



HAL
open science

LE SERVICE PUBLIC FRANÇAIS FACE AU SERVICE D'INTERET GENERAL COMMUNAUTAIRE

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. LE SERVICE PUBLIC FRANÇAIS FACE AU SERVICE D'INTERET GENERAL COMMUNAUTAIRE. 2017. hal-01615956

HAL Id: hal-01615956

<https://hal.science/hal-01615956>

Preprint submitted on 12 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE SERVICE PUBLIC FRANÇAIS FACE AU SERVICE D'INTERET GENERAL COMMUNAUTAIRE

La compatibilité des conceptions française et communautaire du service d'utilité
publique en question

Par Fabien Bottini
Maître de conférences en droit public
Membre du GREDFIC

« “Cette époque joyeuse” où l’on pouvait nationaliser à tour de bras est terminée ». Si c’est ainsi que le constitutionnaliste Didier Maus (« Mélenchon, un programme qui oppose le volontarisme aux contraintes économiques », *Le Monde.fr* 4.4.2012) résume l’impossibilité de créer un pôle français de l’énergie 100% public du fait des contraintes européennes, cette proposition du candidat à l’élection présidentielle Jean-Luc Mélenchon a le mérite de rappeler que le service public (SP) à la française n’est pas le service d’intérêt général communautaire (SIG).

Quel peut toutefois être l’intérêt d’une réflexion sur l’opposition de ces deux conceptions des services d’utilité publique (SUP) dans un colloque sur l’inter-régionalisme Europe-Asie ? De prime abord, on pourrait penser que sa valeur ajoutée est quasi nulle. En réalité, elle est capitale car ce sujet permet de mettre en lumière le paradoxe actuel de l’influence de l’UE sur la constitution d’autres unions d’États. D’un côté, l’objectif affiché par les pères fondateurs de la construction communautaire d’en faire un État-continent joue un rôle moteur dans le regroupement des États des autres continents, ne serait-ce que par le jeu de la compétition entre les différentes régions du monde. Mais, d’un autre côté, l’UE doit, dans le même temps, faire face à la contestation permanente de ses États membres. Critiquant une orientation libérale contraire à leurs traditions nationales (Pour un panorama des différentes conceptions du SUP au sein de l’UE, v. CE, *Rapport public 1994*, EDCE-46. 101 s.), certains d’entre eux militent sous la pression du suffrage universel en faveur d’une réorientation de la construction européenne vers plus de justice sociale. De sorte que l’Europe des années 2000 n’est plus exactement celle des années 1950 et que son influence sur le monde pourrait par ricochet changer de nature. La dialectique qui oppose SP / SIG est au cœur de cette problématique.

Comme le résume le professeur Chapus, le SP renvoie à une activité d'intérêt général « assurée (TC 29.2.1908 Feutry, *RDP* 1908. 206, note Jèze) ou assumée (CE Ass. 13.5.1938, Caisse primaire aide et protection, *GAJA* et 20.7.1990, Ville de Melun, *AJDA*. 1990. 820, concl. Pochard) par une personne publique » (Chapus R., *Droit administratif général*, Montchrestien 2001. 579). C'est une notion cardinale du droit français, historiquement affirmée au niveau jurisprudentiel (TC 8.2.1873, Blanco, *GAJA*) et législatif (CSP, art. L. 6112-2) avant d'être consacrée au niveau constitutionnel (Pr. 27.10.1946, al. 7 ; Const. 4.10.1958, art. 11).

Le contraste est ainsi saisissant avec la construction communautaire qui l'ignore largement. En 1957, l'expression n'est en effet évoquée qu'à l'article 77 du traité de Rome (TCEE), pour admettre la possibilité des États de rembourser aux entreprises de transport les « servitudes inhérentes à la notion de service public ». À la place, son article 90 lui préfère celle de « Service d'Intérêt Economique Général » (SIEG) avant que dans les années 1980 la terminologie communautaire ne se fixe sous l'impulsion de la Cour de justice sur la notion plus englobante de SIG (concl. Vilaça sur CJCE 4.5.1988, Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbre des régions, *R.* 2479 ; CJCE 19.5.1993, Corbeau, *R.* 1993-I. 2533, pt 19). Reprise par le protocole n° 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (TFUE), le terme désigne selon la Commission européenne les « activités de service (...) considérées comme d'intérêt général par les autorités publiques » (Communication de la Commission au Parlement européen en date du 29.9.2000. Cf. Livre blanc du 12 mai 2004 : services marchands et non marchands « que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public »).

Sans doute, ces deux expressions ne sont-elles pas sans points communs, dès lors qu'elles désignent toutes deux 1°) des activités 2°) bénéficiant d'un label reconnu par les pouvoirs publics dont la spécificité est 3°) d'être au service de l'intérêt général. Mais elles ne sont pas synonymes pour autant dans la mesure où le rapprochement de leurs définitions met en lumière au moins trois différences. D'une part en effet, le droit communautaire fait de la création d'un SIG un pouvoir discrétionnaire alors que le droit français fait de la qualification d'un SP une compétence liée (CE Sect. 6.4.2007, Cne d'Aix-en-Provence, *AJDA* 2007.1020 : en droit français, le juge est compétent pour « reconnaître un caractère de service public » à une activité « alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution »

lorsqu'elle répond aux critères jurisprudentiels d'identification du service public). D'autre part, le premier habilite les instances européennes à créer un SIG alors que le second réserve la création des SP « aux pouvoirs publics nationaux et locaux » (Denoix de Saint Marc R. (dir.), *Rapport au premier ministre sur la notion de service public*, DF 1996 1.1.A). Enfin, la conception communautaire ne voit traditionnellement en l'intérêt général que la somme des intérêts particuliers (conception utilitariste) alors que la conception française y voit leur dépassement (conception volontariste) (CE, *Rapport public 1999*, EDCE-50. 253 et 257).

Cette opposition se poursuit jusque dans les subdivisions des deux notions. Car si un SP peut en droit interne revêtir la forme d'un service administratif (SPA) ou industriel et commercial (SPIC), il peut en droit communautaire prendre celle d'un service marchand (économique) ou non marchand (non économique). Dans ce dernier cas, on parle tantôt de Service d'Intérêt Général Non Economique (SIGNE) (Dir. 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12.12.2006, relative aux services dans le marchés intérieur, *JO* 2006-L376. 51, art. 2.2.a) ou de Service Non Economique d'Intérêt Général (SNEIG) (art. 2 du protocole *préc.* n° 26 du TFUE) lorsque le service porte sur les activités régaliennes (ou d'*imperium*) et tantôt de Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG) (Livre blanc de la Commission européenne de 2004 sur les SIG ; Communication du 20.11.2007 sur SIG (COM [725] final)) lorsqu'il remplit « une fonction de caractère exclusivement social, fondée sur le principe de solidarité et dépourvue de tout but lucratif » (CJCE 16.3.2004, AOK Bundesverband, *AJDA* 2004. 1085, chron. Belorgey, Gervasoni et Lambert). Dans le premier cas, on parle tantôt de SIEG (art. 14 et 106.2 TFUE) ou, comme on l'a vu, dans le domaine du transport, « d'obligations de services publics » (art. 93 TFUE) si le service se fonde sur le droit communautaire originaire, tantôt de service universel ou de service de base s'il est prévu par une directive (Dir. n° 2002/22/CE du 7.3.2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électronique, *JO* 2002-L108. 51) ou par la jurisprudence (CJCE 18.6.1998, Corsica Ferries, *R.* I-3949, pt. 45). Or si elles se recoupent, ces subdivisions ne se confondent pas, dès lors qu'un SPA peut s'analyser comme un service marchand (CJCE 20.3.1985, British Telecom, *R.* 873) et un SPIC, un service non marchand (TC 4.7.1983, Gambini, *RDP* 1983. 1381, note Auby : cas de certains services sociaux).

