PARIS 13 – SORBONNE PARIS CITÉ
Ecole doctorale **ERASME** (ED 493)
UFR de Droit, Sciences Politiques et Sociales
Le Centre d'Etudes et de recherches Administratives et politiques (CERAP)

THÈSE
de doctorat en Droit Public
Spécialité Droit public européen

Présentée et soutenue publiquement le 24 Octobre 2017 par,
Samuel Kouakou KOUASSI

Recherches sur la notion de services d'intérêt économique général (SIEG)

Jury

Directeur de recherches :	Mr. Pierre-Yves MONJAL	Professeur agrégé de droit public à l'Université François-Rabelais de Tours
Rapporteur	: Mr. Emmanuel AUBIN	Professeur agrégé de droit public à l'Université de Poitiers
Rapporteur	: Mr. Patrick MOZOL	Maitre de conférences, HDR en droit public à l'Université François Rabelais de Tours
Membre	: Mme. Valérie MICHEL	Professeur agrégé de droit public à l'Université d'Aix-Marseille
Membre	: Mr. Nicolas CLINCHAMPS	Maitre de conférences, HDR en droit public à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité

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

REMERCIEMENTS

Tous nos remerciements et notre plus haute considération vont d'abord à notre Directeur de recherche, Le Professeur Pierre-Yves Monjal pour sa très haute direction, sa confiance en nous confiant un sujet aussi important que passionnant. Notre admiration pour vous très Cher Maître n'a pas baissé depuis notre deuxième année de licence où vous avec guidé nos pas chancelant en droit vers la discipline où excellez et êtes, pour nous, un savant… Monsieur Le professeur et Cher Maître, soyez assuré que la flamme que vous avez allumée sera entretenue.

À Maman Jacqueline Roulet, nous exprimons toute notre reconnaissance pour tout….

Chère Tante Christiane, vous avez atteint le siècle en âge physique et, les déplacements vous deviennent pénibles au point que vous ne pouvez pas assister à notre soutenance. Sachez que nous n'oublierons jamais vos sages conseils et précieux encouragements.

Chère M. Hofacher, recevez nos remerciements les plus appuyés pour tout….

À Claudine Moutardier, Sandrine Caron et M. Xavier Houillier, un spécial remerciement de nous avoir supporté en espérant ne pas vous avoir été très pénible lors de nos nombreuses sollicitations.

À nos deux progénitures bien-aimées ASKO et JSKO, nous vous remercions de tout mon cœur d'avoir accepté d'être quasiment sans « *Papounet* » et « *Paps* » pendant d'aussi longues années….

Cher Jacques Herdener, comment savoir vous remercier autrement que par notre silence admiratif pour un aîné Suisse….

Nous remercions également toutes les personnes qui nous sont très proches d'avoir consenti, qui de son temps, qui de son argent qui de ……. pour être à l'écoute de nos nombreuses sollicitations durant toutes ces années de recherches.

À celles et ceux qui auraient voulu voir leur nom cité, je vous prie de vous reconnaître dans nos remerciements les plus sincères.

Enfin Au cher Professeur Pacques du 15-20 de Pairs, 1er spécialiste français de la rétine et à son assistant, le Docteur Pugliesse, nous vous remercions infiniment de nous avoir soigné alors qu'en 2014, nous avions presque perdu la vue accidentellement, selon votre terme cher professeur ; Voyez s'il vous plaît, en l'aboutissement de cette thèse, l'une des marques de la maîtrise de votre art, tout comme nous souhaitions qu'il reflète la capacité de notre admirable Cher Maître à faire d'un ignorant et maladroit, un apprenti juriste dont la soutenance de la présente thèse ne signifie que le début des balbutiements dans votre noble domaine.

DEDICACE

À

Anne SKO et Joshua SKO, mes enfants.

SOMMAIRE

INTRODUCTION....11
PREMIERE PARTIE : DEFINITION DE LA NOTION DE SIEG....71
Titre 1 : Données historiques juridiques des SIEG....74
Chapitre 1 : SIEG et de service public français de 1957 à 2012....75
Section 1 : SIEG et service français de 1957 à 2012....75
Section 2 : Prisme des SIEG et apports historiques de l'Europe....96
Chapitre 2 : Quelques terminologies des SIEG....117
Section 1 : Les incontournables du droit des SIEG....117
Section 2 : Autres paramètres définitionnels des SIEG....146
Conclusion partielle titre 1....160
Titre 2 : Proposition d'une définition de la notion de SIEG....162
Chapitre 1 : Déterminants juridiques de la définition des SIEG....163
Section 1 : L'intérêt général dans la définition des SIEG....164
Section 2 : Article 106 TFUE base de la définition des SIEG....205
Chapitre 2 : Notre définition de la notion de SIEG....280
Section1 : CJUE et Commission dans la définition des SIEG....282
Conclusion partielle titre 2 :....330
Conclusion première partie....333
DEUXIEME PARTIE : LE REGIME JURIDIQUE DES SIEG....339
Titre 1 : Régime juridique des SIEG en 2005 et 2012....341
Chapitre 1 : Régime juridique des SIEG de 2005....342
Section 1 : Eléments textuels juridique des SIEG avant 2011....344
Section 2 : Données jurisprudentielles avant 2011....389
Chapitre 2 : Régime juridique des SIEG à partir de 2012....434
Section 1 : Le Traité TFUE de Lisbonne et le droit des SIEG....435
Section 2 : Composition et apports juridiques du « *Paquet Almunia* »....444
Section 3 : Maîtrise des effets du régime juridique des SIEG....518
Conclusion partielle du titre 1er....536
Titre 2 : SIEG : protection et axiologie du modèle social....541
Chapitre 1 : Protection juridique du droit des SIEG....542
Section 1 : Protection juridique des acteurs des SIEG....544
Section 2 : Protection juridique des consommateurs des SIEG....549
Section 3 : Mécanismes UE et CEDH pour un consommateur spécial....623
Chapitre 2 : SIEG, axiologie du modèle social UE....648
Section 1 : Ancrage doctrinal du modèle social UE....648
Section 2 : Doctrine, morales et des forces créatrices....709
du droit dans le modèle social UE....709
Conclusion partielle titre 2....793
Conclusion générale....796
BIBLIOGRAPHIE....816
TABLE DES MATIÈRES....844

PRINCIPALES ABREVIATIONS

CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté européenne
CE	Conseil d'Etat (français)
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
CEDH	Convention européenne des Droits de l'Homme
CourEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
D.	Recueil Dalloz Sirey
DIP	Droit international public
IGE	Intérêt général économique
SIG	Services d'intérêt général.
SIEG	Services d'intérêt général économique
SIGNE	Services d'intérêt général non-économique
SSIG	Services sociaux d'intérêt général
SPF	Service public français
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations-Unies
TPIY	Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JDI	Journal de droit international
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Rec. CJCE	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. Jur	Recueil de jurisprudence de l'Union européenne

« ***Si le moineau s'élève haut dans le ciel, c'est qu'il est sur le dos de l'aigle*** »[1], *mieux des AIGLES savants que vous êtes TOUS, sources d'inspiration de notre modeste réflexion ! Puissiez-vous pardonner nos impairs en nuançant selon le besoin de l'errance de nos idées, vos nobles et savants propos….!*[2]

INTRODUCTION

1. « (…) Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (…) sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie (….) »[3]. Ces termes du paragraphe 2 de l'article 90 du Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant, la Communauté économique européenne (ci-après TCEE) sont ceux qui introduisirent pour la première fois, dans le vocabulaire juridique de la Communauté européenne, le concept de services d'intérêt économique général (ci-après SIEG). Ils restent inchangés dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) de Lisbonne (2009) dont l'article 106 TFUE est une reprise textuelle du précédent article 90 TCEE. La juridicité du concept de SIEG paraît être une évidence car son introduction dans l'arsenal juridique de la Communauté européenne se fait dès sa création par un traité, celui qui a fondé la Communauté elle-même. Or on le sait, le Traité CEE de Rome forme avec tous les autres traités de l'UE, le droit primaire qui

« constitue la norme de référence suprême des Communautés[4], et s'impose à leurs institutions (Conseil et Commission notamment) (…). [Cet arsenal juridique comprend également le] droit dérivé[5] [qui] tire sa validité de sa conformité au droit primaire »[6]. Faisant partie de cet important corpus juridique, ce Traité de Rome de 1957 est donc suffisant pour attester la juridicité de ce concept qui au demeurant, est son invention. Par la suite, à partir du Traité d'Amsterdam dit TCE d'Amsterdam de 1997, le concept de SIEG se posera comme un incontournable de la structuration de la réponse publique aux besoins protéiformes[7] des

destinataires finaux des missions d'intérêt général de type économique dans l'Union européenne. Posons d'ores et déjà que dans ce travail, nous utiliserons davantage la terminologie de l'Union à la place de la Communauté européenne pour deux raisons. La première est liée à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009 qui impose la dénomination Union européenne pour désigner dorénavant la Communauté européenne fondée en 1957 par le Traité de Rome. La deuxième raison est indissociable de la première parce que le Traité de Lisbonne procédera à des modifications et à une renumérotation[8] de certaines dispositions des précédents traités de la Communauté européenne. De cette seconde raison découle notre option pour l'usage de l'article 106 TFUE sans aucun renvoi systématique à sa version et/ou renumérotation dans les précédents traités dont tout particulièrement, le traité CE d'Amsterdam de 1997. L'insistance sur ce traité CE d'Amsterdam est fort utile car c'est ce dernier qui permit la redécouverte des dispositions du second paragraphe de l'article 86.

2. **Compréhension exacte des termes de l'article 106 TFUE, une évidence non partagée** – Les termes de l'article 106 TFUE paraissent de prime abord, bien écrit et donc d'une lisibilité aisée. Toutefois, il semble qu'il en va différemment de leur compréhension. En effet, introduit en 1957, le concept de SIEG n'a pas été assorti d'un régime juridique clair par le traité institutif de la Communauté européenne. Les décennies 1970, 1990 (surtout), 2000 et 2010 sont celles des apports juridiques significatifs du droit dérivés (jurisprudentiels et non juridictionnels) à la compréhension du concept de SIEG et son régime juridique. Dès lors, il

est possible de considérer que la compréhension et l'application des termes de l'article 106 TFUE sont malaisées et pour y parvenir, encore faut-il savoir bien les lire.

3. **Nécessité d'une lecture exacte des termes de l'article 106 TFUE, point de départ de la bonne compréhension de la notion de SIEG** – Une bonne lecture des termes de l'article 106 TFUE (anciennement article 86 TCE) consisterait à en considérer le paragraphe 2 comme le point focal de l'ensemble de ses dispositions. C'est également celui que l'Avocat général français de la Cour de justice Maurice Lagrange cite dans ses conclusions sous l'affaire Costa contre Enel de 1964. Rappelons les circonstances de l'affaire afin de préciser qu'il s'est agit d'un renvoi préjudiciel effectué par le Giudice Conciliatore de Milan sur la base de l'article 177 CEE ayant, pour objet une requête de décision préjudicielle sur l'interprétation des articles 102, 93, 53 et 37 dudit Traité dans une affaire pendante devant elle.

4. **Première lecture exacte des termes de l'article 90 CEE (devenu article 106 TFUE), une œuvre jurisprudentielle** – Notons que dans ces remarquables conclusions sous cette affaire, l'Avocat général français Maurice Lagrange a dégagé deux questions concernant l'interprétation de l'article 53 CEE susvisé. La première portant sur le caractère de *self-executing* des dispositions visait le fait que les Etats membres ne puissent pas « (…) introduire de nouvelles restrictions à l'établissement sur leur territoire des ressortissants des autres Etats membres, sous réserve des dispositions prévues au présent traité »[9]. Dans la seconde, au demeurant inséparable de la première, il s'agissait de savoir si « les dispositions de l'article 37 ont-elles ou non un caractère *self-executing ?* »[10] dans le cadre de la primauté du droit européen par rapport au droit interne d'un État membre, en l'occurrence l'Italie en matière de service public de fourniture d'électricité.

5. Il est à retenir que seule la réponse de l'Avocat général à la première intéresse directement le droit des SIEG. En effet, dans sa remarquable réponse à sa première question, il lève déjà en 1964 un coin du voile sur la soumission par principe des SIEG aux règles européennes de la concurrence. En **guise de rappel (?)**, l'Avocat général Maurice Lagrange souligne que les dispositions de l'article 90 CEE paragraphe 2 posait d'abord et avant tout, un

principe : les « "entreprises chargées de la gestion de services d'intérêts d'intérêt économique général"**, demeurent soumis, au moins en principe,** aux règles du traité et, notamment, aux règles de concurrence auxquelles, dès lors, l'absence d'application de l'article 37 ne peut les faire échapper. »[11] (Soulignée par nos soins).

6. Cette parfaite compréhension avant-gardiste sera reprise plusieurs fois dans nos développements car surtout dans la deuxième partie de l'analyse, elle éclaire la compréhension du régime juridique des SIEG.

7. Par ailleurs, il est important de souligner la particularité de l'usage du verbe rappeler par l'avocat général en 1964. L'avocat général Maurice Lagrange dans ces conclusions, semblait effectuer un appel en 1964, seulement sept années après la création du concept de SIEG par les rédacteurs de l'article 90 CEE. « Rappelons qu'en vertu de l'article 90 … »[12] écrivit-il en conjuguant le verbe rappeler à la deuxième personne du pluriel. Il s'est agit donc de l'emploie de la locution « nous », en remplacement d'un prénom personnel dans le sens de la modestie et non pas de majesté. « Rappelons » sonne alors comme un simple rappel parce que l'auteur de ce membre de phrase estimait peut-être que cette compréhension était ou devrait être évidente pour l'individu lambda. L'analyse démontrera que cette compréhension précédemment annoncée avant-gardiste[13], n'est pas banale car il s'agirait dans la réalité, d'un véritable avertissement contre la mauvaise lecture et donc constitue une sorte de prévention des risques de méconnaissance de l'économie générale des termes du paragraphe 2 de l'article 106 TFUE anciennement article 90 CEE. En effet, les termes du paragraphe 2 de l'article 106 TFUE paraissent dicter deux préalables à la manière exacte de les lire.

8. Le premier étant que dans le domaine des SIEG, « l'on doit tendre au général »[14] lorsque des collectivités publiques répondent aux besoins des administrés. Surtout quand ces pouvoirs ont décidé, conformément à l'article 106 § 1er et 2e de qualifier ces besoins d'intérêt général particulièrement économique.

9. Le second préalable réside dans le fait que cette ou ces réponses fournies sous la forme de missions d'intérêt général économique doivent, être des services prestés dans le respect impératif de l'applicabilité par principe des règles européennes de la concurrence. On le sait, au terme de ce deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE, précité, la seule possibilité pour les pouvoirs publics locaux des États membres de soustraire l'accomplissement des missions de SIEG à l'applicabilité par principe des règles de concurrence est celle de l'hypothèse où leur mise en œuvre fasse « (…) **échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »**[15] (Soulignée par nos soins).

10. Ces deux préalables seraient peut-être d'une trivialité telle que leur précision paraîtrait surabondante pour le juriste expert des questions des SIEG. En revanche, ne pas les indiquer aux premiers destinataires de toute la normativité relative aux SIEG que sont les pouvoirs publics des États membres de l'UE pourrait, signifier leur confrontation à des termes à la compréhension déconcertante.

11. **Le concept de SIEG n'est pas forcément l'apanage des juristes experts du domaine** – Si pour l'expert du droit européen, ces premières considérations sur le concept de SIEG sont d'une compréhension aisée, il nous semble qu'il en va différemment pour les premiers destinataires du droit des SIEG que sont les pouvoirs publics internes des États membres de l'Union européenne. Parmi ces pouvoirs publics, l'on peut retenir les collectivités territoriales qui, à l'instar de la France, concentrent sur leur territoire, environ 80 % des activités de SIEG. Dès lors, en tenant compte des destinataires premiers des règles européennes régissant les SIEG, une première interrogation peut être formulée. L'on peut se

demander comment rendre ces règles, facilement accessibles à des acteurs qui ne sont pas forcément des experts en droit, si la doctrine académique n'aide pas le droit positif des SIEG à systématiser la notion des SIEG et à mettre en exergue, le maximum de vertus de cette dernière ?

12. La réponse négative à cette question semblerait la plus plausible même s'il possible (?) que le droit positif des SIEG arrive, seul à construire, à la fois les notion et droit des SIEG. Par droit positif, d'une manière générale, le lexique des termes juridique désigne l' « ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État ou dans la communauté internationale, à un moment donné, quelle que soit leur source. **C'est le droit "posé", le droit tel qu'il existe réellement** »[16] (C'est nous qui soulignons)

13. Pour les SIEG particulièrement, ce droit positif a été posé par l'ensemble des dispositions du droit primaire (droit des traités)[17], du droit dérivé[18] européens et des dispositions légales nationales pertinentes des États membres en cette matière. Si l'on considère que c'est à ce droit posé des SIEG que revient le soin de définir seul, la notion de SIEG alors peut-être que cela supposerait l'admission de l'idée qu'il s'agirait d'une autre notion juridique indéfinissable. Elle rejoindrait de ce fait, la notion de l'intérêt générale en droit public français. Or il semblerait que les notions de SIEG et de l'intérêt général aient dans la réalité, des sorts différents au regard de leur définissabilité.

14. **Approche définitionnelle des notions de SIEG et d'intérêt général (I.G), une différence de sort** – Cette affirmation tire sa validité de ce que la construction en cours du droit des SIEG puisse « se donne[r] pour but principal de rendre justice de la réalité du droit,

qu'il s'agisse du droit positif ou de la pensée du droit »[19]. Ce faisant, la notion de SIEG – non encore définie – pourrait être épargnée de la condamnation prononcée par le droit français en général : la notion de l'intérêt général est une notion indéfinissable[20] car à constater. Or, il suffirait de prendre en compte, tous les éléments juridiques posés par le droit primaire et le droit dérivé européens depuis 1990 pour réaliser qu'une formulation d'une définition de la notion de SIEG est possible. Une telle systématisation pourrait bénéficier des atouts de théorisation de la doctrine juridique universitaire de l'ensemble des pays membres de l'UE si et seulement si elle décidait de saisir l'opportunité qui lui est offerte depuis 1970 par le droit positif en lui livrant le matériau brut (?) pour d'abord définir la notion de SIEG. Et révéler par la suite ou, par la même occasion, les vertus fondatrices du modèle social UE qui se cacheraient dans cette notion. S'intéresser de manière plus significative à la théorisation du droit des SIEG serait faire une œuvre utile. Ce domaine de services d'intérêt général mérite une attention soutenue de l'ensemble de la doctrine juridique universitaire des États membres car la Commission européenne a affirmé en 2012, qu'en étant « **fermement ancrés dans les valeurs communes de l'Union, les services d'intérêt économique général (SIEG) jouent un rôle fondamental dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale** »[21] (C'est nous qui soulignons).

15. Tenant compte de ce rôle important assigné aux SIEG dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'UE, dire donc qu'il est inconcevable qu'une notion d'une telle envergue ne puisse pas être réputée indéfinissable a du sens. Le demeurer signifierait entre autres peut-être, qu'elle a le même sort celle de la notion de l'intérêt général en droit français que résume le Doyen Louis Boulouis. Selon lui, le « défaut d'une signification objectivement déterminable dans des termes qui ne soient ni truismes, ni sophismes, l'intérêt général est, en tant que notion, doué d'une existence (…) qu'il tient directement du droit positif (…) ; comme les formules qu'il emploie (le discours juridique ou judiciaire) sont destinés à jouer à une certaine place un rôle bien déterminé dans son développement, c'est en

les considérant sous l'angle de la fonction qui leur est ainsi assignée que l'on a le plus de chances d'appréhender dans leur effectivité ces notions au contenu incertain dont "l'intérêt général" n'est au demeurant qu'un exemple parmi beaucoup d'autres »[22].

16. Fort heureusement et cela est la position de l'analyse, le développement significatif du droit des SIEG depuis les années 1970 a amoncelé, l'un après l'autre, les ingrédients juridiques de la formulation d'une définition de la notion de SIEG. L'analyse y reviendra avant sa proposition d'une définition de la notion de SIEG dans la première partie, titre 1er, chapitre 2 relatif à la proposition d'une définition de la notion de SIEG.

17. Revenant à l'affirmation précédemment rapportée de 2012 faite par la Commission européenne, l'on pourrait l'approfondir dans le sens de la détermination de son rapport avec la contribution des SIEG à l'élaboration et à la mise en œuvre du modèle social Union européen.

18. **SIEG, une visibilité de l'idéologie sociale Union européenne** – De cette importante affirmation de 2012 de la Commission européenne découlerait une autre remarque au sujet des SIEG. L'on peut considérer qu'avec les « Eurorégions figures d'exemples concrets d'intégration, expérimentant à l'échelle locale ce que les institutions européennes construisent au niveau de l'espace communautaire »[23], les SIEG « donnent corps et visibilité à l'***idéologie européenne***[24] »[25] (C'est nous qui soulignons). À cette idéologie sociale de l'Union européenne, simplement signalée à ce stade de l'analyse consacreront de larges développements de la deuxième partie, titre 2, chapitre 2 portant réflexion sur le modèle social UE. Mais avant, encore faut-il rechercher si les rédacteurs des termes de l'article 90 du traité CEE (T.CEE) de Rome de 1957 ont créé un concept juridique ou une notion juridique.

19. **Création d'un concept juridique de SIEG et non pas d'une notion de SIEG** – Le droit positif des SIEG qui s'est développé, à partir de la création du concept juridique de

services d'intérêt économique général par le truchement de l'article 90 T.CEE de Rome de 1957, n'apporte aucune preuve qu'il s'est agit de la naissance d'une notion juridique. On le sait, une notion juridique contient une bonne dose de précision et doit obéir à des exigences de la science juridique qui caractérise la juriologie[26]. L'analyse souligne que la spéculation sur la notion de notion ou sur une quelconque notion juridique en droit, ne doit pas être hasardeuse. Comme toutes spéculations sur une notion donnée, la substance des normes juridiques n'est toujours que l'expression de l'idéologie de ceux qui les posent[27], « ce qui [peut n'être que] de peu d'intérêt d'un point de vue théorique. Surtout, si elle se concentre sur la forme ou sur la "logique"[28] du droit, comme en témoigne la "pyramide" Kelsénienne des normes, et ignore complètement la substance du droit »[29] qui ne peut que mal cerner certaines données sociétales ou le discours qui structure la logique du vivre ensemble et de la construction de l'édifice Union européen. Cette exigence de la pensée juridique justifie le choix de concept et non pas de notion pour désigner la phraséologique « services d'intérêt économique général » contenu dans les termes de l'article 90 CEE de 1957.

20. Il donc ici possible, de retenir que le droit positif posé pour les SIEG porte par abus de langage sur la notion de SIEG qu'il est trop tôt de dénommer ainsi car des termes créateurs de l'article 90 T.CEE ont découlé un concept juridique. Celui des services d'intérêt économique général (SIEG) et non pas une notion juridique. Nous considérons que le concept juridique est une unité linguistique juridique quelque peu inférieure à la notion juridique. À nos yeux, un concept même juridique n'est pas assorti d'un régime juridique qui lui soit relatif alors qu'à une notion juridique, l'on peut bel et bien reconnaître – c'est souvent le cas – un régime juridique.

21. Le concept est généralement appréhendé dans son sens latin *conceptio* issu de *concipere* qui désigne au plan linguistique, « une compréhension, une extension d'un concept » puisque dans ce domaine, « les concepts sont indépendants des langues. [C'est un] signifié (…) [un référant] »[30] descripteur d'une catégorie particulière. Tandis que d'un point de vue philosophique, il s'agit d'une « représentation mentale générale et abstraite d'un objet »[31] C'est dans ce sens que l'on peut considérer que le concept de SIEG enchâssé dans les termes de l'article 90 T.CEE désigne et décrit la catégorie de services d'intérêt économique général née de la volonté des rédacteurs des termes de cet article. Par la suite, dans sa généralisation, le concept tire vers la notion, qui elle, peut être perçue comme une représentation mentale générale et abstraite d'un objet. En effet, la terminologie notion désigne un mot et est dans ce sens, un « objet abstrait de connaissance élémentaire [renvoyant au] concept, représentation (…) [que Jean-Jacques Rousseau résume par] les idées sont des notions des objets. [Dans sa deuxième approche, il s'agit de] connaissance intuitive, synthétique et assez imprécise (…) rudimentaire. [Dans sa troisième et dernière approche, la notion désigne] enfin un objet abstrait de connaissance, une représentation, un mot, une notion »[32] (C'est nous qui soulignons). Ainsi est-il que l'analyse retiendra le sens juridique de la notion de notion qui ressort du couplage des considérations générales de la linguistique juridique et de la science juridique après que les développements ultérieurs des propos introductifs les aient rapportées et contextualisées dans le cadre des SIEG. L'on peut donc momentanément se satisfaire, de ne se tenir, qu'au fait que la notion juridique de SIEG tout comme le droit y afférent, sont encore en construction, ce qui fonde également l'intérêt de la présente analyse.

22. Dans ces propos introductifs donc, l'analyse se contentera de l'emploi du concept de SIEG qui renverra par endroits, – abus de langage – assumé, à la notion de SIEG jusqu'à la précision de l'évolution de ce concept vers la notion juridique de SIEG. Mais cette posture momentanée qui peut paraît critiquable, ne rend pas inutile, le fait de rechercher si le concept et le droit des SIEG représentent à ce jour, un terrain suffisamment investi ou non par la doctrine universitaire du droit.

23. Dans ces propos introductifs donc, l'analyse se contentera de l'emploi du concept de SIEG qui renverra par endroits, – abus de langage – assumé, à la notion de SIEG jusqu'à la précision de l'évolution de ce concept vers la notion juridique de SIEG. Mais cette posture momentanée qui peut paraît critiquable, ne rend pas inutile, le fait de rechercher si le concept et le droit des SIEG représentent à ce jour, un terrain suffisamment investi ou non par la doctrine universitaire du droit.

24. **Notion de SIEG, un terrain insuffisamment exploré par la doctrine** – S'agissant de la notion de doctrine à l'endroit de laquelle l'analyse réitère son adresse à plus d'investissement théorique, il s'agit exclusivement, de la doctrine académique donc universitaire. Il vrai que son intérêt à ce jour pour ce territoire est à saluer[33] même si certains travaux savants concernant les SIEG ne se focalisent que de manière insatisfaisante, sur la mise en exergue des insuffisances du droit positif qui régit ce domaine. Cette préoccupation qui au demeurant, est importante car elle pourrait faire éviter au droit positif des SIEG, quelques excès regrettables ne saurait pour autant, être le seul investissement significatif de la doctrine juridique universitaire dans le domaine des SIEG. Certes, sur ce point, les résultats de l'apport doctrinal sont louables. Pour autant, à notre avis ils ne suffiraient pas à justifier

(Voir

(Voir

une concentration de la quasi-totalité des efforts intellectuels de la doctrine universitaire du droit européen. Des travaux prospectifs et des études approfondies des notion et logique juridique et/ou sociétale que véhicule le concept de SIEG sont à souhaiter. La donne principale qui milite en faveur d'un tel appel lancé à l'ensemble de la doctrine universitaire (académique) européenne, se situerait dans l'amoncellement incessant dans les décennies 1990, 2000 et 2010 de nombres de données textuelles et jurisprudentielles apparemment suffisantes à la proposition d'une définition de la notion de SIEG en 2017.

25. **Notion de SIEG, une réunion de données significatives pour l'élaboration d'une définition depuis 1990** – Ces données sont à la fois textuelles et jurisprudentielles.

26. **Au plan textuel**, les trois décennies 1990, 2000 et 2010 ont enregistré la mise en place des termes de l'article 16 TCE devenu article 14 TFUE et du Protocole 26 sur les SIG adossé au traité FUE de Lisbonne de 2009, etc. À ces textes du droit primaire s'ajoutent, plusieurs apports du droit dérivé forgés d'une part, par la Commission européenne dont : le paquet « *Monti-Kroes* » de 2005, le paquet « *Almunia* » de 2012, les livres[34] vert[35] et blanc[36]

relatifs au SIG etc. ; auxquels il convient d'ajouter d'autre part, quelques données du droit dérivé jurisprudentiel.

27. Ainsi, **au niveau jurisprudentiel**, de très nombreux arrêts d'importance majeure ont été également pris par la CJUE dans ces trois décennies. L'on citerait à titre d'exemple, quelques uns pour la décennie 1990 : arrêt *Corbeau*[37], arrêt *Commune d'Almelo*[38], arrêt *Eurocontrol*[39]. Dans la décennie 2000, l'on retiendrait la désormais célèbre décision *Almark*[40], et enfin, dans la décennie 2010 en cours, l'arrêt *FederUtility*[41]. Les développements de l'analyse sur le régime juridique des SIEG (partie 2, titre 1er) reviendront largement sur ces différentes importantes jurisprudences en les complétant.

28. Dans l'attente de la réalisation d'une coconstruction souhaitée (?) du droit et de la notion de SIEG par la doctrine universitaire et le droit positif, il ne semble pas inutile de se demander comment ne pas rechercher un regard plus approfondi de la doctrine académique sur le domaine des SIEG alors que tous les citoyens et résidants de l'espace géographique

COM(2003) 270 du 21.5.2003

COM(2004) 374 final du 12 mai 2004,
Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Livre blanc sur les services d'intérêt général /* COM/2004/0374 final */

Union européen sont concernés par les activités et services prestés dans les missions de SIEG ?

29. **Importance des SIEG, raison d'un meilleur investissement de la doctrine universitaire** – La réponse à cette question se trouve dans le fait que dans le droit européen des SIEG – toujours en construction –, tout comme dans d'autres branches du droit européen, « il reste des cathédrales juridiques à construire … »[42]pour reprendre la remarquable formule de la professeur Maryse Deguergue. À nos yeux, par exemple, la construction d'un véritable droit européen des aides d'État et des compensations octroyées sous la forme d'aides publiques est nécessaire car ces notions transcendent le domaine des SIEG.

30. Un plus grand investissement de la doctrine universitaire dans le sens de la théorisation des notions qui sont créées dans le droit des SIEG apportera à l'élaboration de ce droit, un plus value intellectuelle juridique. La doctrine juridique universitaire pourrait donc compléter par ses éclairages théoriques et sa force de conceptualisation, les apports jurisprudentiels significatifs de la Cour de justice des décennies 1990, 2000 et 2010 précédemment soulignés. L'appel à un plus grand investissement théorique de la doctrine juridique universitaire européenne ne veut surtout pas dire qu'elle s'y désintéresserait totalement. Mieux, dans l'évolution récente du droit des SIEG depuis 1990, l' « on peut également signaler le rôle joué par la doctrine, qui présente certaines originalités par rapport à d'autres branches du droit, peut-être parce qu'en droit communautaire, pour reprendre la jolie formule de Maryse Deguergue, il reste encore des cathédrales juridiques à construire... »[43]. L'une de ces originalités serait peut-être, l'étonnante cristallisation en deux camps de la doctrine universitaire dans sa réception des nouveaux éléments de l'arsenal juridique des SIEG. Serait-elle une autre approche participative (?) à l'élaboration d'un droit nouveau seul une véritable analyse de l'étonnante cristallisation des positions doctrinales universitaires saura, apporter une réponse idoine à cette question.

31. À ce jour, deux tendances distinctes sont facilement repérables dans les réactions face aux nouvelles données juridiques du domaine des SIEG. L'illustration de la cristallisation de la position doctrinale française du droit des SIEG, en deux camps distincts est donnée par la

lecture des réactions de cette dernière face à certaines propositions juridiques faites en cette matière par la Commission européenne ou par la CJUE. L'exemple frappant et parlant est celui de l'accueil réservé au nouveau paquet *Almunia* de janvier 2012 par la doctrine universitaire en France. L'on découvre d'un côté, des auteurs[44] qui l'ont favorablement accueilli malgré ses imperfections. À l'opposé, l'on retrouve le camp de tous ceux qui établissent le constat amer (?) d'un « clair-obscur »[45] appelant à repenser déjà la proposition qui venait tout juste d'être faite. Ce deuxième regard doctrinal semble traduire une réalité étonnante, celle que l'on pourrait résumer par « à peine proposée qu'il faut déjà repenser la proposition ». En cens, cette attitude doctrinale donne raison à la suggestion du professeur Pierre-Yves Gauthier qui estime qu'« avant de repenser le droit, encore faut-il déjà l'avoir pensé »[46].

32. Fort heureusement, à côté de cette cristallisation en deux positions apparemment antagonistes, à tort ou à raison (?), lorsque l'on observe d'une manière générale, l'attitude de l'ensemble de la doctrine française face à l'entièreté du droit européen et tout particulièrement, à l'égard du droit des SIEG, nous avons une troisième tendance qui diffère de cette première cristallisation étonnante du regard critique académique. Il s'agit cette fois-ci, des auteurs qui semblent anticiper la construction de certaines données juridiques européennes. De ce fait, il nous semble qu'ils sont ceux qui contribuent le mieux à la conceptualisation de l'ensemble du droit européen. Quelques travaux de cette troisième tendances peuvent être rapportés pour leur valeur de réflexions prospectives : « L'intérêt général vu par les droits européens »[47], « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence »[48], « L'intérêt général et le droit communautaire »[49], « Le droit

communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel – Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour »[50], « Les services d'intérêt économique général »[51] … et « Le commun dans l'Union européenne »[52]. Notre sélection hautement subjective se justifie par le seul critère retenu du rapprochement relatif de ces contributions doctrinales à l'objet de la recherche.

