

**La notion de service d'intérêt économique général
Cadre européen et régimes nationaux**

14 octobre 2011

**Allocution d'ouverture de Jean-Marc Sauvé,¹
vice-président du Conseil d'Etat**

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Mesdames et Messieurs les avocats,
Mesdames et Messieurs,
Mes chers collègues,

C'est avec plaisir que le Conseil d'Etat accueille une nouvelle fois un colloque de la Société de législation comparée. Le sujet choisi est d'un réel intérêt, puisqu'il est relatif à l'une des matrices de la construction européenne, le marché intérieur, dans ses relations avec un enjeu de grande sensibilité dans certains Etats membres, les services d'intérêt économique général (SIEG). L'allocution de bienvenue qu'il me revient de prononcer dans ce cadre ne peut embrasser en quelques minutes un sujet aussi vaste et elle doit en outre, autant que possible, éviter d'empiéter sur les interventions de mes successeurs à cette tribune et, d'abord, celle du président Piwnica. Je tenterai donc de brosser l'arrière-plan des interventions d'aujourd'hui, en me concentrant sur la notion de service d'intérêt économique général (SIEG) dans le contexte du droit de l'Union.

On ne peut aborder cette question, sans la resituer dans un contexte qu'il faut rappeler. Le procès a suffisamment été fait à l'Union européenne de promouvoir un libéralisme excessif et de vouloir détruire le service public « à la française », pour que nul ne puisse soutenir qu'il n'y a pas, dans la conciliation entre le respect des règles de la concurrence et l'accomplissement des activités d'intérêt général, matière à débat. Il serait vain, notamment, de vouloir exclure des réflexions d'aujourd'hui toute dimension idéologique car, ainsi que l'a exprimé le professeur Kovar, il y a bien, notamment en France, une « tendance à la sacralisation des services publics » qui « n'est pas de nature à faciliter la discussion d'un problème aussi complexe que celui du rôle du service public dans la construction européenne »².

Le droit de l'Union oblige à penser l'exercice de missions d'intérêt général sans le déconnecter du cadre concurrentiel. Au cœur de cette articulation, on retrouve la notion de service d'intérêt économique général. Cette notion est également difficile à appréhender, car elle se situe à un autre carrefour qui est celui du droit de l'Union et du droit des Etats. Si la

¹ Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat.

² R. Kovar, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 215 et s.

notion de service d'intérêt économique général s'est en effet progressivement affirmée en droit de l'Union, comme un référentiel commun à tous les Etats membres (A), ces derniers conservent toutefois une responsabilité, qui n'est pas sans limite, dans la définition des missions d'intérêt général et la qualification des services d'intérêt économique général (B).

I. LA CONSTRUCTION PROGRESSIVE D'UN REFERENTIEL COMMUN EN DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

Cette construction d'un référentiel, c'est-à-dire d'un processus énonciatif qui permet de différencier, selon la définition de Michel Foucault³, est marquée par une approche pragmatique (A) que complète progressivement une approche plus finaliste et symbolique (B).

A. L'approche pragmatique de l'Union a visé à concilier ou conjuguer l'accomplissement des missions d'intérêt général avec l'application des règles du droit de la concurrence

1. Les services d'intérêt économique général se sont construits en droit de l'Union « principalement sinon exclusivement »⁴ en négatif ou en creux, c'est-à-dire comme une exception ou une dérogation à l'application du droit de la concurrence. Le paragraphe 2 de l'actuel article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, issu de l'article 90 § 2 du Traité initial instituant la Communauté économique européenne, énonce en effet que les « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles du Traité, 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 ». Cette approche fait de la notion de service d'intérêt économique général la clé permettant de sortir de la sphère concurrentielle, afin de protéger l'accomplissement de missions présentant un intérêt général. Les services d'intérêt économique général ont donc bien été conçus comme l'exception à une règle, l'application du droit de la concurrence.

Cette approche n'est pas surprenante, même si elle a contribué à nourrir le soupçon sur un possible effacement du service public et de l'intérêt général devant le marché, car la construction européenne a poursuivi, dès ses débuts, des objectifs essentiellement économiques. Cette approche conduit toutefois, il convient de le souligner, à préserver la spécificité des activités d'intérêt général.