De telles divergences sont source d'insécurité juridique dès lors qu'elles rendent incertaines la marge de manœuvre reconnue aux États pour soustraire les services d'utilité publique au droit communautaire de la concurrence. Des années 1950 jusqu'aux années 1970-1980, leur confrontation est, il est, vraie demeurée latente du fait du peu d'attention portée par les institutions européennes aux services publics (Denoix de Saint Marc R. (dir.), *op. cit.*, 2.B). Mais la réorientation néolibérale des économies américaines et anglaises impulsée par les présidents Jimmy Carter et Ronald Reagan et le premier ministre Margaret Thatcher les ont conduites à s'y intéresser davantage à cette date (*id.*). De sorte que leur opposition est devenue plus manifeste. Profitant de la place de la Constitution au sommet de sa hiérarchie des normes (CE Ass. 30.10.1998, Sarran et Levacher, *GAJA* ; Cass. AP 2.6.2000, Fraisse, *D.* 2000. 865, note Mathieu et Verpeaux), le droit français affirmait l'existence de « principes constitutionnels régissant le service public » (CC 380 DC du 23.7.1996, France Telecom, *R.* 107, cs. 6 : principes de continuité, d'égalité, de neutralité et de confidentialité des services) pour assurer la supériorité de sa conception sur celle du droit communautaire tandis que ce dernier revendiquait sa primauté sur le droit des États partis (CJCE 15.7.1964, Costa c/ Enel, *R.* 1141, pt. 3). Depuis le tournant des années 90, le droit positif semble avoir opté pour une solution de compromis en faisant du respect des engagements communautaires des États membres une exigence constitutionnelle. C'est ce qui ressort en France de l'article 88-1 C. issu de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 (L. const. n° 92-554, *JO*-147. 8406, art. 5). Combien même cette disposition reviendrait formellement à leur conférer la même valeur, la question se pose toutefois : l'évolution du droit interne et européen a-t-elle permis d'assurer la compatibilité matérielle des conceptions française et communautaire du service d'utilité public ?

Il semble qu'à la guerre froide qui les a opposées jusque dans les années 1990 (I) a succédé une coexistence pacifique des plus relatives (II).

I. LA GUERRE FROIDE

L'image de la guerre froide rend bien compte du conflit larvé qui a opposé les conceptions française et communautaire des années 1950 jusqu'au début des années 1990. Car les divergences idéologiques qui les sous-tendent (A) ont eu des répercussions sur le plan juridique (B).

A. L'OPPOSITION IDEOLOGIQUE

Les conceptions française et communautaire du « service public » procèdent de deux idéologies différentes. Car si celles-ci sont toutes deux bâties sur les mêmes présupposés libéraux, elles ne procèdent pas du même libéralisme.

I. Leur filiation avec la pensée libérale se déduit de leur volonté d'assurer le respect de la liberté-autonomie des individus en limitant et en encadrant l'action de l'État.

A. Elle se déduit d'abord de la façon dont elles limitent l'interventionnisme étatique. Dans la pensée libérale, l'État ne doit intervenir que pour prendre en charge les activités régaliennes nécessaires au respect de la liberté individuelle, c'est-à-dire pour battre la monnaie et assurer la sécurité tant à l'intérieur de son territoire (police, justice) que vis-à-vis de l'extérieur (diplomatie, défense). C'est la raison pour laquelle l'État libéral est un État minimum : c'est un État gendarme dont l'action est illicite dès lors qu'il tend à fausser les relations entre les opérateurs économiques ou à se comporter comme un simple particulier. Or chacune de ces illicéités se retrouve en droit français et communautaire. La première est illustrée par la jurisprudence administrative (CE 7.6.1865, *Lesbats*, R. 624 ; 23.3.1938, *Sct des transports Citroën*, R. 104) et les dispositions européennes relatives aux aides d'État et aux droits exclusifs ou spéciaux (art. 90 TCEE et 106 TFUE) qui interdisent en principe aux autorités d'utiliser leurs prérogatives de puissance publique pour porter atteinte à la liberté d'entreprendre ou fausser le jeu de la concurrence. La seconde est à l'origine de la jurisprudence de droit interne qui défend en temps normal jusque dans les années 1920 à la puissance publique d'intervenir dans le secteur privé (CE 1^{er}.2.1901, *Decroix*, S. 1901. 3. 41, note *Hauriou* ; 29.3.1901, *Casanova*, *GAJA*) autrement que par le jeu de la concession de service public (CE 10.1.1902, *Cie nouvelle du gaz de Déville-les-Rouen*, S. 1902. 3. 17) et de la jurisprudence communautaire accordant plus difficilement – malgré le principe de neutralité consacré à l'article 222 TCEE (et repris à l'article 345 TFUE) – le bénéfice d'une dérogation au droit de la concurrence aux activités d'intérêt général directement gérées par une personne publique (Cf. CJCE 10.12.1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, R. I. 5889, pts. 24 et 28 (refuse de faire bénéficier les opérations portuaires gérées par des personnes publiques de l'article 90 TCEE) et CJCE 18.6.1998, *Corsica Ferries*, R. I. 3949, pt. 45 et 46 (fait bénéficier l'activité de lamanage exercée par des personnes privées de cette disposition reprise à l'article 86 TCE)). De même, elle

explique les dispositions nationales (Cass. civ. 5.7.1865, Chemins de fer de l'Est, S. 1865. 1. 441 ; CA Dijon 17.3.1913, Bouzereau, S. 1917. 2. 105, note Mestre) et communautaires (art. 85 s. TCEE devenus 101 s. TFUE) défendant en principe aux concessionnaires de SUP d'adopter des comportements anti-concurrentiels notamment en concluant des ententes ou en abusant de leur position dominante.

B. La filiation des deux conceptions avec la pensée libérale se déduit ensuite de la façon dont elles encadrent l'action étatique. Pour le libéralisme en effet, l'État doit être lié par le droit dans la mesure où les dépositaires du pouvoir doivent répondre devant un juge des manquements qu'ils commettent à la règle de droit. Or cette théorie de l'État de droit est là encore commune aux conceptions française et communautaire, dès lors que le service public est tenu de respecter « la garantie des droits » prévue par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (CE 9.5.1913, Roubeau, R. 521 ; CC 44 DC du 16.7.1971, Liberté d'association, *GDCC*) et que le service d'intérêt général se déploie au sein d'une « Communauté de droit » (CJCE 23.4.1986, Les verts c/ Parlement européen, R. 1365, pt 23).

Si les conceptions française et communautaire ont pour ces raisons en commun d'être bâties sur les mêmes présupposés libéraux, elles ne procèdent toutefois pas du même libéralisme.

II. Tandis que le service public s'est progressivement construit depuis la Révolution française sur la base d'un libéralisme politique teinté de socialisme, le service d'intérêt général a davantage été conçu à partir du libéralisme économique anglo-saxon, sous l'impulsion des États-Unis et de l'Allemagne.

A. Sous la pression du suffrage universel, le libéralisme français va à partir du XX^e siècle se trouver tempéré par l'essor des idées socialistes pour donner naissance à une conception originale du service public que Léon Bourgeois qualifiera de « solidariste » (Bouveresse J., « La Troisième République eut-elle une politique économique et sociale ? » in *L'État interventionniste*, L'Harmattan 2012. 93). Non contente de favoriser le développement de l'État-providence via la multiplication des SPIC (TC 22.1.1921, Sct commerciale de l'Ouest africain, *GAJA*), cette conception va faire de l'essor du service public la condition de la sauvegarde de la cohésion nationale à un moment où elle se trouve menacée par la guerre et ses conséquences. Cette évolution est pressentie dès 1911 par Léon Duguit. Après avoir présenté le service public comme l'activité « dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce [qu'elle] est indispensable à la réalisation (...) de

l'interdépendance sociale », le doyen de Bordeaux insiste sur le fait que sa nature est « telle qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante » (*Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing 1911. 71, §26 ; *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, E. de Boccard 1928. 61). Sous la pression populaire, la conception républicaine du service public va ainsi acquérir à compter des années 1920 une dimension globale (holiste) et sociale justifiant l'intervention de l'État dans de nombreux domaines de la vie en société du fait de la pénurie née des deux conflits mondiaux. Comme le résume le professeur Jacques Chevallier, elle va servir « de puissant moteur d'expansion étatique » (*Le service public*, PUF 2012. 40).