33. Ce constat pourrait susciter une véritable étude critique de l'ensemble des réactions doctrinales françaises et allemandes au droit posé dans le cadre des SIEG depuis 1957, ce qui bien entendu, n'est pas notre sujet. Mais poursuivant la justification de notre subjectivité toute assumée, nous pourrions également ajouter que sans négliger les analyses à chaud des propositions de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de SIEG, notre préférence est plutôt pour les réflexions doctrinales constructives de notions et théories juridiques. Il est vrai que de telles créations intellectuelles pourraient partir du et revenir – inévitablement –, au droit positif des SIEG. Peut-il en aller autrement lorsque l'on accepte l'idée que la doctrine sans le droit positif peut paraître une projection astrale juridique sans fondement. De même, la détestable[53] paraphrase de la jurisprudence n'est pas non plus moins inefficace car contre-productive en matière de conceptualisation. La doctrine et le droit positif des SIEG doivent, ensemble, co-construire de manière conjointe le droit des SIEG tout comme les deux mains de l'être humain se lavent mutuellement lorsque l'on recherche à la fois, la propreté des deux.

34. **SIEG, un large panel d'activités couvert** – S'agissant toujours de l'importance du domaine d'activité couvert par les missions de SIEG, il est à noter que l'économie général des termes de l'article 106 TFUE n'impose aucune restriction au pouvoir de création des SIEG dont jouissent les pouvoirs publics locaux des États membres de l'UE. De ce fait, l'on peut admettre que les activités couvertes par le droit des SIEG soient **diverses** et **d'une grande importance dans le quotidien des bénéficiaires.** Cette importance demeure nonobstant le fait que le protocole 26 sur les SIG adossé au traité de Lisbonne admet lui-même que des « disparités [puissent] exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes »[55]. Certes, ces disparités sont à prendre en compte dans la pluralité des prestations fournies dans le cadre des missions de SIEG car elles renforcent l'idée d'une perception des services d'intérêt général comme étant une notion plurielle. Et, leur étude pourrait également intéresser la doctrine juridique académique. D'ailleurs, cette dernière ne pourrait peut-être pas continuer de négliger un domaine dont les activités semblent, tout au moins couvrir les quatre temps d'une vie humaine : la naissance, la première socialisation[57], la vie de la jeunesse à la mort et même après la mort dans la mesure où il existes des SIEG de pompes funèbres comme le juge du plateau Luxembourgeois en a jugé dans l'arrêt Corine Bodson ou arrêt *Bodson*[58].

35. Insistant sur la prise en compte de la socialisation par le large et non exhaustif éventail des activités pouvant faire l'objet d'une mission de SIEG, il est important de noter qu'elle est l'occasion pour tout être humain de se familiariser et surtout d'apprendre à se

conformer aux normes de la société à laquelle il appartient. La socialisation par les SIEG serait de ce point de vue, une excellente occasion pour appendre à être et à vivre le vivre ensemble Union européen. Selon la sociologie, « c'est au travers des différentes instances de socialisation qu'il traverse (la famille, l'école, le travail, etc.) que l'individu intègre progressivement ce que le groupe auquel il appartient considère comme "normal" ou "anormal", conforme ou non à ses valeurs »[59]. Dès lors, le « normal » et l'« anormal » d'un point de vue des normes et/ou de l'idéal social Union européen sera connu et intériorisé par le truchement d'une mission de SIEG.

36. **Ce paramètre rajoute une couche supplémentaire à la nature malaisée de la réflexion sur la notion de SIEG**. Son inévitable prise en compte entrainera, la complexification de l'appréhension de la notion de SIEG comme une notion couvrant une diversité de domaine. Cette donnée paraît fonder le constat fait par certains auteurs pour qui, « au sein de l'Union européenne, la gestion des activités d'intérêt général a donné lieu à la création d'une multitude de notions interdépendantes »[illegible] dont les SIEG. Ainsi, la panoplie n'est n'y exhaustive ni limitativement préétablie. En effet, peuvent faire l'objet de missions de SIEG, la fourniture de gaz et d'électricité, la gestion des déchets, le ou les transports urbains, divers services sociaux d'intérêt général de nature économique (marchande) etc..

37. On le voit, certaines de ces activités renvoient à une gestion pure et simple d'aspects importants de la vie quotidienne dont la réduction des coûts à leur accès, ne doit absolument pas influer négativement sur la qualité des prestations fournies par les opérateurs économiques chargés de ces missions d'intérêt général économiques. Une approche innovante du rapport qualité/prix se réalise dans la gestion de l'intérêt général économique à travers les SIEG qui produit une savante conciliation de l'inconciliable.

38. **SIEG, une conciliation de l'inconciliable** – En les mettant au rang d'intérêt général économique, le législateur Union européen n'a pas opté pour une baisse de leur qualité. C'est plutôt l'amélioration de celle-ci qui est visée en inscrivant les activités de ce secteur dans la logique la compétitivité afin de socialiser le rapport qualité/prix à l'occasion de fournitures de services qui autrement auraient pu être totalement marchand et donc à prix coûtant très cher. Le domaine des SIEG apparaît sous cet angle comme celui de la conciliation de

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

l'inconciliable. En effet, l'entrée d'une logique quasi-marchande dans le domaine de l'intérêt général et la particularisation dudit intérêt général en celui dit intérêt économique général (IEG) est une socialisation courageuse de la logique de la concurrence.

39. Toutefois, l'on peut tout de même admettre que le législateur européen à travers la logique des SIEG a engagé depuis 1957, l'Union européenne dans une logique paradoxale car alliant la compétitivité et le social. Économicité (logique du profit) et social (gratuité par principe (?) se rencontrent en se réconcilient voire se concilient dans les SIEG. Une conciliation d'inconciliables pour le meilleur profit des consommateurs des prestations offertes par ces missions d'intérêt général particulièrement économique par nature (?). Or l'alliance entre la compétitivité et le social impose un repositionnement obligatoire de la place de l'humain dans un processus créateur d'une société Europe unie débuté en 1957 par le droit, se maintenant et se poursuivant par le seul droit.

40. **SIEG, un positionnement de l'humain au cœur de l'édifice UE** – Notons que la judiciarisation du processus de création de la Communauté est tirée des Traités fondateurs de la CECA, d'Euratom et de la CEE. On le sait, il est de notoriété public en droit que le traité est en soi, un acte juridique à effets juridiques multiples et parfois étonnants dont celui de l'applicabilité[61] par principe des règles de la concurrence aux SIEG issu l'économie générale des termes de l'article 90, §2eCEE (article 106, §2e TFUE) devenu depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997, le vecteur de la logique à imprimer au SIG comme le laisse sous-entendre le fait que les deux seuls articles du Protocole 26 sur les SIG ne concernent que les SIEG. Le protocole 26 sur les SIG annexé aux traités UE et FUE de Lisbonne de 2009 laisse apparaître en filigrane, l'impression qu'à son terme, le droit des SIEG pourrait s'imposer à l'ensemble des SIG. Si cela advenait, son inéluctable conséquence serait l'innovation voire une transformation de la logique du service public connue, conceptualisée[62] et pratiquée par certains États-membres de l'UE dont la France. On le sait, « chaque Etat européen a défini et construit, dans son histoire longue, son propre mode d'organisation et de régulation des

activités de "service public", dans le cadre de la construction de chaque État-nation, en relation avec ses traditions, ses institutions, sa culture »[63].

41. Il est vrai et nul ne peut le contester, la construction de l'Union européenne a commencé par un fait social économique. Le traité CECA en est l'amorce contrairement à une opinion bien acquise qui le situe dans le traité CEE. Au plan juridique, un tel argument est tenable parce qu'officiellement, le traité CEE est celui qui institua la Communauté économique européenne. Mais le point de départ de la construction de l'Europe unie est bel et bien le Traité CECA de Paris[64] de 1951 qui réalisa la mise en commun des productions du charbon de l'acier de ses six pays signataires que furent, la République Fédérale d'Allemagne, la France, l'Italie et les trois pays du Bénelux (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas).

42. Puis, un autre fait social économique a poursuivi l'œuvre, il s'est agit du traité de Rome de 1957, fondateur de la Communauté économique européenne. Mais l'Europe unie n'a jamais été génocidaire par une marchandisation excessive de l'humain à travers son ADN (?) économique. Mieux, les SIEG illustrent parfaitement, le positionnement de l'humain au cœur de l'édifice par ses pères fondateurs. L'article 90 CEE est purement et simplement, la marque de la savante conciliation de l'économique et du social, soubassement de la logique de ces missions particulières de services d'intérêt économique général. De plus, seule cette conciliation « paradoxale » permet de satisfaire avec une haute qualité, à des prix compétitifs, les besoins des humains consommateurs des prestations fournies par les SIEG que certains auteurs préfèrent désigner par « consommateurs-usagers-citoyens »[65]. D'ailleurs, l'entrée en jeu des termes de l'article 86, paragraphe 2 du traité CE après ce traité signé à Amsterdam en 1997 et l'érection des SIEG au rang des valeurs communes de l'UE par l'article 16 du même traité, ne sont qu'une justice rendue à l'esprit et au texte de l'article 90 CEE dont cet article du traité CE est au demeurant, la reprise textuelle.

43. Dire donc qu'à travers les SIEG, l'humain a toujours été au cœur du modèle social UE projeté par le traité CEE de 1957, c'est rendre justice à une réalité, celle qui découle de l'article 90 CEE devenu article 86 CE puis article 106 TFUE.

44. De tout ce qui précède, l'on peut admettre tout l'intérêt d'envisager la recherche sur la notion de SIEG. Ainsi, une fois toutes considérations utiles posées, il devient possible d'envisager l'analyse de la notion de SIEG comme entièrement destinée à améliorer la compréhension de la déclinaison de l'intérêt général sous une forme d'intérêt économique général (IEG). Ce dernier est au demeurant, l'objet central de notre analyse.

45. Originairement politique et idéologiquement ancrée dans une logique sociétale, en devenant un IEG, l'intérêt général trouve dans les SIEG, un nouveau prisme non déformant de son analyse. Cette analyse suppose tout d'abord, quelques précisions lexicales de la formulation du sujet (I) ; ce qui facilitera, ensuite, la détermination de l'objet et du champ de la recherche (II). Par la suite, l'analyse reteindra le droit positif des SIEG comme permettant une saisie abstraite, théorique de la notion elle-même (III). De ce droit positif découlera une problématique centrale (IV) dont enfin, la ou les réponses seront apportées suivant une méthodologie très précise (V).

I- Précisions du sujet

46. La réflexion sur la notion de service d'intérêt économique général ou SIEG, dans sa formulation regroupe plusieurs termes juridiques connotés. Encore faut-il établir s'il est possible de ne retenir que la première signification que le droit donne à chacune d'elles ou si d'autres connotations s'y ajouteront ou encore, tout simplement se substitueront à cette dernière. La première terminologie à préciser est celle de la notion de recherche[66] qui débute la formulation du sujet (A). La deuxième est inévitablement, la notion de service d'intérêt général, un grand ensemble engobant la notion de SIEG (B). Ces précisions terminologiques facilitent ensuite, l'appréhension de la notion de SIEG depuis son origine (C) et, enfin éclairent, la nature d'acte fort posé par les rédacteurs de l'article 90 CEE de Rome de 1957 (D).

A- La notion de recherche

47. Quel sens revêt le mot recherche lorsque les vocables : intérêt[67] général et économique lui sont ajoutés? La formulation « recherche sur la notion de service d'intérêt économique général (SIEG) » donne un sens tout à fait particulier à la notion de recherche car elle la situe dans la science juridique et non pas en dehors. Ensuite, l'entreprise de part sa formulation renvoie à un travail de fourmi. Le choix de la fourmi n'est pas anodin étant entendu que pour Mesdames Simone Dreyfus et Laurence Nicolas-Vullierme, dans le domaine de la science juridique, « **la recherche est une démarche de fourmi, amassant inlassablement, pour l'avenir**. (…) La tâche de l'auteur est de transmettre le fruit de ses recherches en faisant bénéficier le lecteur de son expérience, c'est-à-dire **en rendant clair ce qui, au départ, était obscur et n'a été élucidé qu'au terme d'un long effort** »[68] (C'est nous qui les soulignons).

48. Autrement dit, rechercher en droit sur un concept ou une notion donnée, c'est faire œuvre utile pour le présent et l'avenir, surtout pour les autres et non pas seulement pour soi-même. Pour faire une œuvre utile (?), encore faut-il déterminer le sens précis de la notion de recherche en droit.

49. **Analyse de la notion de SIEG, une recherche juridique dans et non pas sur le droit des SIEG** – La notion de recherche avant d'être entendue au sens juridique du terme, est d'abord et avant tout, l'« action de chercher, de rechercher, un effort pour trouver (quelque

chose) (…). Un ensemble de travaux, des activités intellectuelles qui tendent à la découverte de connaissances et de lois nouvelles (sciences).. »[69].

50. Partant de cette représentation générale de la recherche, « **la recherche juridique est donc l'ensemble des travaux menés méthodiquement par les spécialistes du droit afin de faire progresser la connaissance du droit, l'ensemble des études et des activités scientifiques et intellectuelles portant sur les normes, les institutions, les comportements et les opinions juridiques et visant à approfondir le savoir juridique**. Apparaît immédiatement combien cette recherche juridique est plurielle, en premier lieu parce que le droit qui constitue son objet peu se comprendre comme phénomène juridique, comme notion de droit, comme droit positif ou même comme juridique (…). **De plus, elle n'est pas l'apanage des juristes. C'est pourquoi il faut parler de « recherche juridique » et non de « en droit ». La recherche juridique est plus vaste que la recherche en droit, laquelle ne concerne que les juristes et exclut les sociologues, les anthropologues ou encore les économistes.** Elle comprend tout un pan de recherche sur le droit extérieur au droit[70] » (Soulignées par nos soins).

51. De ce point de vue, la recherche sur la notion de SIEG n'est donc pas une recherche sur le droit menée afin de comprendre la méthodologie, la scientificité voire la singularité du droit comme science. Ce terrain bien attrayant, n'est pas le notre et il a déjà été amplement investi[71]. Elle une recherche dans le droit des SIEG.

52. **Une recherche dans le droit des SIEG** – L'analyse de distingue de toute recherche sur la notion de recherche en droit. Elle est une recherche juridique en droit, dans le droit posé des SIEG et non pas non plus sur la notion du droit. Elle partira du droit positif des SIEG qui regroupe le droit posé par les traités (droit primaire car originaire) et le droit dérivé (actes posés par les institutions européennes juridictionnelles et non juridictionnelles) dans cette matière. Toutefois, l'ancrage dans ce droit positif, ne fait pas de la recherche sur la notion de SIEG, une œuvre de la science du droit positif « qui n'est qu'une forme de science du droit parmi tant d'autres »[72]. L'analyse restera orienté par et vers le droit positif des SIEG tout en recherchant des ancrages théoriques pouvant éclairer la compréhension de la notion de SIEG. Il importe donc de préciser ce que recouvre la notion de service d'intérêt général (SIG) que le

protocole 26 adossé aux traités UE et FUE de Lisbonne de 2009 semble, confusément faire correspondre au SIEG. Autrement dit, quelle serait la position des SIEG par rapport au SIG ?

B- Le service d'intérêt général (SIG)

53. **SIG une notion incontournable de l'analyse des SIEG** – La notion de service d'intérêt général (SIG) est centrale pour celle des SIEG. Ceci semble d'autant plus vrai que le protocole numéro 26[73] sur les services d'intérêt général annexé au traité de Lisbonne de 2009 aborde les deux notions d'un seul tenant. Le fait le plus marquant à la lecture de ce protocole est le clivage entre sa dénomination et son contenu. Si le titre du protocole est bien « Protocole n°26 sur les services d'intérêt général » et permet de sous-entendre, l'existence une catégorie unique voire un grand ensemble englobant de services publics dit d'intérêt général en droit européen ; en revanche le contenu des deux seuls articles qu'il comporte, traduisent une autre réalité. Le premier article porte clairement sur les SIEG tandis le second définit une autre catégorie de SIG en fonction des SIEG. Dès lors, l'on a le sentiment que la notion de SIEG ou tout au moins la logique qu'elle véhicule sur laquelle reviendra largement l'analyse, est centrale pour les SIG. Certes en lisant de manière conjuguée, les dispositions des deux articles, l'on s'aperçoit que leurs rédacteurs semblent viser une grande catégorie de service rendu au public européen (citoyens et résidents des pays UE). Il s'agit des SIG, qui regroupe deux grandes sous-catégories distinctes que sont les « services d'intérêt économique général » (SIEG) visés par l'article 1er du protocole n°26 sur les SIG et, les « services d'intérêt général non économiques » (SIGNE ou SNEIG) concernés par le second article du même protocole. Mais l'appréciation critique des termes de chacune des deux dispositions de

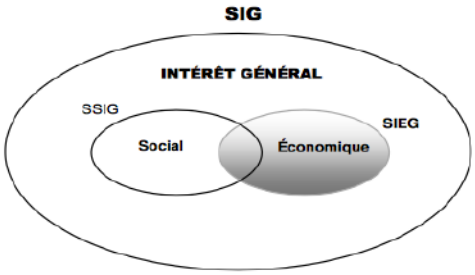
[illegible]

[illegible]

ce protocole renvoie, à deux catégories purement et simplement distinctes intrinsèquement de part leur caractère économique ou pas. Ces deux catégories formes néanmoins, les deux sous-catégories des SIG. Dire donc que les SIEG appartiennent au grand ensemble des SIG a du sens et, la bonne compréhension des SIEG passe par une idée exacte de la première.

54. **Appartenance des SIEG au grand ensemble des SIG** – Fondamentalement différents les uns des autres, les « services d'intérêt économique général » (SIEG) visés par l'article 1er du protocole n°26 sur les SIG et les « services d'intérêt général non économiques » (SIGNE) concernés par les termes du second article du même protocole participent d'une même logique, celle de répondre à des besoins d'intérêt général. Ainsi, ces deux sous-catégories ont en commun la recherche du bien commun qui est dans les deux cas, la finalité de ces services. **Ces deux types de services sont au demeurant, d'intérêt général**. Cependant les modalités de leur exercice, les moyens mis en œuvre dans chacun d'eux pour satisfaire le bien être commun et leur nature intrinsèques peuvent différer radicalement. Ce qui les différencie est si fort que les intriquer reviendrait à admettre que les SIG confirment l'approche de l'intérêt général comme une « notion relativement floue »[74], largement partagée par la doctrine du droit administratif français. La superposition des SIEG et SIGNE reviendrait à faire des SIG, une notion aux contours imprécis parce qu'elle serait polysémique. Fort heureusement, la monosémie identitaire – une seule identité – caractérise la notion de SIG qui peut toutefois être polymorphe en ce qu'elle renvoie à sa déclinaison en plusieurs formes.

55. SIEG et SIGNE ou services sociaux attestent suffisamment la nature polymorphique des SIG. Selon la Commission européenne, « accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle" - Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général [constitueraient] : un nouvel engagement européen »[75]. Par sa communication ainsi intitulée, la Communication européenne a précisé les objectifs et les principes d'organisation de ces SIG dont elle a également donné la représentation schématisée.



Source :

56. Cette autre catégorie d'intérêt général que forment les SSIG ou SIGNE a une intersection avec les SIEG que la Commission européenne explique : « (…) les SSIG peuvent être de nature économique ou non économique en fonction de l'activité concernée. Le fait qu'une activité soit qualifié de "sociale" n'est pas en soi suffisant[76]pour échapper à la qualification d'"activité économique" au sens de la jurisprudence de la Cour. Des SSIG de nature économique sont des SIEG »[77].

57. Par ailleurs, « si un service est qualifié d'"économique", ce qui est le cas dans un nombre croissant de domaines, l'article 1er [Protocole 26 sur les SIG annexé aux traités UE et FUE] oblige les institutions européennes à respecter le rôle et le pouvoir des autorités nationales, régionales et locales en la matière et impose le respect de la diversité des services et la disparité des situations, ainsi que les principes "de qualité, de sécurité et quant aux caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs" »[78].

58. **SIEG, une approche protéiforme de la notion d'intérêt général** – Le schéma précédemment rapporté de la représentation que la Commission européenne a des SIG

indique, que cette notion désigne en tout état de cause, à juste titre, un domaine de l'intérêt général. Dès lors, **l'on pourrait en déduire, que dans les SIG, l'intérêt général pourrait être une notion protéiforme** car pouvant se décliner en intérêt général économique (SIEG) ou pas (SSIG ou SIGNE). Et, des développements et de ce schéma de la Commission européenne qui précèdent, la notion de SIG apparait comme une notion juridique qui a des contours précis et dont l'on ne peut donc pas dire qu'elle est « relativement floue ». Également, appartenant à ce grand ensemble des SIG, le concept de SIEG est aussi une notion juridique aux contours plus que précis que l'analyse établira dans la suite de ses propos introductifs et dans la première partie, titre 2 portant sur la proposition d'une définition de la notion de SIEG. Il est vrai, la désignation de SIEG qui est issue de la volonté des rédacteurs de l'article 90 CEE a d'abord représenter un concept avant de se muer en notion juridique après l'entrée en scène des termes de l'article 86 §2 TCE (anciennement article 90 CEE). Pour autant, cette donnée indiscutable, ne semble pas suffire à cerner totalement l'origine du concept de SIEG. Un retour à cette origine pourrait éclairer la meilleure compréhension de ce concept en mettant en exergue la trajectoire qu'elle a suivie pour son évolution depuis le Traité fondateur de la CEE de Rome (1957) qui est également son acte de naissance.

C- Avènement et impulsion du concept de SIEG

59. **L'avènement du concept de SIEG** – L'origine et le parcours du concept de SIEG sont considérés à tort ou à raison par certains auteurs comme celui d'une « européanisation des services publics depuis les années 1950 »[79]. Il est vrai que ce constat devient pertinent lorsque l'on considère que « **chaque État européen a défini et construit, dans son histoire**

> **longue, son propre mode d'organisation et de régulation des activités de " service public",** dans le cadre de la construction de chaque État-nation, en relation avec ses traditions, ses institutions, sa culture. »[80] (Soulignées par nos soins).

60. Ce constat au demeurant très pertinent paraît une donnée inévitable si l'on admet qu'aucun service public n'est anodin voire neutre. En effet, « les services régaliens font exister l'État ou lui permettent de fonctionner, comme l'armée, la justice, la diplomatie, les finances […] ils correspondent à des fonction de souveraineté de l'Etat… »[81]. À côté de ces

services qualifiables en droit administratif français par exemple de services de prescription[82] dans leur majorité, il existe la catégorie de services publics de prestation[83] ainsi désignés dans ce même droit alors que cette dernière catégorie rassemble des services qui dans le domaine des SIEG sont des services rendus au public pouvant souvent toucher à leur quotidien.

61. La construction européenne pouvait-elle avec pertinence, opter pour le modèle conçu par et pour l'un des États-nations qui la composent au détriment des autres modèles et réussir son unification ?

62. La réponse négative à cette question semble être la seule option crédible. Or dans cette hypothèse, l'on pourrait émettre l'hypothèse que les rédacteurs du Traité fondateur de la CEE de Rome de 1957 en aient eu une perception avant-gardiste. Cet élan avant-gardiste éclairerait le choix de la voie de l'unification, par une solidarité de cohésion socio-économique et territoriale à travers les SIEG, des rédacteurs du traité instituant la CEE. C'est tout au moins, la première signification possible de la création du nouveau concept – SIEG – dans les termes de l'article 90 CEE de Rome de 1957. Ainsi, l'on pourrait souligner que « si la construction européenne a été amenée à inventer des termes comme "services d'intérêt général" – SIG –, "services d'intérêt économique général" – SIEG –, "services non économiques d'intérêt général " – SNEIG, " services sociaux d'intérêt général" – SSIG –, **c'est tout simplement pour arriver progressivement à parler un langage commun, préalable pour construire une conception communautaire. L'expression SIEG date d'ailleurs du traité de Rome de 1957** (dans l'article 90 – actuellement, article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE –, paragraphe 2) »[84].

63. **SIEG, une conception communautaire du service public** – On le voit, dans ce constat très intéressant de M. Pierre Bauby, le point de départ de la construction du droit des SIEG se situe indiscutablement dans l'article 90 du traité CEE de Rome de 1957. Ce constat que nous partageons, a le double mérite d'être fondé sur une double remarque.

64. Premièrement, il souligne la naissance du concept de SIEG qui est inhérente au Traité CEE de Rome de 1957 dont l'article 90 vaut acte de naissance. L'analyse a déjà souligné cette réalité.

65. Puis et enfin, il souligne parfaitement un préalable à la mise en place d'une conception communautaire du service public dont nous approprions. « **C'est tout simplement pour arriver progressivement à parler un langage commun, préalable pour construire une conception communautaire** »[85] **que la construction européenne a forgé depuis 1957, plusieurs concepts dont celui des SIEG**.

66. **Création du concept de SIEG, un acte du droit originaire** – Après 1957, année de l'origine du concept de SIEG, quarante années se sont écoulées jusqu'au traité CE signé à Amsterdam en 1997, pour qu'au delà d'une simple redécouverte des termes de cet article qui leurs sont indispensables, ces missions d'intérêt général prennent de l'ampleur. L'article 90 CEE (devenu 106 TFUE) est donc, à la fois utile à la découverte l'origine des SIEG et, nécessaire à toute connaissance des mécanismes de création et d'organisation, de ce type de missions d'IG. Depuis le traité d'Amsterdam de 1997, l'utilisation de l'expression SIEG se retrouvera dans le droit primaire communautaire dans les articles 16 et 86, paragraphe 2, de ce traité CE d'Amsterdam. Or auparavant, seuls dans les termes de l'article 90 CEE, se retrouvaient ce néologisme. Il faut également souligner que durant ces quarante années qui séparèrent ces deux traités, aucune définition de cette expression ou concept n'a été formulée ni par le droit primaire ni par le droit dérivé. Cependant, dans les pratiques communautaires de ces quatre décennies, sur le fondement des termes de l'article 90 CEE, ce type de mission était identifiable puisqu'ils en donnaient *expressis verbis*, les critères. Ainsi, dans les pratiques et dans la jurisprudence communautaires de ces quatre décennies, par SIEG étaient désignés, des services d'intérêt général de nature économique pouvant être des activités de production ou de commercialisation ou encore de fourniture de services marchands que les États membres consentent librement à qualifier tels ou à soumettre à des obligations spécifique de service public. Il est important pour les prochains développements de l'analyse de souligner d'ores et déjà que la première lecture exacte des dispositions de l'article 90 est celle de l'Avocat général de la Cour de Justice, Maurice Lagrange dans ses conclusions de l'affaire Costa c/Enel. En effet, répondant à une question posée à la Cour de Justice des communautés européennes sur l'interprétation de l'article 37 du Traité CEE, l'Avocat Général

Maurice Lagrange estima à juste titre qu'« en vertu de l'article 90, les échanges, même réduits, effectués par des " entreprises chargés de la gestion de services d'intérêt économique général ", demeurent soumis, au moins en principe, aux règles du traité et, notamment, aux règles de concurrence auxquelles, dès lors, l'absence d'application de l'article 37 ne peut les faire échapper »[86].

67. **Création de SIEG, porteuse d'une logique sociétale précise, progressivement mise à jour** – La reconnaissance de la paternité de la première lecture exacte de l'article 90 CEE à l'avocat général de la Cour de justice Maurice Lagrange invalide la thèse selon laquelle, à la suite du traité CE d'Amsterdam de 1957, il y a eu la découverte des termes du deuxième paragraphe de l'article 86 CE (anciennement article 90 §2 CEE). L'on pourrait tout au plus, évoquer une redécouverte (?) mais absolument pas d'une découverte de ces dispositions du droit primaire. Le cas échéant, s'il y a eu une découverte, elle ne serait pas imputable à la CJCE dont cet avocat général français avait déjà compris en 1964 que selon l'économie générale des termes des 2 premiers paragraphes de l'article 106 TFUE (article 90, § 1er et 2e CEE puis devenu article 86 § 1er et 2e CE), l'ensemble des SIEG était soumis aux règles de la concurrence. On le sait, seules les hypothèses de l'exception « *in house* »[87] ou celle où l'application de ces règles rend impossible l'accomplissement de leur mission, aucune dérogation à l'applicabilité par principe des règles de la concurrence n'est admise dans le cadre des SIEG. Une estimation de la professeure Laurence Idot sur l'applicabilité par principe du droit de la concurrence éclaire la mise en œuvre de cette exception du « *in house* », puissant anesthésie des règles dictées par ce droit. Selon elle, « pour échapper à l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence, il faut donc soit nier purement et simplement le caractère économique de l'activité, soit soutenir que cette activité, bien qu'économique, échappe au domaine d'application du Traité. **La négation du caractère économique de l'activité régie** […] **de loin, la plus efficace, cette solution est délicate à obtenir, car elle met en cause la distinction entre ce qui relève de l'ordre marchand, ou encore de l'ordre concurrentiel, et de l'ordre non marchand**…. »[88] (C'est nous soulignons).

68. Fort heureusement pour le bénéfice des consommateurs des prestations fournies par les missions de SIEG, la mise en œuvre de cette négation est fortement contingentée et donc difficile à obtenir. Mais cette donnée de l'applicabilité du droit européen de la concurrence aux SIEG, si elle séparée de la logique de la fourniture de services publics de haute qualité à des prix compétitif aux consommateurs fait le lit à toutes les violentes diatribes contre l' « économicité » de l'édifice Union européen. En effet, pris isolément, l'applicabilité du droit européen de la concurrence aux SIEG pourrait faire penser qu'il s'agirait du domaine par excellence du mercantilisme « prôné » (?) par la construction européenne. Or penser ainsi perd toutes ses pertinence et vigueur si l'on prend en considération cette logique précédemment exposée de la conciliation[89] de l'économique et du social parfaitement réalisée par la logique des SIEG selon laquelle, des services de haute qualité sont fournies aux « usagers-consommateurs-citoyens »[90]. Cette belle expression des « usagers-consommateurs-citoyens »[91]déjà sollicitée est de M. Pierre Bauby.

69. L'idée d'une Union européenne qui sonne davantage comme une récrimination contre un édifice « hautement » (?) déshumanisante, reçoit tout de même de l'eau à son moulin lorsque l'on considère son début. En effet, cette construction n'a-t-elle pas débuté en 1951 par le traité de Paris créant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Et par la suite, le traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne n'est-elle pas lui aussi porteur d'une donnée économique ?

70. Il vrai, les traités CECA[92] et CEE[93] ont été toutes tous les deux fondées sur une logique économique avec comme perspective un marché commun puis unique. Pis (?), le 25 mars 1957, un autre traité a été également signé à Rome, celui qui créa la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM[94]). Nonobstant la nature de l'énergie atonique (énergie de la guerre (???)), l'on peut conclure que les trois Communautés qui existèrent conséquemment à ces trois traités (1951 : 1 de Paris et 1957 : 2 de Rome) furent

économiques. Cela est irréfutable mais ne saurait être indéniablement, la preuve de la culpabilité d'un édifice mortifère pour l'humain. Si cela était le cas alors les six GRANDS coupables de crime contre l'humain européen seraient l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas et non pas l'édifice Union européen, fruit de la volonté de ces six à mettre au banc des accusés.

71. **SIEG, un modèle social en filigrane** – C'est en considérant que dans la réalité, l'Europe de ces Communautés, n'étaient que celle des étapes intermédiaires vers une idéologie sociales que l'on s'aperçoit que les SIEG étaient un résumé de la pensée sociétale des pères fondateurs de l'Union européenne. Ils semblaient avoir fait de l'économie, à travers l'étape de l'Europe communautaire, pour le dire autrement, l'Europe des trois communautés (CECA, CEE et EURATOM), un moyen de réalisation d'une Europe unie politique avec un mieux vivre ensemble européen qui ne cachait que mal, très mal, un modèle social européen. Dans l'évolution cinquantenaire de ces trois communautés, l'intégration européenne à travers l'élimination progressive des restrictions nationales aux échanges enregistrera une série d'impulsions qui sera favorable au déploiement et au développement des missions SIEG.

72. **L'Acte unique de 1986, une des impulsions de l'évolution du concept de SIEG** – L'on sait que l'acte unique qui a amendé et complété le Traité CEE de Rome de 1957 avait pour principal objectif, de doter les institutions européennes des moyens juridiques conséquents pour la suppressions des barrières nationales aux échanges dans la Communauté. Cet objectif ne pouvait être atteint que par la mise en œuvre des quatre libertés fondamentales de circulation et la réalisation du marché unique. La Cour de justice avait déjà compris cette nécessité et envisagea que la marche vers l'intégration européenne devait être progressive.