2. C'est dans cette optique que le régime juridique applicable aux SIEG s'est progressivement étoffé. Cet « activisme normatif »⁵ a emprunté deux voies principales.

Tout d'abord, des règles générales ont été définies. Je pense, bien entendu, en premier lieu, et ce sera l'objet de nombreux exposés et échanges aujourd'hui, à la question des droits exclusifs et aux règles de financement des entreprises assurant des missions d'intérêt général. Sur ces points, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a été pionnière avec les arrêts *Corbeau*⁶ et *Commune d'Almelo*⁷, autorisant des restrictions de

³ M. Foucault, *L'Archéologie du savoir*, Gallimard, 1969.

⁴ J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 251.

⁵ M. Karpenschif, « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA*, 2008, p. 58.

⁶ CJUE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*.

⁷ CJUE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*.

concurrence et donc des droits exclusifs pour que la régie des postes belges et une entreprise néerlandaise de production d'électricité puissent assurer leurs missions d'intérêt général. Elle a également, avec la célèbre décision *Altmark* du 24 juillet 2003, fixé les conditions dans lesquelles une compensation liée à des services d'intérêt économique général ne constitue pas une aide d'État⁸. La Commission a ensuite clarifié et complété, dans le paquet dit « Monti-Kroes »⁹, le cadre juridique dégagé par la Cour de justice, et elle s'apprête à le faire à nouveau, au regard de l'expérience acquise et des développements de la jurisprudence depuis 2005, dans un futur « paquet Almunia »¹⁰. Ces normes centrales ont été complétées par d'autres, parmi lesquelles il est possible de mentionner, par exemple, les règles relatives à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques¹¹.

Outre l'énoncé de règles générales, des dispositions spécifiques dans les secteurs qui ont fait l'objet d'une harmonisation ont également été adoptées. L'ouverture à la concurrence du secteur postal a ainsi imposé, en contrepartie, une définition précise du service universel et des obligations qui en découlent, la clarification des sources de financement et l'institution d'une autorité de régulation qui organise et contrôle le marché postal¹². De nombreux autres secteurs (gaz, électricité, communications électroniques, transport ferroviaire...) ont également été harmonisés selon des principes communs, notamment celui de la séparation ou de la distinction entre les activités de régulateur et celles d'opérateur, entre les activités de gestion de réseau et celles d'exploitation ou encore entre les activités concurrentielles et celles d'intérêt général.

La notion de service d'intérêt économique général a donc, dans un premier temps, été construite dans le cadre d'une exception au droit de la concurrence, exception dont les règles ont été progressivement définies, afin de concilier la spécificité des activités d'intérêt général

⁸ Ces conditions sont les suivantes : (1) les obligations de service public de l'entreprise bénéficiaire doivent être clairement définies ; (2) les paramètres sur la base desquels sera calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ; (3) la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par ces missions ; (4) lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public 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 d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises.

⁹ Ce paquet se compose d'une série de mesures adoptées en 2005, dont la décision sur les SIEG (décision 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'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général) et l'encadrement sur les SIEG (Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public du 29 mai 2005) dans lesquels la Commission précise l'application des articles du traité relatifs aux aides d'État, soit les articles 106 et 107 du TFUE, aux compensations accordées pour la prestation de ce type de services.

¹⁰ Les différents projets de communication sont accessibles sur le site Internet de la Direction Générale de la Concurrence.

¹¹ Directive n° 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.

¹² Directive n° 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, directive n° 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté et directive n° 2008/6/CE du 20 février 2008 en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté. Voir A. Friboulet, « Accords et désaccords sur l'ouverture du marché postal », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, n° 1, p. 381.

avec les exigences nécessaires à la réalisation du marché intérieur. Toutefois, l'approfondissement de l'intégration européenne, comme les critiques adressées à l'action de l'Union en la matière, ont conduit celle-ci à penser différemment, dans les langages de la politique et du droit, les services d'intérêt économique général.