B. A l'origine au contraire, le libéralisme de la construction communautaire tend à s'inspirer des modèles anglo-saxon et germanique pour limiter l'emprise étatique sur le corps social. De ce que la nation s'est construite contre le régime anglais, la culture américaine a acquis la conviction que l'intervention de l'action publique en dehors des domaines régaliens est potentiellement liberticide. D'autant que la conquête de l'Ouest a montré que l'initiative privée pouvait suffire à assurer la prospérité du pays. Au sortir de la seconde guerre mondiale, les horreurs du nazisme vont conduire la RFA à acquérir des convictions similaires (Marty F., « Politique européenne de concurrence et économie sociale de marché », *OFCE* 2010-30. 2) sous le regard bienveillant des forces américaines de libération. Or ces traditions vont conjuguer leurs effets pour influencer l'orientation du droit communautaire naissant. Outre que les pères fondateurs de l'Union européenne n'ont pas hésité à solliciter l'expertise des juristes américains lors de la rédaction des clauses « anti-trust » des traités (Melandri P., *Les États-Unis face à l'unification de l'Europe*, Pedone 1980, sp. p. 281 et 312-313), leurs conceptions du droit de la concurrence va s'inspirer de l'ordo-libéralisme allemand (Marty F., *op. cit.*, p. 9 s.). Faisant de la libéralisation des marchés une condition de la création des richesses et, à travers elle, du bien être social, le droit communautaire n'admettra l'immixtion de la puissance publique dans l'économie qu'à la double condition qu'elle soit strictement justifiée par la spécificité du secteur en cause et qu'elle tende seulement à imposer aux entreprises le respect d'obligations minimales de services publics en termes de transparence, d'universalité, d'égalité, de continuité, de qualité, de sécurité ou encore de participation (Colson J.-P. et Idoux P., *Droit public économique*, LGDJ 2008. 81, n° 109). Plutôt que de créer spécifiquement une entreprise pour gérer un service public, le droit communautaire suggère en effet de mettre à contribution les opérateurs existants.

Résumée par la règle *pay or play*, son approche revient à confier les obligations de service public à un opérateur financé par les autres intervenants du secteur (*pay*) ou à chacun d'eux (*play*) à l'aide, le cas échéant (et le cas échéant seulement), de prérogatives exorbitantes du droit commun. La conception communautaire du SIG se caractérise ainsi jusque dans les années 1990 par sa dimension sectorielle (atomistique) et économique dont découlera la circonscription de l'interventionnisme étatique à quelques domaines d'activités clairement ciblés.

Si la divergence entre les deux conceptions se résume pour cette raison à un profond désaccord sur ce qui doit être le moteur du progrès social – l'État ou les marchés –, la radicalité de leur opposition a eu pour effet de mettre en concurrence les ordres juridiques interne et communautaire.

B. LA COMPETITION JURIDIQUE

Sur le plan juridique, l'opposition des deux conceptions se déduit de la marge de manœuvre reconnue au pouvoir politique et, à travers lui, aux citoyens, pour réglementer l'organisation ou le fonctionnement des services publics. Alors qu'en droit français l'une des lois théorisées par Louis Rolland place le service public « sous la direction plus ou moins effective des gouvernants » (*Précis de droit administratif*, Dalloz 1957. 18), le droit communautaire s'efforce au contraire de limiter leur emprise sur les SIG.

I. Cette opposition transparaît d'abord des pouvoirs dont les représentants disposent d'un point de vue externe sur la relation qu'entretient le SUP avec les autres intervenants du secteur.

A. Du fait de son approche globale et sociale, le droit français interprète en effet depuis le début du XIXe siècle le principe de non concurrence d'une façon qui favorise une plus grande immixtion des pouvoirs publics dans l'économie.

1°) En premier lieu, cette interprétation facilite l'accès des services publics au marché en permettant aux autorités compétentes pour le réguler de décider de leur création.

a) En cas de carence ou d'insuffisance de l'initiative privée, la doctrine du socialisme municipal permet en effet au pouvoir réglementaire de créer un SPIC chaque fois qu'un intérêt public le justifie. Sans doute le juge administratif a-t-il d'abord interprété de façon restrictive l'idée de défaillance (CE 29.3.1901, Casanova, *préc.*). Mais, comme le relevaient les auteurs du *GAJA* en 1956, il a admis « plus fréquemment l'existence d'une

situation particulière de nature à justifier l'interventions des collectivités publiques » à partir de l'entre-deux guerre (Long M. et a., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey 1956. 174). Alors qu'il s'agit en 1901 de permettre les seules interventions d'intérêt local motivées par des « circonstances exceptionnelles », il s'agit à partir de 1930 d'autoriser celles justifiées par de simples « circonstances particulières » (CE 30.5.1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *RDP* 1930. 530, concl. Josse). Tandis qu'il s'agit dans les années 1920-1930 de pallier une défaillance quantitative du secteur privé (CE Ass. 24.11.1933, La solidarité ternoise, *R.* 1099), il s'agit également par la suite de remédier à ses défaillances qualitatives (CE Sect. 20.11.1964, Ville de Nanterre, *AJDA* 1964. 686, chr. Puybasset et Puissochet) : alors que le premier cas de figure renvoie à l'hypothèse d'une initiative privée incapable de remplir son rôle, le second renvoie à l'hypothèse d'une initiative privée incapable de remplir son rôle dans les conditions souhaitées par les citoyens.

b) Même en l'absence de défaillance de l'initiative privée, le droit français permet aux pouvoirs publics d'intervenir dans le secteur marchand. A l'échelle du pays, le législateur peut ainsi nationaliser une activité ayant le caractère d'un service public national (Pr. 27.10.1946, al. 9 ; CC 207 DC des 25 et 26.6.1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, cs 52) tant que cette activité conserve cette qualité (CC 543 DC du 30.11.2006, Secteur de l'énergie, *R.* 120, cs. 14). A l'échelle locale, le pouvoir réglementaire est de même toujours habilité à créer un SPIC dans quatre hypothèses, à savoir lorsqu'il 1°) fonctionne sur le domaine public (CE Sect. 29.1.1932, Sct des autobus antibois, *GAJA*), 2°) est complémentaire d'un autre service public (CE Ass. 27.2.1942, Mollet, *S.* 1942. 41, note P. L.), 3°) est rattachable aux attributions légales des personnes publiques (CE Ass. 19.5.1933, Blanc, *S.* 1933. 81, note Alibert) et 4°) est destiné à ne satisfaire que les besoins propres de l'administration (CE 29.4.1970, Sct Unipain, *AJDA* 1970. 430, concl. Braibant ; CE 26.10.2011, Assoc. pour la promotion de l'image, *AJDA* 2012. 35).

Si, dans tous ces cas de figure, les autorités peuvent être à la fois juge et partie, c'est, comme le relevait le président Kahn à propos de la doctrine du « socialisme municipal », parce que le droit français donne « la primauté aux intérêts collectifs » sur les « intérêts » particuliers (cité *in* concl. Boulouis sur CE 3.3.2010, Dpt de la Corrèze, *AJDA* 2010. 957).

2°) La même considération explique en second lieu qu'un service public légalement créé puisse toujours intervenir sur un marché concurrentiel à l'aide des prérogatives de puissance publique dont il a été investi. Jusqu'au milieu des années 1990, l'idée a en effet prévalu que ces services se trouvaient soustraits au droit de la concurrence dès lors que leur organisation relevait des attributions régaliennes de l'État (CE 4.5.1906, Babin, *R.* 362, concl. Romieu) : non seulement les juridictions de droit interne faisaient prévaloir l'objet d'intérêt général des AAU réglant leur fonctionnement sur leurs effets éventuellement anticoncurrentiels (TC 6.6.1989, Ville de Pamiers, *AJDA* 1989. 467, chron. Honorat et Baptiste, note Bazex ; CE 23.7.1993, CGE, *R.* 225), mais cette solution semblait conforme à la volonté du législateur, dans la mesure où l'article L. 420-4 du Code de commerce fait échapper au respect de ce droit « les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ».

Ainsi que le résume le professeur Chevallier, l'idée qui domine en droit français est que « sans la moindre prérogative exorbitante, le service public n'apparaît plus (...) que comme une coquille vide » (*Le service public*, PUF 2012. 51). Si l'interprétation du principe de non concurrence a de ce fait longtemps été favorable à une expansion du service public en droit français, il en va autrement en droit communautaire.

B. Au contraire en effet, l'approche sectorielle et économique prônée par ce dernier l'a longtemps conduit à en promouvoir une interprétation qui restreigne le pouvoir des États sur les SIG.

1°) En premier lieu, le droit communautaire encadre en effet davantage leur pouvoir de créer de tels services.

a) Sans doute les gouvernants demeurent-ils exclusivement compétents pour organiser les services publics régaliens (CJCE 19.1.1994, Eurocontrol, *AJDA* 1994. 286, chron. Chavrier, Honorat et Pouzoulet) ou sociaux (CJCE 27.9.1988, État belge c/ Humbel, *R.* 1998. 5365) du fait du caractère non économique de leur activité. Mais, outre qu'elle doit résulter d'un acte exprès (CJCE 21.3.1974, BRT c/ SABAM, *R.* 1974. 51 ; 23.10.1997, Comm. c/ France, *R.* 1997-I. 5815), la création d'un SIEG n'est valable qu'à la double condition d'être proportionnée à l'objectif poursuivi et de ne pas affecter le développement des échanges intra communautaires « dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union » (art. 90 TCEE et 106 TFUE). L'accès ou le maintien des services sur le marché est de plus rendu plus difficile par le fait que sa régulation doit revenir à des autorités administratives indépendantes (AAI) du pouvoir politique. Le droit

communautaire prohibe en effet la concentration entre les mêmes mains des rôles d'acteur et d'arbitre économiques (art. 90 TCEE et 106 TFUE ; CJCE 19.3.1991, France c/ Comm., R. 1991-I. 1223), dans la mesure où la solution contraire revient à ses yeux à accorder un « droit exclusif plaçant nécessairement l'opérateur en situation d'abuser de sa position dominante » (CE, *Rapport public 2002*, EDCE-53. 348). Si cette dissociation du pouvoir d'édiction des normes et du contrôle politique de leurs auteurs par les autorités élues est « contraire à la tradition juridique française » (Denoix de Saint Marc R., *op. cit.*, 2.A), le droit communautaire diverge également de cette dernière quant aux règles auxquelles il soumet le fonctionnement des SIG.