73. L'on pourrait trouver une telle logique sous la plume de l'Avocat général Maurice Lagrange qui souligna dans ses conclusions dans l'affaire Costa contre E.N.EL précitée de 1964 que « **l'article 37 [TCEE] fait partie du chapitre relatif à l'élimination des restrictions quantitatives entre les États membres**. (…). Le traité a cependant reconnu que les monopoles commerciaux présentaient à cet égard un problème particulier qui à moins d'une suppression pure et simple qui n'a pas été prescrite, *exigeait des mesures d'aménagement progressif débordant* le cadre d'une simple augmentation arithmétique des contingents dans les conditions de l'article 33. **L'objet fondamental n'en est pas moins la " libre circulation des marchandises", conformément à l'intitulé du titre premier sous**

lequel figurent les dispositions en cause, et les restrictions visées sont celles qui s'opposent à cette libre circulation dans des conditions discriminatoires entre les ressortissants des États membres »[95] (Soulignées par nos soins).

74. Ce constat de l'Avocat général Maurice Lagrange souligne également, que l'objet fondamental de l'article 37 du traité CEE de Rome de 1957 était la réalisation de l'intégration européenne à travers la réalisation de la libre circulation des marchandises. On le sait, cette réalisation a été impulsée par l'Acte unique de 1986. L'impulsion de l'intégration européenne dont la finalité à court terme était, la réalisation du marché intérieur communautaire intégré par la mise en œuvre des quatre libertés fondamentales de circulation (des marchandises et services, des personnes et la liberté d'établissement) impliquera les SIEG. Dès lors se réalisera, ce que certains auteurs dénommeront « le processus d'européanisation des services d'intérêt économique général cité dans le traité de Rome de 1957 et considérés à l'époque comme les réseaux d'infrastructures clés nécessaires à la réalisation du marché unique et aux libertés de circulation (communication, transports, énergie)[96] »[97].

75. Il nous semble que ce qui est ainsi décrit, est davantage l'ouverture des États membres au mode européen de prise en charge de nombres de besoins quotidiens de leurs ressortissants et résidents et non pas d'une européanisation des SIEG. Nous n'adhérons à l'européanisation des SIEG que si elle traduit exactement cette réalité car autrement, il aurait été préférable d'évoquer l'européanisation des services publics des États membres par la dynamique transformatrice des SIEG. Cette dernière hypothèse nous paraît différente de celle ainsi formulée car l'européanisation des services publics nationaux par les SIEG entrainerait à nos yeux, un glissement vers une nouvelle approche, celle véhiculée par les SIEG qui n'est autre que la logique qui les caractérise. Il s'agit de rendre au public, des services d'intérêt général de haute qualité à des prix compétitifs. Ce qu'aucun État membre n'a réalisé dans son modèle *intra-muros* de service public.

76. On le sait, les disparités entre les modèles nationaux de services publics solidement ancrés dans leurs traditions, ne permettaient pas d'en retenir valablement, un seul comme unificateur de l'Union. Aucun modèle n'avait d'ailleurs pu définir sa propre notion de service

public comme le souligne remarquablement l'Avocat général Maurice Lagrange en 1964 dans ses même conclusions dans l'affaire Costa contre E.N.E.L précitée. L'Avocat général souligne d'abord que d'un point de vue juridique, l'article 37 du Traité CEE ne saurait être relié à la notion de service public. Puis il ajouta que « (…) **le traité, tout au moins à l'article 37, ne s'est pas aventuré dans des distinctions fondées sur le service public, et cela se comprend**. **Il s'agit là d'une notion qui varie sensiblement d'un pays à l'autre et dont une définition précise, déjà difficile en droit interne, est sans doute impossible sur le plan communautaire** »[98] (C'est nous qui soulignons).

77. Si en partie, cette affirmation est indiscutable concernant la variation de la notion de service public dans les États membres, il en va autrement de sa fin. En effet, en 1964, une telle conclusion postulant pour une notion indéfinissable du service public communautaire était recevable. Mais en 2017, en tenant compte des apports jurisprudentiels multiples des décennies 1990, 2000 et 2010 dont certains arrêts majeurs ont été précédemment rapportés, et eu égard aux contenus de l'article 14 TFUE (anciennement article 16 TCE) et du Protocole 26 sur les SIG adossé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009 ; auxquels s'ajoutent le nouveau paquet *Almunia* de janvier 2012 complété en 2016, une telle posture devient insoutenable. Ces éléments semblent suffire à la formulation d'une définition de la notion de SIEG. L'analyse en apportera la démonstration dans sa première partie, titre 2, chapitre 2 consacré à la proposition d'une définition de la notion de SIEG. **La trajectoire du concept de 1957 à 2017 ainsi soulignée, est donc celle d'une évolution impulsée à la fois par l'acte unique européen de 1986 et par l'entrée en scène des dispositions du deuxième paragraphe de l'article 86 du traité CE d'Amsterdam de 1997.**

78. Par ailleurs, le manque de définition de la notion de SIEG qui pourrait faire penser qu'il s'agirait d'une autre notion à ne pas définir mais à constater comme celle de l'intérêt général en droit public français, n'a pas empêché cette notion de faire patiemment son chemin jusqu'au traité FUE de Lisbonne de 2009. On le sait, ce traité FUE a complété les assises juridiques de l'érection des SIEG au rang des valeurs communes de l'UE par la reprise textuelle dans l'article 14 des dispositions du précédemment article 16 du traité CE d'Amsterdam de 1957. Ce traité a également complété par le protocole 26 sur les SIG, les dispositions de son l'article 14 qui confirme *expressis verbis*, le rang de valeur commune des

SIEG. Ce protocole ayant la même valeur juridique que ce traité auquel il est adossé, forme avec les termes de l'article 14 TFUE, le solide fondement juridique de cette valeur commune de l'UE. Un vivre en commun UE s'exprime alors réellement à travers les SIEG sur un fondement juridique indiscutable. La contribution à la réalisation de ce vivre en commun est l'un des atouts de la notion de SIEG qui se révéla lors de son passage d'un concept à une notion juridique.

79. **SIEG, une expression du commun de et dans l'UE** – Cette idée découlerait de l'admission du constat selon lequel, « si la construction européenne a été amenée à inventer des termes comme "services d'intérêt général" – SIG –, "services d'intérêt économique général" – SIEG –, "services non économiques d'intérêt général " – SNEIG, " services sociaux d'intérêt général" – SSIG –, **c'est tout simplement pour arriver progressivement à parler un langage commun, préalable pour construire une conception communautaire. L'expression SIEG date d'ailleurs du traité de Rome de 1957** (dans l'article 90 – actuellement, article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE –, paragraphe 2) »[99] (soulignée par nos soins).

80. De plus, quelques données communes à l'ensemble des pays membres de l'Union contribueront au renforcement de l'idée d'un commun[100] autour des SIEG. Ainsi, l'on notera qu'« ***au sein même [des] diversités ayant cours en Europe existe une profonde unité*** : dans tous les pays européens, les autorités publiques locales, régionales ou nationales ont été amenées à considérer que certaines activités ne pouvaient pas relever du seul commun de la concurrence et des seules règles du marché, mais de formes spécifiques d'organisation et de régulation reposant sur le "triptyque de légitimité du service public" : garantir les droits de chaque habitant ; assurer la cohésion de chaque collectivité ; concourir au développement durable.

Ces finalités et objectifs d'intérêt général sont au cœur du système de valeurs qui caractérise tous les États européens. »[101] (Soulignées par nos soins).

81. Dans son évolution, le concept de SIEG mettra au jour, également, sa nature de symbole de l'existence d'un langage juridique propre à l'Union européenne.

82. **SIEG, symbole de l'existence un langage juridique européen** – C'est en considérant que « ***les services publics (ou leur équivalent) représentent un élément clé du modèle social européen, caractérisé par des interactions et l'intégration du progrès économique et du progrès social, qui en font une "économie sociale de marché*** »[102] que l'on s'aperçoit que les SIG réalisent une approche singulièrement européenne de la gestion de la chose publique. C'est dans ce cadre que l'on peu dire que les SIEG symbolisent à la fois, la réussite de la création d'une conception commune de la gestion de l'intérêt général économique et également la nécessité d'un langage commun dans l'UE. L'existence de ce langage est louable car l'Union européenne reconnue comme un édifice *sui generis* peut avoir un langage juridique singulier à certains égards. Cela est même le gage de la réussite d'un mieux vivre commun prenant en compte, les finalités et objectifs d'intérêt général au demeurant, au cœur du système de valeur caractérisant tous les Etats européens que souligne avec justesse, M. Pierre Bauby dans son constat précédemment rapporté. Les SIEG participent du commun de l'UE, une notion que des travaux savants ont pu considérés comme perdu à retrouver. Ils sont le symbole de la capacité de l'Union européenne à forger un langage juridique qui lui soit propre, vecteur de la reconquête du commun perdu selon la remarquable réflexion collective sur « Le commun dans l'Union européenne »[103] codirigée par les professeurs Eleftheria Néframi et Pierre-Yves Monjal. Cet ensemble de travaux savants, en proposant des pistes pour retrouver le Commun de l'Union européenne perdue, éclaire la compréhension de cette notion et confirme la nécessité du maintien et du développement de ce langage juridique commun de l'UE. Mais en plus de l'approfondissement de la recherche la notion perdue à retrouver – le commun dans l'UE –, à laquelle cet ensemble de réflexion collective apporte des pistes remarquablement bien explorées, une analyse poussée de la réalisation du commun de l'UE à travers les SIEG ne

serait peut-être pas inutile. Précisons que la bonne connaissance du commun de l'Union européenne, bien que tentante, n'est au demeurant pas l'objet de la présente analyse.

83. Enfin, la dernière série des éléments d'impulsion de l'évolution du concept vers la notion de SIEG découle en partie du droit primaire (article 14[104] TFUE), en partie du droit dérivé. Elle est constituée par un ensemble d'apports jurisprudentiels et de textes juridiques conçus par des acteurs non juridiques du droit des SIEG.

84. **L'impulsion du concept de SIEG par le droit dérivé** – À ce niveau et dans toute l'analyse, il nous semble qu'il n'y a aucune raison de privilégier une époque plutôt qu'une autre, de la naissance du concept à sa structuration en passant par l'étape très importante du traité CE d'Amsterdam de 1997 entré en vigueur en 1999. Il vrai, depuis son introduction, le concept n'a de cesse d'évoluer mais le développement considérable et remarquable de la jurisprudence de la CJUE de 1970 à fin 2012 qui peut être vue comme le fruit et le moyen de cette évolution, ne saurait être la seule à privilégier. Les paquets « *Monti-Kroes* »[105] 2005 et « *Almunia* »[106] 2012 de la Commission européenne ainsi que ses livres blanc[107] et vert[108] sur les SIG ont également contribué significativement à faire évoluer le concept vers la notion juridique de SIEG. Ainsi, dans le passage d'un concept à une notion juridique de SIEG, l'on peut également souligner les interventions des acteurs de droits non juridictionnels – Conseil, Parlement et Commission européens –, et surtout, l'acte majeur des rédacteurs des termes de l'article 90 du Traité fondateur de la Communauté Economique Européenne (TCEE) de Rome de 1957 sur lequel il importe d'insister.

D- Acte fort des rédacteurs de l'article 90 CEE de Rome de 1957

85. **Importance de création du concept de SIEG** – En 1957, lorsque les rédacteurs des dispositions de l'article 90 du Traité fondateur de la CEE ont fait le choix de créer le concept

[illegible]

[illegible]

105 [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

de services d'intérêt économique général (SIEG), ils ont posé un acte fort qui doit être bien compris dans sa double porté.

86. **Double portée de la création du concept de SIEG** – La première portée de l'acte fort des rédacteurs de l'article 90 du traité CEE de 1957 réside dans leur refus de réaliser « un copier-coller prêt à fonctionner » juridique. Un tel « copier-coller » aurait très vite affiché ses limites face, à la polymorphie déjà exposée des services d'intérêt général qui ne correspond pas à la polysémie de la notion de service public découlant du fait qu'en cette manière, les notions, pratiques et cultures des États membres divergent[109] voire s'opposent.

87. Fort heureusement, ils ont opté pour le rejet d'une reprise limitative voire inféconde du service public français, du *Public utility* anglais et de la « *Daseinsyvorsorge* » Allemand. La notion « *Daseinsvorsorge* »[110] allemande désigne les services nécessaires à la collectivité suivant son usage par le professeur Gérard Marcou. Il y a donc une divergence

Daseinsvorsorge

conceptuelle nationale parfaitement soulignée par M. Pierre Bauby lorsqu'il estime que « chaque État européen a défini et construit, dans son histoire longue, son propre mode d'organisation et de régulation des activités de "service public", dans le cadre de la construction de chaque État-nation, en relation avec ses traditions, ses institutions, sa culture »[112]. Cette différence notionnelle rend crédible, la thèse d'une recherche de la multiplication de l'initiative des rédacteurs de l'article 90 du traité CEE dans l'édifice Union européen. L'analyse maintien cette opinion même si elle ne semble pas partagée par le professeur Gérard Marcou. En effet, l'échange intellectuelle écrite, dans les règles de l'art entre les professeurs français de droit public, Gérard Marcou et Didier Linotte en 2008 au sujet de la notion de service d'intérêt général atteste suffisamment, du caractère inapproprié du choix « copier-coller prêt à fonctionner » juridique de l'un de ces modèles nationaux du service public.

88. Cet échange intellectuel très instructif est parfaitement résumé par le professeur Gérard Marcou. Selon lui, « **Dans la tribune du 24 mars [2008], Didier Truchet propose que le droit français renonce à l'expression « service public », au motif que la notion de « service d'intérêt général » du droit communautaire incorpore, après le traité de Lisbonne, le contenu de la notion traditionnelle de service public**.

> [Or] il s'agit au contraire d'une raison de plus de maintenir l'expression et la notion de service public. En effet, le droit communautaire fait droit aujourd'hui à la notion de service public dans ce qu'elle a d'universel, malgré les mises en cause doctrinales dont elle fait l'objet dans divers pays, notamment en Italie et en Espagne. Quant à sa fonction, la notion de service public est bien l'expression de l'« interdépendance sociale » ; quant à son contenu, elle correspond à la détermination par les pouvoirs publics de l'offre (niveau et/ou caractéristiques du service offert) en fonction du niveau de satisfaction des besoins qu'ils estiment nécessaires d'assurer (cf. G. Marcou in F. Moderne et G. Marcou (dir.), L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne, L'Harmattan, 2001, p. 386 et s.). Telle est la réalité du service public dans tous les pays, que sa notion trouve place ou non dans leur système juridique. Mais, précisément, aucune autre doctrine juridique que celle du service public, n'a pu donner à cette réalité une expression aussi synthétique et aussi forte. C'est ce qui explique son succès dans de nombreux pays européens, dans l'ensemble de l'Amérique latine (cf. J.-L. Salomoni, Teoria general de los servicios publicos, Buenos Aires, 1999) et même aujourd'hui en Russie (Les services publics et le droit, Institut de législation et de droit comparé, Moscou 2007, p. 383 et s., en russe) et qu'elle ait surmonté toutes les « crises » qui, selon bien des auteurs, la condamnaient. »[113] (Soulignées par nos soins)

89. Nonobstant le caractère très instructif de cet échange et surtout, en respectant la solidité de l'argumentation du professeur Gérard Marcou dans ce que l'on pourrait qualifier d'une réplique au professeur Didier Linotte d'une part. Et d'autre part, sans vouloir aucunement faire la leçon aux deux illustres « protagonistes » du débat sur le choix du maintien ou non du service public et de la notion « service public » français au détriment de la notion européenne de SIG, nous trouvons les deux positions critiquables pour la même et unique raison. Ni l'une ni l'autre n'est satisfaisante lorsqu'elles font toutes les deux, allusion à une sorte de prééminence d'une conception nationale du service public en l'occurrence française sur celles des autres États membres. Cette idée est plus évidente chez le professeur Gérard Marcou tandis que le professeur Didier Linotte semble forcer le regarde sur la notion de SIG à travers les lunettes des archétypes français de la notion de service public. Ces deux démarches intellectuelles nourrissent le sentiment qu'au niveau franco-français, les données de l'Union européenne sont appréhendées excessivement à l'aune des construits intellectuels politico-juridiques français de manière très étriquée. À nos yeux, cette attitude mentale, ne laisse aucune place à une quelconque perméabilité de la pensée et pourrait constituer un frein à l'acceptation de ces données comme purement et simplement *sui generis*. Dans ce sens, la perméabilité du vide juridique existant peut également être interrogé. Or, « chaque État européen a défini et construit, dans son histoire longue, son propre mode d'organisation et de régulation des activités de "service public", dans le cadre de la construction de chaque État-nation, en relation avec ses traditions, ses institutions, sa culture »[114]. Tenant compte de la nécessité de respecter, la construction parfois voire souvent malaisée de la conception nationale ; et eu égard à leur valeur de philosophie de société, l'on ne peut pas comprendre le critère sur lequel l'on préfèrerait, dans le cadre de l'UE, l'une d'entre elles au détriment des autres. Fut-ce t'elle la plus scientifique, argument brandit par le professeur Gérard Marcou.

90. En effet pour lui, « la notion de service public, bien plus que celle de service d'intérêt général, peut être reconnue comme une notion scientifique, en raison de l'importance de l'élaboration doctrinale à laquelle elle a donné lieu et de ses liens avec la théorie de l'Etat, avec les progrès de la garantie juridique des droits fondamentaux et avec l'économie des fonctions collectives »[115]. Il nous semble que cet argument est insuffisant à justifier un

quelconque « copier-coller prêt à fonctionner » juridique en substitution de la création du concept de SIEG réalisé par les rédacteurs des termes de l'article 90 du traité CEE.

91. Nous l'aurions estimée regrettable s'ils avaient fait cette option en 1957 dans la mesure où, il aurait été par la suite impossible de trouver dans ce concept, des éléments rassembleurs voire de création d'une cohésion culturo-socio-économique et territoriale des collectivités des États membres de l'UE.

92. **SIEG, un concept volontariste** – Les rédacteurs des termes de l'article 90 du traité institutif de la Communauté économique européenne, par la création du concept de SIEG, ont exprimé leur volonté de sortir des sentiers battus des us et coutumes nationaux des États membres en matière de gestion de l'intérêt général. Cette création volontariste du néologisme SIEG est la seconde portée de l'acte fort qu'ils avaient ainsi posé.

93. Ce choix volontariste d'un nouveau modèle de gestion de l'intérêt général économique se révélera après le tournant déjà précisé de 1997, porteur d'une logique de société à travers l'érection[116] des SIEG en valeur commune de l'Union européenne. Dès 1997 donc, la dynamique de transformation de l'existant ou de création d'un véritable service public là où il n'y en avait pas, va pousser des tentacules. En effet, la logique d'une haute qualité du service d'intérêt général rendu au public à prix compétitif caractérisant les SIEG prendra des allures de pouvoir l'emporter sur les contraintes politico-sociales qui imbibaient les conceptions nationales en la matière.

94. Une nouvelle société européenne était donc en filigrane de la logique de la gestion de l'intérêt général inhérente aux SIEG. Dire donc que les rédacteurs des termes de l'article 90 du traité CEE ont préféré créer une Union européenne innovante du service public devient fondé[117]. Ils ont inventé un concept juridique qui à travers son régime juridique s'affranchira de toutes les pesanteurs juridico-économico-sociales des États membres.

95. **SIEG, une boite à trésors** – De ce qui précède, il apparaît qu'au final, il s'agit deux et non pas d'un seul acte majeur posé en une seule rédaction. Chacune des deux portées de l'acte constitue en réalité un acte fort. On le voit, il suffit donc de s'intéresser à un seul aspect des SIEG et l'on découvre plusieurs autres intérêts dans l'investigation faisant de ce concept, une véritable boîte à trésors qui n'aura pas livré tous ses secrets aux détours d'une seule analyse comme la présente. Empruntant le vocabulaire informatique des nouvelles catégories d'imprimante multifonctions, l'on pourrait dire donc que les SIEG c'est au plan juridique, un concept non pas 5 en 1 mais plutôt, *many in one* de notre traduction : plusieurs réalités juridiques cachées en une seule. Chacun des huit chapitres de l'analyse essaiera d'en révéler quelques unes d'entre elles.

96. Revenant aux actes majeurs posés en une seule rédaction par les auteurs des termes de l'article 90 CE devenu article 106 TFUE, il est à retenir qu'ils imposent d'appréhender premièrement le concept de SIEG comme tel, *sui generis* (unique en son genre) avec un régime juridique propre qui se construit depuis 1957. L'année 2017 n'est pour l'instant pas encore, celle de l'aboutissement de ce processus que l'on pourrait qualifier paradoxale (?) si elle est appréhendée par les habitués du droit administratif français. C'est le cas lorsque les spécialistes du droit administratif français approchent et lisent le droit des SIEG – à tort ou à raison – avec les lunettes[118] mentales conçues uniquement pour leurs droits nationaux administratif et du service public. Certes partir, du connu – droit administratif français et/ou du service public –, vers l'inconnu[119] – droit des SIEG –, peut présenter l'avantage majeur de se servir de référentiels juridiques connus et bien maitrisés pour appréhender une réalité difficile à catégoriser. Mais cette démarche s'avère très vite handicapante lorsqu'il s'agit de prendre de la hauteur pour lire une nouvelle donne comme existante, à par entière et entièrement à part. Il est vrai, cette élévation de l'esprit pourrait, heurter des sensibilités intellectuelles hautement et patiemment construites par les écoles françaises du « service

public » de Toulouse (Léon Duguit[120]), et de la « puissance publique » de Bordeaux (Maurice Hauriou[121]). Et, la tâche sera davantage plus ardue lorsqu'il s'agira d'expliquer la posture scientifique juridique des SIEG, différente de celle de ces deux écoles. Or partir du connu vers l'inconnu présente l'avantage d'offrir des canons pour appréhender la nouveauté. C'est peut-être mieux ainsi (?). D'ailleurs, la complexité de l'étude de la notion de SIEG ira grandissante à mesure que l'analyse développera le caractère hybride de cette notion. La notion de SIEG est à grands traits, une réalité juridique hybride parce qu'elle est un mixage de l'intérêt général et de la logique marchande. Or en droit français par exemple, l'on ne s'est pas accoutumé très tôt de la logique marchande de l'intérêt général. Ce n'est qu'en 1921 que l'arrêt « *Bac d'Eloka* »[122] ou affaire *Société commerciale de l'Ouest africain* du Tribunal français des conflits du 22 janvier 1921 opéra, la distinction entre service public administratif (SPA) et les services industriels et commerciaux (SPIC). Seuls les derniers étaient à caractère économique et donc géré selon des règles propres à la logique marchande.

97. L'analyse de la notion de SIEG ne peut donc pas se satisfaire, d'aller uniquement du connu des conceptions nationales du service public, vers l'« inconnue » d'elles qui est la notion de SIEG. C'est plutôt en allant du domaine des SIEG vers les conceptions nationales que l'analyse précisera son objet et son champ.

II- Objet et champ de l'analyse

98. « La doctrine a appris à se méfier des évidences. Peut-être parce que trop simple, peut-être parce que semblant expliquer trop de choses – même contradictoires -, [c'est le cas de] la notion d'intérêt général sembl[ant] être victime, parmi les auteurs, d'une réputation d'imprécision et de manque de rigueur la rendant impropre à l'usage juridique (…).

[De ce fait, en se méfiant de toute évidence découlant du domaine des SIEG, l'analyse part] du principe qu'une notion juridique se détermine essentiellement par référence à con caractère opérationnel ; c'est-à-dire son aptitude à être l'instrument intellectuel »[123] de compréhension. C'est dans ce sens que l'objet de l'étude de la notion de SIEG sera précisé pour éviter toute imprécision à ce sujet avant d'en délimiter le champ.

99. **Objet de l'analyse** – Le droit des SIEG comme le droit administratif en général, « s'insère dans ces problèmes fondamentaux de la science politique que sont les rapports entre l'État et le citoyen, l'autorité et la liberté, la société et l'individu »[illegible]. En effet, la décision de choisir de satisfaire des besoins d'intérêt général de type économique par des missions de SIEG est librement prise par les pouvoirs publics des États-membres qui sont généralement des collectivités territoriales. Le fondement de cette faculté ou habilitation dont jouissent ces pouvoirs publics locaux est l'article 106 TFUE. Dès lors, **l'objet de l'analyse est l'intérêt général économique géré principalement au niveau local et très souvent par les collectivités territoriales**.

100. Ce niveau local représente essentiellement, le terrain privilégié de la création et de l'organisation des missions de SIEG. C'est donc à cette échelle que l'on peut réellement appréhender l'importance du déploiement des missions de SIEG. La France notamment, a conservé un nombre important de communes malgré la réduction numérique de 36 000 à 35 585 depuis le 1er janvier 2016. Avec ses 36 000 communes d'avant le 1er janvier 2016, elle représentait 40 %[125] de celles de toute l'Union européenne.

101. Il est donc important de considérer que dans ce pays membre de l'UE, « **parallèlement aux grands services publics nationaux, un second modèle de service public a continué à se développer, celui des services publics locaux**. Ces derniers recouvrent essentiellement la distribution de l'eau, l'assainissement, la collecte des ordures, le service des pompes funèbres, le chauffage urbain et les transports collectifs de voyageurs. **On peut les qualifier de services urbains ou de services de la vie quotidienne ; ce sont des " services de proximité"**. La gestion des services publics locaux relève pour l'essentiel de la compétence des communes ou de regroupements volontaires de : syndicats de communes, communautés, métropole ; les départements ne sont pas compétents, sauf pour les transports ferroviaires régionaux. »[126].

102. En France en l'occurrence cette panoplie d'activités, au demeurant pas exhaustive, révèle une gestion quasi-totale du bien-être quotidien du citoyen et/ou résident européen par les communes. Ces activités font également partie de celles que les pouvoirs publics des États

[illegible]

membres peuvent qualifier de SIEG même si au regard du droit interne français, elles peuvent être des services publics locaux.

103. Concernant la notion de service public, force est de constater qu'il est vrai que dans le cadre de l'UE, l'on assiste à un rapprochement des conceptions et idéologies de services publics depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997. Mais l'on ne peut pas aborder la notion de SIEG sans tenir compte du fait que chaque pays membres de l'Union a construit à travers son histoire, une conception propre d'organisation et de régulation de l'intérêt général dont le service public n'est souvent qu'une variante. Le service public se présente donc comme une prestation ou un service rendu au public dans les formes que lui ont imposé les traditions, les institutions et la culture de chaque État membre. Dès lors, chaque conception du service public a pu faire l'objet d'une formalisation[127] qui en fait apparaître l'« idéologie ». Ces conceptions ou idéologies du service public qui pouvait être qualifiée de logiques de gestion du lien social qu'il permettait, ne traduisait pas uniquement la nécessité de « l'interdépendance sociale »[128] chère au Doyen Léon Duguit.

104. Le service public peut également avoir une autre signification. « Le sens du service public est une évolution constante de la société non seulement vers un mieux-être, mais surtout vers un "vivre ensemble" »[129]. L'analyse de la notion de SIEG révèlera, une conjugaison de ces mieux-être et le vivre ensemble *intra muros* UE, à partir de l'érection des SIEG au rang des valeurs communes de l'UE par le traité CE d'Amsterdam signé en 1997.

105. A l'intérieur de l'espace géographique Union européen ou dans son *intra muros*, malgré la solidité de leur ancrage historico-culturel, ces « constructions nationales vont être confrontées au processus de la construction européenne »[130] de même qu'aux différents mécanismes juridiques qui y sont produits et mis en œuvre dont celui des SIEG. Ainsi, la logique des SIEG, porteuse d'une autre approche des notions d'intérêt général et de service public, influencera les conceptions nationales du service public à partir de l'entrée en scène des dispositions de l'article 86, §2e CE.

106. Ce phénomène socio-économico-juridique sera sous les feux nourris des critiques politiques et doctrinales parce qu'il déstabiliserait (?) ces idéologies nationales qui au demeurant, ne peuvent pas réaliser eux-mêmes le bien vivre en commun de l'UE. M. Jean-Marc Sauvé en fit le parfait constat lorsqu'il invita à un devoir de mémoire à l'égard de la conception du service public de Léon Duguit. Selon lui, « en un temps où l'Union européenne est parfois critiquée en ce qu'elle remettrait en cause certaines (…) catégories juridiques et, en particulier, [la] 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**.»[131] (C'est nous soulignons).

107. M. Jean-Marc Sauvé souligne ainsi avec justesse que le Doyen Léon Duguit, « fondait la légitimité de l'Etat (…) sur les idées de solidarité et d'interdépendance sociale et donc sur la notion de service d'intérêt général »[132]. Cette idée fort intéressante, peut être complétée par la précision de la catégorie des SIG qui participe, le mieux à la réalisation de la solidarité communale et à l'interdépendance européenne à travers la réalisation de la cohésion socio-économique territoriale. Il s'agit des SIEG selon l'économie générale des dispositions complémentaires de l'article 14 TFUE et du protocole 26 sur les SIG annexé au TFUE de Lisbonne de 2009.

108. Cette catégorie de SIG est identifiable par quiconque lit correctement les termes des deux premiers paragraphe de l'article 106 TFUE malgré l'estimation difficilement contestable de M. Dorian Guinard. Selon lui, il existe dans le vocabulaire juridique européen de l'intérêt général, un foisonnement[133] linguistique. Et il vrai, que dans ce vocabulaire, « de multiples dénominations se côtoient, les acteurs et les auteurs évoquant alternativement " l'intérêt de la Communauté", " l'intérêt général communautaire", " l'intérêt commun", "l'intérêt général

national" ou bien encore " l'intérêt général supranational"[134] »[135] auxquelles, il convient d'ajouter l'intérêt public ou général local pour viser directement le champ des SIEG. Fort heureusement, le développement d'un droit des SIEG ne souffre pas de ce foisonnement qui peut néanmoins être source de confusions sémantiques juridiques.

109. L'objet de l'analyse déjà précisé qui est l'intérêt général économique géré principalement au niveau local et très souvent par les collectivités territoriales, se déploie donc à ce niveau local (territoriale), donnant ainsi, une première idée du champ de l'analyse.

Champ de l'analyse – Le déploiement quasi-local intra-État membre de l'UE situe, dans ce périmètre, le champ géographique de l'analyse. C'est dans ce cadre que l'analyse tentera la bonne compréhension de son objet déjà indiqué, à travers le droit positif ou droit en vigueur posé pour les SIEG par les acteurs non juridictionnels et juridictionnels du droit. Le droit positif des SIEG disons-le, regroupe le droit posé par les traités (droit primaire[136] car originaire) et le droit dérivé[137] (actes posés par les institutions européennes juridictionnelles et non juridictionnelles) dans cette matière. C'est ce droit qui offrira les éléments de réponse à la problématique.

III- Problématique

111. **Données du problème** – Le concept de SIEG s'inscrit dans l'élan volontariste historique déjà souligné (*supra 90 et s.*), des fondateurs de l'Europe unie. La bonne compréhension de cette volonté et surtout, la mise en exergue des implications sociétales du concept de SIEG dans sa réalisation, éclaireront l'analyse de la notion de SIEG.

112. Par ailleurs, on le sait, « la notion service public apparaît (…) en France comme la pièce maîtresse, la véritable clef de voûte de la construction étatique : c'est elle qui permet de

clôturer l'espace étatique sur lui-même, en traçant une ligne ferme de démarcation entre public et privé, mais aussi d'intégrer les différents éléments de la théorie de l'Etat, en les amalgamant, par une étrange alchimie, dans un ensemble conceptuel unifié et cohérent »[138]. Ce rôle d'unificateur et de facteur de cohésion sociale joué par les services publics n'est pas posé comme un postulat de départ de la construction européenne en 1957. C'est l'économique qui est le facteur d'unité, par une fédération des forces de fabrication des armes de destruction que représentent les productions séparées du charbon, de l'acier, et de l'énergie atomique. C'est donc sur un fonds de pacification par une recherche d'un destin commun symbolisé, par vivre ensemble européen entre voisins européens, dans la paix que se situe le point déclencheur de cette mise en commun.

113. Les trois Communautés européennes (CECA de 1951, CEE et EURATOM de 1957) précédemment exposées (voir *supra* 66-68), furent des formes de solidarité économique qui cachèrent ensemble, en filigrane, l'idée de ce vivre ensemble européen. Ces solidarités économiques européennes basées sur des faits sociaux économiques ont toutes été doté d'une juridicité tiré respectivement de leur traité institutif.

114. Pour autant, le concept de SIEG qui sera revêtu des vertus de réalisation de ce vivre ensemble UE par les rédacteurs des termes de l'article 16 du traité CE (devenu article 14 TFUE) et de ceux du protocole 26 sur les SIG annexé au traité FUE de 2009 est né dans le cadre de la solidarité économique CEE.