B. Une approche plus symbolique et systématique a émergé avec la reconnaissance du rôle des services d'intérêt économique général, au sein des services d'intérêt général, dans la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne

L'approche pragmatique des services d'intérêt économique général, dictée par les termes du traité, a ainsi fait place à une dimension symbolique qui s'est progressivement affirmée (1) et ces services ont été insérés dans une approche plus globale et systématique permettant l'émergence d'une typologie des services en charge de missions d'intérêt général (2).

1. A partir de la fin des années 1990, l'Union européenne s'est attachée à définir une vision, voire même l'esprit, des services d'intérêt économique général et à replacer cette dimension symbolique au cœur de son approche. Le traité d'Amsterdam avait déjà introduit l'idée de la place spécifique qu'occupent ces services dans les valeurs de l'Union. Avec l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, qui doit beaucoup au président Guy Braibant, et le protocole n° 26 du Traité de Lisbonne, cette dimension autant finaliste que symbolique a été renforcée. Le rôle de ces services dans la « cohésion sociale et territoriale de l'Union » est ainsi clairement affirmé par la Charte. Les valeurs communes concernant ces services comprennent en outre « 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 », selon les termes du protocole n° 26. Or, s'attacher à définir l'esprit des SIEG, leur conférer une dimension symbolique forte, c'est contribuer à leur autonomisation conceptuelle par rapport aux activités « banales » régies par le droit de la concurrence : leur existence ne tient plus seulement à l'exception qu'ils constituent à l'application du droit de la concurrence, mais aux fonctions que ceux-ci peuvent remplir au sein de l'Union européenne.

2. La réflexion sur les services d'intérêt économique général a également été renouvelée par l'intégration de cette notion dans une typologie des activités d'intérêt général, qui a été adoptée en partie pour des raisons d'autonomie terminologique¹³, afin de faire émerger un corpus de valeurs et de principes communs dans le respect des différences nationales.

Les services d'intérêt général (SIG) englobent les services économiques, mais aussi les services non économiques, d'intérêt général. Il faut relever et saluer à cet égard les précisions apportées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui est non seulement abondante mais également d'une grande cohérence, en ce qui concerne la distinction entre les activités économiques et non économiques¹⁴.

¹³ Ainsi, selon la Commission, « dans les États membres, des termes et des définitions différents sont utilisés dans le domaine des services d'intérêt général en raison d'évolutions historiques, économiques, culturelles et politiques dissemblables. La terminologie communautaire s'efforce de prendre ces différences en considération » (annexe 1 à la Communication de la Commission du 12 mai 2004, intitulée « Livre blanc sur les services d'intérêt général », COM(2004) 374 final).

¹⁴ Sont des activités économiques les activités de caractère industriel et commercial consistant « à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (CJUE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ Italie*, point 7). Plus

La catégorie des services sociaux d'intérêt général (SSIG) concerne pour sa part, au-delà des services de santé proprement dits, les régimes légaux et complémentaires de sécurité sociale ainsi que les autres services rendus directement à la personne et jouant un rôle de prévention et de cohésion sociale¹⁵. Une telle catégorie découle de l'idée, que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle certaines activités, à vocation purement sociale, ne peuvent être considérées comme économiques.

Enfin, une place particulière doit être faite à la notion de service universel, qui s'est développée dans le secteur des services de réseaux et qui est souvent définie de manière très précise. Elle suppose que soit assurée à tous la fourniture d'un certain nombre de services essentiels avec une garantie d'approvisionnement selon une qualité définie et à un prix abordable.

Ces catégories ne sont pas encore stabilisées et les frontières qui les séparent restent parfois floues. Lorsque des obligations de service universel existent, il est ainsi possible d'envisager en parallèle des missions d'intérêt économique général, mais l'exemple de l'instauration de tarifs réglementés dans le secteur de l'électricité a montré que cette voie était en pratique difficile à mettre en œuvre¹⁶.

La notion de services d'intérêt économique général, construite pragmatiquement, a ainsi de manière progressive acquis une dimension conceptuelle et symbolique plus importante. Elle émerge comme un référentiel commun dans l'Union européenne. Toutefois, les Etats membres conservent un rôle majeur dans la détermination de ce que sont les missions d'intérêt général et dans la qualification de certaines activités de services d'intérêt économique général.