2°) D'autre part en effet, les obligations de service public mises à la charge d'une entreprise doivent s'analyser selon lui comme de simples exceptions au droit de la concurrence devant être interprétées restrictivement.

a) Cette considération explique tout d'abord que les pouvoirs publics doivent en principe s'abstenir de faire bénéficier les services marchands (services industriels et commerciaux principalement) d'avantages susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence (art. 90 TCEE et 106 TFUE ; CJCE 23.4.1991, Höfner et Elner c/ Macrotron, R. 1991-I. 1979, pt. 21). Sans doute le droit européen admet-il que les autorités viennent financièrement en aide aux entreprises chargées d'une mission d'intérêt général. Mais cette faculté est limitée dès lors que les aides d'État (art. 92 CEE et 107 TFUE) et, à partir de 2003, les compensations de service public ne sont valables que si elles ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des surcoûts occasionnés par l'exécution des obligations particulières dont le gestionnaire est investi (CJCE 24.7.2003, Altmark TransGmbH, *AJDA* 2003. 1739, note Rodrigues). De même, les SIEG ne peuvent bénéficier de droits exclusifs ou spéciaux qu'autant qu'ils sont nécessaires à l'accomplissement de leurs missions (art. 90 TCEE et 106 TFUE ; CJCE 13.12.1991, RTT, R. 1991. 5941).

b) La même considération explique ensuite pourquoi les autorités nationales ne peuvent réglementer les SNEIG comme elles veulent : la notion d'entreprise s'entendant en droit communautaire de « toute entité exerçant une activité économique » de production, distribution ou de service « indépendamment » de son « statut juridique (...) et de son mode de fonctionnement » (CJCE 23.4.1991, Höfner, R.-I. 1979), les services régaliens et sociaux sont soumis au droit de la concurrence chaque fois qu'ils interviennent dans des domaines ne relevant pas « intrinsèquement des prérogatives de l'État »

(Communication de la Commission de 2000 sur les SIG, *JOCE* 2001-C17. 9, pt 28 ; CJCE 24.10.2002, ADP, *AJDA* 2003. 436, note Chérot) ou que ce dernier ne parvient pas à démontrer leur caractère exclusivement social (CJCE 16.11.1995, Féd. franç. des sociétés d'assurance e. a., *AJDA* 1996. 273, chron. Chavrier, Honorat et de Bergues).

II. L'antagonisme des deux conceptions se déduit ensuite de l'importance du pouvoir dont dispose le pouvoir politique et, à travers lui, les citoyens sur l'organisation interne du service.

A. En droit français, ce pouvoir est particulièrement pesant dès lors qu'il constitue la contrepartie des prérogatives de puissance publique dont il est investi. Pour cette raison, « l'absence de tout contrôle de la personne publique » interdit de qualifier l'activité de service public (CE 5.10.2007, Sct UGC – Ciné cité, *AJDA* 2007. 1903 ; 23.5.2011, Cne de Six-Fours-les-Plages, *AJDA* 2011. 1059). Ce contrôle est évident lorsque l'administration décide de le gérer elle-même. Car de nombreuses dispositions consacrent alors le devoir d'obéissance hiérarchique de ses agents (CE Sect. 30.6.1950, Queralt, *D.* 1951. 593, note F. M. ; L. modifiée n° 83-634 du 13.7.1983, art. 28). Celui-ci est d'autant plus contraignant que la jurisprudence administrative ne permet aux intéressés de désobéir que si l'ordre est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public (CE 10.11.1944, Langneur, *R.* 288, concl. Chenot ; L. n° 83-634 préc., art. 28), toute mauvaise interprétation de cette dérogation engageant leur responsabilité disciplinaire sous le contrôle simplement minimum du juge (CE Sect. 9.6.1978, Lebon, *AJDA* 1978. 578, concl. Genevois ; 1^{er}.2.2006, Touzard, *R.* 38). Mais ses pouvoirs ne sont pas moins significatifs lorsqu'elle décide de déléguer la gestion du service puisque le délégataire est réputé agir pour son compte. Le droit positif lui reconnaît en effet de ce fait la possibilité de lui donner des ordres afin d'assurer la bonne exécution du service (CE 27.7.1932, Léonard, *R.* 799), sous peine de sanctions qu'elle peut lui infliger même dans le silence du contrat (CE 31.5.1907, Deplanque, *R.* 513). Comme le résumait le commissaire du gouvernement Josse « le [délégataire] gère, l'administration contrôle » (concl. sur CE 18.7.1930, Cie PLM, *RDP* 1931. 142).

B. À l'inverse, le pouvoir hiérarchique de l'administration est plus relatif en droit communautaire dans la mesure où ce dernier se méfie de ce qui pourrait être pour l'administration un moyen de forcer les préposés des SIEG à violer la liberté du commerce et de l'industrie. Cette crainte explique que leurs salariés soient soumis aux

règles du droit commun chaque fois qu'ils ne participent pas à l'exercice de la puissance publique ou à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État (art. 48 TCEE et 45 TFUE *a contrario* ; CJCE 17.12.1980, Comm. c/ Belgique, R. 3881). Car le droit du travail leur est plus favorable, notamment en matière disciplinaire (C. trav., art. L. 1331 s.) où les faits fautifs se prescrivent dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'employeur en a eu connaissance (C. trav., art. L. 1232-4) alors qu'aucune prescription n'existe en droit de la fonction publique (CC 199 QPC du 25.11.2011, Prescription en matière disciplinaire, *AJDA* 2011. 2317). La même considération explique que les préposés des SIEG peuvent en principe être recrutés parmi des non nationaux (CJCE 17.12.1980, *op. cit.*, pt 10), dès lors que la protection diplomatique de leur État d'origine est de nature à les rendre moins dépendants de l'État employeur.

Bien que parfaitement logique dans la perspective libérale initiale du droit communautaire, la relativisation du pouvoir des autorités sur les SIEG contrevient à la conception française du service public : dans la mesure où elle dépossède les autorités nationales et, à travers elles, les citoyens du pouvoir d'arbitrage dont ils bénéficiaient jusqu'alors entre les SUP et l'initiative privée. C'est en effet, pour reprendre l'analyse de Michel Foucault (cité *in* Marty F., « Politique européenne de concurrence et économie sociale de marché », *OFCE* 2010-30. 5), comme si la conception française plaçait traditionnellement les acteurs économiques sous la surveillance du pouvoir politique alors que la conception communautaire cherchait à renverser la perspective pour placer ce dernier sous la surveillance des premiers. Si cette opposition idéologique a été source de tension juridique jusque dans les années 1990, leur relation a cependant commencé à s'apaiser à partir de cette date pour donner lieu à une relative coexistence pacifique.

II. LA COEXISTENCE PACIFIQUE

Un certain rapprochement juridique est intervenu (A) du fait des concessions idéologiques consenties par chacune des deux conceptions (B).

A. LE RAPPROCHEMENT JURIDIQUE

I. Le rapprochement juridique se déduit d'abord des concessions faites par les juridictions nationale et communautaire quant aux activités susceptibles d'être qualifiées de SUP.