115. De ces données, l'analyse retient une double problématique.

116. **La double problématique de l'analyse** – En considérant que rien n'oblige « **en théorie le producteur normatif à se servir d'un énoncé pour créer une norme** »[140], l'on admet conséquemment de laisser la voie ouverte à l'activité interprétative de l'article 106 TFUE. L'activité interprétative centrée autour des termes de l'article 106 TFUE ne pourrait s'y limiter dans la mesure où elle s 'étendra à toute la réalité du droit des SIEG. Par réalité du droit des SIEG, l'on entend, le droit positif ou posé des SIEG dans le sens que « la réalité du droit, laquelle résiderait en premier lieu chez ses interprètes officiels ou authentiques, donc dans les cours et tribunaux. **Mais la réalité du droit est toute relative et, finalement, il est difficile de justifier irréfragablement en quoi droit des juges serait plus réel que celui des législateurs[141]. Encore une fois, ce qui importe en premier lieu est l'intention de s'attacher à la réalité, même si vient ensuite le problème des moyens et du contenu de l'identification de la réalité** »[142].

117. C'est sur la base de cette considération de la réalité du droit que l'analyse s'étonne qu'à ce jour, ni le producteur normatif de l'énoncé du concept de SIEG que furent les rédacteurs des termes de l'article 106 TFUE (anciennement article 90 CEE), ni les interprètes authentiques de ce dernier n'ont formulé une définition de la notion de SIEG. Ces acteurs et interprètes du droit positif des SIEG n'ont pas non plus mis au jour, l'ensemble des vertus du régime juridique adossé à cette dernière. Dès lors, diverses questions relatives à la notion des SIEG reste entières. Entre autres : comment la notion de l'intérêt général, sous-bassement de l'intérêt général économique, se décline-t-elle, en service d'intérêt général économique selon l'article 106 TFUE ? Que recèle l'évolution du concept de SIEG depuis sa création par le traité CEE de Rome de 1957 ? Que révèle le passage du concept de SIEG à une notion juridique dynamique de SIEG ? La notion de SIEG peut-elle être porteuse d'un modèle de société, celui de l'Union européenne ? Autant de questions qui poussent l'analyse à regarder de plus près les notions de l'intérêt général et du service public à travers le prisme du droit positif des SIEG. Peut-on réduire à zéro, la complexité de la théorisation de la notion d'aide publique ou d'État dans les SIEG en créant tout simplement un droit européen autonome de l'aide d'État valable également dans ce domaine sensible ? La vision positiviste du modèle de SIG particulièrement économique que représente les SIEG est-elle suffisante, pour traduire toute la réalité de la notion des SIEG et ses implications sur le modèle social UE ? Ce modèle

social Union européen est-il possible sans les SIEG et quelle est leur contribution dans son élaboration et la mise en pratique ?

118. Par ailleurs, la compréhension de l'idéologie de société que semble décrire en filigrane, la haute qualité de services d'intérêt général prestée aux consommateurs à prix compétitif est-elle réelle et effective chez les destinataires premiers du droit des SIEG et par les citoyens européens ? Autrement dit, dans un souci de justification, comment les termes de SIEG et de consommateurs de SIEG interviennent-ils et structurent-ils, le discours social Union européen ? Enfin, la notion de SIEG peut-elle être considérée comme une autre notion juridique constatable et donc indéfinissable ou s'agit-il d'une notion juridique opérationnelle définissable, porteuse de contraintes sociétales et donc revêtue d'une dimension systémique qui s'est forgée progressivement dans le temps à partir du concept de SIEG créé en 1957 ? …

119. Toutes ces questions non exhaustives, militent pour une réflexion d'ensemble sur la notion de SIEG. Ceci est d'autant plus vrai que la maturation du concept de SIEG depuis 1997 semble rendre possible d'une part, l'esquisse d'une saisie abstraite de la notion de SIEG. Et, d'autre part elle permet de ressortir à la fois, les vertus protectrices du consommateur des prestations fournies par les missions de SIEG qui découlent de leur régime juridique. Enfin également, elle fournie les arguments utiles à la mise en exergue des aspects structurant des logique et idéologie des SIEG. Ces logique(s) et idéologie véhiculées par les SIEG pourraient en faire, la colonne vertébrale du modèle social UE en les considérant comme axiologique et non pas seulement argumentatif.

120. De ce qui précède, **l'on peut en définitive, dégager une double problématique :**

- **peut-on valablement postuler pour une définissabilité de la notion de SIEG et proposer une définition ?**
- **Puis et enfin, du régime juridique et de la notion de SIEG, quelles sont les vertus de protection juridique des consommateurs et de vecteur d'un modèle social Union européen ?**

121. La ou les réponses à ce double questionnement seront fournies en une exigeante méthodologie d'analyse.

IV- Méthodologie

122. Est-il louable de devoir choisir inéluctablement entre les courants juridiques naturaliste et positiviste lorsque l'on s'engage dans l'analyse d'une notion juridique ou pourrait-on opter tout simplement pour une position médiane ?

123. Le choix méthodologique de l'analyse est une réponse à cette question mais encore faut-il au préalable, rechercher si l'une ou l'autre de ces deux approches méthodologiques sied véritablement à la quête d'une meilleure compréhension de la notion de SIEG.

124. **Distinction positivisme et jusnaturalisme juridique en pratique, une pure spéculation** – Globalement, l'on peut distinguer, deux logiques analytiques dans toute étude « du droit et non sur le droit »[143]. L'on a souvent l'habitude d'opposer le droit naturel du jusnaturaliste au droit positif du juspositiviste. On le sait, la distinction entre le positivisme[144] juridique et droit naturel a donné, respectivement, le positivisme et le naturalisme juridiques. Or dans les travaux de certains chercheurs et spécialistes du droit à l'instar de Norberto Bobbio, il est possible de retrouver du positivisme juridique tout autant que du jusnaturalisme. Riccardo Guastini, Michelangelo Bovero et Alfonso Ruiz Miguel ont pu parfaitement estimer

que le positivisme de Bobbio est essentiellement épistémologique car cet auteur italien semblerait avoir toujours opté pour une conception descriptive du droit et de la politique.

125. D'ailleurs, Michelangelo Bovero écrit que la quête du philosophe, spécialiste de la philosophie du droit et de la philosophie politique a davantage été de rechercher la description des conditions d'existence d'un système juridique qu'il ne s'est préoccupé à décrire le système juridique lui-même[145]. Dans ce sens, dire donc que Noberto Bobbio pouvait se réclamer du positivisme juridique est fondé. En revanche, les travaux du philosophe italien ne pourraient être cantonnés à la seule approche du positivisme juridique dans la mesure où il affirma lui-même, être jus-naturaliste. Ainsi, « à la fin de son cours sur le positivisme

> juridique (1960-1961), **il expliquait que des trois aspects du positivisme juridique, il accueillait totalement la méthode** ; que **pour ce qui était de la théorie, il conservait une définition du droit comme coercition, une théorie des sources privilégiant la loi et une théorie de la norme juridique comme impératif mais rejetait la théorie de l'ordre juridique comme un ensemble complet et cohérent ainsi que la thèse de l'interprétation comme pur acte de connaissance** ; et que pour ce qui concernait l'idéologie, il considérait que les versions faibles du positiviste éthique étaient acceptables. Cette affirmation est reprise avec une légère nuance à la fin de son article de 1962, "Giusnaturalismo e Positivo Giuridico" où il conclut que **face à l'idéologie positiviste** *il se définit sans tergiversation comme jusnaturaliste*, **que pour ce qui est de la méthode, il est fortement convaincu par celle du positiviste** mais qu'en matière de théorie du droit il n'est ni l'un ni l'autre[146] »[147] (C'est nous qui soulignons).

126. On le voit, la distinction entre le positivisme juridique et le jusnaturalisme peut parfois ne représenter qu'une pure spéculation d'école car dans la pratique, les travaux d'un auteur donné peuvent, refléter des arguments étayant son appartenance à la fois au juspositivisme et au jusnaturalisme. Noberto Bobbio l'a clairement exprimé : il est possible d'être positiviste pour la méthode de recherche et d'analyse, tandis que pour les sources et théorie du droit, le même chercheur peut être jusnaturaliste.

127. Un autre exemple d'auteur ambivalence (jusnaturaliste et juspositiviste) peut également être trouvé chez le juriste américain Olivier Wendell Holmes, l'un des pionniers du réalisme juridique américain. Le professeur Holmes est au demeurant, l'auteur de la formule « ce que j'appelle le droit, c'est une prédiction de ce que les tribunaux feront effectivement et

rien de plus prétentieux que cela »[148]. « Une anecdote qui concerne précisément Olivier Wendell Holmes, devenu juge après avoir été professeur de droit. Sortant d'un déjeuner avec un autre juge, Learned Hand, celui-ci lui lance : "Rendez la justice, monsieur, rendez la justice". Et Holmes de répondre : " Ce n'est pas mon métier. Mon métier c'est d'appliquer le droit" »[149]. Il avait cessé d'être réaliste alors même qu'il est l'un des pionniers du réalisme américain.

128. On le sait, le lien entre le réalisme juridique et le positivisme juridique est réel puisque le premier appartient au dernier qui lui, est une approche de la pensée et de la conceptualisation juridique. Il n'est toutefois, pas inutile de définir à ce niveau, ce que l'on entend par réalisme juridique. Le réalisme juridique peut être définit comme « un courant de la théorie générale du droit, qui se définit comme une attitude ou, comme aurait dit Bobbio, une approche, constituant à vouloir décrire le droit tel qu'il est "réellement". Tel qu'il est et non tel qu'il devrait être selon telle ou telle philosophie morale ou politique. (…) Le réalisme juridique est également un ensemble de thèse sur la nature ou le mode de fonctionnement du droit »[150] (C'est nous qui soulignons).

129. Ce tel courant du positivisme présente des atouts qui justifient le positionnement méthodologique positiviste réaliste de l'analyse.

130. **Positivisme réaliste méthodologique : gage d'une l'analyse mi positiviste mi jusnaturaliste de la notion de SIEG** – On le sait, le droit positif « constitué par l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État ou dans la communauté internationale, à un moment donné, quelle que soit leur source ; (...) droit "posé", le droit tel qu'il existe réellement »[151] offre un sérieux avantage analytique. Il s'agit de la représentation du droit existant tel qu'il est alors que le droit naturel serait à certains égards, le droit qui devrait être et dont la réalité à un moment donné peut s'avérer difficile voire impossible à établir. On le sait également, le droit naturel peut refléter des représentations très différentes. Il peut être la

« recherche du juste par une analyse rationnelle et concrète des réalités sociales, orientées par la considération de la finalité de l'homme et de l'univers ; [ou être des] principes immuables et éternels parce qu'inhérents à la nature humaine, découverts par la raison, permettant d'éprouver la valeur des règles de conduite positives admises par le droit objectif. Sous ce regard, les garanties du procès équitable sont issues du droit naturel »[152].

131. À travers ces deux considérations, l'on découvre encore une fois que la distinction tranchée entre jusnaturalisme et juspositivisme pourrait s'estomper, en ce sens que le droit positif peut être influencé par des considérations tirées du droit naturel. Mais **lorsqu'au réalisme – pouvant être « un courant de théorie générale du droit ou un type de conduite ou une ontologie »[153] l'on « accole l'adjectif "juridique", le réalisme [devenant ainsi] un courant de la théorie générale du droit**, qui se définit comme une attitude ou, comme aurait dit Bobbio, une approche, consistant à vouloir décrire le droit tel qu'il est "réellement". Tel qu'il est et non tel qu'il devrait être selon telle ou telle philosophie morale politique, **il présente des atouts que le droit naturel n'a pas car en ce sens, le réalisme se rattache au positivisme juridique, qui, sans nécessairement nier l'existence d'un doit naturel, affirme qu'il n'est en tout cas pas possible de le décrire comme on décrit le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit positif** »[154].

132. C'est sur ce fondement que l'analyse retient la démarche positiviste réaliste qui cependant, ne signifiera pas un cantonnement à la jurisprudence faisant partie du droit positif des SIEG parce qu'elle serait une démarche stérile[155]. Elle analysera la normativité des SIEG dans une approche où ces normes ne seront pas des « normes conçues comme des "devoirs-être" mais des formulations qui véhiculent ces significations »[156].

133. Il s'agira donc d'une approche empirique dont le fondement est la neutralité de l'auteur comme le préconise le professeur Michel Troper. Selon lui, « la science du droit décrit les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés »[157].

134. En plus de l'exigence de neutralité de l'auteur, cette approche empirique « se donne pour but principal de rendre justice de la réalité du droit, qu'il s'agisse du droit positif ou de la pensée du droit » [158] des SIEG en construction depuis 1957. Toutefois, la justice sera également rendue à la normativité des SIEG selon la méthodologie positiviste méthodologique qui ponctuera par endroits, l'analyse.

135. Cette démarche positiviste réaliste de l'analyse s'inscrit dans un positionnement à mi-chemin du jusnaturalisme et du positivisme juridiques. Néanmoins, par mi-chemin il ne doit pas être entendu, un dosage savant équilibré 50-50 des deux courants de la pensée juridique mais plutôt un mélange des éclairages des deux courants. En effet, pour la recherche d'encrages doctrinaux juridiques à la notion de SIEG et à son rôle de vecteur du modèle social Union européen, l'analyse recherchera dans les théories élaborées par le jusnaturalisme juridique. Tandis que pour scruter le droit positif des SIEG afin de mieux comprendre la notion qui en découle, et en formuler une proposition de définition, la démarche positiviste semble la seule appropriée à l'analyse. Dès lors, tantôt l'analyse sera positiviste, tantôt jusnaturaliste dans la posture précédemment décrite du professeur Norberto Bobbio (voir *supra* 130).

136. En revanche, l'analyse de la normativité des SIEG découlant de l'article 106 TFUE, se ferra essentiellement suivant le positivisme méthodologique.

137. **Positivisme méthodologique pour l'analyse des normes juridiques des SIEG –** L'analyse partira de ce qu'« il existe dans le système juridique S une norme selon laquelle il est obligatoire que p »[159], permette de considérer que l'objet de l'étude qui est la notion de SIEG procède des termes de l'article 106 TFUE. Le système juridique **S** est pour l'analyse, le système juridique de l'Union européenne. La norme **p** sera alors les termes de l'article 16

TFUE (anciennement article 90 CEE). Ainsi, l'analyse considérera que les termes fondateurs du concept de SIEG, constituent la matrice de l'ensemble du droit qui en découle. Ce faisant, il devient tout à fait possible de considérer que dans le cadre des SIEG, le discours de la Commission européenne, ses directives, ses paquets « *Monti-Kroes* » et « *Almunia* », ses communications et ses avis de même que l'ensemble de la jurisprudence de la CJUE soient, considérés comme des énoncés du système juridique (S) du UE dans le but de concrétiser le droit des SIEG issu de l'article 106 TFUE. Dans ce sens, « les arguments et les justifications avancées par ces autorités [pouvoirs publics des Etats membres de l'UE] lorsqu'elles disent qu'une norme existe et se servent de cette norme pour décider dans un cas »[160] comme celui des SIEG, il produisent des significations intrinsèquement liées à cette matrice de la notion de SIEG formée par l'économie générale des termes de l'article 106 TFUE. La normativité des SIEG peut être mieux décrite.

138. **Normativités des SIEG** – Les normes européennes ou les « actes adoptés par les institutions de l'Union européenne sur le fondement de la nomenclature officielle des actes (règlement, directive…) établie par le traité instituant la Communauté européenne »[161] ; régissant les SIEG constituent l'ossature de la normativité qui est le support de l'analyse.

139. En définitive, l'analyse de la notion de SIEG, « sans distinguer entre un " caractère fonctionnel" ou un "caractère conceptuel" […] partira du principe qu'une notion juridique se détermine essentiellement par sa référence à son caractère opérationnel ; c'est-à-dire son aptitude à être l'instrument intellectuel, mais pratique, des solution de droit[162]. »[163]. Ce postulat dont usa M. Didier Linotte pour étudier l'intérêt général dans le droit administratif français est celui retenu par l'analyse pour tenter d'appréhender notion de SIEG. Cette appréhension de la notion de SIEG ne s'éloigne pas de la notion de l'intérêt générale elle-même puisqu'elle constitue un autre regard de plus à cette dernière notion selon la jolie formule du Doyen Jean Boulouis. Pour le Doyen Jean Boulouis « s'interroger sur l'intérêt général est pour le juriste de droit administratif une démarche aussi naturelle que nécessaire. ***Instruit de ce que cet intérêt fonde et informe cette discipline, qu'il en justifie l'existence,***

en détermine l'originalité et en mesure le champ d'application, qui n'éprouverait le besoin d'aller, un jour ou l'autre, y regarder de plus près, ne fût-ce que pour s'assurer qu'il en est bien ainsi »[164](C'est nous qui soulignons).

140. Il nous semble que s'interroger sur la notion de SIEG, c'est encore regarder à la notion de l'intérêt général, une « notion fuyante »[165] pour certains auteurs, tandis que d'autres et cela est notre option, la considèrent comme une notion juridique opérationnelle[166] saisissable de manière abstraite. Mais il s'agira dans la réalité, d'un tout autre regard sur la déclinaison de la notion d'intérêt général dans le domaine des SIEG.

141. **Plan de l'analyse** – Que la notion d'intérêt général soit une notion juridique fondamentale définissable du droit des SIEG appréhendé comme une notion juridique opérationnel, c'est ce que l'analyse démontrera premièrement et elle en proposera une définition (**première partie**). Puis et enfin, l'étude du régime juridique sera l'occasion de démontrer également qu'il en découle deux types de vertus : il offre une protection juridique aux consommateurs des prestations des missions de SIEG et permet de comprendre le rôle de colonne vertébrale de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un projet social Union européen que joue la notion de SIEG (**deuxième partie**).

PREMIÈRE PARTIE :
DÉFINITION DE LA NOTION DE SIEG

PREMIERE PARTIE : DEFINITION DE LA NOTION DE SIEG

La question à laquelle nous devons répondre dans la recherche d'un fondement à la nécessité d'une définition claire, unique et stable de la notion de SIEG est celle que se pose monsieur Gaston JEZE en 1925 après avoir fait son important constat selon lequel

> « plus j'avance en âge, plus je suis convaincu que la seule chose qui importe pour l'étude en droit, c'est une bonne méthode : c'est la méthode d'observation des faits.
>
> Quels sont les faits qu'un juriste doit observer ?
>
> L'essentiel, pour un juriste, est-il d'observer les faits économiques, sociaux, politiques,
>
> le milieu dans lequel naissent, se développent et s'appliquent les règles de conduite sociale dont l'ensemble constitue le droit d'un pays donné à un moment donné ? ou bien est-ce d'étudier les textes qui formulent les règles existantes et d'en rechercher le sens précis ? »

Dans cette triple interrogation qui se résume en une et une seule qui est celle du rapport entre le droit positif et le droit fondamental qui s'écrit à travers des notions et la création de référentiel solide suite à un processus normatif éprouvé et basé sur l'étude des sens précis des notions qui forment un corpus de droit. La tentation est grande dans l'étude d'une question réelle de droit positif européen comme celui du service d'intérêt économique général de ne se limiter qu'à l'ensemble des textes et jurisprudence existant. Le droit positif n'est-il pas plus simple pour un sujet d'emblée complexe car aucun précédent terminologique identique ne lui est trouvé. Dès lors, le droit positif tel qu'il est défini par le lexique des termes juridiques de 2013 devient incontournable sinon « suffisant » d'autant plus qu'il « est constitué par l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État ou dans la communauté internationale, à un moment donné, quelle que soit leur source. C'est le droit "posé", le droit tel qu'il existe réellement ». Il est donc suffisant car depuis 1957 et plus précisément à partir de l'important traité de CE d'Amsterdam en 1997 le droit positif en matière de SIEG n'a de cesse de se développer. Pour preuves, citons mêmes les éclairages et constructions jurisprudentiels notables des décennies 1990 et 2000 qui avec les paquets « Monti-Kroes » et « Almunia » offrent diverses sources de règles juridiques qui régissent la matière des SIEG.

Non nous ne pouvons nous contenter du droit positif pour dégager une définition de la notion de service d'intérêt économique général. Nous pouvons en partir et rester le plus collé à ses prédictions et préconisations. Mais adhérant totalement à la vision susvisée de M. G JEZE d'une part. Et d'autre part, en s'alignant le fait que le droit positif ne donne que très souvent une conception et une solution « pratique » alors que la science juridique ne pourrait s'y résoudre, nous avons opter pour le fait de puiser dans les démarches fondamentales de formulation d'une définition en droit. Surtout afin d'éviter qu'une définition élaborée seulement à partir de « la conception soi-disant "pratique", ne soit rapidement rendus inutiles à la raison d'un changement de la législation et de la jurisprudence » dans le droit des SIEG. Très intéressé par le pourquoi depuis 1957 aucune définition des SIEG n'a été fourni par le droit positif et comment y parvenir de manière scientifiquement acceptable, le choix définitif suivant s'est imposé à savoir que la résolution du pourquoi et du comment passait inévitablement par le fait de « rechercher le milieu social, économique, politique, historique, dans lequel se présente telle question juridique »[illegible]. Dans toute notre réflexion, nous retenons du droit en général et tout particulièrement de celui des SIEG, l'approche qu'en a donnée en 1925, Gaston JEZE à savoir que « le droit est l'ensemble des solutions qui, dans un pays donné, à un moment donné, sont reconnues par les tribunaux comme règles de conduite sociales »[illegible].

Fort de toutes les considérations susmentionnées, il apparaît inévitable en se fondant sur le droit positif des SIEG, de ressortir d'une part l'évolution des notions de service public frais (ci-après SPF) et de service d'intérêt économique général (ci-après SIEG) de 1957 à 2012. Cette évolution comparée des deux notions sera complétée par les apports du riche passé historique juridique de l'Europe pour en déterminer les éléments participants à l'élaboration d'une définition de la notion de SIEG (**Titre 1**). Ceci est un préalable à l'appréhension et à la définition de la notion et du droit des SIEG. Et d'autre part, l'application de cette représentation du droit dans le domaine des SIEG permettra la formulation de notre définition de la notion (**Titre 2**).

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Titre 1 :
DONNEES HISTORIQUES JURIDIQUES DES SIEG

Titre 1 : Données historiques juridiques des SIEG

142. Dans l'union européenne, « les Etats membres connaissent différents systèmes juridiques organisant des activités que les pouvoirs publics estiment d'intérêt général. (…) L'œuvre des organes de l'Union se retrouve à travers ces caractéristiques essentiels, présentes dans la formalisation de la notion. Car si certains élément du SIG ont des origines ciblées et peu nombreuses – comme par exemple les SIEG issus du traité et de l'interprétation de la Cour de justice des communautés européennes – les SIG en tant qu'entité générique doivent leur naissance à un certain nombre de discours de portées normatives variables, de la Commission européenne mais aussi du Parlement européen, du Conseil des ministres, des parlements nationaux ou de certaines associations »[171] . Ces considérations sont celles qui ont guidées M. Dorian Guinard dans « ses réflexion sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général », sujet de sa thèse de doctorat de droit public publié en 2012. Elles ne sont en tous points applicables à la notion de SIEG même si l'auteur, la mentionne à juste titre comme un exemple de notion juridique procédant d'un traité, celui qui institua la Communauté économique européenne à Rome en 1957 (article 90 traité CEE). Mais l'un des mérite de ces considérations de départ de sa recherche c'est de soulever la complexité de l'étude d'une notion nouvelle venant s'agréger (?) ou purement et simplement remplacer, pourquoi pas, des traditions ancrées des Etats membres de l'UE si cela peut apporter plus d'Union dans l'Union européenne. Pour notre part, c'est en tenant compte de ce que « chaque État européen a défini et construit, dans son histoire longue, son propre mode d'organisation et de régulation des activités de "service public", dans le cadre de la construction de chaque État-nation, en relation avec ses traditions, ses institutions, sa culture »[172] ; que nous débutons notre recherche sur la notion de services d'intérêt général économiques (SIEG) par une comparaison de l'évolution des notions de SIEG et de service public français de 1957 à 2012 (**chapitre 1**). Puis nous la poursuivrons par la détrmination dans le riche passé juridique Union européen et de l'Europe, des éléments pouvant contribuer à une proposition une définition de la notion de SIEG, inexistante à ce jour, dans les droits primaires en dérivé UE (**chapitre 2**).

[illegible]

« Le service public est une notion emblématique. Très présente dans le débat politique et dans la doctrine juridique, elle excite les passions et suscite des réactions parfois irrationnelles. (…) Le droit des services publics se rattache aujourd'hui à ce qu'il est convenu d'appeler le « droit public des affaires. (…) Le droit des services publics constitue, enfin, un terrain privilégié de réflexion sur l'action public et un champ d'enseignement passionnant »[173]. Ces affirmations du professeur Stéphane Braconnier sont-elles en tout point transposables au domaine des SIEG qui au demeurant sont du même domaine ? Peut-être qu'à la fin de l'ensemble de notre analyse nous pourrions répondre positivement ou négativement à notre question. Mais il nous semble que le service d'intérêt économique général (SIEG) est né dans des contextes différents de la gestation du droit des services français. Il serait donc éclairant pour l'analyse de la notion de SIEG plus récente (article 90 du traité de Rome 1957)[174] que celle du service public français (point de départ arrêt *Blanco*[175] de 1873), de comparer leurs évolutions de 1957 à 2012 pour en tirer des leçons utiles (?) à la définition de la première (**section1**). Puis et enfin, considérer les SIEG comme le prisme dans lequel il faudrait dorénavant appréhender les droits nationaux du services publics des Etats membre de l'UE et revisiter le riche passé juridique de l'Europe pourrait mettre au jour, quelques atouts à la construction de la définition des SIEG (**section 2**)

[illegible]

Avant 1957 dans le vocabulaire du droit communautaire, la notion de service public devrait s'y retrouver à l'aide d'une loupe tant elle n'y était absolument pas utilisée de manière superfétatoire. Il n'y avait absolument pas celle de service d'intérêt économique général qui n'apparaît que sous la plume des rédacteurs de l'article 90 du Traité de Rome de 1957 instituant la CEE. A l'inverse, en droit français, de 1921 à 1957, la relation étroite entre service public et droit administratif va évoluer vers une autonomisation de chacune des deux

[illegible]

construits juridiques données et SIEG. Passés les temps des relations idylliques et fusionnelle au cours desquelles le service public sera selon les termes de Monsieur J. Chevallier « promu au rang d'axiome du droit public [pour même devenir] un des piliers sur lesquels s'appuiera la dogmatique du service public [voire, d'offrir au droit administratif le fondement de sa] "juridicité"». Un si grand amour les lia au point que Monsieur Stéphane braconnier en déduira que « le service public et le droit administratif vont donc, durant cette période, se nourrir et s'enrichir mutuellement. L'Ecole de Bordeaux dans sa diversité (…), fait du service public le fondement presque idéologique du droit administratif (….) et de ce dernier le droit du service public. [Il osa même affirmer qu'il] n'y a de droit administratif que dans le service public, et le service public, objet juridique, est exclusivement baigné dans le droit administratif, qui se confond avec le droit des services publics ». Et comme sur terre rien n'a vocation à durer éternellement, viendra par la suite la période de crises précédée en 1921 par l'*arrêt Bac d'Eloka* qui consacrera la distinction entre les services publics administratif

(ci-après SPA) et les services publics industriels et commerciaux. Pour certains auteurs, cette jurisprudence « **constitue sans nul doute la manifestation la plus éclatante de la distension de la relation entre le droit administratif et le service public**. **Brutalement**, le service public apparaît non plus seulement comme une activité matérielle, certes caractérisée par la satisfaction de l'intérêt général, mais surtout **soumise aux contingences ordinaires de son organisation et de son exploitation**. **Si ces dernières se révèlent similaires, voire identiques, aux règles gérées par les "industriels ordinaires"**, pour paraphraser le tribunal des conflits, **l'activité doit être soustraite au doit et au juge administratif** »[illegible] (C'est nous qui le soulignons). C'est donc dire aux bas mots que les règles du droit privé ou de la gestion privé des affaires sont entrées dès cette distinction dans le service public français. Le reproche fait au droit communautaire de réaliser à travers les SIEG une privatisation excessive et déshumanisante des services publics en soumettant une partie seulement d'entre eux au règne des règles de la concurrence n'est donc qu'un vrai faux procès puisque la donnée juridique ainsi incriminé faussement n'est pas nouvelle en soi dans l'histoire du service public dans certains pays membre de l'UE.

De ce qui précède, il ressort que l'analyse comparative de l'évolution parallèle entre l'histoire du service public français et les SIEG entre 1957 et 2012 est utile car révélatrice de similitudes et de divergences d'une part. mais surtout elle souligne amplement l'évolution contrasté du service public français amorcé par l'arrêt Bac d'Eloka précité qui s'accentuera de 1957 à 1989 jusqu'à la veille de 1989 (**§1**). A partir de l'arrêt Nicolo[illegible] du Conseil d'Etat en 1989, et suite à l'entrée en scène de l'article 86 paragraphe 2e CE, les SIEG vont réaliser un véritable sauvetage des services publics français (**§2**) qui montraient des signes d'un réel d'essoufflement. En de compte, comparaison n'est pas raison certes mais peut aboutir un des constats dont celui d'un droit administratif français « "européanisé", nourri et transformé par

[illegible]

[illegible]

le droit européen »[illegible] à travers la logique concurrentielle imprimée progressivement à certains services publics à travers la notion de SIEG (**§3**).

§ 1 : SIEG et service public français de 1957à 2012

Alors que du côté français l'on assiste à une perte de vitesse voire à la manifestation de l'impuissance du service public à répondre aux nombreux besoins de type nouveau des usagers desdits services, l'on observe l'évolution contraire des SIEG dans la période allant de 1957 à 2000. L'on peut donc constater une évolution dans le sens inverse entre les SIEG et notamment le service public classique français entre 1957 et 2000 (A). Tout en tirant les leçons de la comparaison de cette évolution inversée, l'on découvre que la montée en puissance des SIEG n'est pas la responsable de la perte de vitesse du service public français (B).

A- 1957- 2012 : Trajectoire antagoniste SIEG et service public français

Lorsque depuis 1957, le concept de SIEG (création article 90 traité CEE) évolue en se structurant et surtout en prenant de plus en plus de l'importance dans la cohésion sociale, économique et territoriale (article 16 du traité CE d'Amsterdam de 1997) et que ce rôle anis que leur valeur communes de l'UE se renforcent avec le traité de Lisbonne de 2009 (article 14 TFUE et Protocole numéro 26 sur les services d'intérêt général (SIG) adossé au traités UE et TFUE ; à l'inverse, la notion française de service public est à la croisée des chemins. Faut-il résister et rester singulier ou adopter le changement qu'apportent les SIEG ?

La tentation de garder son identité nous semble davantage prôné par les juriste français administrativistes puisque certains considèrent que de « façon plus pernicieuse, le droit administratif est également concurrencé, de l'intérieur cette fois, par la mutation profonde de ses propres sources qui, portées par le phénomène de globalisation des normes (J._B AUBY « Globalisation et droit public » in Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum jean Waline, Paris, Daloz, 2002, p.135), déstructurent progressivement les fondements mêmes du droit administratif (J.-B. AUBY « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA, 2001, p.912). dans la décennie 1990BRACONNIER *Droit des services publics*, 2e édition mise à jour, Collection Thémis droit, Paris, Editions PUF, 2003 p.20. (…) Ce phénomène n'est ni nouveau ni surprenant. Il n'es pas nouveau dans

[illegible]

la mesure où, dès 1921, la "dématérialisation" du service public (…) bouleverse déjà la distribution du droit applicable et des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Il n'est pas surprenant dans la mesure où le service public s'est, sous certains aspects, progressivement mué en un objet fondamentalement économique »[182]. Mais pas un objet économique ordinaire, il s'appellerait de plus en plus intérêt général économique pris en charge par les SIEG en vertu de l'article 106 TFUE dont le deuxième paragraphe imprime toute une nouvelle logique de la gestion de tout ou partie de l'intérêt général si nous poussons à l'extrême, l'analyse des dispositions des deux seuls articles du Protocole numéro 26 sur les SIG annexé aux traités UE et TFUE de Lisbonne. Ce Protocole aurait même pu servir de fondement du plaidoyer de 2002 de M. Jacques Amar auquel nous adhérons, « plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation »[183]. Peut-être que le droit européen dans son évolution fera droit à ce plaidoyer ou pas mais il importe à présent de souligner ce qu'il faudrait retenir de l'étude comparée de l'évolution des notions de SIEG et du service public à la français.

B- SIEG et du service public français de 1957 et 2012, que retenir ?

En paraphrasant la formule « *Panta rhei* »[illegible] du philosophe grec Héraclite, il est possible de dégager l'idée d'un changement perpétuel que le droit du service public français ne semble pas pour l'instant accepter totalement tant des voix non des moindres se sont élevées pour décrier la « pathologie » que représenteraient les SIEG dans le sens d'une SIEGpathie[illegible] redoutable irréversible et incurable qui lorsqu'elle atteint les service publics nationaux en détériorerait l'ADN à tel point que ceux-ci ne soient condamnés qu'à une mort lente ou rapide inéluctable. Dans ce sens donc, l'on s'emploierait à démontrer le contraire à celle d'Héraclite susvisée : « tout coule et l'on ne se baigne pas deux fois dans la même eau »[illegible]. C'est cette fois dans le sens Parménide d'Elée, cet autre philosophe grec né vers 450 avant Jésus-Christ que l'on irait. Pour Parménide d'Elée donc, il y a une invariance dans

[illegible]

l'humain qu'il traduit par le « Panta menei »[illegible] ou l'existence d'une certaine immobilité et la continuité de l'être. C'est la logique que semble opposer le service public à la française à la logique des SIEG. Ainsi, pour les service publics de certains Etats membres notamment la France, pour quitter l'état du « *Panta menei* » ou cet immobilisme et la continuité de l'existent même affaibli car incapable de répondre de manière adéquate aux variations et mutations du service publics lié au changement dans la nature et la gestion de l'intérêt général, notion protéiforme complexifiée par les crises socio-économique et l'apparition de nouveaux types de cet intérêt l'on devrait passer par l'acceptation de l'application d'une logique « Panta rhei » salutaire une nécessaire.