II. LA RESPONSABILITE ORDONNEE DES ETATS MEMBRES DANS LA DETERMINATION DES MISSIONS D'INTERET GENERAL ET LA QUALIFICATION DE SERVICE D'INTERET ECONOMIQUE GENERAL

Si les Etats membres ont une responsabilité propre dans la définition des missions d'intérêt général (A), celle-ci n'est toutefois pas sans limite (B).

précisément, la CJUE a eu l'occasion de préciser par la négative ce que n'étaient pas des activités économiques : les activités de gestion de systèmes de sécurité sociale financées sur une base de répartition (17 février 1993, aff. C-159 et C-160/91, *Poucet et Pistre*) ; les activités d'Eurocontrol, organisme chargé du contrôle et de la police de l'espace aérien (19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*) ; l'activité de prévention et de lutte contre la pollution dans le port de Gênes (18 mars 1997, aff. C-343/95, *Diego Cali*). Trois indices sont alors pris en compte : la nature, l'objet et les règles auxquelles l'activité est soumise. La nature de l'activité reste toutefois le critère dominant. La Cour a ainsi eu l'occasion de préciser qu'une activité est économique « si elle est susceptible d'être exercée par une entreprise privée recherchant un but lucratif » (27 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner*).

¹⁵Communication de la Commission du 26 avril 2006, «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne», COM(2006)177 final. Sur cette notion en droit communautaire et son lien avec le droit interne, voir notamment le dossier de l'*AJDA* (n° 4, 2008) consacré à l'« Actualité du service public social ».

¹⁶La Commission a notamment souligné qu'en raison du caractère de généralité, de permanence et de rigidité du système des tarifs réglementés, il ne peut être présumé indispensable dans un système où le libre jeu de la concurrence entraîne en principe la fixation de prix compétitifs et constitue donc une aide d'Etat. Le législateur a pris acte de cette position avec la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

A. Les Etats membres disposent d'une importante marge d'appréciation dans la définition des missions d'intérêt général

1. Les autorités nationales disposent, selon le juge de l'Union, d'« un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des services d'intérêt économique général »¹⁷, ainsi que pour « fournir, faire exécuter et organiser ces services »¹⁸, il est vrai, « dans le respect des traités », précise l'article 14 du TFUE. Le protocole n° 26 ne cultive pas de son côté la litote en rangeant dans les valeurs communes de l'Union concernant les SIEG :

- « 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 SIEG et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison des situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ».

Cette liberté d'appréciation est une conséquence des exigences inhérentes au principe de subsidiarité¹⁹ et elle en constitue une application particulière au travers de ce que la Commission a pu nommer le « principe de liberté de définition »²⁰. Ce principe signifie que la détermination de ce qu'est une mission d'intérêt général, et donc la qualification de service d'intérêt général, relève au premier chef des Etats membres et qu'elle ne peut ressortir à la compétence du législateur de l'Union que dans certains des domaines précédemment évoqués, comme le service universel.

L'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne rappelle en outre que l'Union et les Etats membres veillent, « chacun dans les limites de leurs compétences respectives », à ce que les services d'intérêt économique général « fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

Cet article fournit également au Parlement européen et au Conseil une base juridique pour adopter, selon la procédure législative ordinaire et « sans préjudice des compétences qu'ont les Etats membres », les principes et les conditions de fonctionnement des services d'intérêt économique général. Aucun règlement n'a toutefois été adopté sur cette base pour le moment. Il est douteux qu'il y en ait à l'avenir.

2. La marge de manœuvre laissée aux autorités nationales découle également de la volonté de préserver la diversité de conception des missions d'intérêt général. Cette diversité se manifeste principalement en ce qui concerne la consistance des activités d'intérêt général,

¹⁷ TPICE, 15 juin 2005, aff. T-17/02, *Fred Olsen c/ Commission*.

¹⁸ Selon les termes de l'article 14 du TFUE.

