.

⁹⁰ V. la consultation publique ouverte par la Commission du 30 mai au 30 juillet 2007 pour demander aux organisations professionnelles de l'UE de lui fournir des informations concernant leurs codes de conduite, en vigueur ou en préparation, et de lui donner leur avis sur la meilleure manière de définir des codes de conduite au niveau européen.

⁹¹ Chapitre VI (articles 28 à 36) de la directive.

pour l'efficacité et la réalisation concrète des objectifs de la directive. A cette fin, un mécanisme d'alerte est instauré pour que tout Etat membre ayant connaissance de faits se rattachant à une activité de service susceptibles de causer « *un préjudice grave à la santé ou à la sécurité des personnes ou à l'environnement* » en informe la Commission et tout autre Etat membre concerné par cette activité. Un réseau européen des autorités nationales compétentes devrait voir le jour pour favoriser la mise en œuvre de ce mécanisme d'alerte⁹² et la Commission veillera à l'instauration d'un système électronique d'échange d'informations entre Etats membres⁹³, notamment en matière d'honorabilité, de compétences et de fiabilité professionnelle des prestataires⁹⁴.

D'une manière générale, l'impact de la directive 'Services' sur les régimes nationaux de service public peut paraître limité, soit qu'ils ne sont pas concernés lorsqu'ils correspondent à des SIGNE ou à certains SSIG ; soit que la portée des obligations prévues est relativisée ou minimisée lorsqu'ils correspondent à des SIEG.

Et si le « *danger* » était ailleurs ? En ce qu'il « *ne viendra vraisemblablement pas 'de l'extérieur', puisqu'il sera peu fréquent qu'un opérateur établi dans un autre État membre souhaite offrir un SIEG dans un autre État membre à partir du territoire de son État d'origine* » ; mais bien plutôt « *de l'intérieur* », dans la mesure où les conditions strictes auxquelles les procédures d'agrément seront soumises ainsi que l'inclusion des SIEG dans l'opération d'évaluation des régimes d'autorisation auront comme effet « *de faire des SIEG et des modalités de leur attribution, l'objet de discussions et d'analyses dans les capitales* », créant ainsi « *une nouvelle dynamique, dans laquelle les ministères de l'Industrie, les homologues nationaux de la DG Marché Intérieur de la Commission et de ce fait ses alliés naturels, occuperont une place centrale puisqu'en général ce sont eux qui seront les premiers compétents à faire application de cette directive* ».

ELEMENTS DE CONCLUSION : Le Traité de Lisbonne change-t-il la donne ?

Le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 peut, dans une certaine mesure, changer la donne pour les SIEG et leur traitement par le droit communautaire, en ce qu'il intègre désormais au sein du futur traité sur le fonctionnement de l'UE une base juridique pour en fixer les principes et conditions de fonctionnement au niveau communautaire (article 14) ; qu'il énonce ensuite, dans un nouveau Protocole, des orientations interprétatives pour guider le législateur européen, dans le sens d'un plus grand respect des compétences des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser ces services ; et, enfin, qu'il reconnaît à la Charte des droits fondamentaux, dont son article 36 sur l'accès aux SIEG, la même valeur juridique que le traité.

Sans entrer dans le détail des potentialités des amendements apportés à l'actuel article 16 CE, on terminera sur le Protocole sur les SIG, pour insister sur ses origines qui permettent d'en cerner aussi la portée. Ce sont en effet les Pays-Bas qui ont proposé et défendu fermement, lors du Conseil européen de juin 2007, ce protocole, fruit d'une réduction minutieuse qui tire en fait les leçons d'un contentieux avec la Commission. Cette dernière, en 2005, a remis en cause le régime néerlandais de financement des coopératives de logement social (cas n°E2/2005, ex-NN 93/02), en jugeant notamment que le champ des bénéficiaires de ce SIEG

⁹² Article 32.2 de la directive.

⁹³ Article 34.1 de la directive.

⁹⁴ Article 33 de la directive.

avait été défini de manière trop large et que, à l'instar de ce qu'elle avait pu accepter pour un régime similaire institué par le gouvernement irlandais (cas n°N 89/2004), ce un champ devait être revu plus restrictivement. Les autorités bataves ont en manifestement tiré les leçons : tenue à l'avenir, si le Protocole SIG entre en vigueur, de respecter la diversité des préférences nationales collectives, la Commission pourra-t-elle encore privilégier un choix de politique nationale sur un autre ou au contraire s'imposer une plus grande neutralité ?

Il n'est pas donc impensable que les Etats membres tentent de se réapproprier une certaine marge de manœuvre dans la gestion de leurs SIEG, ce qui ne devrait pas forcément contribuer à rendre plus claire la réglementation de ces services en droit administratif européen.