Les rédacteurs de l'article 90 CEE de Rome de 1957 semble dans ce sens avoir eu un regard visionnaire et avant-gardiste de l'évolution de l'intérêt général en anticipant ou en incitant à la création de la typologie de l'intérêt général spécifiquement économique à travers l'ingénieux concept de SIEG. Dès lors que l'on admet que même pour les services publics des Etats membres, l'immobilisme est insoutenable face à la reconnaissance de cette catégorie d'intérêt économique général existe et que sa prise en charge ne peut être faite dans la logique classique de leurs bien enchâssés services publics, saisir la main tendue de la logique des SIEG devient possible voire recommandée. Ce que leur offre les SIEG et la logique dite la « SIEGnomie »[illegible] qui n'est pas autre chose que l'applicabilité par principe des règles de la

conqurrence devient la bouée de sauvetage lancée vers eux. La survie du secteur des services publics non régalien – liés et utilisant des prérogatives de puissances publiques -, peut en dépendre tout comme la régénérescence et une meilleure satisfaction des intérêts des citoyens et résidents des Etats membres de l'UE. Dans le cadre des missions de SIEG, les citoyens et résidents des Etats-membres deviennent des consommateurs exigeants et non plus simples usagers de services publics comme cela sera démontré dans la deuxième partie, titre 2 chapitre 1 ou encore le 7e labyrinthe de la présente étude.

En tout état de cause, depuis la création du concept de SIEG par les rédacteurs du Traité fondateur de la CEE en 1957, et tout particulièrement à partir du traité d'Amsterdam de 1997, la construction de la notion de SIEG et du droit y afférent se présente comme une logique innovante de réponse aux besoins d'intérêt économique général. Aussi, dans le domaine des services publics des Etats membres, l'on peut affirmer à la suite d'Héraclite que fort heureusement, « *Ta panta rei* » ou encore, tout évolue, rien ne perdure éternellement. Surtout si l'on admet que la logique française du service public imbibée d'une forte dose de gratuité montrait des signes d'essoufflement dont le point culminant sera « la crise du service public » largement débattu en droit administratif français depuis la fin de la décennie 1960 et suffisamment abordé dans la première partie, titre 1er, chapitre 1er.

L'admission de cette « souffrance » voire impuissance de la logique française à répondre aux sollicitations multiformes d'intérêt général qui se poursuivra jusqu'à l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 du traité CE d'Amsterdam de 199, paragraphe 2 n'enlève rien à la belle construction d'une notion juridique par la conjugaison des créations jurisprudentielles des commissaires du gouvernement français qu'ont été messieurs Romieu (TC arrêt Blanco précité) et Matter (TC, arrêt Bac d'Eloka précité) et des excellents apports doctrinaux des Doyens Léon Duguit (école de Toulouse) et de Maurice Hauriou (école de Bordeaux) complété par les éminents disciples dont Gaston JEZE et CHEVALLIER etc.…

Il est remarquable qu'en 1976, l'auteur analysant avec beaucoup de précisions et de finesse, les causes profondes de la crise du service public français n'ait pas cité le droit des SIEG comme la « pathologie » juridique qui affectait mortellement ce droit habilement et sérieusement construit. L'analyse du professeur CHEVALLIER est en tout point, un véritable et sérieux diagnostic juridique des causes internes de la « crise »[illegible] de la notion française du service public suivie d'une proposition thérapeutique pourrait-on avouer. Il donc pas inintéressant de s'arrêter un temps soit peu sur certaines de ses constatations car transposé dans ou mis en contraste avec le droit des SIEG et ses implications sur la physionomie des mécanisme de prise en charge de l'intérêt général de type économique, d'importantes nuances et leçons peuvent être tirées. Ainsi, l'on peut noter que dans son introduction, il souligne que « pour la plupart des auteurs, la crise du service public résulte en tout premier lieu de son imprécision conceptuelle : il serait désormais impossible de donner à une notion fluctuante et dépourvue de point de références stables un rôle important en droit administratif. (…) [Puis il poursuit en soulignant que] la définition originaire selon laquelle, « le service public était l'activité d'intérêt général prise en charge par l'administration [est restée] inchangée »[illegible].

Dans le cadre du droit des SIEG, cette affirmation est discutable surtout que l'auteur lui-même reconnaît que « cette définition aurait été infléchie dans deux sens différents opposés : - dans **un sens restrictif,** la gestion d'une activité par l'administration ne serait pas dans tous les cas inspirée par l'intérêt général et ne présenterait pas toujours les caractères d'une activité de service public ; [et] - dans **un sens extensif**, **il serait désormais impossible de lier le statut de droit public à la gestion d'un service public** : des personnes privées ont en effet la possibilité d'assurer cette gestion en dehors du cadre public »[illegible] (C'est nous qui le soulignons).

Cette dernière appréciation s'inscrit parfaitement dans ce que l'on pourrait reconnaître comme faisant partie des mutations ou évolutions normales d'une chose terrestre ou d'une vie humaine. Sur terre, il y a une logique de cycle vie que les sciences et techniques de la vie et de la terre semblent admettre de manière irréfutable pour l'instant. Tout ce qui naît un jour, vit un moment et meurt inéluctable comme certains philosophes l'ont auparavant résumé dans la

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

finitude de la vie et de l'homme et de ses création y compris la redoutable bombe atomique. À cette implacable et redoutable réalité de la finitude n'échappe aucune « vérité » ou donnée juridique même la plus solide car éprouvée à la fois par les faits et le temps. De ce fait, les services publics des Etats membres n'étant donc pas dans l'immobilisme susvisé ont évolué surtout en s'adaptant mutatis mutandis aux réalités de chaque époque de la vie. Le contexte socio-économique et les faits socio-économiques de la décennies 1990 ne sont absolument pas celle des années de gloire de la notion du service publics à la logique française de la période allant de l'arrêt ontologique dudit droit « Blanco »[illegible] du Tribunal des Conflit du 08 février 1873 dont la portée est immense pour le droit administratif français. C'est bien à cet arrêt que le juge administratif français doit la consécration de sa compétence à connaître de la responsabilité de l'administration lorsqu'à l'occasion d'un service public, des dommages sont causés. Ainsi, le concept de SIEG est né en 1957 aux termes de l'article 90 CEE (devenu 106 TFUE). Depuis 1997, par l'entrée en jeu effectif - « enfin » ?-, des dispositions de l'article 86 CE après le traité CE d'Amsterdam datant de la même année, le concept évolue vers une notion juridique assortie de son régime juridique propre. Pour ce qui concerne la fin de la notion, la question n'est pas à l'ordre du jour. Pour l'heure, il s'agit de suivre et mieux appréhender le processus de construction du droit des SIEG autour d'une notion qui s'affine jour après jour par les efforts intellectuels des acteurs non juridictionnel (Commission européenne) et juridictionnel (CJUE) dudit droit.

Ce rapprochement analytique susvisé et réalisé par simple comparaison de certains éléments du droit des SIEG et du droit français du service public révèle aussi que le phénomène de la prise en charge d'un intérêt général par une entité de droit privé est du déjà vu. En effet, le droit administratif français n'a pas attendu la création du concept de SIEG pour associer des entreprises privées à la gestion de la chose publique. L'on découvre cette réalité juridique dans le paysage juridique français où il résulte de la construction jurisprudentielle de l'arrêt *Bac d'Eloka*[illegible] du 22 janvier 1921 du Tribunal des Conflits précité. C'est aux remarquables conclusions du Commissaire du gouvernement Matter que le droit administratif français doit sa distinction entre le service public administratif (SPA) des services publics industriels et commerciaux (SPIC).

[illegible]

Il n'est donc pas surprenant pour un juriste français de voir que dans la décennie 1990, par ses arrêts « *Paul Corbeau*[194] » et « *Commune d'Almelo*[195] », la CJCE joue un rôle important de précision du droit des SIEG tout comme elle l'a fait dans son célèbre arrêt Altmark de 2003 qui influencera voire sera repris selon la doctrine majoritaire en droit des SIEG par la Commission européenne dans le paquet « Monti-Kroes ». Les effets de la jurisprudence « Altmark » continuent de se faire ressentir, dans le nouveau paquet « Almunia » qui en remplaçant son précédent de 2005 dit « Monti-Kroes »[196] a d'abord consolidé les acquis du premier dont les apports de cette jurisprudence.

Que le droit des SIEG implique voire favorise l'intervention des entreprises privés dans la sphère hautement sensible de l'intérêt général n'est donc pas une donnée nouvelle en droit français. En revanche, l'on ne peut pas superposer, encore moins affirmer valablement qu'aux SPIC équivalent totalement, les SIEG car la différence de logique juridique dans les deux données est incontestable. La logique d'application de principe des règles de la concurrence dans les SIEG suffit à la distinguer des SPIC d'une part. C'est aussi cette applicabilité de principe de la compétitivité dans la gestion à l'européenne de l'intérêt économique général qui singularise les SIEG des autres SIG. Et d'autre part, l'absence de l'usage de prérogatives de puissance publique par les SIEG et leurs présences dans les SPIC les différencie aussi énormément. On le sait, la souveraineté de l'Etat est le fondement de la puissance publique, « puissance [qui se] distingue des pouvoirs privés en ce qu'elle est investie d'une mission d'intérêt général qui rend son droit exorbitant par l'usages des

prérogatives[198] de puissances publiques. Mais dans le cadre de la création par qualification juridique, l'organisation et le financement des SIEG, l'Etat membre intervient à travers ses entités auxquelles il est dument reconnu de tels pouvoirs notamment les collectivités territoriales. Ceux sont ces pouvoirs qui décident de confier la gestion d'une mission de SIEG à des opérateurs économiques qui peuvent être des entreprises. Mais lorsque l'on approfondi l'analyse de l'évolution du droit français du service public, l'on admet que la jurisprudence « *Bac d'Eloka* » suscité ou « Société commerciale de l'ouest africain » du Tribunal des conflits susvisé a bel et bien réalisé un séisme juridique en faisant entrer dans la gestion du service public des entités privées pour cette deuxième catégorie alors que la première restait exclusivement dévolue à l'administration. Dans ce sens, l'entrée des entités privées dans la gestion de l'intérêt général n'est pas la création du droit européen dans la mesure où un Etat membre notamment la France l'avait déjà expérimenté même si l'on en convient sans grand effort intellectuel que la « SIEGnomie » n'est pas identique à la logique juridique que préconise le régime juridique des SPIC. Mais ceci n'est pas le cas dans la création du concept de SIEG par les rédacteurs de l'article 90 CEE (devenu Article 86 CE puis article 106 TFUE dans le traité de Lisbonne de 2007). Il s'est agit d'une genèse d'une nouvelle catégories de services publics offerte aux Etats membres pour répondre efficacement aux besoins des consommateurs par un types sui generis de prestations dites missions de SIEG.

Le développement du droit des SIEG depuis le traité fondateur de la CEE de Rome de 1997 au paquet Almunia en passant par le traité CE d'Amsterdam et le paquet « Monti-Kroes » de 2005, met progressivement au jour, pour les acteurs de ce secteur public et à la science juridique, le processus d'élaboration d'une notion. Avec le paquet Almunia dont les forces s'avèrent plus nombreuses que les insuffisances, se pose véritablement la nécessité d'un véritable droit des SIEG avec son lexique beaucoup plus précis permettant de doter les pouvoirs publics locaux d'une conception juridique bien construite de la notion de SIEG en matière de compensation d'obligations de service publics. Il est à reconnaître que paquet « Almunia » est sur ce point très loin d'avoir atteint l'objectif de simplification et clarté annoncé par le Commissaire « Almunia » dans son discours de décembre 2011 précité, où il présenta le paquet qui porte son nom.

Revenant aux constations le Professeur Jacques CHEVALIER, l'on y découvre que dans la suite de son raisonnement susvisé qu'il établit un schéma fort intéressant pour le droit des SIEG. En effet selon lui, « compte tenu de ces deux éléments [sus-rapportés évolution dans les deux sens opposés : restrictif et extensif], **le service public paraît ne plus coïncider avec l'activité des personnes publiques : il est à la fois plus restreint et plus étendue qu'elle. D'où la disparition du critère organique qui ne serait plus d'aucune utilité pour savoir s'il y a ou non service public** »[illegible] (C'est nous qui le soulignons). A ce sujet, même si l'on partage en partie cette affirmation, il faudrait néanmoins dans le cadre du droit des SIEG, la nuancer car à l'occasion de la création d'une mission de SIEG, le critère organise revient et y est même prépondérant puisque seul les pouvoirs publics nationaux et non les entités privées des Etats-membres ont le pouvoir aux termes de l'article 106 TFUE paragraphe 1er de définir par qualification juridique, une mission de SIEG. Ils ont aussi les pouvoirs non moins importants de les organiser et de les financer conformément au droit européen des SIEG. **Le critère organique est remis à sa place par le droit des SIEG.** Il en découle donc d'admettre que ce critère frappé d'inutilité dans l'évolution appelée « crise » du droit du service français est remis à sa place devant ainsi « un Lazare »[illegible] comme l'a relevé Roger Latournerie en 1960.

§ 2 : SIEG, un concept juridique revitalisant

En 1960, nous sommes à trente et sept ans plus tôt donc bien avant le traité d'Amsterdam de 1997 mais à seulement trois années après celui instituant la CEE qui contenait le fameux article 90 CE qui introduisit, nous l'avons vu, le concept de service d'intérêt économique général dit SIEG. En cette année 1960, monsieur Roger Latournerie se pose une question : « Pour qui sonne le glas ? »[illegible]. Cette interrogation qu'il donna au titre de

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

son article publié en cette même année sera remarquablement reprise à son compte par la doctrine française du droit administratif pour donner l'évolution du service public français entre l'arrêt dit Bac d'Eloka auquel l'on a lié la construction de la notion fictive des

SPIC[□□□] et l'interrogation susvisée de 1960, il s'est écoulé 39 années. A sa question, il ressort de la doctrine la réponse suivante : « "**si, il y a peu de temps encore cette macabre question se fût posée dans la paroisse juridique, il n'est guère de paroissien qui eût hésité sur l'identité de la défunte**". **C'est bien du service public dont il s'agit** et de son rôle contentieux. Il est vrai que le titre même de l'article de R. Latournerie véhiculait un message d'espoir : « Sur un Lazare juridique… », ce qui implique au moins la résurrection de notre notion qui commence, d'ailleurs, dès 1955 avec l'arrêt Effimief du 28 mars 1955, se poursuit avec l'arrêt Bertin du 20 avril 1956, se concrétise avec l'arrêt Gambini »[□□□] du 4 juillet 1983 (C'est nous qui le soulignons).

Ce constat qui peut être largement partagé indique d'une part que les services publics en France vont évoluer de 1957 à 1997 dans un contexte très contrasté (**A**). C'est dans ce contexte juridique « funéraire » français marqué par l'arrêt du Tribunal ce conflit Gambini[□□□] précité « qui signe la mort officielle des services publics sociaux longtemps moribonds en tant que catégorie juridique spécifique »[□□□] que le sauvetage sera réalisé par les SIEG au moins pour cette catégorie accidentellement public (**B**). Dans cette évolution contrastées du service publics franco-français où se réalise le sauvetage européen, deux acteurs juridictionnels vont marquée l'histoire des services publics européenne et français : le Conseil d'Etat (CE) français et la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Leur(s) rôle(s) dans cette évolution est à souligner (**C**).

A-La crise du servcie public français entre 1956 et 1983

Certaines vérités sont difficilement contestables, l'une d'elles est le lien trop étroit qu'entretiennent des notions et/ou réalités juridiques. « Le service public entretien avec le droit administratif une relation passionnelle, faite d'étreintes, de crises et de réconciliations et,

[□□□] [illegible]

[□□□] [illegible]

[□□□] [illegible]

[□□□] [illegible]

aujourd'hui, d'autonomie relative »[208]. De telles relations donnent du crédit à la thèse selon laquelle, lorsque des notions juridique sont autant liées voire dépendante l'une de l'autre, la crise que subie l'une rejaillit forcément sur l'autre[209]. Certains auteurs l'on démontre de manière remarquée concernant l'idéologie de l'intérêt générale et toutes celles qui lui sont connexes. Ainsi est-il que M. Mustapha Mekki a pu affirmer à juste titre que « « ***l'idéologie de l'intérêt général incarne l'unité sociale composée d'une solidarité négative et d'une communauté positive***. **L'Etat s'impose comme l'instance où se réalise cette unité. L'Etat est en ce sens un principe de totalisation. L'Etat est ce tiers neutre assurant l'ordre face au désordre de la société civile**. (…) **L'imbrication de l'Etat et de l'intérêt général à ce stade du raisonnement justifie que la crise du premier rejaillisse sur la conception de l'autre** »[210] (c'est nous qui les soulignons).

Concernant la situation de crise traversée par la notion française de service public, nous reprenons à notre compte, sa parfaite analyse faite par le professeur Stéphane Braconnier en 2003. Selon lui, l'idylle passionnelle entre le droit administratif et le service public était une situation, simple, dans laquelle « le droit des services publics est le droit administratif et le droit administratif des services publics, ne va guère durer. Très rapidement, le service public va perdre son statut d'objet juridique, homogène et insécable. Les relations entre le droit administratif et le service public vont se distendre, sans pour autant atteindre un point de définitif de rupture. Naturellement, la perte d'influence de la notion de service public dans la définition des grandes notions du droit administratif, et donc dans l'unification de ce dernier, à partir de l'arrêt Société des granits porphyroïde des Vosges de 1912, constitue l'une des manifestations de cette dimension (...). Dès lors qu'il ne définit plus, à lui seul, le contrat administratif, l'agent public ou le travail public, le service public n'est plus le vecteur unique d'application du droit administratif. Une brèche est ainsi ouverte, qui ne se refermera jamais, en dépit du retour offensif du service public dans la définition des notions clefs du droit administratif, à partir des années 1950.

La distinction entre les services publics administratifs [SPA]et les services publics industriels et commerciaux [SPIC], initiée par l'arrêt dit du « Bac d'Eloka » en 1921, constitue sans nul doute la manifestation la plus éclatante de la distension de la relation entre le droit administratif et le service public. (…) pour paraphraser le Tribunal des conflit, l'activité [SPIC] doit être soustraite au droit et au juge administratif. On passe ainsi d'une vision « juridiste » du service public, inspirée au lointain par une approche fonctionnelle de la notion, à une vision plus matérialiste dans laquelle le concept s'efface derrière la matérialité de l'activité. (…).

L'apparition, en 1938, dans l'affaire « Caisse primaire Aide et Protection », de services publics pris en charge par des personnes privées va à la fois ruiner cet espoir et accentuer le phénomène de déliquescence de la relation entre le service public et le droit administratif »[211]. Sur ce point, la prise en charge d'une activité d'intérêt général économique par un SIEG sur le fondement de l'article 106 TFUE n'est pas une nouveauté pour les juriste administrativistes français dès lors qu'en 1938, cette gestion de l'intérêt général par des entités privée existait. Dans la suite des arrêts précités Bac d'Eloka (1921) et « Caisse primaire Aide et Protection » (1938) va se développer un corpus de règles. « Mais ce corpus, autour duquel continue à se forger, dans la diversité, l'unité du service public et son originalité par rapport aux activités exclusivement animées par des intérêts privés, ne peut remettre en cause l'idée selon laquelle le service public n'explique plus le droit administratif et celle selon laquelle le droit administratif est devenu étranger à une part importante de service publics [dont les SIEG depuis 1997]. Cette unité apparente du service public ne résiste guère, au demeurant, à un mouvement plus profond qui transforme progressivement le service en un objet économique que juridique, contribuant ainsi à renforcer l'autonomie du service public par rapport au droit administratif »[212].

Ce mouvement plus profond qui porte une véritable idéologie que les développements de l'analyse ont mis en exergues (partie 1, titre 2, chapitre 2 et partie 2, titre 2, chapitre 2) a été insufflé par l'entrée en scène des dispositions de l'article 86-2 (article 106-2 TFUE) et donc il s'agit de la logique des SIEG. A cette crise juridique connue par la notion française de service public, s'ajoute sans nul doute, les difficultés économiques que rencontrent tous les Etats membres dont pas un seul ne peut encore supporter d'offrir des services publics gratuit.

C'est l'une des raisons de notre étonnement face au plaidoyer du professeur Gérard Marcou pour le maintien[213] et du service public et de la notion du service public français. Loin de nous l'idée de vouloir faire la leçon à l'illustre Maître mais nous disons que ce plaidoyer va l'encontre de l'idée du plus d'Union dans l'Union européenne. Ce mouvement dont parle le professeur Stéphane Braconnier sans le nommer, réalisera un sauvetage du service public à la française et offrira plus de possibilités aux collectivités territoriales des Etats membre à répondre aux besoins quotidiens de leur concitoyens, citoyens européens.

B-SIEG, un sauvetage de service public nationaux : exemple français

C'est ici le lieu de postuler pour une véritable opération de sauvetage du service public français par les SIEG. En effet, l'évolution du servie public français traduit, on le sait, le est marqué part une crise importante de la notion dans la décennie 1950 que nous avons précédemment soulignée. De cette crise qui avait atteint son point culminant dans la décennie 1990 a fait penser à un « Lazare juridique »[214]. C'est dans la même décennie 1990 qu'après le traité d'Amsterdam de 1997, les dispositions de l'article 86-2 TCE (devenu article 106-2 TFUE) entre en scène, offrant aux pouvoirs publics des Etats membres, un autre moyens de gestion de la chose public. Il s'est agit en réalité d'une nouvelle approche de l'intérêt général qui pouvait devenir économique suivant l'activité à accomplir, pour répondre aux besoins parfois vitaux et/ou quotidiens des administrés-citoyens européens. Le service public à rendre au public prend la forme d'un intérêt économique général (IEG) lorsqu'il s'inscrit dans le cadre d'un SIEG. Aux termes de l'article 106-2 TFUE « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union »[215]. La soumission de ces services d'intérêts généraux aux règles de concurrence impose, une nouvelle logique au service public franco-français qui ; lorsqu'il n'est pas un service administratif peut être géré suivant la logique des SIEG qui est, un service public de qualité fournit à prix compétitif. Dès lors, la notion de service public à la française qui s'essoufflait depuis 1950 va recevoir la

« vitamine » de l'article 106-2 TFUE et retrouvera de la vitalité en s'adaptant non moins sans résistance, à la logique des SIEG. Il se réalise donc par le truchement de l'entrée en scène des dispositions de l'article 86-2 TCE (article 106-2 TFUE) un sauvetage d'un secteur en souffrance depuis 1950, le service public français. Pour autant, certains illustres juristes français dont le professeur Gérard Marcou ont formulé récemment, un plaidoyer en faveur du maintien du service public et de « la notion de service public » français. Afin de comprendre le rôle important de la Cour de justice des communautés européenne dans l'évolution du droit des SIEG à travers ces arrêts des décennies 1990 (Paul Corbeau, Commune d'Almelo précités) et de 2000 (Altmark également précité), il importe de souligner le rôle du Conseil d'Etat ou juge du Palais Royal, juridiction la plus élevée en matière administratif français, dans l'évolution de la notion française de service public de 1950 à fin 1980.

C-Rôle du Conseil d'Etat et de la CJUE dans cette évolution

Dans un jeu de rôle et de pouvoir entre les deux notions que sont le service public et la puissance publique la notion française de service public s'est développée depuis le célèbre *arrêt Blanco* de 1873 et les constructions jurisprudentielles magistrales dont les conclusions Romieu sur l'*arrêt Terier* ont aidé à structurer. Mais l'œuvre doctrinale fondamentale a fortement influencé cette évolution du service public. D'ailleurs il importe de noter que les doyens Duguit et Hauriou malgré leurs controverses sur la primauté de la notion de service public sur celle de puissance publique – c'est le cas du doyen Duguit –, position farouchement combattue par le Doyen Hauriou pour qui, « tout en maintenant à la puissance publique en droit administratif le premier rôle, il faut reconnaître que le service public, bien qu'au second plan, joue encore un rôle important ». Cette importance du service publique dans la vie des citoyens français ne lui sera pas déniée. Encore aujourd'hui, ce rôle demeure ne serait-ce que pour les services publics régaliens dont la police, la justice etc…

Dans un sens inverse comme sus-démontré, le service public administratif ou le service public industriel et commercial en France est en crise et a perdu de sa force dans les décennies 1990 et cette perte de vitesse en puissance et en présence dans le quotidien des usagers continue sauf qu'il conduit dans la réalité en une cession aux collectivité territoriales la gestion de plusieurs services publics. Il s'agit d'un dessaisissement « douloureux » pour l'Etat qui perd ainsi sa force d'action et d'accomplissement de ses objectifs de politiques économiques teintées de sociale en ne pouvant plus agir directement et puissamment sur les entreprises qui désormais – conformément aux dispositions de l'article 106 TFUE ; qu'elles soient de statut privé ou publique chargées de prester sur décision des pouvoirs publics locaux et/ou nationaux des missions de SIEG. Le coup d'estocade de la prégnance de la puissance publique dans le secondaire service public selon la pensée du Doyen Hauriou a été porté non pas par des mutations internes du droit administratif encore moins par l'action qui a fait que « l'idée du service public se soit substituée à celle de la domination dans les préoccupations du pouvoir », non.

La substitution du service public « socialisé » à la toute puissance de l'Etat dans la société européenne de depuis 1957 vient plutôt d'un phénomène extérieur aux droits internes des Etats membres. C'est l'effet de la force transformatrice de la soumission des services publics européen particulier car économique dénommé SIEG aux règles de la concurrence débutante en en 1957 s'est accélérée à partir du traité d'Amsterdam de 1997 avec l'entrée en scène de l'article 86 §2e du traité CE. Mais que ce soit du coté français comme européen, l'action des acteurs juridictionnelle bien que n'étant pas à la base des transformations des évolutions parallèles du service public – côté français-, et – SIEG au plan européen-, ont bénéficié des interventions canalisatrices du Conseil d'Etat d'un côté et de la CJUE de l'autre. En effet, dans le processus de son autolimitation personnelle, expression empruntée au doyen Hauriou, « **le recours pour excès de pouvoirs** – (qui voit une grande latitude donnée au conseil d'Etat de contrôler la puissance publique-), à la fois hiérarchique **et contentieux, est la création la plus remarquable dans cet ensemble de moyens d'autolimitation du pouvoir** ; (puisque) dans l'ouverture du détournement de pouvoir, notamment, il s'attaque à ce qu'il y a de discrétionnaire dans la décisions administratives, (…) et le Conseil d'Etat pose, même là, des directives juridiques, parce que le juge administratif, c'est le pouvoir administratif, et qu'un pouvoir peut toujours se limiter lui-même, là où il n'admettrait pas la

limite extérieure de la loi »[illegible] (C'est nous qui le soulignons). Le conseil d'Etat dans le développement du droit français des service public a été et reste le gage du « visage humain » de l'administration et de l'expression de la puissance humaine. Du côté européen, les choses se passent un peu différemment puisque c'est sous la houlette de la Cour de justice de l'Union européenne que dès 1964 par l'*arrêt Flaminio Costa c/Enel*, que se fera d'abord la consécration du principe de primauté du droit communautaire sur le droit interne.

À la suite de cette importante consécration, le 9 mars 1978 par son *arrêt Simmenthal*[illegible], la Cour de justice étendra cette primauté en décidant de l'inapplicabilité de plein droit des dispositions nationales contraires audit droit. Fort de ces deux acquis qui ont fait le lit à l'applicabilité d'office des dispositions de l'article 90 CEE, puis 86 CE devenue aujourd'hui 106 TFUE, l'action jurisprudentielle ne cesse de s'amplifier dans le domaine des SIEG depuis 1971, date de l'arrêt précité de la CJCE dans l'affaire ministère Public luxembourgeois c/ Madame Muller[illegible].

L'action dans deux juridictions est appréciable et s'est au fil du temps imposée comme incontournable tant pour le service public français que pour le service d'intérêt économique général. En revanche, au plan de la formulation, de structuration et de la systématisation du droit des SIEG, c'est plutôt l'intervention de la CJUE qu'il faudrait souligner depuis 1964. Depuis cette date, par son monopole d'interprétation des traités qu'il étend par moment au droit dérivé interviendra successivement en 1974 (*Arrêt Sacchi Como*[illegible]), en 1991 (Arrêt Höfner[illegible]), en 1993 (Arrêt Paul Corbeau[illegible]), en 1994 (arrêt Commune d'Almelo[illegible]) et en 2003 dans la célèbre affaire *Almark Trans*[illegible] pour préciser le sens des termes juridique, dégager les activités économique susceptibles de faire l'objet d'un SIEG etc.. et déterminer quatre critères cumulatifs pour l'octroi d'une aide d'Etat en matière de SIEG.

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] [illegible]

En définitive, il faut retenir ici que la CJUE dans son *arrêt Federutility*[□□□] s'est posée comme la protectrice des intérêts des consommateurs des services prestés dans les missions de SIEG. Cette posture est très bénéfique à la socialisation d'un type de services publics réputés trop « mercantiles » parce qu'appliquant par principe les règles de la compétitivité. Ce reproche signalons-le, est difficile à partager dès lors que l'on prend on compte la finalité de l'application de la compétitivité qui n'est pour l'instant nulle autre que de fournir des services de qualité à des prix très bas par le fait de la compétitivité entre entreprises. De cette posture se dégage une obligation implicite pour la CJUE de faire en sorte que le service public européen des SIEG soit et reste un service au public de fourniture d'électricité, de gaz, etc. Il ne s'agira donc pas pour les entreprises chargées de missions de SIEG de venir « se servir » elles-mêmes dans une manne financière en plein essor.

□

§3 :«Européanisation» du droit administratif français

□

L'étude des évolutions parallèles des droits français du service public et européen des SIEG se révèle par ailleurs révélatrice de la force transformatrice du second sur le premier. Cette transformation est décrite de fort belle manière dans le résumé condensé suivant de Monsieur le Professeur Yves Gaudemet dans sa préface à la thèse de Monsieur Jean Sirinelli consacrée aux « transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne, une contribution à l'étude du droit administratif européen »[□□□]. Pour le Professeur Yves Gaudemet, « plus d'Europe dans une Europe élargie sans discernement, plus de pouvoirs à l'Europe que, cependant, les Etats lui disputent dès que survient la crise, plus de substance et une production normative considérable, alternativement molle et dure, qui nourrit à son tour l'inflation normative nationale ; et c'est là que nous retrouvons le droit administratif européen, plus précisément le droit administratif national « européanisé », nourri et transformé par de droit européen »[□□□]. Ce constat d'un droit européen qui nourrit et transforme le droit administratif français est valable pour le droit des SIEG qui en s'instaurant et en se développant à partir de 1957, n'a pas laissé intact le droit administratif français. Au delà du sauvetage susvisé des services publics français par la logiques imprimé par le droit européen à travers la notion et le régime juridique des SIEG, en admettant l'effet direct du

□□□

droit européen dans le droit administratif français à travers l'*arrêt Nicolo* de 1989, le Conseil d'Etat a ainsi fait sauté le verrou qui retardait l'effet transformation du droit administratif français par le droit européen.

Il devient presque normal qu'avec le droit des SIEG, les schémas construits dans le droit administratif français identifiant les SPA et les SPIC soit bouleversé pour donner dans un premier temps, une zone intermédiaire où une partie des SPA et des SPIC se retrouvent à partir de l'application des dispositions de l'article 90 CE dans les SIEG.

[illegible]

S'il vrai que dans le droit français du service public français, que « la fourniture d'un service dans le cadre de l'activité de service public n'est pas toujours, ni nécessairement, la fourniture d'une " prestation ". [Il y existe], des services publics dont l'organisation et le fonctionnement n'entrainent la fourniture d'aucune "prestation". Ce sont donc des services publics qui se caractérisent par la " fourniture " de " prescriptions ". Si la fourniture de prestations détient une forme de monopole des analyses et réflexions portant sur le service public, " la relation de service ne s'épuise pas dans une prestation de nature commerciale " »[illegible].

En va différemment en droit européen des SIEG où cette relation s'épuise nécessairement dans une prestation de nature commerciale sans laquelle l'activité de service public ne peut être réputé économique. Il en va de l'économicité des SIEG qui donne à cette notion d'être une création européenne d'une notion de service public, concept juridique typiquement forgé par le droit européen. Cette notion, une fois lancée par le traité fondateur de la CEE en 1957, ne s'est pas contenté de se construire progressivement avec un coup d'accélérateur donné à ce processus par l'entrée en scène des dispositions du paragraphe 2 de l'article 86 CE du traité d'Amsterdam de 1997. La notion de SIEG est devenu depuis le traité CE d'Amsterdam, le prisme de lecture des services publics dans l'espace géographique européen qui en constitue celui de l'application essentiel de son droit (**§1**).