¹⁹ Enoncé à l'article 5 § 3 du Traité sur l'Union européenne. Le Traité de Lisbonne a eu pour effet d'édicter, dans le protocole n° 2, des règles plus précises de mise en œuvre de ce principe en confiant aux parlements nationaux le soin de veiller au respect du principe et en permettant à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur la violation de ce principe par un acte législatif de l'Union.

²⁰ Communication de la Commission n° 2001/C 17/04 sur les services d'intérêt général en Europe, JOUE, C 17, 19.01.2001, p. 4-23.

les modes de gestion de ces activités, leurs fondements juridiques, l'application ou non d'un régime concurrentiel, les droits que les services d'intérêt général confèrent aux usagers et les principes qui les sous-tendent²¹. En outre, la conceptualisation même des services collectifs dans certains Etats européens a reposé sur une « conception valorisante » et « fortement idéologisée » de ceux-ci, tandis que des « conceptions banalisantes » se sont développées ailleurs²². Ces différences reflètent *in fine* la diversité des conceptions de la notion même d'intérêt général entre les deux pôles que constituent l'approche utilitariste et l'approche volontariste²³.

La Cour de justice de l'Union a d'ailleurs légitimé la prise en compte de ces différences culturelles, politiques et économiques, des idiosyncrasies nationales, en soulignant par exemple que l'article 106 § 2 ne saurait interdire aux Etats membres « de tenir compte, lorsqu'ils définissent les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, d'objectifs de politique nationale »²⁴. C'est à cette jurisprudence que fait écho le protocole n° 26 que j'ai cité.

Les Etats membres disposent donc, dans la définition des services d'intérêt économique général et, plus particulièrement, des missions d'intérêt général, d'une responsabilité particulière et d'une réelle autonomie. Celle-ci n'est toutefois pas sans limite.

B. La liberté d'appréciation et d'intervention des autorités publiques des Etats membres se heurte toutefois à des limites

1. Des limites sont posées à la liberté d'appréciation des autorités publiques des Etats membres. Elles ont notamment pour but d'éviter des divergences quant au régime juridique applicable à une même activité qui ne saurait, en fonction d'une qualification nationale différente et alors que cette activité serait exercée sur un marché similaire, être régie par des règles distinctes emportant ou non, selon les Etats, l'attribution de droits exclusifs ou d'aides publiques.

Lorsque l'exercice d'activités d'intérêt général conduit à intervenir sur un marché ou à prendre en charge une activité économique, la question du respect du droit de la concurrence, qui n'est lui-même pas détachable de l'intérêt général, doit en effet être prise en compte pour éviter entre opérateurs des différences de régime juridique ou financier qui ne seraient pas justifiées.

Il faut en outre rappeler que la définition des obligations de service universel ne laisse, par exemple, guère de marge de manœuvre à l'Etat membre, qui doit s'assurer que de telles obligations sont prises en charge sur son territoire.

²¹Conseil d'Etat, *Service public, services publics : déclin ou renouveau ? Rapport public 1994*, La documentation française, p. 101 et s. ; J.-F. Auby, *Les services publics en Europe*, PUF, Que-sais-je ? ; n° 3414, 1998, p. 34 et s. ; F. Moderne, G. Marcou (dir.), *L'idée de service public dans les droits des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2001.

²²F. Moderne, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in F. Moderne, G. Marcou (dir.), *op. cit.*, p. 18 et s.

²³Conseil d'Etat, *L'intérêt général. Rapport public 1999*, La documentation française, sp. p. 247 et s. ainsi que, dans les contributions au rapport public, B. Thiry, « Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne », p. 397 et s.

²⁴CJUE, 23 octobre 1997, affaire C-159/94, *Commission c/ France*.

2. Le contrôle des qualifications et des définitions des Etats membres s'exerce au contentieux, un contentieux qui est juridictionnel ou pré-juridictionnel et qui se déroule d'abord au niveau national. Le juge administratif français se prononce ainsi sur le caractère économique de l'activité en cause et, dans l'affirmative, sur le respect des règles de la concurrence et de la liberté du commerce et de l'industrie, mais également sur le caractère d'intérêt général de cette activité, au regard de critères fixés par le droit de l'Union dès lors qu'ils existent, mais aussi au regard du droit interne. En outre, ce juge exerce un contrôle entier sur la question de la qualification d'une activité de mission d'intérêt général²⁵. L'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris* du 31 mai 2006²⁶, et son prédécesseur du 17 décembre 1997²⁷, parmi beaucoup d'autres, ont contribué à fixer le cadre de la jurisprudence nationale. Les arrêts *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*²⁸ et *Commune d'Aix-en-Provence*²⁹ ont également rappelé la définition et le cadre de la gestion des services publics dans l'environnement du droit de l'Union.