A. De leur côté, les juridictions nationales admettent désormais plus facilement qu'une

personne privée en charge d'une mission d'intérêt général puisse gérer un SPIC bien qu'elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique. Jusque dans les années 1990 en effet ces derniers apparaissaient comme « un élément d'identification du service public » (Chevallier J., *Service public*, PUF 2012. 51) dès lors que la jurisprudence refusait de qualifier comme tel les activités d'intérêt général gérées sans prérogatives exorbitantes du droit commun (CE 23.3.1983, Bureau Veritas, req. n° 33803 34462). Sans doute certains arrêts décidaient-ils le contraire (TC 6.11.1978, Bernardi, *AJDA* 1979. 35 ; 28.4.1980, Mme Girinon, *AJDA* 1981. 158, note Brard). Mais il s'agissait de cas d'espèce isolés. Depuis les années 1990 toutefois, le juge administratif accepte de considérer qu'une activité de service public puisse être gérée sans prérogatives de puissance publique (CE 20.7.1990, Ville de Melun, *op. cit.*) dès lors que l'administration impose au gestionnaire le respect d'obligations spécifiques dont elle vérifie le respect (CE Sect. 22.2.2007, APREI, *AJDA* 2007. 793 ; 25.7.2008, CEA, req. n° 280162). Or cette définition complémentaire est bien une concession faite au droit communautaire dès lors que ce dernier estime qu'un SIEG peut se résumer à des obligations particulières pesant sur celui qui le gère, à l'exclusion de tout pouvoir exorbitant du droit commun (« Communication de la Commission sur les SIG en Europe du 11 septembre 1996 », *JOCE C* 1996-281. 3: les SIG sont des « activités de service marchand ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public »).

B. De leur côté, les autorités communautaires admettent également plus facilement qu'une activité de service public puisse être qualifiée de SIEG. Depuis les années 1990, elles se contentent en effet d'exercer un contrôle « de l'erreur manifeste d'appréciation » (Décision 2008/765/CE de la Commission européenne du 11 décembre 2007 concernant l'aide n° C 7/06 mise en œuvre par la Finlande, *JOCE L* 2008-270. 18, pt 215 ; TPICE 15.6.2005, Fred Olsen, aff. T-17/02, pt 209 et 216) sur la décision des États de qualifier comme telle une activité. Comme le résume les professeurs Colson et Idoux, elles « s'en réfèrent » ainsi « essentiellement à la volonté de l'État membre pour identifier un SIEG, là où un jeu de critères communautaires aurait pu imposer une définition réductrice » (Colson J.-P. et Idoux P., *Droit public économique*, LGDJ 2008 n° 101).

II. Ce rapprochement se déduit ensuite du régime juridique applicable aux SP et aux SIG.

A. Les premiers doivent dorénavant respecter le droit de la concurrence d'une façon qui prenne davantage en compte leur spécificité.

1°) Pour sa part, le renforcement de la soumission des services publics au droit de la concurrence tient à la fois à l'évolution de la jurisprudence administrative et au développement des AAI.

a) La première veille désormais au respect des règles de la concurrence, que le service agisse dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique ou non. Dans le premier cas, les juridictions nationales rappellent depuis le tournant des années 1990 que les contrats administratifs (CE Sect. 3.11.1997, Sct Million et Marais, *GAJA*) ou les actes administratifs unilatéraux (CE avis 22.11.2000, Sct L&P publicité, *RDP* 2001. 393, note Guettier ; 29.7.2002, Sct Cegedim, *AJDA* 2002. 1072, note Nicinski) pris par les SP sont soumis « au principe de la liberté de la concurrence » (CE 1^{er}.4.1998, Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée, *RFDA* 1998. 665 ; 27.7.2001, CAMIF, *R.* 402), dès lors qu'ils ont un impact sur le secteur marchand. Dans le second, la substitution d'un principe d'égalité concurrence au principe de non concurrence conduit le juge administratif à considérer qu'un service public ne peut intervenir dans un domaine accessoire à son activité qu'à la condition de ne pas tirer profit de ses prérogatives exorbitantes du droit commun (CE avis 8.11.2000, Sct J.-L. Bernard Consultant, n° 222208 ; CE Sect. 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *AJDA* 2006. 1592, chron. Landais et Lenica ; CE 3.3.2010, Dpt de la Corrèze, *AJDA* 2010.960). Sous cette réserve, le gestionnaire peut par exemple désormais se porter candidat à l'attribution d'un marché public (CE 10.7.2009, Dpt de l'Aisne, *AJDA* 2009. 2006, note Dreyfus). Or il s'agit là encore bien d'une concession à la conception communautaire, dans la mesure où l'article 106 TFUE (ex. art. 86 TCE) n'autorise un SIEG à bénéficier de droits exclusifs ou spéciaux que « dans la seule mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits » (CJCE 23.10.1997, Comm. c/ France, *R.* 1997-I. 5815).

b) Les AAI ont pour leur part vu leur rôle renforcé par l'attribution d'un pouvoir réglementaire. Conformément à la tradition juridique française, les articles 13 et 21 C. confient ce pouvoir pour l'État au premier ministre et au président de la République. Le Conseil constitutionnel en a déduit que les AAI ne pouvaient bénéficier que d'un pouvoir réglementaire « subordonné et second » (note Favoreu L. et a. sous CC 248 DC du 17.1.1989, CSA, *GDCC* 2009. 571) et non pas autonome. C'est ce qui explique qu'en pratique toutes les AAI n'en soient pas investies et que celles qui en bénéficient ne puissent pour la plupart l'exercer que « sous réserve de l'homologation ministérielle » (CE, *Rapport public* 2001, *ECDE* 2002. 310). La prise en compte du droit européen n'en a toutefois pas moins conduit le

juge constitutionnel et le législateur à rompre avec le monopole traditionnel de l'Exécutif en la matière. Tandis que le premier affirme désormais le pouvoir du parlement de « confie[r] à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi » (CC 248 DC *préc.*, cs. 15 ; 217 DC du 19.9.1986, CNCL, R. 141, cs. 58), le Conseil d'État relevait en 2001 que des dispositions législatives avaient doté la COB, le CMF (fusionné depuis au sein de l'AMF), l'ART (devenue l'ARCEP) et la CRE d'un tel pouvoir (*Rapport public 2001*, ECDE 2001. 310). Certaines AAI comme le CSA jouissent même d'un pouvoir réglementaire dispensé d'homologation ministérielle (CE 7.7.1999, FN, R. 245 ; 18.9.2002, Assoc. Promouvoir, *AJDA* 2003. 745, note Julien-Laferrière). De sorte que le droit positif actuel s'analyse comme une solution transactionnelle entre le droit traditionnel français affirmant la réserve de compétence de l'Exécutif dans l'exercice du pouvoir réglementaire national et le droit anglo-saxon faisant de la reconnaissance d'un tel pouvoir au bénéfice des *IRC* (*Independent Regulatory Commissions*) ou des *QUANGOS* (*Quasi autonomous non governmental organizations*) une garantie du bon fonctionnement des marchés (CE, *Rapport public 2001*, EDCE-52. 281 s.). En même temps qu'ils reflètent une certaine résistance de la tradition juridique française, ces aménagements illustrent ainsi les concessions faites par le droit français, dès lors que le droit américain est, comme on l'a vu, une des références du droit communautaire.

2°) En contrepartie, ce dernier admet de plus en plus largement que d'autres considérations d'intérêt général puissent justifier de faire échapper la création ou le fonctionnement d'un SIEG au droit de la concurrence.

a) D'une part en effet, la jurisprudence sur le « *in house* » (CJCE 18.11.1999, Teckal, R-I. 8121) ou la coopération public-public (CJUE 9.6.2009, Hambourg, *AJDA* 2009. 1715, note Dreyfus et Rodrigues) revient à soustraire la création d'un tel service à la logique concurrentielle chaque fois qu'elle prend la forme d'un contrat de mutualisation de prestations entre autorités administratives. Cette évolution traduit un rapprochement avec le droit français, dès lors qu'elle rappelle la jurisprudence Unipain de 1970 (CE 29.4.1970, Sct Unipain, *préc.*). Sans doute cette dernière se distingue-t-elle du droit communautaire en ce qu'elle confie l'exécution des prestations, non pas à des tiers contractuels revêtus de la personnalité morale, mais aux agents de l'administration eux-mêmes. Mais cette divergence porte davantage sur les modalités d'exécution du service que sur la nature de la dérogation. C'est pourquoi le Conseil d'État n'a eu aucune difficulté à transposer le nouvel état du droit communautaire en affirmant que le droit de la concurrence devait désormais être écarté chaque fois que le tiers bénéficiaire de la prestation ne peut « être regardé comme un

opérateur sur un marché concurrentiel » (CE Sect. 6.4.2007, Cne d'Aix-en-Provence, *AJDA* 2007. 1020, chron. Lenica et Boucher).