[illegible]

§ 1 : Le prisme des SIEG

Les effets transformateurs et/ou redynamisant des services publics nations des Etats membres par l'entrée en scène des dispositions de l'article 86-2 TCE devenu (article 106-2 TFUE) – L'idée maitresse ici c'est qu'à partir du traité CE et de l'entrée en jeu des dispositions de l'article 86-2, dorénavant, les services publics nationaux et les services d'intérêt général (SIG) qui naitront plus tard, sous la houlette de la Commission européenne et du Protocole 26 adossé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009 seront, scrutés à travers le prisme des SIEG. Cette vision prismatique des service d'intérêt général a le défaut de les déformer en les insérant d'emblée dans une logique concurrentielle à partir de 1997. La doctrine ne sera pas tendre avec cette perception des services d'intérêt général à travers à travers cette le prisme optique juridique « déformant » pour les service public dans la mesure où elle estimera que « plus généralement dans cette rencontre entre service public et concurrence, c'est en définitive, une nouvelle fois, le droit de la concurrence qui impose ses règles, mais il ne faut pas oublier que son domaine d'intervention est réduit du fait de la multiplication des règles sectorielles. »[illegible] La remarque fondamentale que l'on ne peut s'empêcher de faire à l'analyse de l'histoire évolutive inachevée du droit des SIEG est que nonobstant le fait que le concept et la notion demeurent non encore définie, cela n'entrave aucunement sa structuration rapide à partir de 1997 d'une part. Et d'autre part, même en admettant que la notion de SIEG serait un prisme déformant pour appréhender le service public européen car trop imbibé de la concurrence et de ses règles, la notion ne demeure pas moins dotée d'une force et d'une grande capacité à façonner le secteur du service public tout en traduisant une logique européenne du service public ou SIG.

Prisme déformant mais et structurant du service public européen – Avouons de suite, notre adhésion au postulat selon lequel les SIEG sont véritablement un prisme déformant la vision d'optique juridique des services publics est difficile. En s'appuyant sur le point d'intersection voire la coïncidence entre ce que le droit administratif français désigne par services publics industriels (SPIC) du droit français et des missions de SIEG notamment dans les secteurs de l'électricité, du gaz et de l'assainissement (traitement des eaux usagées, levée des ordures etc..) n'aide absolument pas à notre alignement sur ledit postulat. C'est donc la raison pour laquelle il nous semble opportun de se poser ici la question de savoir si la

[illegible]

notion de SIEG est significativement un prisme déformant pour l'appréhension des services publics européen. En revanche, cela ne fait l'ombre d'aucun doute qu'analyse de l'évolution du droit des SIEG et de la prise de volume du secteur public de ces missions définies, organisées et financées par les pouvoirs publics étatiques et locaux des pays-membres aux termes des dispositions de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE), que cette notion est véritablement dotée d'une force transformatrice des SIG ou service public dans le vocabulaire juridique du droit communautaire ou européen.

§ 2 : Passé juridique européen dans la définition des SIEG

Ancrage de la définition de la notion de SIEG dans le riche passé intellectuelle Union européen et de l'Europe (A). Puis et enfin, l'analyse scrutera le passé historique de l'Europe pour y retrouver des éléments pouvant participer à la définition de la notion de SIEG (B).

A- Ancrage dans un riche passé intellectuel juridique

1. **L'évocation du passé intellectuel juridique de l'Union européenne se fera à rebrousse poil** – Nous choisissons de débuter **la remontée du temps à partir de la décennie 2000.** Cette décennie est celle où, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) signé à Lisbonne en 2007 est entré vigueur en 2009. C'est également dans cette décennie que les services d'intérêt général (SIG) – service public en droit de l'UE –, vont acquérir la reconnaissance de leur place centrale dans le modèle européen. Cette reconnaissance est exprimée par deux textes tirés du droit primaire[illegible] et deux autres issus du droit dérivé[illegible] (deux communications de la Commission européenne).

2. « La Commission, dans sa communication du 11 septembre 1996 concernant les services d'intérêt général en Europe (…) et celle du 12 avril 2000, [a] **évoqua**[é] **les services d'intérêt général comme " un élément clé du modèle de société "**. De plus, **deux textes ont permis une reconnaissance du service public**. Il s'agit de **l'article 16 du traité et des**

[illegible]

perspectives [illegible] **en matière de réseaux transeuropéens insufflées par le traité de Maastricht**.

3. S'agissant des conditions d'application de l'article [16 du traité CE], **le traité d'Amsterdam contient en outre une déclaration n°13 qui indique que ses dispositions " sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services** ". Ceci renvoie à une volonté de **ne pas provoquer une rupture quant au régime juridique applicable et marque le caractère de compromis de ce texte entre la reconnaissance du service public et le primat du marché** »[illegible] (C'est nous qui les soulignons).

4. Ces affirmations textuelles attestent suffisamment de l'existence dans les traités et dans les institutions européennes, d'une volonté claire de bâtir un modèle européen de société. Cette volonté a été manifestée à maintes reprises depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997. Ce modèle de société que l'on peut considéré étant déjà en construction avant le traité CE d'Amsterdam, ne se réalisera certainement pas au mépris du respect de deux exigences fortes.

5. **La première exigence est qu'il soit le reflet d'une conciliation effective et réussie du service public et le « primat du marché » instaurée par la jurisprudence de la Cour de justice à travers deux célèbres arrêts de la décennie 1990** – Il s'est agit des affaires « *Corbeau* »[illegible] et « *Commune d'Almelo* »[illegible]. On le sait, à la suite de ces deux arrêts, la CJCE

[illegible]

a confirmé la nécessité de cette délicate conciliation dans quatre espèces tranchées le 23 octobre 1997 : « *Commission c/Pays-Bas* »[illegible], « *Commission c/Italie* »[illegible], « *Commission c/France* »[illegible] et « *Commission c/Espace* »[illegible].

6. **La deuxième exigence consiste à faire en sorte que le projet UE de société soit respectueux des « lois européennes de Roland »[illegible] ou pour le dire autrement des principes d'égalité de traitement, de qualité et de continuité des services d'intérêt général** – Cette deuxième exigence ne peut se concevoir sans la première car elle permettra au projet UE de société de faire réellement montre de la réalisation du compromis consacré par les jurisprudences suscitées. Dès lors, la conjugaison des logiques de service publics et des règles européennes de la concurrence sera bénéfique aux consommateurs de services publics prestés dans le cadre des missions de SIEG. Ces derniers profiteront de la qualité du service d'intérêt économique général rendu au public à prix concurrentiel dans le respect de l'égalité et de manière continue. Ainsi se réalisera un savant dosage entre l'intérêt général à forte dose de gratuité et l'application dans ce domaine des règles commerciales de la compétitivité imbibées de la logique consumériste[illegible]. Ce mariage délicat réussi, permettra de postuler pour la mise au jour d'un vecteur juridico-socio-économique dynamique et structurant de la cohésion social et économique du projet social UE. Ce vecteur aura donc été trouvé dans le service d'intérêt général de type économique ou SIEG. Mais pour mieux cerner la nécessité d'un projet social européen en d'autres termes, pour que l'Europe des 28 États membres rende plus visible ce qu'il est entrain de construire comme modèle de projet de société pour ses citoyens, il paraît nécessaire de dégager des considérations d'ordre général à travers le temps. Il nous semble qu'à ce jour, sur la face de la terre, le seul modèle social en construction à laquelle un véritable intérêt devrait être porté est celui de l'UE. Le modèle

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

social américain est achevé, il peut plus que se modifier, l'*American way of life* qui le résume, ne se réinventera que très difficilement. Seul le modèle social UE est un véritable projet de société en cours de réaliser et pouvant innover le vivre ensemble humain à travers sa philosophie sociale. L'*European way of life* fera envie en s'enracinant dans son prestigieux passé juridico-intellectuel datant de l'époque greco-romaine et comprenant l'héritage des Lumières pouvant encore être exploité[344] car n'ayant pas encore livrée tous ses secrets. Il nous paraît peu tributaire des canons de la pensée juridique classique dont il défie les catégories existantes et usuelles. LUE est une entité juridique sui générique même si dans les manuels du droit constitutionnel classique, elle apparaît soit comme une catégorie juridique introuvable soit comme une « simple » organisation intergouvernementale. Il nous semble qu'à ces deux représentations des manuels du droit constitutionnel classique dont la trame de pensée est l'universalisation du constitutionnalisme, l'on peut reprocher leur insuffisance. Ni l'une, ni l'autre ne rend parfaitement compte de la réalité juridique mise en place depuis 1957 par la Communauté européenne à laquelle succède l'Union européenne depuis 2009.

7. À nos yeux, tout comme l'entité, UE, son doit et son modèle social sont sui generis. Notre conception est peut-être simpliste mais nous la préférons à tout effort intellectuel visant à faire rentrer faussement et forcément, ces trois données sociales dans une catégorie juridique au demeurant impropre à la cerner. La démarche nous semble un peu irrespectueuse de cette fabuleuse création européenne qui défie les canons et les modèle de vie ensemble qui tous semble avoir fait leur temps. Pour nous, le véritable projet social qui peut proposer à l'humain autre chose que le modèle État-Nation est tout trouvé dans l'Union européenne. Nous choisissons donc de postuler pour l'Unionisme comme une catégorie juridique nouvelle à intégrer au vocabulaire juridique tout comme le fédéralisme d'État-Nation car elle n'est pas et ne sera certainement pas une fédération d'États au sens classique du terme. L'unionisme de l'UE est centré selon nous sur une philosophie sociale dans laquelle, l'intérêt général, notion admise comme protéiforme, se décline en plusieurs intérêts en « communs ». Dorénavant, le modèle social UE enrichissant la sémantique juridico-politique en dépassant l'intérêt général au singulier ou par adition de plusieurs intérêts généraux. Il s'agira de concevoir qu'il puisse exister un nouveau type d'intérêt « commun », grand ensemble de « valeurs communes » regroupant plusieurs types d'IG. Le « communs » dans l'UE dépasse « l'Europe de l'intérêt général » pour en faire plutôt l'Europe du « communs » dans la diversité culturelle.

[344]

8. **L'Union européenne au secours du monde « mondialisant »** – Le monde « mondial » pourrait donc avoir besoin de la réussite de l' « Unionisme » européen pour que l'humain puisse se réinventer sur les plans politique, économique, culturel, juridique … Ni les européen, ni le reste du monde ne tireront avantage de l'échec du modèle social UE. De sa réussite que l'on peut oser espérer, s'inspireront assurément, d'autres peuples car il en sera possible de rêver d'un monde globalisant où des différences culturelles, juridiques, philosophiques et bien d'autres peuvent être transcendées. La conjugaison de vingt huit diversités juridiques politiques et socio-culturelles donnera à terme, un modèle social innovant et surtout dépouillé de la pathologie sociale de l' « *Exit* » illustrée par le penchant « *Brexit* »[illegible] caractérisant les relations tumultueuses[illegible] entre le Grande-Bretagne et l'Europe.

[illegible]

9. De ce point de vue, il importe dans un premier temps de souligner que l'Union européenne est dotée d'une notion très particulière de citoyenneté. Pour être un citoyen Union européen, il faut d'abord être doté d'une première citoyenneté, celle d'un État membre ayant lui-même existé et développé une histoire propre avant de devenir européen. Nous avons là peut-être l'explication ou l'une des justifications l'Europe, un peuple de citoyen (?).

10. **Par la suite, il semble indispensable de comprendre « l'histoire d'un commencement »[3] comme le suggère le titre de cet ouvrage dans lequel l'auteur Luuk**

(C'est nous qui le soulignons).

Voir notamment :

Van Middelaar démontre magistralement que l'Europe est une œuvre inédite – La démonstration faite par l'auteur du processus qui régit cette construction *sui generis* est parfaitement bien résumée par le professeur Denys Simon en ces termes : « ce livre est une clé indispensable, non seulement afin de comprendre " l'histoire d'un commencement", (…), mais aussi afin de disposer d'instruments d'analyse pertinents sur la crise actuelle du système européen. La démonstration **repose sur le constat selon lequel les dirigeants européens, par calculs, par désirs, par nécessité, "passent à l'Europe", selon une "dialectique de la règle et de l'événement" qui est analysée comme le moteur d'une construction inédite dans l'histoire des peuples et des cultures** »[illegible] (C'est nous qui les soulignons).

11. Ce constat donne parfaitement raison à Montesquieu qui réfute l'occurrence uniquement hasardeuse des faits sociétaux car pour lui, « ceux qui ont dit qu'une fatalité aveugle a produit tous les effets que nous voyons dans le monde, ont dit une grande absurdité »[illegible]. Partant, comme le relève à sa suite Sébastien Roland, « il est faux de dire que le hasard gouverne les hommes »[illegible]. La démonstration de Luuk Van Middelaar atteste amplement que la véracité de ce postulat de Montesquieu. Cette contribution postule également de ce que la construction de l'UE n'ayant pas été le produit du hasard, il serait absurde de soutenir que le projet de société que l'UE offrira à ses citoyens résulte d'une hasardeuse générosité.

12. Dans le but de s'imprégner davantage de l'histoire du commencement de l'Europe aux fins de déceler dans cette histoire « inédite », des faits, des idées, des logiques de société voire des ressorts cachés ou quasi-mis à nu de manière progressive depuis le traité de Maastricht de 1986 et plus récemment après le traité CE d'Amsterdam de 1997, le bref rappel suivit d'une analyse instructive du professeur Denys Simon apparaît très utile. Ceci constituera la troisième considération générale d'ordre historique où la construction à travers le temps de l' « Europe unie » à trois sphères. En effet, selon le professeur Denys Simon :

> « **L'Union part d'une distinction particulièrement éclairante entre les trois sphères européennes**. La première, **la « sphère externe »**, recouvre la dimension continentale d'un monde westphalien, incarné par le concert européen, le Congrès de

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Vienne, le traité de Versailles, bref, le monde des États-Nations, qui évidemment continue à constituer un facteur déterminant dans le jeu politique.

À l'opposé, la « **sphère interne** » est celle de l'idéologie institutionnelle, de la projection fédéraliste, du modèle communautaire [qui intéresse beaucoup ce niveau de la recherche]. Entre les deux, la « **sphère intermédiaire** » est celle où se manifeste la prise de conscience des États membres qu'ils sont en quelque sorte des organes de l'Union, que la défense de leurs intérêt nationaux est par la force des choses transcendée par leur appartenance européenne. [C'est dans cette configuration que] **le rôle joué par le droit et les juges dans la construction juridique, mais aussi politique, de l'Europe [ne doit pas être] trop relativisé** »[illegible].

13. Dans le jeu de l'articulation savante et réussie de ces trois sphères, « quand l'ensemble des États membres dit l'Europe, [illegible] " la sphère interne lui obéit et la sphère externe écoute" »[illegible]. C'est dans ce contexte de sphères à triple dimensions que le droit et les juges doivent aider significativement à l'élaboration d'un modèle européen de société « humanisé » qui tienne compte d'une lecture « des progrès, des crises, des mutations, des ruptures [qui apporte à cette construction] un éclairage inédit [pouvant] élucider le passé, saisir le présent, et oser l'avenir »[illegible]. Il y donc trois temps ou trois dimensions dans la construction globale de l'Europe et pour réussir le « passage à l'Europe » qui supposera donc plus d' « Europe », il importe que le modèle européen de société prenne en considérations ces trois dimensions. À nos yeux, ceci serait le gage certain pour éviter que dans sa progression, l'Europe ne soit pas une répétition de « la comédie des erreurs »[illegible] passées de 1946 à 1956. Même si pour l'instant, comme le remarque Edgard Morin que cite, à juste titre, le Professeur Denys Simon, « contrairement à l'insecte, l'Europe n'a pas le programme préalable de sa transformation, elle n'a pas de système central qui la gouvernerait. La métamorphose est inachevée. Nous ne sommes ni chenille ni libellule. Nous sommes encore dans la chrysalide. L'Effort décisif reste à faire »[illegible]. Cet effort décisif est appelé de tous leurs vœux par certains auteurs notamment Jürgen Habermas qui est « Pour une Constitution européenne »[illegible].

[illegible]

[illegible]

14. **Après la décennie 2000, vient celle de 1990** où il apparaît, en ce qui concerne le modèle européen de société, que c'est en 1997 que les dés furent jetés par le traité d'Amsterdam à travers les termes de l'article 16 TCE. En effet, aux termes de cet article, les valeur et rôle des SIEG sont clairement précisés. Ainsi, les rédacteurs des dispositions de l'article 86 TCE aujourd'hui article 106 TFUE prennent le soin de souligner qu'« eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites du champ d'application du présent traité veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans les conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. »

15. Autrement dit, les SIEG qui ont acquis à travers ce traité, le rang de valeur commune de l'Union, se voient aussi investis de l'important rôle de vecteur de promotion de la cohésion économique et sociale de l'Union. Il serait donc illusoire et donc faire fausse route que de ne pas les impliquer dans l'élaboration et la mise en œuvre de projet UE de société surtout qu'un pas supplémentaire a été franchi dans l'élaboration du projet de société lorsqu'en 2009 avec l'entré en vigueur du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne de Lisbonne, l'importance des SIEG comme facteur de cohésion socio-économique a été confirmé.

16. Par la suite, la remontée du temps nous mène à la tranche historique allant de 1997 à 1957. Cette période que nous traversons à vol d'oiseau pour n'en retenir que la révélation d'un processus mise au jour à postériori est remarquable nombre d'éléments et d'analyses attestent d'une élaboration minutieuse par le droit. En effet, tout le processus de création de l'UE dans cette période de quarante années est l'œuvre du droit, prévu par le droit, exécuté par le droit, conduit par le droit et devant subsister par lui, comme en atteste la naissance des

trois communautés par des actes de droit que furent les traités CECA, CEE et EURATOM tous signés à Rome en 1957.

17. Rome, ville de la signature des Traités instituant les trois communautés européennes qui ont la place en 2009 à l'Union européenne, sera-t-elle la Rome de la rédaction du projet social ?

Pourquoi pas et dans ce cas alors, qu'il n'y aura plus que Venise en Italie pour rêver, Rome symbolisera le rêve d'une société Union européenne. Puissions-nous espérer un GRAND rêve pour l'Union européenne. C'est dans ce sens, qu'enseignés par les œuvres prétoriennes de la Cour de justice de l'Union européenne depuis les arrêts fondateurs *Van Gend en Loos* de 1963 et *Costa contre ENEL* de 1964 abondamment précités dans nos développement dans nos 7 premiers chapitres, la place du droit et des juges dans la construction, l'articulation, la stabilisation et la préservation de ce modèle européen de société devra être indéniable et inévitable. C'est le gage pour que projet social ne puisse pas être inique et cynique car dangereusement trop mercantile.

18. À nos yeux, seul le droit peut et devra en être le ciment surtout que les traités CE d'Amsterdam (1997) et TFUE de Lisbonne (2009) sont très précis et sans aucune équivoque possible sur le fait que les SIEG sont un puissant vecteur comme ci-dessus mentionné. Ce rôle pourrait en faire non seulement le vecteur du modèle UE de société mais à bien les considérer, sous leur impulsion, c'est l'ensemble de tous les services d'intérêt général qui se retrouverait à tout le moins au cœur de ce dernier. Nous y reviendrons dans notre paragraphe 3, section 1 de ce chapitre 8 consacré la proposition de l'élaboration projet UE de société autour d'une conception Union européaniste du service public que représente les SIG.

19. D'ici là, précisions aussi que dans cette période allant de 1997 à 1957 ou inversement, a été révélatrice de la force « humanisante » du droit fertilisé et fécondé par l'œuvre jurisprudentielle de la CJCE devenu en 2009, la CJUE. Osons-nous espérer que par cette même force humanisante du droit UE, véritable clin d'œil à son ancrage dans son passé des « humanismes des Lumières », nous y reviendrons, ce modèle européen de société pourra à terme – souhaitons-le –, refléter « **une nouvelle idée que de l'être de l'homme doit découler : celle d'un individu libre et responsable qui doit se donner les moyens théoriques et pratiques de se prémunir du risque d'un monde plus pauvre en**

humanité »[illegible]. De toutes les considérations qui précèdent, il ressort que l'élaboration du modèle européen de société a été véritablement amorcée en 1997 avec le traité CE d'Amsterdam. Il semblerait au regard de cette donnée juridique structurante du projet européen de société autour du droit des SIEG, l'on pourrait se poser la question de savoir comment il pouvait en être autrement ? La réponse négative inévitable à cette interrogation est dictée par un axiome juridique latin selon laquelle, là où est la société, là est le droit en d'autres termes, *Ubi societas, ibi jus*[illegible]. Dés lors qu'en 1957, les pères fondateurs ont entendu créer une communauté européenne ou société européenne à partir d'une expression pure et simple du droit à travers le traité CEE, ils ont condamné l'Union qui lui a par la suite succédée encore par un autre traité, celui de Lisbonne[illegible] de 2009, à ne vivre, fonctionner voire ne pouvoir se maintenir que par le droit.

B- Six des sept « Europe » historiques dans la définition des SIEG

20. **La remontée du temps ne saurait s'arrêter à l'année 1957 même si elle capitale dans la naissance de l'Union européenne** – Ainsi, nous distinguerons dans un grand bloc, **la dernière période avant 1957 qui partira de l'époque gréco-romaine à l'idée de l'Europe**

[illegible]

[illegible]

[illegible]

au XXe siècle. Nous suivrons pour le rappel de cette longue période, sa subdivision effectuée par l'historienne Elisabeth Réau pour n'en extraire que les éléments juridiques utiles à notre propos. Sur le plan juridique, le riche passé de l'Union européenne révèle quatre périodes importantes pour notre propos. En effet, l'idée d'Europe aux XXe siècle traduit entre autres, le passage d'un mythe à la réalité comme cela est remarquablement démontré par l'historienne Elisabeth du Réau[illegible] dont nous reprenons ci-après quelques constatations à notre compte.

21. En scrutant l'histoire à grand trait et selon les analyses biens documentées de l'historienne, sept temps juridiques peuvent être considérés comme des références possibles à la fois à l'idée d'Europe et au choix de baser la construction de l'Europe Unie sur le droit. Ces cinq temps juridiques correspondent aux sept « Europe » qui sont mise au jour dans les analyses de l'historienne. Ainsi, en faisant d'abord remonter la racine ou l'origine de l'idée et de l'esprit d'Europe à la période historique gréco-romaine, l'historienne admettra à raison que l'on pourrait supposer qu'il a existé au moins cinq « Europe » avant l'avènement de l'Union Européenne. Une « "Europe carolingienne " [1], (….) une "Europa christiana devant les assauts de l'Islam"[2],, (…) une "Europe des croisades" [3], une "Europe des universités, des arts et des lettres"[4], et une « Europe des "Humanistes" [5], une " Europe des lumières" [6], et l'"Europe des projets de paix perpétuelle et de l'idée d'organisation de l'Europe au XVIIIe siècle" [7] »[illegible], toutes identifiées par l'histoire, discipline dont nous ne relevons. La prudence est donc de mise dans notre usage des découvertes qu'elle a consigné dans ses manuscrits. Nous ne retiendrons des analyses historiques des experts que les données juridiques qu'ils se contentent ici et là d'énumérer car seuls ces éléments servent à notre propos quoi que les données culturelles européennes qu'ils découvrent peuvent bien servir de source d'inspiration à l'admission de l'idée qu'une culture européenne a été forgé depuis la période gréco-romaine.

22. Suivant la pensée de l'historienne qui ne nous apparaît pas comme recherchant une énumération exhaustive, l'analyse revisitera seulement six des sept « Europe » qu'elle aurait identifié, allant de la période gréco-romaine au XVIIIe siècle pour en extraire quelques éléments juridiques utiles à notre propos.

[illegible]

23. L'« **"Europe carolingienne "- Historiquement parlant, le monde carolingien désigné « Europa » avec un pater, Charlemagne** caractérisé au plan juridique par un traité, celui de Verdun. Dès lors, lorsque l'on parle des sources de l'Europe, ce traité ne peut être relégué au rang des calandres grecs. L'analyse adhère à l'affirmation de Mme Elisabeth Réau selon laquelle, « Il est donc tout à fait judicieux quand on parle des sources de l'histoire européenne d'évoquer ce très beau traité de Verdun signé en 843 et de rappeler le serment de Strasbourg prononcé en février 842 par les rois Louis de Bavière (dit le germanique) et Charles le chauve »[264]. Cette donnée juridique de la signature du traité de Verdun peut éclairer les choix de procéder souvent par des traités dans l'édifice UE. Non seulement il s'agit d'États qui progressivement depuis 1951 (traité CECA) et 1957 (traité CEE) mettent en commun des compétences pour créer un vivre surtout un bine vivre en pais et dans le bonheur UE, ; de la nature des acteurs qui gardent leur souveraineté qui incarne leur statut d'Etat nation, le traité est le moyen juridique idoine qui sied au respect de leur égalité. Mais également, avec le traité de Verdun signe en 843, opérer par le moyen juridique des traités dans l'édification de l'UE devient une logique historico-culturo-juridique européen.

24. **Il y eu également une " Europa christiana devant les assauts de l'Islam"** – Cette période est délicate car l'Europe chrétienne devait faire face aux assauts de l'Islam. Mais l'on constate que « du Haut Moyen-Age à la prise de Constantinople par les Turcs en 1453, la chrétienté doit faire face à de terrible défis. Dans les luttes qui les opposent aux "Infidèles", les Européens sont-ils solidaires ? La "*respublica christiana*" est un monde peu homogène au tournant du premier millénaire. Le monde chrétien se fracture durablement en 1054 ; à cette date, les affrontements latents entre Rome et Constantinople aboutissent à la grande rupture entre l'Orient et l'Occident »[265]. L'on peut donc comprendre en saisir une donnée de compréhension de la nécessité mais difficile unification des pays de l'Europe Occidental et ceux de l'est éloignés les uns des autres par des divergences culturelles issue de cette fracture chrétienne de 1054 dont la racine résiderait dans « la consommation du conflit qui oppose depuis longtemps déjà deux sensibilités religieuses, deux regards sur le message évangéliques, deux conceptions théologiques »[266] qui façonnèrent les cultures et vies sociales des européens de l'Orient et de l'Occident. Mais cette situation et époque confligène n'a pas empêché l'existence de « cadre temporel et spatial, le système relationnel et débouchait sur de

nouveaux circuits d'échange. Sur le plan politique, la conversion obligeait les royautés ethniques à se déterminer par rapport à la papauté et à l'Empire en Occident, par rapport aux autorités patriarcales de Byzance en Orient. Ainsi, selon la formule de Krzysztof Pomian, "La conversion au christianisme équivalait donc à un renouvellement globale des cadres de l'existence humaine qui transformait en l'espace de quelques décennies la vie quotidienne, la société, la politique et l'organisation même de l'économie »[267]. Lorsque le religieux gère autant le quotidien et la société, les normes ou la vie juridique devient réligio-centrée est les règles chrétiennes prévalent. Cette époque de l'Europa Christiana est juridiquement parqué par les dogmes chrétien qui tout logiquement s'érigent e règles de vie et la papauté devient incontournable dans la régulation juridique de la cette Europa christiana d'un côte. De l'autre, côté, c'est l'interprétation opposée à celle de la papauté qui prévaudra. En tut état de cause, juridiquement, l' « Europa christiana » avait sa vie juridique ancré dans la chrétienté. Cen 'est donc pas surprenant que dans l'Union Européenne actuelle, voisine, des conceptions chrétiennes opposées protestantisme et catholicisme » qui se tolèrent (?) et l'agnosticisme. Fort heureusement, les traités UE n'ont pas créé une société chrétienne à dominance dogmatique claire. La société européenne découlant du traité institutif de la CEE ne contient aucune prescription religieuse, sans doute parce que les pères fondateurs ont tirés toutes les conséquences des nombreux affrontements chrétiens européens depuis cette époque de l' « Europa christiana ».

25. **L'"Europe des croisades"** – Période controversée marquée par des succès et des échecs mais avec la présence d'une conscience européenne. « Cependant, si ces expéditions lointaines furent pour beaucoup de croisés l'occasion d'une découverte du monde oriental, les contacts ainsi réalisés n'ont pas contribué à unifier l'espace européen. Le passage des croisés dans certains régions d'Europe centrale et orientale a été marqué non seulement par des pillages mais aussi par de véritables crimes perpétrés par exemple à Ratisbonne (l'été 1096) contre la communauté juive »[268].

26. Cette Europe des croisades a été celle de la raison du plus fort et donc aucun socle juridique de régulation autre que des liens vassaliques procédant des conquêtes armées. Mais au plan juridique par l'idée de réaliser une Union européenne de pais où les peuples européens cessent de s'entretuer devient compréhensible tout comme la nécessité d'une

cohésion sociale, économique et territoriales, mission confiée aux SIEG par l'article 16 du traité CE d'Amsterdam permet de répondre à une donné historique de cette époque. Les Chevaliers errants et belliqueux européens découvrir que « qu'à l'autre extrémité de l'Europe une civilisation raffinée, très en avance sur celle de l'Occident. Les armées franques éblouies nourrissent un rêve, l'expédition vers Jérusalem ne leur permettrait-elle pas de prendre pied en Asie, au levant et d'y créer de véritables royaumes ? »[269]

27. Se fondant sur cette attitude des chevaliers errants de l'Europe des croisés, pourrait-on reprocher à l'édifice e l'Union européenne de s'être fixé comme but dans l'article 2 TUE « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes »[270].

28. La réponse négative nous semble la seule possible surtout que le premier paragraphe de l'article 3 TUE précise comme une réponse à cette question des chevaliers d'aller prendre pied en Asie pour y créer de véritables royaume que le vieux Continent peut faire également rêver. N'est-ce pas un rêve grandeur nature que projettent les objectifs de l'UE juridiquement ancrés dans le traité UE de Lisbonne de 2009 qui reprendre et affinent les finalités de départ se trouvant dans l'article 3 du traité CEE ? En effet, aux termes de l'article 3 TFUE, « L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples »[271] ; et au deuxième paragraphe du même article, les rédacteurs précisent que « L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriés en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène »[272]. ?

29. Pour l'analyse, ce rêve est fabuleux et l'Union se donnent à mesure que l'œuvre avance, de moyen de réaliser ces objectifs en érigent par exemples, les SIEG en valeur commune de l'UE avec pour mission de réaliser la cohésion sociale, économique et

territoriale (article 14 TFUE et Protocole 26 sur les SIG adossé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009). Il possible que lorsque cette cohésion tridimensionnelles sera effective, les citoyens européens n'envieront pas le niveaux de vie de leurs concitoyens européens des autres États membres puisque chez ceux, ils en jouiront. Il nous semble que les pères fondateurs ont également su tirer les conséquences de ce passage douloureux historique de l'Europe des croisés.

30. **L' « Europe des universités, des arts et des lettres »** – Est elle achevée ? l'analyse répond par la négation puisque « les universitaires qui, en cette fin du XXe siècle, peuvent participer aux belles manifestations qui accompagnent la remise d'un titre de docteur honoris causa dans une université fondée au Moyen-Age en Europe, prennent aujourd'hui la mesure de l'extraordinaire héritage dont bénéficient les étudiants européens six ou sept siècles après la création des premières universités. (…) On étudiait la médecine à Salerne, le droit romain à Bologne et Ravenne, les lettre antiques à Reims, Chartes, Paris… Mais le nombre croissant des étudiants et de la recherche d'une indépendance accrue par rapport aux autorités de tutelles étaient à l'origine, aux XIIe siècle, de la création des première universités »[273] . Cette Europe des universités, des arts et des lettres a donné au plan juridique, l'accès aux formations de droit (Romain, Canonique etc), de médecine, aux métiers des arts et a posé les base de l'ingénierie et de la technologies qui assureront le développement industrielle et technique de l'Europe. Ce développement devant se poursuivre, l'Union européenne a instauré le programme ERASMUS mobilité enseignante et étudiante avec une régulation juridique relativement satisfaisante puisque ce programme permet des échanges entre universitaires et étudiants des pays membres de l'UE. Il a un volet évaluation de la mission enseignante très utile à l'amélioration du programme. L'Europe des universités, des arts et des lettres semble avoir favoriser celle des humaniste et des lumières par l'accès à l'éducation universitaire pluridisciplinaire. **l'« Europe des "Humanistes"** – L'Europe des « humanistes », qui est également celle des prémices de la renaissance à « la crise de conscience européenne » (XV ^{e} - XVIIIe) ainsi qualifié par Mme Elisabeth Réau est particulièrement intéressante d'un point e vue générale. En effet, « l'esprit humaniste ne peut se circonscrire dans l'espace national européen. La richesse de cette période est la grande fluidité des frontières culturelles en Europe. C'est l'Occident tout entier qui est concerné car le "le prince de l'humanisme" Erasme, n'est-il pas un homme du Nord, né à Rotterdam, mais l'un des premiers " citoyens européens", symbole de cette remarquable mobilité culturelle de

la fin du moyen-âge et de l'aube des temps modernes ? (Né en 1467, il meurt à Bâle en 1530)? (…) Selon la belle formule "braudelienne", l'humanisme est un " élan, démarche batailleuse vers une émancipation progressive de l'homme, attention constante aux possibilités pour l'homme d'améliorer ou de modifier son destin »[274]". Cette Europe des humaniste a enfanté les développement industrielles et technologiques à travers des découvertes scientifiques et des exploration outre Europe ouvrant de nouveaux horizons et perspective. Mais elle se caractérise juridiquement par l'ancêtre du droit international à partir du droit des gens dont l'un des chantres dut le juriste Emmerich De-Vattel[275] était un opus de 245 pages évoquant le droit des gens mais dans son contenu, privilégiait les nations et les souverains. En effet, l'ouvre de E. DE VATTEL était un ensemble de *principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des Souverains*. On le sait, le droit des gens dont Grotius en fit l'une des systématisation avait entre autre comme formule : *aut dedere aut punicare* ou quiconque se rend coupable d'un acte répréhensif au regard du droit international, doit être punit. Fort heureusement la faible congénital de la formulation de Grotius qui aboutissait à ne pas prendre en compte la présomption d'innocence et de ne pas juger le prétendu coupable avant de le punir a été modifié par une autre formule : *aut dedere aut judicare* plus acceptable. Mais l'analyse retient que de cette période, les pères fondateurs ont pu également retenir la leçon de la présomption d'innocence au point que dans l'Union européenne, le procès équitable est garantie par la Charte[276] UE des droits fondamentaux. Il nous semble logique qu'à l'Europe des humaniste succède celles des Lumières qui réorientera rendra plus humains, les découvertes scientifiques et les conséquences des explorations outre atlantiques de l'Europe des humanistes.