De leur côté, la Commission européenne, comme le juge de l'Union, se limitent en ce domaine à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui contribue à mettre en exergue le large pouvoir d'appréciation des Etats membres³⁰. On peut y deviner une conséquence du fait que, dès lors que la Cour de justice a retenu une définition assez large de l'activité économique³¹, elle a de manière corrélative adopté une position souple sur la notion de mission d'intérêt général.

L'affaire des droits exclusifs sur les jeux de hasard au Portugal est à cet égard particulièrement digne d'intérêt, même s'il faut se garder de lire dans cette décision un revirement de jurisprudence³². La Cour souligne dans cet arrêt que « des divergences considérables d'ordre moral, religieux et culturel existent entre les États membres » et qu'« en l'absence d'une harmonisation communautaire en la matière, il appartient à chaque État membre d'apprécier, dans ces domaines, selon sa propre échelle des valeurs, les exigences que comporte la protection des intérêts concernés ». La Cour considère alors que, compte tenu de l'organisation très particulière de ce secteur au Portugal, où les recettes dégagées par les jeux de hasard sont réparties entre des organismes d'utilité publique ou à vocation sociale, la lutte contre la criminalité et la protection des consommateurs constituent des intérêts généraux qui peuvent justifier l'octroi de droits exclusifs.

²⁵ Cette démarche est nettement illustrée par la décision *Union nationale des industries de carrière et des matériaux de construction et autres* (CE, 30 avril 2003, n° 244139, Lebon p. 192), à propos du caractère de mission d'intérêt général des opérations de diagnostic et de fouilles d'archéologie préventive. A titre d'exemple, les missions remplies dans le domaine du logement social par les organismes d'HLM relèvent également d'une mission d'intérêt général au sens du droit communautaire (CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré*, n° 116489, Lebon p. 151), mais il n'en va pas de même de l'exploitation des bois d'une commune par l'ONF (TA Strasbourg, 2 mars 2006, *Commune de Marimont-lès-Bénéstreff*, n° 0300879).

²⁶ CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531, Lebon p. 272.

²⁷ CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 181611, Lebon p. 451.

²⁸ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, Lebon p. 155.

²⁹ CE, 6 avril 2007, sect., *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736, Lebon p. 155.

³⁰ Voir Communication de la Commission n° 2001/C 17/04 précitée, point 22 ; TPI, 15 juin 2005, aff. T-17/02, *Fred Olsen* ; TPI, 16 décembre 2010, aff. T-231/06, *Royaume des Pays-Bas et NOS c/ Commission*.

³¹ Voir *supra*.

³² CJUE, 8 septembre 2009, aff. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*.

Les sanctions d'une erreur manifeste dans la qualification d'intérêt général d'une activité restent rares. La Cour de justice a toutefois jugé que l'exploitation d'un port de commerce ne relève pas nécessairement de la gestion d'un service d'intérêt économique général et qu'une telle activité n'entraîne ni automatiquement, ni en l'espèce, l'accomplissement de missions de service public³³.

3. Ce contrôle ne se limite pas à la qualification de la mission d'intérêt général.

Il s'étend tout d'abord à la vérification de l'existence d'un acte, le plus souvent un acte unilatéral ou un contrat de concession, comme cela était le cas dans l'affaire *Commune d'Almelo*, émanant de la puissance publique et confiant à l'entité une mission d'intérêt général³⁴.