b) D'autre part, les institutions européennes acceptent plus facilement de faire bénéficier le fonctionnement d'un SIEG d'un régime dérogatoire lorsque cela paraît nécessaire à la satisfaction des besoins dont il a la charge. Dès 1957, l'article 90 TCEE, repris aux articles 86 TCE et 106 TFUE, prévoit que l'application des règles de concurrence doit être écartée chaque fois qu'elles font « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Mais la jurisprudence communautaire interprète désormais cette dérogation de façon plus souple en estimant qu'il n'est plus « nécessaire que la survie » du service « soit elle-même menacée » (CJCE 23.10.1997, Comm. c/ France, *R.* 1997-I. 5815, pt. 59) pour qu'elle puisse jouer. Le droit européen s'est ainsi rapproché de la jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État (CE 23.6.1933, Planche, *S.* 1933.3.81; 4.6.1954, Dame Berthod, *R.* 335 ; Sect. 18.12.1959, Delansorme, *R.* 692) en considérant qu'un SIEG pouvait valablement bénéficier d'un droit exclusif ou spécial pour financer ses activités d'intérêt général à l'aide d'activités annexes plus rentables lorsque cela paraît « nécessaire pour permettre à l'entreprise (...) d'assurer sa mission d'intérêt général » (CJCE 19.5.1993, Corbeau, *R.-I.* 2533, pt 16). Il n'est dès lors pas étonnant que le juge administratif ait réaffirmé sa volonté de déroger aux règles de la concurrence chaque fois que l'intérêt général poursuivi se trouve menacé par leur application (CE 26.3.1999, Sct EDA, *AJDA* 1999. 427, concl. Stahl, note Bazex). Du fait de cette évolution, le Conseil d'État estimait dans son rapport de 1999 que les jurisprudences nationale et communautaire « s'accord[ai]ent » dorénavant sur la question de la soumission des services publics au droit communautaire de la concurrence et de ses limites (CE, *Rapport public 1999, op. cit.*, p. 352).

B. Inversement, les SIG sont désormais soumis à un certain nombre de règles communes qui rappellent les lois de Rolland. Dans un mémorandum de 1995, la France avait invité les instances communautaires à promouvoir des « principes généraux communs à l'ensemble des services publics » au nombre desquels figureraient les principes de « continuité », d'« égalité », d'« adaptation » et de participation. Or le droit dérivé affirme depuis que le service universel doit assurer, outre une fourniture ininterrompue des prestations (CJCE 27.4.1994, Cne d'Almelo, *R.-I.* 1477, pt 48), leur égalité d'accès et prendre en compte l'évolution des besoins des usagers (Cf. Communication précitée de la commission du 11 septembre 1996, *JOCE C* 1996-281. 3 et Dir. 97/67/CE et 2003/54-55/CE du Parlement européen et du Conseil des 15.12.1997 et 26.6.2003

respectivement relatives à la libération des services postaux, de l'électricité et du gaz, *JOL* 1998-15. 14 et 2003-176. 57). De même, les TUE (art. 1^{er} et 10) et TFUE (art. 15) font de la transparence un principe du droit européen permettant « d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel » (CJUE GC 9.11.2010, Volker und Markus Schecke, aff. C-92/09) notamment quant aux conditions d'organisation et de fonctionnement des SIG. Dans une sorte de synthèse, le protocole n° 26 garantit même « un niveau élevé de qualité, de sécurité » des SIEG ainsi que leur « caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs » (art. 1^{er}, al. 4). Or certains sont tentés de voir dans ces évolutions la consécration à l'échelle communautaire « des lois du service public à la française » (Kovar R., « Droit communautaire et service public », *RTDE* 1996. 236 ; Frier P.-L. et Petit J., *Droit administratif général*, Montchrestien 2010 n° 395).

Ces rapprochements juridiques n'ont toutefois pu s'opérer que parce que chaque conception consentait à faire des concessions à l'autre sur le plan idéologique.

B. LES CONCESSIONS IDEOLOGIQUES

I. Le droit français a pour sa part fait des concessions au libéralisme économique de la construction communautaire en assouplissant la prééminence qu'il donnait depuis la III^e République au droit objectif au travers de ce que le professeur J.-B. Auby appelle une « revitalisation de l'approche subjectiviste » (Auby J.-B., « La bataille de San Romano », *AJDA* 2001. 912).

A. Le culte de la « loi, expression de la volonté générale » et le développement de la souveraineté parlementaire avaient conduit le droit français à occulter au XIX^e siècle l'idée libérale de droits subjectifs pour placer les administrés dans une situation globalement légale et réglementaire vis-à-vis du service public (Duguit L., « La situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP* 1907. 439). Simples sujets de droit, les particuliers étaient tenus de se conformer à ses règles d'organisation et de fonctionnement dès lors qu'elles respectaient la légalité objective, sans pouvoir se prévaloir de leurs droits conventionnels (CE 1^{er}.3.1968, Synd. gén. des fabricants de semoules de France) ou constitutionnels (CE Sect. 6.11.1936, Arrighi, *R.* 966) en conséquence de la théorie de la loi-écran. La sacralisation de la puissance publique conduisait en quelque sorte le droit français à mettre l'accent sur le respect de la « loi,

expression de la volonté générale » et la croyance en la capacité du législateur à autolimiter son action.

B. Le libéralisme qui sous-tend le droit communautaire a contribué à renverser la perspective (Foulquier N., *Les droits publics subjectifs*, Dalloz 2003, sp. n° 94 ; 292 ; 394 et 395). En même temps qu'ils « confèrent aux particuliers des droits » (CJCE 4.12.1974, Van Duyn c/ Home Office, R. 1337), les textes européens organisent en effet un mécanisme de renvoi préjudiciel (ex-article 234 CE devenu art. 267 TFUE) destiné à garantir leur effectivité. Or ces dispositions ont contribué à l'abandon de la théorie de la loi-écran en matière conventionnelle (Cass. civ. 2° 24.5.1975, Sté Cafés Jacques Vabre ; CE 20.10.1989, Nicolo, *GAJA* ; CE Ass. 30.10.2009, Perreux, *AJDA* 2009. 2385), dès lors que les juridictions nationales devenaient les juridictions de droit commun du droit communautaire. Sous l'impulsion européenne, la puissance publique s'est ainsi en quelque sorte trouvée désacralisée dans la mesure où l'accent a davantage été mis sur la nécessité d'hétéro-limiter le pouvoir politique en renforçant les droits subjectifs des particuliers. Alors qu'ils n'avaient aucun recours dans le silence de la loi, ces derniers tirent dorénavant de leur qualité même d'individu un titre juridique leur permettant de défendre leurs intérêts privés face à l'État. En droit administratif, cette évolution s'est traduite par un renforcement de leurs garanties.

a) Côté face, elle explique la diversification des moyens d'action accordés aux particuliers, ceux-ci se voyant reconnaître le droit d'agir contre un nombre étendu de dispositions en saisissant le juge de conclusions nouvelles. D'une part, ils ont en effet désormais le droit de contester devant le juge des actes contre lesquels ils n'étaient jusqu'alors pas recevables à agir que l'on songe à la requalification en AAU de certains actes de gouvernement (CE Ass. 30.3.1966, Cie générale d'énergie radio-électrique, *GAJA*) ou MOI (CE Ass. 17.2.1995, Marie, *GAJA*) par le truchement de la théorie des actes détachables, à la recevabilité des tiers à former un REP contre les contrats d'embauche des agents territoriaux (CE 30.10.1998, Ville de Lisieux, *AJDA* 1998. 969, chron. Raynaud et Fombeur) ou encore à la consécration du droit des concurrents évincés de contester devant le juge de plein contentieux la validité de certains contrats (CE Ass. 16.7.2007, Sct Tropic Travaux Signalisation, *CRDF* 2007-6. 161, note Bottini)... D'autre part, ils se sont vus reconnaître le droit de saisir le juge de nouvelles demandes. Du point de vue procédural, cette évolution s'est concrétisée par un renforcement de l'efficacité de l'intervention du juge avec, pêle-mêle, la création de nouvelles procédures d'urgence (L. n° 92-10 du 4.1.1992, *JO* 7.1, p. 327 ; 93-1416 du 29.12.1993, *JO* 1^{er}.1, p. 10 ; 2000-597 du 30.6.2000, *JO* 1^{er}.7, texte n° 3 ; Ord. n° 2009-515, *JO* 8.5, texte n° 10 ; CE Ass. 16.7.2007, *op. cit.* ; Sect. 21.3.2011, Bézier II, *AJDA*