31. **L'"Europe des lumières**" qui selon le panorama de l'historienne est la sixième « Europe » dans l'histoire d'avant le Traité CEE de Rome de 1957, notons qu'elle n'est pas moins riche en suggestions juridiques d'autant plus qu'elle a donnée entre autres, l'idée la démocratie, le suffrage universelle, deux inventions juridiques que l'analyse considères comme la summa laude des inventions humaines. Concernant l'Europe des Lumière, en plus de ces données juridiques majeures, nous ajoutons le résumé de Paul Hasard cité par Mme E. Réau : « Si l'on appelle nouveauté, une certaine façon de poser les problèmes, un certain

accent, une certaine vibration, une certaine volonté de regarder l'avenir plutôt que le passé […] un changement dont les conséquences sont venues jusqu'à notre époque s'est opéré dans les années où des génies qui se nomment Spinoza, Bayle, Locke, Newton, Bossuet, Fénelon […] ont procédé à un examen de conscience total afin de dégager nouvelle les vérités qui dominent la vie »[277].

32. **La dernière « Europe » retenue par l'analyse parmi les sept identifiées par l'historienne Mme Elisabeth Réau est l'"Europe des projets de paix perpétuelle et de l'idée d'organisation de l'Europe au XVIIIe siècle"** – Cette Europe est celle de la où la « réflexion sur le maintien de la paix se développe en Europe dans v-divers cercles au XVIIIe siècle. (…) [Dans cette période, certains projets furent donné de succès don ceux de] l'Abbé de saint Pierre, de Rousseau et e Kant eurent beaucoup d'audience. [Aux yeux de Rousseau], il serait préférable pour assurer la paix de créer une Fédération d'États fondés sur ce principe de la volonté nationale. En Allemagne, le dernier grand projet rédigé en 1795, pendant la révolution française, est celui qu'Emmanuel Kant publia à Kœnisberg sous le titre Pour une paix perpétuelle. Il proposait comme Rousseau une confédération générale des Etats européens mais allait encore plus loin lorsqu'il affirmait que "pour assurer la, paix perpétuelle les régimes des Etats doivent être républicains car en République, le consentement des citoyens est requis pour faire la guerre." Il s'agit d'un texte fondamental qui s'inspira les théoriciens ultérieurs. (…) Comme le suggéraient Rousseau et Kant, une véritable fédération ne serait envisageable qu'avec l'assentiment des peuples. (…) La nouvelle ère qui s'ouvrait devait voir surgir d'autres plans pour l'organisation de l'Europe, mais le printemps des peuples n'interviendrait qu'n demi siècle plus tard. Les Etats Unis d'Europe suggérés par Victor Hugo suscitaient un immense espoir mais leur avènement était une perspective bien plus loin lointaine »[278]

33. De ce qui précède, il ressort que l'encrage du futur projet social de l'Union européen dans son riche passé aurait été suffisamment justifié par ce bref retour historique sur ces éléments intellectuels mais comme un trésor inépuisable, ce passé regorge d'autres données respectables dont l'usage ne sera pas superflu. Ainsi, l'on pourrait aussi trouver un ancrage théorique dans les conceptions de la théorie de la séparation des pouvoirs selon Jean-Jacques Rousseau et Montesquieu, dans le sens ou elles puissent établir un rapport entre les pouvoirs

publics politiques et la prise en charge de l'intérêt général que l'on retrouve dans sa satisfaction à travers les SIEG.

34. « La Commission, dans sa communication du 11 septembre 1996 concernant les services d'intérêt général en Europe (…) et celle du 12 avril 2000, [a] **évoqu**[é] **les services d'intérêt général comme " un élément clé du modèle de société "**. De plus, **deux textes ont permis une reconnaissance du service public**. Il s'agit de **l'article 16 du traité et des perspectives en matière de réseaux transeuropéens insufflées par le traité de Maastricht**.

S'agissant des conditions d'application de l'article [16 du traité CE], **le traité d'Amsterdam contient en outre une déclaration n°13 qui indique que ses dispositions " sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services "**. Ceci renvoie à une volonté de **ne pas provoquer une rupture quant au régime juridique applicable et marque le caractère de compromis de ce texte entre la reconnaissance du service public et le primat du marché** »[illegible] (C'est nous qui les soulignons).

Chapitre 2 : Quelques terminologies des SIEG

La notion des SIEG est créée par le traité CEE de Rome de 1957 qui ne l'a pas définie. L'articulation du droit qui s'y rapporte, fait appel à plusieurs autres notions juridiques dont l'intérêt général réputé rebelle à toute conceptualisation abstraite. Cependant, seuls les concepts juridiques mobilisés directement par le droit des SIEG seront ici retenus surtout pour leur lien direct ou indirect avec ce domaine de service public. Un large panorama peut éventuellement être utile à la compréhension du droit des SIEG mais il n'est pas l'objet de l'étude. Aussi, il s'agira d'une part de dégager les principes généraux du droit européens et quelques terminologies floues mais incontournables qui participent à la définition de la notion de SIEG (**section 1**). Et d'autre part, l'analyse démontrera les dispositions de l'article 106 TFUE sont nécessaires mais pas suffisante à élaborer une définition des SIEG puisque d'autres paramètres dont à prendre en considération dans cette œuvre mentale (**section 2**).

[illegible]

Il est tout à fait possible de regrouper dans la rubrique des terminologies juridiques des SIEG, d'une part les principes généraux du droit européens que mobilise le droit des SIEG (**§1**). Et d'autre part, la douzaine de concepts juridiques déjà présents et utilisés dans le vocabulaire du droit des services publics de plusieurs Etats membres de l'Union européennes puisque. On le sait, *« tous les pays européens sont dotés de services qui peuvent avoir des dénominations et surtout des statuts différents. Les services publics des Etats membres étant issus d'évolutions politiques, culturelles, économiques et sociales différentes, la notion de service public recouvre des réalités protéiformes »*. Sous la désignation des terminologies juridiques sera rassemblé l'essentiel du vocabulaire juridique des SIEG (**§2**).

Enfin, il faudrait aussi souligner ici que depuis 1997 il y a une intervention complémentaire de la Commission européenne à la suite de la Cour de justice de Luxembourg, pour préciser, clarifier les terminologies et le régime juridiques des SIEG. Il s'agit d'une belle illustration d'une normativité complémentaire et non conflictuelle entre acteurs juridictionnel et non juridictionnel dans la construction du droit des SIEG (**§3**).

§ 1 : Principe de subsidiarité, d'égalité et SIEG

Le principe de subsidiarité est consacré par l'article 5 Traité CE de 1957. Les dispositions de cet article instaurent un principe répartition des compétences entre l'UE et ses Etats membres qu'applique la matière des SIEG. Aussi, l'application du principe de subsidiarité revient dans le domaine des SIEG à ce qu'une intervention de l'Union européenne ne soit admise, autorisée et nécessaire que lorsqu'il y a insuffisance de satisfaction des objectifs visés par les actions intra-étatiques. En d'autres termes, si l'intervention des collectivités locales est adéquate et suffisante comme réponse aux besoins locaux de services d'intérêt économique général, l'UE se garde d'intervenir. C'est donc au nom dudit principe et par les compétences dévolues aux collectivités locales dont il consacre la liberté dans les SIEG qu'elles peuvent définir et organiser leurs services publics comme elles l'entendent. Dès lors, il importe d'en retenir que le principe de subsidiarité est le fondement juridique de base des SIEG (**A**). Mais à lui seul, il n'est pas suffisant pour rendre le secteur transparent et égalitaire donc non-discriminatoire. Ainsi, les principes de subsidiarité et d'égalité renforcent l'arsenal juridique des SIEG (**B**).

A- Principe de subsidiarité dans l'article 106 TFUE

Appliqué dans le droit des SIEG à travers l'article 90 du Traité CEE de Rome de 1957, le principe de subsidiarité en gouverne la définition, l'organisation et le financement des missions. Il a été reprit par le traité CE d'Amsterdam de 1997 en son article 86 CE. Il reste à ce jour inchangé. C'est donc en son nom et en l'appliquant que les pouvoirs publics des Etats membres ont la compétence de qualifier juridiquement et de manière souveraine, une mission de services d'intérêt économique général. Il régit la dévolution faite par les Traités auxdites autorités publiques internes aux Etats membres de définir, d'organiser et de financer des missions de SIEG. Toutefois, il ne s'agit absolument pas d'une compétence non encadrée

dans la mesure où le § 3 de l'article 86 CE dispose que « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres »[illegible]. Même si c'est le seulement cas échéant semble-t-il que lorsque le besoin se fait montre, qu'une adresse soit faite aux Etats membres, seuls interlocuteurs de la Commission et de la CJUE en matière de SIEG, (l'on n'en dénombre pas un millier, évitant de ce fait des irresponsabilités et une pléthore d'interlocuteurs juridique), il s'agit là d'une réelle marge d'appréciation qu'instaure ce 3e § susvisé de l'article 86. Cette marge d'appréciation de la Commission est un encadrement important de l'expression de la souveraineté étatique dans la définition, l'organisation et le financement des SIEG.

Elle est d'autant plus importante qu'elle permet de relever ou de déférer pour « **erreur manifeste d'appréciation**»[illegible] (soulignée par nos soins) à la Cour de Justice de l'Union européenne, toute définition ou qualification juridique de SIEG faite injustement ou entachée d'irrégularité. L'organisation des SIEG est aussi surveillée afin de luter efficacement contre les situations dangereuses de monopole sauf si celles-ci permettent l'accomplissement de la mission de SIEG. Enfin, le financement des SIEG spécialement visé par l'article 107 TFUE portant sur les aides d'Etats dans les SIEG est aussi efficacement contrôlé sur la base de la cette disposition du § 3e de l'article 106 TFUE. En somme, « la Commission jouit, dans le domaine de l'article 86 CE, d'un large pouvoir d'appréciation concernant tant l'action qu'elle considère nécessaire d'entreprendre que les moyens appropriés à cette fin »[illegible]. Certes, en application de l'article 86 CE, le principe de subsidiarité permet par exemple que les collectivités soient *« libres d'organiser leurs services publics à leur convenance, soit en les gérant directement, soit en les confiant à une entreprises privée, principe confirmé pour les services publics locaux par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes du 16 décembre 1992, "Norwitch City Council* [illegible] *" »* [illegible]. Ce pouvoir d'appréciation dans ce cadre, n'est assortit d'aucun recours. Partant, ***« son refus de recourir aux pouvoirs que lui confère l'article 68, paragraphe 3, CE ne peut faire l'objet d'un recours en annulation, pas plus que son absence de prise de position sur ce point ne peut***
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

faire l'objet d'un recours en carence »[illegible] (soulignée par nos soins). Il s'agit donc d'un pouvoir discrétionnaire que la Cour de Justice de Luxembourg a consacrée dans son arrêt de la grande chambre du 22 févier 2005 dans lequel, au point 69, elle souligne qu' *« il découle du libellé du paragraphe 3 de l'article 90, du traité et de l'économie de l'ensemble des dispositions de cet article que* ***la Commission n'est pas tenue d'engager une action au sens desdites proposition, les particuliers ne pouvant exiger de cette institution qu'elle prenne position dans un sens déterminé*** »[illegible] (soulignée par nos soins).

Cette conception de la CJUE de la liberté d'appréciation qui est un réel pouvoir est analysée par une partie de la doctrine comme n'étant intervenue de manière systématique que c'est *« après quelques hésitations, (que) la Cour a en effet déduit du libellé de cette disposition que la Commission n'est pas tenue d'engager une action sur son fondement, les particuliers ne pouvant exiger de cette institution qu'elle prenne position dans un sens déterminée »*[illegible]. Cette analyse est faite en commentant l'arrêt susvisé de la Cour de justice[illegible].

Certes, un tel pouvoir d'appréciation n'est pas négligeable mais il ne vide pas de son contenu, l'expression de la souveraineté décisionnelle des pouvoirs publics territoriaux conformément au paragraphe 1er de l'article 86 CE sur le fondement essentiel du principe de la subsidiarité. Que ce soit au niveau d'une collectivité territoriale ou à celui de l'Etat membre, la compétence de définir, d'organiser et de financer une mission de SIEG est exercée en accord avec la reconnaissance par les traités d'Amsterdam et de Lisbonne pour ne rester que dans l'évolution récente du droit des SIEG. Un tel pouvoir ne se fonde valablement que sur l'unique et essentiel principe de subsidiarité. Mais il faudrait ne pas amputer au droit des SIEG, son origine dans le traité CEE de Rome de 1957 qui permet au juge européen du Luxembourg dans l'*arrêt Commission contre max.mobil* suscité de faire une lecture combinée des articles 90 CEE et 86 CE en évoquant le « *libellé du paragraphe 3 de l'article 90, du traité et de l'économie de l'ensemble des dispositions de cet article* »[illegible].

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] [illegible]

En définitive, il faudrait retenir ici, que le principe de subsidiarité est le socle juridique du droit des SIEG. S'agissant du pouvoir de définition, d'organisation et de financement des SIEG, c'est de son application que découle sa largesse que ne manque pas de souligner le Tribunal de première instance de l'Union européenne (TPIUE) dans son arrêt de 80 pages du 12 février 2008 précité. En effet dans cet affaire, le TPIUE estime qu' *« il ressort du point 22 de la communication sur les services d'intérêt général (...) et de la jurisprudence du Tribunal que les Etats membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG et que la définition de ces services par un Etat membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste (voir arrêt du Tribunal du 15 juin 2005, Olsen/Commission, T-17/02, Rec. p. II-2031, point 216, et la jurisprudence qui est citée) ».*

Pour autant, le principe de subsidiarité à lui seul ne suffit pas à régenter tout le droit des SIEG où il est complété par du principe d'égalité.

B- Autres principes généraux du droit européen dans les SIEG

Le deuxième principe souvent invoqué à la fois au profit de l'opérateur économique chargé de prester, une mission de SIEG et du consommateur final est celui de l'égalité. Avant l'article 8 TFUE[295] et l'article 2 du Protocole 26 sur les SIG annexé aux traités UE et TFUE, le principe d'égalité se déployait dans le droit des SIEG sous la forme d'une « non-discrimination » de traitement (**1**). Mais avec ce protocole, il s'exprime dorénavant comme une égalité de traitement et d'accès aux prestations des SIEG (**2**). En définitive les deux principes sont dans la pratique du droit des SIEG inséparable (**3**).

1- Principe d'égalité d'accès aux SIG/SIEG

Le principe d'égalité d'accès au service public et donc aux SIEG est régit par l'article 8 TFUE et l'article 2 (in fine) du Protocole 26 sur les SIG adossé aux traités UE et FUE de Lisbonne de 2009. Cependant, il est important de souligner que le droit des SIEG découle davantage, de l'idée du service public construite au niveau européen. En effet, le service public européen se rapporte à des *« valeurs qu'il véhicule (tels l'intérêt général, la solidarité, l'égalité, une idée spécifique des moyens de l'Etat, la citoyenneté, la cohésion sociale) (qui) a concouru, et concourt encore à construire une certaine idéologie autour du service public,*

[295]

sans que celle-ci soit d'ailleurs bien identifiée »[illegible]. C'est bien dans le cadre européen du service public que se construit le concept juridique des SIEG. Il s'agit d'un construit[illegible] juridique qui fait l'objet de beaucoup d'efforts conceptuels de la part des institutions européenne depuis 2003 avec des temps forts dont celui du livre vert portant service d'intérêt général. La prégnance de l'idée d'égalité est bien réelle dans le droit des SIEG, que ce soit dans la désignation des opérateurs économiques chargées de mission de SIEG, il en va indifféremment qu'ils soient publics ou privés, que celui de l'accès à leurs prestations.

Le juge européen de Luxembourg confirme cette l'importance du principes de l'égalité dans plusieurs arrêts. La Cour de justice de l'Union européenne, à travers une conception très particulière de la notion d'entreprise établit une égalité entre entreprise publiques et privée en droit de la concurrence. En réponse à la quatrième[illegible] question préjudicielle posée par ordonnance le 31 janvier 1990 par le Tribunal Allemand Oberlanesgericht Münichen relative à l'interprétation du droit exclusif accordé à une entreprise en vertu des article 86 et 90 CEE, dans son arrêt *Höfner* et *Elser,* la Cour a estimé que : « dans le contexte du droit de la concurrence, (…) , la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »[illegible]. Il s'agit là de l'adoption d'une conception large de la notion d'entreprise. La Cour, dans cette affaire, a opté pour une conception *lato sensu* de la notion d'entreprise qui est celle qui prévaut dans le droit des SIEG. Cette conception produit comme effet juridique principal de rendre éligible à l'accomplissement d'une mission de SIEG, dès lors qu'elle remplie les conditions de l'entité susvisée Partant, il faudrait entendre par entreprise, selon l'interprétation que la CJUE fait de l'article 86 §1er CE, celui qu'elle a retenu pour tout le droit européen de la concurrence. A cet effet, certains auteurs estiment à juste titre que

[illegible]

« l'article 86, §1, du traité s'applique dans les relations entre le Etats membres et deux types d'entreprises, au sens du droit communautaire de la concurrence (…) à savoir, d'une part, les entreprises publiques et, d'autre part, les entreprises publiques dotées de droits spéciaux ou exclusifs »[illegible] (soulignée par nos soins).

Aussi faudrait-il remarquer que cette consécration de l'éligibilité des entreprises privées au même titre que celles de droit public illustre de fort belle manière, l'application du principe d'égalité dans la désignation de l'opérateur économique à la fois dans le droit européen de la concurrence et de celui des SIEG. Les règles visées par l'article 86 § 1er CE *in fine* ne sont pas une énumération exhaustive. L'on devrait entendre dans la logique de la Cour, qu'à l'interdiction d'édicter et de « maintenir aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus »[illegible], s'ajoutent celle de discriminer en raison de la nationalité et plus largement les « règles de concurrence, y compris en matière d'aides d'Etat), mais aussi toutes les autres, en particulier celles relatives à la libre circulation des marchandises et des capitaux et à la libre prestations des services ». Dès lors, il n'étonne guère que par entreprises dans le droit des SIEG, l'on puisse adopter et appliquer la conception de la Cour de la notion d'entreprise qui est prescrite par une bonne approche du § 1er de l'article 86 CE.

Toutefois, c'est souvent sous son corolaire qui est la « non-discrimination », dérivation négative du principe d'égalité que l'on retrouve ce principe. On le voit, le principe d'égalité est bien présent dans l'idée des SIG en général et bien aussi particulièrement dans la notion de SIEG. En effet, par endroit, dans le droit des SIEG, il se décline davantage en principe de « non-discrimination » mais il reste le même « principe d'égalité » très cher au droit européen. Qu'il se dénomme « non-discrimination » ou « principe d'égalité », il ne renvoie qu'à la seule exigence de ne pas discriminer, sur quelque fondement que se soit, une entreprise publique ou privée, nationale ou ressortissante d'un autre Etats membres. Le principe d'égalité est aussi la base de l'égal accès des consommateurs aux services prestés dans le cadre d'une mission de SIEG indifféremment de leur statut de citoyen européen ou de résident d'un Etat membre de l'Union européenne. À ce propos, le professeur Laurence IDOT a à juste titre relevé que dans le droit des SIEG, le principe d'égalité se manifeste beaucoup

[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] [illegible]

plus en son corollaire qui est le « principe de la non-discrimination ». En réalité, en droit européen des SIEG, il ne s'agit en réalité que de deux vocabulaires juridiques employés pour désigner qu'une seule même réalité juridique. C'est ici, une confirmation de la forme classique de l'expression en droit de l'Union européenne du principe d'égalité sous son corolaire de la « non-discrimination », notion structurante de la pensée juridique et de la vie socio-politique de et dans l'Union. En droit de l'Union donc, le principe d'égalité se confond avec celui de « non-discrimination » jusqu'au Traité de Lisbonne de 2007.

2- Principe d'égalité et le protocole 26 du traité de Lisbonne

Depuis le traité de Lisbonne et tenant compte de l'évolution que comporte le protocole 26 annexé audit traité, il s'est opéré un véritable renforcement du statut de « valeur commune de l'Union » conféré par l'article 16 CE désormais sous le numéro 14 TFUE. Cette évolution permet de ne plus se livrer à l'exercice intellectuel susvisé pour comprendre que ce suppose cette érection au rang de valeur commune de l'Union réalisée par le traité d'Amsterdam. Le Traité de Lisbonne donne à l'expression de *« valeur commune de l'Union » un sens précis « en reconnaissant aux différentes autorités nationales et locales un pouvoir discrétionnaire sur leur création et leur organisation, une adaptabilité selon les situations géographiques, sociales ou culturelles, un niveau élevé de qualité et une égalité de traitement (et non pas une « non-discrimination » comme classiquement en droit de l'Union »*. À partir du traité de Lisbonne, il convient de retenir qu'en droit des SIEG, le principe d'égalité, s'exprime désormais comme tel et qu'il ne se décline plus en « non-discrimination ».

Des développements précédents, il ressort de l'étude de la notion de SIEG que depuis 1997, deux grands principes sous-tendent essentiellement le régime juridique du droit afférent à cette catégorie de service public européen. D'une part le principe de subsidiarité ou le fondement majeur de la dévolution de compétence par les traités aux pouvoirs publics des Etats membres. Et d'autre part, le principe d'égalité qui se décline par moment en son corollaire qui est le principe de la non-discrimination.

Toutefois, le vocabulaire juridique des SIEG ne se limite pas aux seuls principes de subsidiarité et d'égalité même si ceux-ci y jouent un rôle prépondérant. D'autres terminologies juridiques bien connues des pratiques et cultures juridiques des Etats membres s'y retrouvent également.

3- Principes d'égalité et de non-discrimination inséparables

Les principes d'égalité et de non-discrimination sont indissociables dans la pratique du droit des SIEG. L'on peut s'autoriser d'affirmer à la suite du constat de certains auteurs que d'une part, le principe d'égalité s'y manifeste souvent plus en son corollaire[...] qui est le « principe de la non-discrimination ». Et d'autre part, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne tout comme dans celle de la Cour de Strasbourg, les deux principes se déclinent en l'un ou l'autre. Sur cette déclinaison mutuelle, la démarche de juge de la Cour de justice des droits de l'homme (CEDH) est remarquable en ce qu'elle privilégie la protection des deux principes en n'hésitant pas à les relier de manière souvent indissociable. Cela fut le cas dans ces célèbres affaires Golder[...], *Godeli*[...] et *Handyside*[...] où elle s'est imposée une lecture combinée des dispositions des articles 3, 14 de la Convention européenne sur les droits de l'homme (CESDH) et des articles 1 et 12 du protocole 12 à la CESDH. Cette attitude du juge de Strasbourg visant une protection accrue de la non-discrimination en matière de droit de l'homme est transposable dans le droit des SIEG aux fins d'y rendre aussi efficace qu'effectif, le respect des principes d'égalité et de non-discrimination à l'égard des opérateurs économique tout comme dans l'accès équitable et égalitaire des citoyens et résidents des pays membres de l'UE aux prestations fournies dans le cadre des missions de SIEG. En retenant que les principes d'égalité et de non-discrimination se manifestent souvent de manière indissociable, en droit des SIEG, l'on pourrait postuler le second est le corollaire du premier. En les considérant indissociables dans le traitement des cas portés devant la CJUE, le gain majeur est de majorer la protection dont bénéficient, des opérateurs économiques et des consommateurs finaux des prestations accomplies dans le cadre des SIEG.

[...]
[...]
[...] *Arrêt Golder* du 21 février 1975, série A n° 18, pp. 21-22, par. 45).
[...]
306

§2 : Quelques terminologies juridiques confuses des SIEG

Pour des besoins de clarté et de spécificité surtout, un ensemble de concepts seront regroupés sous la rubrique générale de terminologies du droit des SIEG (**A**) tandis que deux d'entre eux seront étudiés séparément (**B**).

A- Terminologies du droit des SIEG

L'idée de base du service public européen est une conciliation entre logique concurrentielle et poursuite de l'intérêt général avec une place de choix attribuée à la fois au marché et à l'idéologie marchande. L'idéologie marchande fonde la sauvegarde des libertés visées par les dispositions des articles 34 TFUE (ex-article 28 CE : prohibition d'entraves à la libre circulation des marchandises), 37 TFUE (ex-article 31 CE : aménagement des positions nationales de monopole commercial), 49 TFUE (ex-article 43 CE : interdiction des restriction à la liberté d'établissement) et 56 TFUE (ex-article 49 CE : prohibition des libertés de prestations de services à l'intérieur de l'Union). La consécration du marché comme l'acteur principal de la vie socio-politique et juridique en fait l'axe principal de la conception européenne du service public. Ainsi, avec la réalisation du marché unique, un double acte majeur s'est posé consistant à soumettre par principe, tous les services publics européens à l'application des règles de la concurrence et à celles du traité d'une part. Et d'autre part en la mise en place d'un régime dérogatoire audit principe. Les entreprises publiques et celles dotées de droits spéciaux et exclusifs visées par l'article 106 TFUE (ex-article 86 CE) ont été placé sous un régime strictement encadré d'exception au principe d'application des règles européennes de la concurrence. En d'autres termes, cela revient à poser le principe de soumettre indifféremment les entreprises publiques et privées au règne desdites règles. Il s'agit d'un acte fondateur dont les effets se feront ressentir à partir de la seconde moitié de la décennie 1990 avec l'entrée en jeu de l'article 86 CE. L'idée principale était qu'en tenant compte de *« l'influence que les Etats membres sont en mesure d'exercer sur ces entreprises publiques et assimilées, afin d'atteindre par leur intermédiaire des objectifs de politique économique, (une) obligation consistant à respecter les règles de concurrence s'impose tant à ces entreprises qu'aux Etats membres, entendus largement comme incluant les collectivités territoriales et toutes les entités exerçant des prérogatives de puissance publique »*[illegible].

[illegible]

On le voit, d'un souci de protection des entreprises prestant des services d'intérêt général, naissait toute une logique juridique qui aboutira à la mise en place d'un régime juridique. Il en ressort une imposition d'obligations aux Etats membres au profit d'entreprises qui s'engagent dans les activités de SIEG. Il y a eu aussi dans cet acte hautement important pour la logique du service public au niveau européen, la mise en place d'un contexte juridique qui à mesure qu'il s'éclaircit, donne une approche protéiformes dudit concept. Mais nous ne retiendrons ici que trois notions au contenu flou qui ne facilitent par la bonne compréhension du droit des SIEG. Il s'agit premièrement de la notion d'activité économique (**1**), puis de la définition l'entreprise en droit des entreprise (**2**). Enfin de la notion de fait économique dans le droit des SIEG (**3**).

1- Concept d'activité économique

En droit des SIEG, la détermination des activités dites économiques est tributaire de la conception *lato sensu* que la Cour de Justice de l'Union européenne retient des concepts d'entreprise et d'activité économique. La consécration de cette approche large des deux notions s'est faite dans les arrêts de la Cour de 1971 à 2010[illegible]. Il s'agit d'une conception au demeurant très large de la notion d'activité économique et de celle de l'entreprise, deux concepts juridiques majeurs du droit européen de la concurrence que semble lier étroitement la Cour tel que cela apparaît dans certains de ses dont celles sous l'*arrêt Höfner et Elser* précité. En effet, dans le point dans le point 21 dudit arrêt, juste après sa précision selon laquelle en droit de la concurrence, « **d'une part, la notion d'entreprise** comprend toute entité exerçant une activité économique (…) (elle ajoute que) **d'autre part, l'activité de placement est une activité économique** »[illegible] (soulignées par nos soins). Cela n'est donc pas

[illegible]

[illegible]

anodin de retrouver les expressions d'une part et d'autre part se rapportant au même domaine du droit de la concurrence. Aussi, l'application par principe assortie d'une dérogation bien encadrée du droit de la concurrence dans le droit des SIEG autorise sans un grand effort intellectuel d'étendre à cette matière, cette réalité juridique jurisprudentielle.

Il en découle que l'étude du concept d'activité économique dans le droit des SIEG doit prendre premièrement en compte, le lien entre celui-ci et d'autres notions juridiques. Aussi, en droit des SIEG, l'activité économique est lié à l'intérêt général (**a**). Puis, des précisions de la Commission européenne et de l'apport de clarification jurisprudentielle de la CJUE, apparaissent une nomenclature non exhaustive des activités économiques retenues (**b**) et la distinction de celles qui en sont exclues (**c**).

La détermination de ce que recouvre le concept d'activité économique est importante pour le droit des SIEG en ce qu'elle met à nu le lien entre la commande public et l'application ou non du droit de la concurrence au domaine du service public. De cette précision terminologique découle des conséquences juridiques majeures. Il en va de l'applicabilité du droit de la concurrence aux activités de production, de distribution et de services, c'est-à-dire aux activités économiques, ce qui a eu pour conséquence à contrario d'exclure de son champ d'application les actes de puissances publiques de service public. En effet, en droit des SIEG, par activité économie il entendre une activité économique par opposition à celle non économique. Ceci revient à distinguer entre l'activité d'intérêt générale marchande de celle non marchande. On le sait, la frontière entre l'économique et le non économique est moins évidente, qu'elle le paraîtrait. Très souvent, c'est la Cour de Justice de Luxembourg qui a distingué l'activité « qui relève du service d'intérêt économique général »[illegible] de celle qui en est exclue. C'est donc elle qui tente difficile d'établir une frontière entre l'économique et le non-économique. Cette frontière qui ne peut être étanche, est pour l'heure non encore définitivement clarifiée dans sa jurisprudence et dans la doctrine du droit des SIEG.

Le sens que le droit européen donne à la notion d'activité économique renvoie à la productivité et la commercialité. Aussi, en droit des SIEG, est une activité économique, celle qui produit ou commercialise des biens ou des services à caractère marchand. Or le caractère

marchand ou non marchand est moins évident dans certaines activités sociale et de santé qui avant le « paquet Almunia » étaient tous du ressort du droit des SIEG. A la suite du « *paquet Almunia* », tout en admettant comme une réduction de son champ, l'exclusion des activités régaliennes, la protection sociale et l'éducation de base, les SIEG couvrent toujours une large panoplie de service public. La variété des activités de SIEG rend difficile la distinction de ce qui est dehors de ce qui en fait partie sur la base de l'économique. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 18 juin 1998, Commission contre Italie, retient l'idée que toutes activités humaines qui n'entrent pas dans le cadre d'un marché est exclu du critère économique. Or, retenir le marché comme facteur identifiant de l'économique c'est exclure de ce fait, les activités de production d'énergie qui rentrent dans les services d'intérêt économique général. L'on est alors en droit de se demander si la recherche du juridiquement correcte n'a pas primé dans le choix d'une approche fonctionnelle de l'activité économique suivant les définitions jurisprudentielles du juge européen. Le juridiquement correcte qui admette que l'activité économique embrasse le plus possible de secteur où irradie le droit de la concurrence est ici aux antipodes du politiquement correcte avant questionner socialement acceptable. Aussi, est à souligner que pour la CJUE, le concept d'activité économique est plus un moyen qu'une fin. C'est le moyen d'opérer une délimitation du domaine d'application du droit de la concurrence dans le champ des SIEG, de la sorte à désigner quelle activité lui est soumise, par opposition à celle qui ne l'est pas. Le souci de rester lucide en naviguant de manière juridique, dans un domaine hautement économique transparaît dans l'adoption de l'approche fonctionnelle, de l'activité économique comme critère inclusif ou exclusif du champ d'application des règles européennes de la concurrence.