Il s'étend ensuite aux mesures de protection accordées aux services d'intérêt économique général. Ces mesures doivent être pertinentes, c'est-à-dire en rapport direct avec les besoins propres des SIEG. Elles doivent aussi être nécessaires, au sens où, en leur absence, les règles du Traité feraient échec à l'accomplissement des obligations particulières incombant à la personne qui en est chargée. Si, à cet égard, il « n'est pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée »³⁵, la légalité de la mesure de protection est toutefois subordonnée à la démonstration que « l'octroi de droits exclusifs est nécessaire à l'accomplissement de la mission particulière dévolue à l'entreprise et que, en l'absence de la mesure litigieuse, l'entreprise serait incapable de remplir la tâche qui lui a été confiée »³⁶. La mesure de protection doit enfin être proportionnée au but recherché et ne pas excéder ce qui est nécessaire à l'accomplissement des missions d'intérêt général poursuivies. Le Conseil d'Etat procède de la même manière, ainsi que l'illustre l'arrêt *Camif* du 27 juillet 2001 dans lequel il contrôle l'adéquation des droits exclusifs accordés à l'Union des groupements d'achats publics³⁷.

Si les Etats membres jouissent d'une grande liberté dans la qualification des services d'intérêt économique général et de définition des missions d'intérêt général, l'émergence de la notion de service d'intérêt économique général sur la scène européenne ainsi que le régime juridique qui leur est applicable ont eu des conséquences importantes sur l'organisation et la définition des services publics des Etats membres. Ces conséquences ont été souvent décrites et analysées, qu'il s'agisse de la remise en cause et/ou de la privatisation de grands monopoles nationaux, comme Electricité de France et Gaz de France, ou de l'émergence d'autorités de régulation³⁸. Elles ont entraîné un certain nombre de critiques à l'encontre du droit de l'Union.

³³ CJUE, 27 novembre 2003, aff. C-34/01 à C-38/01, *Enirisorse SpA*.

³⁴ CJUE, 21 mars 1974, aff. C-127/73, *BRT c/ Sabam* ; CJUE, 14 juillet 1981, aff. C-172/80, *Gerhard Züchner*.

³⁵ CJUE, 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c/ France*.

³⁶ CJUE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*.

³⁷ CE, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (Camif)*, n°218067, Lebon p. 402.

³⁸ Voir par exemple S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, 2008, p. 35.

Mon prédécesseur, le président Denoix de Saint Marc, a souligné à juste titre dans son rapport sur le service public de 1996³⁹ que le droit de l'Union n'était pourtant nullement incompatible avec l'accomplissement des missions d'intérêt général relevant de la puissance publique.

Je formulerai en conclusion un point de vue convergent qui exprime une conviction et qui vise à susciter le débat. Lorsque l'on définit aujourd'hui le service public, c'est sans aucun doute le critère fonctionnel qu'il convient de mettre au premier plan, car il permet d'établir la distinction entre une prestation purement économique et une mission d'intérêt général, même si celle-ci emporte des conséquences sur un marché⁴⁰. Le droit de l'Union nous invite alors à redécouvrir et revisiter la pensée d'illustres anciens. Pour Duguit, l'Etat était un faisceau de services publics. Influencé par le solidarisme et la sociologie de Durkheim, il assignait aux personnes publiques le but d'assurer l'« interdépendance ou solidarité sociale »⁴¹. En dépit de l'anachronisme de cette démarche, j'aimerais voir un signe positif dans la claire préférence donnée par le droit de l'Union au critère fonctionnel, qui était premier pour Duguit : en un temps où l'Union européenne est parfois critiquée en ce qu'elle remettrait en cause certaines de nos catégories juridiques et, en particulier, notre conception organique du service public, n'oublions pas que Duguit fondait la légitimité de l'Etat non sur les idées de puissance et de souveraineté, comme les juristes allemands, mais sur les idées de solidarité et d'interdépendance sociale et donc sur la notion de services d'intérêt général. On peut dès lors espérer que la reconnaissance de tels services par le droit de l'Union permettra de mieux assurer et d'affermir la légitimité de cet ordre juridique.

³⁹ R. Denoix de Saint Marc, *Le service public. Rapport au Premier ministre*, La documentation française, Paris, 1996, p. 59 et s.

⁴⁰ Voir par exemple CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, précité.

⁴¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, 1923, p. 54.