2011. 670, chron. Domingo et Lallet), l'avènement du pouvoir du juge civil d'interpréter ou d'apprécier lui-même la validité d'un acte administratif réglementaire mettant en jeu l'effectivité du droit communautaire (TC 12.12.2011, Sct Green Yello, *AJDA* 2011. 2503), la consécration des pouvoirs d'injonction (L. n° 95-125 du 8.2.1995, *JO* 9.2. 2175) et de modulation dans le temps des annulations contentieuses (CE Ass. 11.5.2004, Assoc. AC !, *AJDA* 2004. 1183, chron. Landais et Lenica) ou des revirements jurisprudentiels (CE Ass. 16.7.2007, *op. cit.*) du juge administratif, ou encore la substitution d'un contrôle de plein contentieux au contrôle de l'excès de pouvoir exercé contre les sanctions administratives infligées aux administrés (CE Ass. 16.2.2009, Sct ATOM, *AJDA* 2009. 343). Au fond, cette évolution est illustrée par la diversification des normes invocables avec, outre la transposition du principe de concurrence en droit administratif (CE 1^{er}.4.1998, Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée et 27.7.2001, CAMIF *préc.*), la consécration du principe de sécurité juridique (CE 24.3.2006, KPMG, R. 154), l'invocabilité d'une directive non transposée dans les délais contre un AAI (CE Ass. 30.10.2009, Perreux, *préc.*) ou l'apparition d'une présomption d'effet direct des traités internationaux régulièrement ratifiés (CE Ass. 11.4.2012, GISTI, *AJDA* 2012. 735). Côté pile, les pouvoirs du juge se sont trouvés limités avec le cantonnement des annulations contractuelles aux vices les plus graves (CE Ass. 28.12.2009, Cne de Béziers, *AJDA* 2010. 142, chron. Lieber et Botteghi), les obligations qui lui sont désormais faites d'inviter les requérants à régulariser leurs requêtes lorsqu'il envisage de soulever d'office une irrecevabilité (CJA, art. R. 612-1 ; CE 14.11.2011, Alloune, *AJDA* 2012. 175) ou d'invalider les décisions administratives prises en méconnaissance d'une garantie procédurale ayant influencé leur sens (CE Ass. 23.12.2011, Danthony et a., *AJDA* 2012, chron. Domino et Bretonneau) et le renforcement de la séparation de la dualité des fonctions au sein des juridictions administratives (D. n° 2008-625 du 6.3.2008, *JO* 7.3, texte n° 20 ; 2011-1950 du 23.12.2011, *JO* 27.12, texte n° 18). Si toutes ces évolutions témoignent d'un renforcement du patrimoine juridique des individus, ces derniers s'en sont servis pour obtenir la mise à l'écart des normes réglementaires ou législatives contraires au droit communautaire (CE 2.6.2006, Chauderlot, *AJDA* 2006. 1139 : directive impérative réitérant une disposition législative contraire au droit communautaire) ; ou exiger des services publics qu'ils respectent leur liberté d'entreprendre, en contestant au contentieux le fait qu'ils puissent intervenir sur un marché concurrentiel à l'aide de prérogatives de puissance publique (CE Ass. 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *AJDA* 2006. 1592, chron. Landais et Lenica). Ces

évolutions n'ont toutefois eu lieu que parce le droit communautaire consentait dans le même temps à certaines concessions.

II. Ce dernier a réciproquement atténué la rigueur de son libéralisme originaire de façon à renforcer la place des SIG au sein de l'Union en prenant davantage en compte la dimension sociale de l'action publique.

A. A l'initiative de la France, les États membres ont en effet amendé les traités fondateurs pour remettre en cause le primat de l'économie qui sous-tendait la construction communautaire depuis son origine. Dans un projet de Charte européenne des services publics de janvier 1993 et le Mémoire cité de mars 1995 (Groud H., *Mutations du service public et territoire*, L'Harmattan 1999. 28), la République française dénonçait les lacunes de la prééminence donnée aux marchés par l'approche exclusivement économique du droit communautaire alors en vigueur. Outre d'être « généralement indifférent[s] à des objectifs de solidarité, de cohésion, ou d'équité », ce dernier texte reprochait aux intéressés de ne pas répondre « spontanément » « à certaines exigences d'intérêt général et de développement durable, tels que la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire ». Après avoir été relayées par une résolution du Parlement européen du 6 mai 1994 invitant la Commission à « définir des normes minimales pour assurer la satisfaction des besoins fondamentaux et *les services publics* dans l'ensemble de la société », ces revendications étaient à l'origine d'une redéfinition du concept d'intérêt communautaire (art. 90 TCE et art. 106 TFUE). Jusque dans les années 1990, celui-ci revenait en effet à opposer le droit européen de la concurrence à l'intérêt général étatique : si ce dernier pouvait justifier de déroger au premier, c'était de façon très limitée. Mais, à partir de cette date, la prise en compte des questions extra-économiques va entraîner l'abandon de cette opposition en faisant du droit de la concurrence un des aspects de l'intérêt général dont la construction communautaire a la charge : comme le résume le Conseil d'État (CE, *Rapport public 2002*, *op. cit.*, p. 219) et certains auteurs de doctrine (Clamour G., *Intérêt général et concurrence*, Dalloz 2006. 44 et 246 s. et Guinard D., *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Thèse 2009 Paris XI), l'idée s'impose alors que l'objectif d'intérêt général de bon fonctionnement du marché suppose tout autant d'assurer le libre jeu de la concurrence que de satisfaire les besoins essentiels « des citoyens et la préservations des biens publics lorsqu' » il « n'y

parvient pas » (Livre vert [COM(2003) 270 final] de la Commission européenne sur les SIG, pt. 4).

B. Cette approche renouvelée de l'intérêt communautaire va renforcer la place des SIG au sein de l'Union en clarifiant le rôle respectif des institutions européennes et des États à leur égard.

1°) Les premières vont désormais être soumises à des obligations nouvelles en terme de création et de fonctionnement des SIG. Côté création, elles sont maintenant tenues d'admettre que leur existence peut se justifier par des considérations extra économiques. Si dès le 11 septembre 1996 le droit dérivé élargissait leurs fondements aux questions de « *cohésion économique, sociale et territoriale* », cette extension s'est par la suite trouvée entérinée par le droit communautaire originaire. C'est ainsi que les articles 16 (ex. art. 7 D) du Traité d'Amsterdam, 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et 3 et 4 du TFUE affirment leur rôle dans « la promotion de la *cohésion sociale et territoriale* de l'Union » pendant que l'article 1^{er} du protocole n° 26 pris pour préciser l'interprétation du TFUE ajoute à cette liste la prise en compte des « situations *géographiques* » et « *culturelles* ». Côté fonctionnement, les SIG doivent respecter les « valeur commune de l'Union » dont ils sont une expression. Également esquissée en 1996 par le droit dérivé (Communication de la Commission sur les SIG du 26 septembre 1996, pt. 6 s.) cette solution a là encore été consacrée par l'article 16 du Traité d'Amsterdam avant d'être reprise à l'article 1^{er} du protocole n° 26. Elle explique que les autorités communautaires soient désormais tenues de s'assurer que les SIG respectent un certain nombre de principes rappelant les lois de Rolland, dès lors que parmi ces valeurs figurent « le service universel, la continuité, la qualité du service, l'accessibilité financière, ainsi que la protection des usagers et des consommateurs » (Livre blanc sur les SIG, COM/2007/0725 final, pts 2 et 3).

2°) Parallèlement, le droit communautaire va renforcer le rôle des États dans la mise en œuvre de ces services en promouvant une interprétation du principe de subsidiarité plus conforme à leur souveraineté. Sans doute les institutions européennes demeurent-elles exclusivement compétentes pour assurer le respect du droit de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Mais, depuis le tournant des années 2000, le droit dérivé affirme la « liberté des Etats membres de définir les services d'intérêt général » (Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, *JOCE C* 2001-17. 13, pt 55 et 22 ; Dir. 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000, modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *JOCE L* 2000-193. 75, pt 4 ; TPICE 15.6.2005, Fred Olsen, R.-II. 2031, pt 216). Or le

protocole précité de 2007 consacre cette solution dans le droit originaire en reconnaissant « le *large pouvoir discrétionnaire* des autorités nationales (...) pour » les « organiser ».

C'est donc la sensibilité nouvelle du droit français aux droits subjectifs combinée à celle du droit communautaire pour les questions extra économiques (sociale, territoriale ou géographique et culturelle) qui explique leur relative coexistence pacifique sur le terrain juridique depuis les années 1990.

* *
*
*
*

Comme le résume Didier Truchet si « la législation et la jurisprudence françaises ont fait évoluer le service public pour qu'il soit euro-compatible », « le droit communautaire a rendu le service d'intérêt général franco-compatible » (Truchet D., « Renoncer à l'expression service public », *AJDA* 2008. 553).

Doit-on en conclure que les deux notions se confondent désormais, qu'elles sont dorénavant « interchangeables » comme l'affirme parfois la Commission (Communication de la Commission du 7 mai 2009 au Parlement européen sur la réutilisation des informations du secteur public, note 19) ? La doctrine est divisée sur ce point. Si une minorité estime qu'elles sont devenues « très proches » (Denoix de Saint Marc R., *op. cit.*, 2.2.A), la majorité semble considérer qu'elles conservent leurs spécificités (Colson J.-P. et Idoux P., *Droit public économique*, LGDJ 2008 n° 120). Certains à l'image du professeur Truchet en déduisent la supériorité du « Service d'intérêt général » communautaire qui serait « plus précis et plus exact » en ce qu'« il met l'accent sur la mutation du service public en obligations d'intérêt général comportant dans la seule mesure nécessaire les droits exclusifs ou spéciaux, les aides ou les prérogatives de puissance publique dont a besoin l'opérateur pour s'en acquitter convenablement sous le contrôle de la collectivité publique » (Truchet D., *op. cit.*, p. 553). D'autres au contraire ne voient en la promotion du service universel qu'un « service minimum » (J.-M. Belorgey, *Cahier de la fonction publique et de l'administration*, oct. 1995) pour ne pas dire un « service public du pauvre » (Lebreton G., *Droit administratif général*, Dalloz 2009 n° 83) « au rabais » (CE, *Rapport public 2002*, *op. cit.*, p. 344). Que faut-il en penser ?

L'influence communautaire entraîne indéniablement un recentrage des activités de service public sur leur mission de solidarité nationale et de cohésion sociale et non plus de création de richesses (Truchet D., *Droit administratif*, PUF 2010. 330). Mais si

cette évolution s'explique dès lors que les raisons historiques qui ont justifié l'avènement de l'État-entrepreneur ont désormais disparu (Bottini F., « Tout change, mais rien ne change » in *L'État interventionniste*, L'Harmattan 2012. 24), au moins trois différences perdurent.

La première, relative à leur champ d'application, tient à la persistance de la particularité de l'approche communautaire. Sans doute, celle-ci cesse-t-elle d'être purement économique. Mais elle reste sectorielle. Aux termes du droit européen en effet, seul un nombre limité d'activités *doit* être reconnu d'intérêt général dans le domaine marchand, à savoir principalement celles relevant du service universel et s'effectuant en réseau dans le domaine des télécommunications, de l'électricité ou postal. Les autres *peuvent* l'être de façon facultative mais à la double condition de faire l'objet d'une décision expresse des instances étatiques (CJCE 21.3.1974, BRT c/ SABAM et 23.10.1997, Comm. c/ France, *préc.*) et de passer avec succès le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des institutions communautaires. Sans doute, les censures par la cour sont-elles peu fréquentes. Mais elles existent (V. par ex. CJCE 27.11.2003, Enirisorse SpA, aff. C-34/01 à C-38/01). De sorte que leur création procède d'« un choix politique national sous contrôle communautaire » ainsi que le relève Stéphane Rodrigues (« Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006. 86). C'est d'autant plus vrai que la Commission présente elle-même l'intervention des instances européennes comme une « limite à la liberté des États membres de définir les SIG » (Décision de la Commission du 22 novembre 2006, concernant des aides d'État mises à exécution par la France en faveur du Laboratoire national de métrologie et d'essais (C24/2005), pt 94). Si Dorian Guinard en déduit que « les autorités normatives communautaires sont les seules (...) à disposer d'une liberté de définition relative aux SIG » (Guinard D., *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de SIG*, Thèse Paris-Sud XI 2009, n° 326), leur conception du libéralisme risque d'exposer des pans entiers de l'économie au court-termisme des marchés.

Le droit communautaire en tient il est vrai compte en prévoyant un certain nombre de mécanismes de régulation de l'économie. Mais, et c'est la seconde différence, ceux-ci tendent à déposséder l'administration classique et, à travers elle, le pouvoir politique et les citoyens, de leurs pouvoirs en la matière au profit d'AAI dont l'indépendance par rapport aux marchés n'est pas toujours bien assurée du fait de la

présence de professionnels du secteur en leur sein. Cette proximité avec ceux dont elles sont censées réguler le comportement, conduit en effet fréquemment ces contrôleurs à perdre de vue ce que commande l'intérêt général pour satisfaire les attentes des contrôlés au détriment de celles des citoyens (Chevallier J., *L'État post-moderne*, LGDJ 2004. 116). Le scandale du Médiateur qui a éclaté en 2010 (Morelle A. et a., *Enquête sur le Mediator*, IGAS 2011) est d'ailleurs symptomatique de ce phénomène de « capture des régulateurs » (CE, *Rapport public 1994, op. cit.*, p. 32). La qualité des prestations fournies n'est ainsi pas toujours bien garantie.

D'autant que, c'est la dernière différence, il n'existe pas de véritable équivalent fonctionnel aux « lois de Rolland » en droit communautaire. Si le principe de participation semble désormais commun aux deux conceptions (Cf. art. 15 TFUE et art. 6 DDHC, al. 8, Pr. 1946 et art. 7 Charte de l'environnement de 2004), ceux d'adaptation et de continuité font l'objet d'une consécration variable par le droit dérivé (Dir. 2009/72-73/CE du Parlement et du Conseil du 13.7.2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur respectivement de l'électricité et du gaz naturel modifient les dir. préc. du 26.6.2003 de façon à ne plus mentionner les principes d'égalité, de continuité et d'adaptation) et restent inconnus du droit originaire. Le corps du TFUE se contente en effet d'évoquer l'existence de certains « principes » et de renvoyer au Parlement européen et au Conseil » le soin de les préciser, à l'initiative de la Commission, « par voie de règlements (...) dans le respect des traités » (art. 14) – pour ne pas dire du droit de la concurrence. Sans doute pourrait-on voir dans le caractère « abordable » et le « niveau élevé de qualité et de sécurité » des SIEG garanti par le protocole n° 26 leur équivalent. Mais leur assimilation n'est pas évidente du fait de l'indétermination de ces notions. Le droit originaire retient enfin du principe d'égalité une conception très différente de la conception républicaine. Au lieu de l'égalité formelle et abstraite du droit français, il promeut une égalité réelle et concrète (Sur ce point, v. Lebreton G., « Critique de la Charte des droits fondamentaux de l'UE », *D.* 2003. 2319). Alors qu'il s'agit en droit français de permettre à une même catégorie d'utilisateurs de bénéficier de prestations identiques à un prix uniforme quels que soient les coûts liés à leur localisation géographique, il s'agit en droit communautaire de traiter différemment les consommateurs en fonction de leurs situations individuelles. Cette considération le conduit à justifier l'édiction de discriminations tantôt positives (Colson J.-P. et Idoux P., *Droit public économique*, LGDJ 2008. 91, n° 120) et tantôt véritablement

discriminatoires. Tandis que les premières prennent la forme de mesures tarifaires ou territoriales en faveur des plus démunis (Denoix de Saint Marc R., *op. cit.*, 2.1.B), les secondes reviennent à autoriser la fourniture de prestations de qualités supérieures aux catégories les plus aisées. Le SIG ne remplit ainsi pas la même fonction de « redistribution » que le service public dans la mesure où il ne consacre aucun « droit égal à bénéficier de ses prestations » (Chevallier J., « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 17). Il risque ainsi de stigmatiser les plus défavorisés en nourrissant les critiques sur l'assistanat tout en servant de caution au phénomène actuel d'accumulation des richesses entre les mains d'une minorité.

Si le rapprochement apparent des SIG et des SP masque ainsi la persistance de divergences réelles entre le droit français et le droit communautaire, celles-ci mettent en lumière les failles structurelles de la construction européenne telle qu'elle est actuellement conçue et les doutes sur sa capacité à survivre à la crise conjoncturelle qu'elle connaît depuis 2008. La viabilité sur le long terme de la coexistence pacifique entre deux traditions si différentes se pose en effet. La survie du processus communautaire ne passe-t-elle pas par la victoire de l'une sur l'autre ? Si oui, de laquelle ? Derrière cette interrogation se cache la question la nature de l'influence que l'Union est susceptible d'exercer sur la dynamique présidant à la constitution des organisations concurrentes d'États. Si l'UE devait ressortir renforcée de la crise, s'agirait-il encore demain d'assurer la promotion du libre échange ou de l'échange équitable, fort de cette idée que la compétition économique ne peut loyalement jouer qu'entre économies soumises aux mêmes contraintes fiscales et sociales ? La crise aura eu le mérite de permettre au débat de se poser en ces termes.