Le politiquement correcte se retrouve efficacement balisé dans le recours à ce critère de sorte à réaliser une sauvegarde de la délimitation de l'applicabilité du droit de la concurrence. La tentation des pouvoirs publics internes aux Etats membres d'inclure dans le champ de la logique du marché des activités qui ne doivent pas y être est muselée. Au delà de la protection de certaines activités du règne du droit de la concurrence, il s'agit davantage plus d'une nécessité d'étendre ou pas les lois du marché à certaines situations de nature à être classées dans l'ordre de l'intérêt général. Malgré la conceptualisation difficile de la notion de marché, un choix est nécessaire pour que les entreprises qui s'engagent dans la prestation d'une mission de SIEG ne se heurtent pas à l'écueil juridique du flou de l'identification de l'activité en question. Le droit positif des SIEG retient donc l'approche fonctionnaliste de l'activité économique dans le sens l'arrêt Commission contre Italie précité de la Cour. Les

dispositions de l'article 106 TFUE §1er et 2e se rapportent à une activité économique d'intérêt général, objet de la mission que les pouvoirs publics territoriaux intérieurs aux États membres consente librement de confier à un opérateur économique.

Le cadre juridique approprié à cette mission spécifiquement économique d'intérêt général est tributaire de la nature de l'activité considérée. Il ne peut en être autrement. La clarté de la notion d'activité économique s'impose, par le seul fait, qu'elle est déterminante pour une série de décisions et d'actes juridiques dès lors qu'ils peuvent avoir entre autres effets de placer une entreprise dans une situation où elle contreviendrait automatiquement aux prescriptions du droit européen de la concurrence. Il s'agirait de l'hypothèse prévue par le §2e de l'article 106 TFUE qui ouvre la non application de l'entièreté des règles européennes de la parce que les appliquer reviendrait à faire « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui (…) a été impartie »[illegible] aux opérateurs économiques « chargés de la gestion de services d'intérêt économique général »[illegible].

La détermination de l'activité visée par la mission de services d'intérêt économique général rime avec celle de l'identification de l'intérêt général à préserver ou à atteindre. En effet, l'entrée du droit de la concurrence dans la matière de la commande publique rend celui-ci applicable et opposable à la fois aux personnes de droit public (entreprise publique) et aux opérateurs économiques privé chargé de gérer lesdites missions. L'on est tenté de conclure sur ce point qu'une fois le concept de l'activité économique clarifié tout va bien dans le meilleur des monde, car les opérateurs économiques impliqué dans une mission de SIEG sont identifiables sur la base simple de l'activité économique. Pour autant, l'évolution du droit des SIEG et les précisions de la Cour de justice de l'Union européenne révèlent qu'une telle posture est trop simpliste. En droit des SIEG, la notion d'entreprise a fait débat au point de requérir la force interprétative jurisprudentielle en vertu de l'article 234 du traité des Communauté pour la préciser et la stabiliser.

[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] [illegible]

La logique de base pour identifier les activités économiques concernées par la notion d'activité économique retenue par le droit des SIEG est dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne à savoir : « toute activité consistant à l'offre des biens et/ou des services sur un marché donné est une activité économique ». De 1971 à 2010, les dispositions des articles 86 et 90 CEE, 86 CE et 106 TFUE ont connu des différentes précisions de la part de la Commission européenne et suite à des interventions jurisprudentielle de la Cour de justice de Luxembourg. Il s'ensuit qu'une série variée mais non limitative d'activités économiques peut être établie. Aussi, dans le droit des SIEG ont été reconnu comme des activités économiques, suivant les précisions jurisprudentielles : l' « exploitation d'un port fluvial »[illegible], la «production d'émission de radiotélévision »[illegible], le « Le transport par chemin de fer »[illegible], « les services de distributions d'eau »[illegible], les services de « télécommunication »[illegible], les « activités de pompes funèbres »[illegible], « activité de placement de personnel »[illegible], « les services postaux »[illegible], « la fourniture d'énergie électrique »[illegible], le « transport de voyageurs »[illegible], l' « exploitation de lignes non rentables pour des raisons d'intérêt général»[illegible], « la gestion d'un port de commerce »[illegible], « la Fixation d'un "prix de référence" pour la fourniture du gaz naturel »[illegible], etc..

[illegible]

[illegible] CJCE, 17 juillet 1997, *Arrêt GT-Link*, Affaire C-242/95, Rec. CJCE p. I-4449 [illegible]

On le voit, la Commission européenne est un peu moins prolixe avec quelques désignations seulement amis elle a y a tout de même contribué à l'œuvre juridique d'identifications des activités économiques retenue dans le cadres des SIEG. Deux remarques se dégagent de l'analyse rapide de cette énumération somme toute non exhaustif, surtout, l'objectif n'étant pas d'en fournir une.

Premièrement, en ce qui concerne la désignation procédant de l'interprétation jurisprudentielle, cet au fil de l'eau, à mesure que la Cour de Justice de l'Union européenne est saisie d'une affaire portant sur la compatibilité d'une activité donnée avec le concept d'activité économique visée par les dispositions des articles 86 et 90 CEE, 86 CE et désormais l'article 106 TFUE quelle précise et retient que celle-ci est au reconnue comme telle ou non. Il s'agit d'une démarche justifiée et inévitable à la lumière de la répartition des compétences opérées par les traités CEE (Rome 1957), CE (Amsterdam 1997) et de celui portant sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE de Lisbonne 2007).

Le premier paragraphe des dispositions de l'article 106 (ex-article 86 CE) semble prescrire une telle conduite jurisprudentielle dans la mesure où il s'agit d'un plein pouvoir dévolu aux autorités publiques internes aux Etats membres de définir, d'organiser et de choisir le mode de financement (cette dernière compétence est tout de même encadrée pour éviter l'emploi inapproprié des aides d'Etats). C'est bien là la **deuxième remarque** que suggère cette énumération. En effet, préétablir un listing exhaustif serait faire une restriction à de l'exercice du pouvoir souverain susvisé. Or ce pouvoir ne souffre d'aucune limitation significative prévue par les traités du moins dans sa qualification d'un SIEG. La définition ainsi réalisée par les pouvoirs publics ne peut encourir qu'un recours devant la CJUE pour « erreur manifeste d'appréciation »[□□□]. Surtout que « les Etats membres restent libres, sous réserve de l'erreur manifeste d'appréciation, de définir leurs SIEG, mais ensuite, ils le font sous contrôle communautaire et sous condition du respect des tests habituels de nécessité et de proportionnalité… »[□□□].

[□□□] □□□□

Il faut d'ore et déjà, préciser que l'exclusion d'une activité donnée de celles prises en compte dans la catégorie des activités économiques se fait par rapport au critère de la présence d'un intérêt économique général. Aussi, pour Cour de justice, *« il ne pouvait y avoir intérêt économique général pour :*

- *les activités sociales et culturelles : les organismes chargés de la gestion de régimes légaux de sécurité sociale n'assurent pas une activité économique ;*
- *les activités mettant en jeu les prérogatives étatiques, comme la police de l'espace aérien ;*
- *les activités portuaires ;*
- *l'activité de banque ».*

Le concept de l'activité économique n'est pas le seul qui a bénéficié de la clarification jurisprudentielle. La notion d'entreprise a aussi requis l'intervention interprétative de la Cour de justice sur le fondement de l'article 177 du traité CEE.

L'impossibilité de délimitation du domaine des SIEG tien à deux phénomènes juridiques liés. D'une part, l'insuffisance actuelles du nombre d'affaires dont la CJUE est saisie (: entre 1974 et 1993, seulement dix neuf jurisprudences lui ont permis de distinguer des domaines de missions de SIEG) et d'autre part, le caractère souverain de la détermination des domaines de la qualification d'un SIG de SIEG conformément à l'article 86 alinéa 1er CE du traité d'Amsterdam. Bien que lié, ces deux phénomènes, n'ont pas la même importance. Si le premier est lié à un ordre d'occurrence où le hasard intervient, à contrario, le second est une expression de la souveraineté des pouvoirs publics sur laquelle, les traités à ce jour n'autorisent pas une action directe ou indirecte des institutions de Bruxelles. Quel qu'en soit la démangeaison qu'elles puissent ressentir ou même l'empressement à ce substituer aux autorités publiques des Etats membres, les institutions européennes se doivent de s'abstenir d'agir sauf à apprécier la conformité de la qualification de la mission de SIEG. Le cas échéant, la Commission peut déférer cette qualification si elle est insuffisante et surtout sur la base d'une erreur manifeste devant la CJUE. Que ces deux phénomènes suffisent ou pas à trancher pour une impossibilité de dresser dans le présent, une liste exhaustive donc limitative des domaines susceptibles de faire l'objet d'une qualification de mission de SIEG, il n'en demeure pas moins qu'ils participent de la difficulté à réaliser une telle œuvre intellectuelle juridique. Elaborer un tel listing peut s'avérer utile mais pas pour l'instant indispensable pour un domaine mouvant et sensible comme l'intérêt général économique où se mêlent, s'entremêlent et se disputent des intérêts divers. « L'action publique doit donc se redéfinir et se moderniser en permanence »[illegible]. En prenant en considération cette mutation inévitable et en la conjuguant au pouvoir unilatéral « encadré » des pouvoir publics locaux en matière de SIEG, force est de reconnaître que la préoccupation de dresser une liste exhaustive et limitative est moindre dans une Europe d'y élargie. Avec chaque élargissement, de nouveaux défis d'adaptation apparaissent surtout qu'avec la dernière grande vague d'adhésion, « de nouvelles pratiques ont émergé, et de nouvelles formes de régulations se sont imposées, à tous les échelons, visant à rend-forcer la qualité et l'efficacité de ces services »[illegible]. Services qui dans le cadre spécifiques des SIEG doivent et ne devraient être presté de manière qualitative dans l'intérêt des consommateurs finaux.

Le tout étant de privilégié la satisfaction des besoins des consommateurs finaux des missions de SIEG, pourrait-on dire mais n'importe comment bien évidemment. Puisque le droit des SIEG ne s'accoutume pas du bricolage encore moins de la démence juridique que serait la finalité de satisfaction du besoin des citoyens et résidents des États membres. Les missions de SIEG prestées, doivent l'être suivant les règles de l'art en l'occurrence le respect des articles 16, 86, 87 CE et du régime juridique qui leur est attenant de manière à ce que le rôle de cohésion socio-économique qui leur a été dévolu par le traité d'Amsterdam et confirmé par le protocole 9 du traité de Lisbonne soit rempli. Le bien vivre ensemble européen et le bien-être des citoyens et résidents européens en dépend, partant, aucune mission de SIEG peut être dévolue et prestée de manière à favoriser le « laisser-faire » « laisser-aller » qui serait préjudiciables à l'intérêt général commun des Etats membres.

Pour le présent et pour l'avenir peut-être un brin long, la CJUE joue et jouera encore un important rôle dans la construction et la solidification du droit des SIEG. Surtout que l'acteur juridictionnel de Luxembourg du droit européen sait mieux que quiconque, l'importance d'user dans de patience dans la formulation de normes de droit qui rassemble toutes ces diversités culturelles de praxis du droit.

2- L'entreprise en droit des SIEG

Dans le droit communautaire en général et tout particulièrement dans le domaine des SIEG, l'on entend par entreprise exactement ce qu'en formule le Professeur Marianne Dony comme définition à savoir que « l'expression « entreprise publique » est généralement utilisée (…), pour définir le régime de propriété du fournisseur de service. Le traité prévoit une stricte neutralité. **Le fait que les fournisseurs de services d'intérêt général soient public ou privés n'a pas d'importance dans le droit communautaire ; ils jouissent de droits identiques et sont soumis aux mêmes obligations** »[illegible] (c'est nous qui le soulignons). Ceci paraît indiscutable comme étant la conception que le droit des SIEG dégage de la notion d'entreprise. En revanche, la superposition de manière identique des notions d'entreprise et d'opérateurs économiques nécessite une précision dans la mesure où la Cour de justice de l'Union, la Commission européenne et la doctrine s'accordent toutes à employer tantôt l'une tantôt l'autre des deux expressions pour désigner « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal

[illegible]

[illegible]

(…) »[illegible]. En prenant le soin d'éviter le débat sémantique sur les deux notions, il semblerait que l'activité exercée par l'entreprise dans le cadre d'une mission de SIEG préside au fait que le terme d'opérateur économique soit utilisé par endroit par les acteurs du droit communautaire et par les destinataires des dispositions des traités portant sur le droit des SIEG aux lieu et place de l'entreprise. Néanmoins, juridiquement parlant, la notion d'entreprise est perçue de manière générale comme désignant « les établissement réunissant, sous une direction commune, des moyens tant humains que matériels en vue de l'accomplissement d'activités économiques, commerciales, ou services »[illegible]. La terminologie d'opérateur économique qui n'est pas définit par la science juridique certainement pour la difficulté de la formulation d'une définition unique acceptée par l'ensemble des discipline qui la compose fait la place aux type d'opération au point que plusieurs lexiques[illegible] et dictionnaires[illegible] des termes juridiques préfèrent définir l'opération de… et ne pas s'attarder sur l'acteur ou l'opérateur qui dans le cadre des SIEG peut être une entreprise publique ou privé. Cette approche est d'autant plus admissible que pour certains auteurs, « une entreprise est titulaire d'un droit exclusif la loi accorde à cette dernière, et à aucune autre, le droit d'exercer une activité économique déterminée »[illegible]. L'opérateur qui exerce dans le cadre des SIEG une activité économique déterminée et qualifiée par les pouvoirs publics étatiques et/ou locaux des pays-membres de services d'intérêt économique général est une entreprise et aussi un opérateur économique aux termes des dispositions de l'article 106-2 TFUE (ex-art. 86-2 CE).

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

3- Notion de « fait économique » dans les SIEG

La question à laquelle nous répondrons ici est celle de savoir quel(s) lien(s) peuvent avoir les notions de « fait économique » et de SIEG ? La réponse à cette question n'est possible qu'après avoir au préalable définit ce que l'on entend par « fait économique » en droit. Nous choisissons de rester dans le domaine du droit e l'Union européenne comme le thème principal de notre recherche qui porte sur la notion de SIEG nous l'impose pour y voir comment la notion de « fait économique » y est appréhendée afin de faire ressortir ses lien éventuel avec le concept juridique qui retient notre attention. C'est donc dans le cadre juridique du droit de l'Union que nous envisagerons donc la saisie abstraite par la science juridique du « fait économique ». Dans ce cadre, constat est fait de ce qu'il s'agit d'une définition malaisée comme l'indique monsieur Le Professeur Philippe Maddalon pour qui, l'évocation de la terminologie du « fait économique » renvoie à une double difficulté à savoir qu'« à la difficulté classique de distinguer le fait du droit s'ajoute celle de caractériser le fait économique »[...].

Prenant en considération, l'exigence de ce double obstacle à franchir, nous reprenons à notre compte, la remarquable définition du « fait économique » du professeur Maddalon selon laquelle, le « c'est tout d'abord ce que le juge considère comme tel. (…) C'est ensuite une catégorie qui n'inclut ou n'exclut complètement aucune politique de l'UE. Même les mesures de défense commerciale, a priori immergées dans les considérations économiques (prix, marge de dumping, montant de subvention), sont imprégnées d'éléments non essentiellement économiques.

Pour autant, l'importance des faits économiques fluctue certainement selon la politique concernée. (…) La véracité des faits économiques, par exemple en matière de protection de l'environnement, apparaît peu contestée. C'est un moyen de ne pas en débattre mais aussi d'en faire une norme, tout autant qu'un fait. Plus nettement encore, le droit de la non-discrimination paraît impossible à détacher des faits, notamment économiques. (…) **Le droit de l'UE se caractérise par des notions floues, qui font passer le fait, facteur d'adaptation au cas, avant la règle générale**. (…) le fait économique est une information. Cela suscite plusieurs difficultés : **son asymétrie tout d'abord** : comment un client, moins

bien informé qu'un avocat ou un médecin, peut-il apprécier la qualité de leur prestation ? **Leur multitude ensuite** : comment connaître tous les faits nécessaires à une information fiable si le marché est atomisé ? **Leur indétermination enfin** : comment fixer le prix d'accès à un réseau de télécommunication ou de transport qui n'a jamais fonctionné sur une logique de marché, donc sans prix de référence ?

Il faut encore relever que l'information économique, qui donne un avantage économique sur le marché à celui qui la détient, devient un fait économique en cas de contentieux, un élément de règlement du différent. **Le fait économique contient en ce sens à la fois des intérêts particuliers et un intérêt général** »[illegible] (C'est nous qui les soulignons).

De la définition susvisée il ressort que dans le droit de l'UE, le «fait économique » est protéiforme, premièrement de détermination jurisprudentielle puis se retrouvant dans presque tous les domaines du marché européen. C'est déjà à ce niveau que se situe le premier lien entre le « fait économique » sus-définit et le droit des SIEG étant entendu que le domaine de des SIEG recoupe celui des marchés publics où peuvent valablement être définies des missions de SIEG par les pouvoirs publics étatiques régionaux et locaux des pays-membres. Puis, l'on y retrouve une caractérisation très laborieuse du fait que dans le cadre juridique de l'UE, le « fait économique » peut et bel et bien une information qui peut comporter une « indétermination » qui renvoie avec pertinence aux services publics ou SIG fournis en réseau dont particulièrement les SIEG. La fixation du prix de référence est même dans le domaine du droit de l'UE et tout particulièrement dans celui des SIEG où il y joue un double rôle. Il y est un intérêt communautaire de même qu'il y est un facteur de protection des « intérêts des consommateurs ». Ces deux éléments sont clairement visés par le juge européen dans l'arrêt Federutility[illegible] de la CJUE du 20 avril 2010.

Un autre lien entre le fait économique et le droit des SIEG peut être trouvé, notamment dans l'affaire *Elf Aquitaine contre Commission*[346] du 7 mai 2011 dans laquelle, *Elf Aquitaine* demande au Tribunal de l'Union européenne d'imputer uniquement à sa filiale

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Arkema, la responsabilité de son comportement restrictif à la concurrence, en raison de sa pleine autonomie sur le marché. L'approche fonctionnaliste de l'activité économique sur laquelle peut porter une mission de SIEG est également une donnée à prendre en compte pour considérer que les missions de SIEG sont des faits économiques. Enfin, l'on pourrait aussi retenir le fait que la mission de SIEG, pour répondre aux besoins des consommateurs est, définie par les pouvoirs publics étatiques en fonction d'une conjoncture socio-économico-politique donnée. Les aides d'État représentent également des données économique renforçant la nature de fait économique des SIEG. Mais elles y sont strictement règlement puisqu'elles peuvent fausser le jeu de la concurrence sur le segment de marché considéré.

B- Aides d'État dans les SIEG

L'usage et /ou le renvoi aux notions d'aide(s) d'Etat et de compensations ne manquent pas par endroit de poser quelques problèmes dans le droit des SIEG. Ces deux concepts juridiques peuvent provoquer des confusions dans le droit des SIEG où ils désignent parfois la même réalité juridique alors que des efforts pour les distinguer sont effectués par les institutions de Bruxelles depuis 2003. Il importe donc de préciser ce que renferme d'une part la terminologie d'aide d'Etat (**1**) et d'autre part de clarifier celle de compensation (**2**) afin de mieux cerner la position jurisprudentielle d' « une logique compensatoire »[illegible] dans l'arrêt Altmark (**3**).

1- Aide d'État et SIEG

Aide d'État selon la doctrine du droit européen – La doctrine du droit européen définit les aides d'État comme des « aides accordées par les États ou au moyen de ressources étatiques sous quelque forme que ce soit à certaines entreprises ou types d'activités. En principe, les aides d'État sont incompatibles avec le marché intérieur si elles faussent ou menacent de fausser la concurrence. Cependant, certaines catégories d'entres elles sont compatibles de plein droit ou susceptibles d'être compatible avec le marché intérieur »[348] si la Commission européenne le concède (article 108-4 TFUE).

[illegible]

Aides d'État dans les SIEG, définition et conception des droits primaires et dérivé de l'Union européenne – L'article 107 TFUE définition négative en considérant la notion de compatibilité ou incompatibilité avec le marché intérieur ; autrement dit, n'est pas une aide d'État consentie par un Etat membre à une entreprise chargée de prester des missions de SIEG si elle est incompatible avec les règles de la concurrence. Aux termes de l'article 108-1 TFUE, « La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur ». Les paragraphes 2 à 4 de l'article 108 TFUE permettent à la Commission européenne de réguler manière très stricte, l'octroi des aides d'État en matière de SIEG. Surtout aux termes de l'article 18-4 TFUE, « La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées, conformément à l'article 109, comme pouvant être dispensées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article ».

À ces définitions de l'aide d'Etat dans les SIEG, s'ajoute toutes les précisions du paquet Almunia entré en vigueur en janvier 2012 dont le quatrième texte est relatif au seuil de minimis qui prendre en compte, le montant de l'aide d'Etat pour déterminer elle en en est véritablement une car elle ne doit pas dépasser le seuil de 500 000 euros sur trois exercices consolidés de l'entreprise. Il est vrai qu'une aide d'État supérieure à 500 000 euros est un très grand cadeau étatique pouvant fausser la concurrence dans le secteur où se réalise la mission de SIEG concernée. Pour aller plus loin sur la notion d'aide d'État en matière de SIEG, nous recommandons la lecture intégrale du paquet Almunia que nous préférerons dénommer le paquet de la Commission européenne de régulation des aides d'État dans les SIEG.

On leur sait au moment de son adoption en novembre 2011, le paquet *Almunia*[349] ne contenait que trois des quatre textes dont il devrait être composé. Ce n'est que plus tard, le 25 avril 2012 que fut adopté le Règlement (UE) n°360/2012[350] de la Commission relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt général. En 2014, la Commission a jugé utile de clarifier davantage les notions des aides d'État et du seuil

de minimis par un autre règlement dit Règlement (UE) n° 651/2014[351] de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines autres catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

Nécessité d'un véritable droit UE des aides d'État – De ce qui précède, l'analyse retient la nécessité de la mise en place d'un véritable droit Union européen des aides d'État qui clarifiera définitivement cette notion et mettra, une fin à sa définition négative qui est très peu claire. Une définition théorique, objective de cette notion importante pour le droit européen de la concurrence en général et tout particulièrement pour les SIEG est concernée par les articles 101,102, 106, 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)[352]. Si cela est nécessaire de l'écrire alors l'analyse pense que l'importance que traduit la consécration de six articles du TFUE à cette notion justifie amplement, le besoin d'une systématisation à laquelle, la doctrine pourrait apporter ses éclairage et vertu de conceptualisation. Il nous semble que construit un tel droit permettra également de poser définitivement, les quatre critères de la jurisprudence *Altmark*[353] en matière de compensation d'obligation de service publique de SIEG sous la forme d'une aide d'État.

2- Compensation de SIEG

Combinaison jurisprudence *Altmark*[354] et Règlement (UE) n°360/2012[355] de la Commission relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt général pour comprendre la notion de compensation d'une obligation de service publique dans les SIEG – La notion de compensation apparaît dans le vocabulaire juridique des SIEG sous le vocable subvention qui semble être son équivalence ou de droits octroyés selon les termes de l'article 106-1 TFUE. Le terme subvention en remplacement de la compensation ne semble pas adapté pour désigné une aide d'État octroyée

à une entreprise chargé de prester une mission de SIEG sous la forme compensatoire d'une Obligation de service public (COSP). La subvention « au sens strict, contributions pécuniaires conférées par les pouvoirs publics (État membre ou collectivités locales) à des entreprises. Le droit communautaire de la concurrence prohibe les subventions, dès lors qu'elles nuisent aux échanges intracommunautaires. Sont principalement visées les subventions aux exportations ou les subventions aux entreprises qui s'apparenteraient, dans ce dernier cas, à des aides publiques »[356].

Concernant la notion de l'obligation de service publique (OSP), son apparition dans le vocabulaire juridique européen est le fait du Règlement (CEE) n°1191/69 du Conseil du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable[357]. L'on comprend donc l'idée de la Cour de justice de forger dans le désormais célèbre arrêt Altmark, une notion précise avec des critères qu'elle a élaborées pour situer la compensation d'obligation de service public dans les SIEG. Le copier-coller juridique de la notion d'OSP du règlement CEE n°1191/69 ne cerne pas exactement l'octroi d'une aide d'Etats compensatrice d'une OSP de SIEG. Ainsi est-il que la CJCE a décidé dans le point 3 de son arrêt Almark que *« La condition d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE) selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre États membres ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné. Toutefois, des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de cette disposition dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public. Aux fins de l'application de ce critère, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier la réunion des conditions suivantes:*

- ***premièrement**, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies;*

- ***deuxièmement,*** *les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente;*
- ***troisièmement, <u>la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations</u>****;*
- ***quatrièmement,*** *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, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations »*[358].

Enfin, c'est le règlement de la Commission du 25 avril 2012, relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général ; précisera davantage les conditions d'attribution d'une compensation d'obligation de service public (COSP) dans les SIEG. En effet dans le point 3 de ce règlement, la Commission argument : « *« L'expérience de la Commission dans l'application des règles relatives aux aides d'État accordées aux entreprises fournissant des services d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2, du traité a montré que le plafond au-dessous duquel on peut considérer que les avantages accordés à ce type d'entreprises n'affectent pas les échanges entre États membres et/ou ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence, peut dans certains cas différer du plafond de minimis général fixé par le règlement (CE) no 1998/2006. En effet, au moins certains de ces avantages sont susceptibles de constituer une compensation pour les coûts supplémentaires liés à la prestation de services d'intérêt économique général. En outre, de nombreuses activités qualifiées de prestations de services d'intérêt économique général ont une portée territoriale limitée. Il convient donc d'introduire, parallèlement au règlement (CE) no 1998/2006, un règlement comportant des règles de minimis spécifiques applicables aux entreprises fournissant des services d'intérêt économique général. Il y a lieu d'établir un plafond pour le montant des aides de minimis que chaque entre- prise peut recevoir sur une période déterminée. »*[359].

De ce qui précède, nous trouvons toujours insatisfaisante le bricolage juridique autour des notions de OSP et de COSP dans les SIEG et pensons bien comprendre la logique compensatoire d'OSP dans ce domaine pourrait aider à mieux cerner ces notions. Notre étonnement vient de ce que la Commission surveillant le maniement des aides d'État comme le lait sur le feux, n'ait à ce jour pas réclamer au législateur européen (Parlement + Conseil) un véritable droit des aides d'État prenant en compte les notions de COSP, OSP etc… Serait la position confortable assortie d'énormes pouvoirs inavoués de l'article 106-3 TFUE qui justifie cette non réclamation ? Seule la Commission saura donner une réponse idoine à notre interrogation.

3- Logique compensatoire dans les SIEG

Débuté en 2001 avec l'*arrêt Ferring*, l'évolution jurisprudentielle sur les notions des aides d'État et de la compensation des SIEG s'est stabilisée avec l'*arrêt Altmark* du 24 juillet 2003 dans lequel « la Cour a finalement tranché en faveur de l'approche dite compensatoire (…) non sans poser quatre conditions relativement strictes et cumulatives »[illegible].

Il conviendrait ici de souligner deux éléments importants de la démarche jurisprudentielle qui a abouti à retenir cette approche ou logique[illegible] compensatoire. De cette évolution, **le premier élément** à mentionner est l'opposition deux approches de deux avocats généraux de la Cour. D'un côté celle défendue par général Léger[illegible] et de l'autre, celle de l'avocat général Jacobs[illegible] après que le décor ait été planté par l'Avocat général Tizzano dans ses conclusions[illegible] sous l'*arrêt Ferring* précité.

Analysant les conclusions de l'avocat général Tizzano qui ont été suivi par la Cour de Justice, monsieur Stéphane Rodrigues a à juste titre affirmé qu'il s'était agit d'une internalisation du « service public comme élément de définition de l'aide d'Etat » considéré.

L'on découvre dans cette opposition suffisamment relayée[illegible] dans la doctrine, une adoption malaisée de la logique compensatoire dans le droit des SIEG qui reste en vigueur.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Le deuxième élément est qu'*« en définitive, force est de constater que, compte tenu de la rigueur des conditions requises pour bénéficier de la logique compensatoire, l'arrêt Altmark n'a pas modifié en pratique les données antérieures. La compensation des obligations service public répond dans la majorité des hypothèses à la qualification d'aide »*[illegible] (soulignée par nos soins). C'est donc tout à fait indiqué que le nouveau « paquet Almunia »[illegible] s'intéresse de manière particulière à l'encadrement des compensations de services publics eu égard à la faiblesse de l'impact sur la concurrence dans le marché intérieur de certain secteur. Le volet encadrement des compensations de SIEG à vocation plus commerciale et celui réservé à l'exemption de notification préalable qui vise certaines compensations sont des améliorations et clarifications du concept des compensations dans le droit des SIEG qui prennent en compte, les récriminations possibles contre dont la dangerosité[illegible] sur le plan pratique de la jurisprudence Altmark. Dans le paquet Almunia, la décision d'exemption de notification préalable, en visant les compensations qui malgré leur statut indiscutable d'aides d'Etat, en bénéficient (compensation inférieures à 15 millions d'euros soit une réduction de 20 ans par rapport au précédent « paquet Monti-Kroes » : 30 ans) cible tout particulièrement les compensations octroyées aux hôpitaux et aux services presté pour la satisfactions des besoins sociaux (soins sociaux, garde d'enfants, accès au marché du travail, logements sociaux, soins et inclusion sociale de groupes vulnérables etc…). La liste n'est pas exhaustive mais traduit au moins la forte présence de la dimension sociale dans le projet social européen dont les SIEG sont l'un des vecteurs de réalisation suivant leur consécration comme valeur commune de l'UE dans le protocole 9 du Traité de Lisbonne.

Avec le règlement dit de « minimis »[illegible] adopté en avril 2012, les compensations de SIEG reçoivent davantage de clarification et de simplification, toutes choses que la pratique de la jurisprudence a inspiré. Même si la jurisprudence Altmark de par ses quatre conditions cumulatives paraissait trop rigoureusement contraignante, sa mise en pratique permettait des rectifications dans le concept de compensation produisant une réduction de la confusion entre les aides d'Etat et les compensations dans le droit des SIEG.

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] [illegible]

Les premières données de la création et de la compréhension du concept de SIEG sont tirées des droits primaire et dérivé européens. Mais d'autres paramètres de diverses natures éclairent l'appréhension du concept issu de l'article 90 du traité CEE de Rome de 1957. Ces divers autres paramètres qui contribuent à la construction de la définition de la notion de SIEG seront identifié par l'analyse (**§1**). Par la suite, la notion de SIEG sera présentée comme devant être uniquement employée pour le plus grand bénéfice du peuple de citoyens Union européens (**§2**)

§ 1 : Autres paramètres de la définition des SIEG

La notion de SIEG, victime d'incompréhension et de mauvaises lecture – Selon M. Dorian Guinard, « l'expression " service d'intérêt général " revêt différentes acceptions en fonction des auteurs et des acteurs, signifiant selon certains la réunion des services marchands et non marchands[370], employée par d'autres comme synonymes des services d'intérêt économiques général [371] ou au contraire pour désigner des services strictement non économiques[372]. Cette volatilité sémantique génère une certaine confusion conceptuelle »[373]. Or depuis le traité de Lisbonne de 2009, de telles confusions sémantiques juridiques deviennent intolérable surtout lorsqu'elles touchent au domaine des SIEG. En effet, aux termes de l'article 2 du Protocole 26 sur les SIG annexé au traité de Lisbonne, « Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt

général »[374]. Ces termes nous semblent limpides tout comme nous comprenons à la lecture des deux seuls articles de ce protocole que le cadre globale où se définissent les SIG, SIEG et SIGNE, est celui de l'intérêt général.

Les SIEG sont une catégorie de SIG non enchainés par la polysémie que l'on reconnaît à l'IG – La notion des SIEG a été créée par le traité CEE de Rome de 1957 qui ne l'a pas définie. L'articulation du droit qui s'y rapporte, fait appel à plusieurs autres notions juridiques dont l'intérêt général réputé rebelle à toute conceptualisation abstraite. Et, ce droit est toujours en construction depuis le traité CEE de Rome de 1957. Cette élaboration n'est l'une des plus aisée car se réalisant dans un contexte politico-juridique très particulier. On le sait, « tous les pays européens sont dotés de services qui peuvent avoir des dénominations et surtout des statuts différents. Les services publics des Etats membres étant issus d'évolutions politiques, culturelles, économiques et sociales différentes, la notion de service public recouvre des réalités protéiformes ». C'est donc en tenant compte de cette donne qu'un droit autonome des SIEG s'élabore avec la prise en considération que dans ce domaine, la commercialité – l'économicité – y opère comme un facteur de spécificité et de singularisation des SIG. De par l'économicité, l'on doit entendre toute la spécificité des SIEG qui en fait un excellent carrefour des marchés publics ou l'IG et les règles de la concurrence se rencontrent et se conjuguent pour un meilleur service rendu au public. Cette rencontre n'est pas confligène puisqu'elle consacre de fort belle manière, la schématisation révélatrice d'une

dynamique structurante dans les deux sens. Le premier des deux sens étant celui qui traduit une rencontre féconde. À cette occasion, les règles de la concurrence se socialisent tandis que l'IG en retire les facultés de compétitivité qui lui permettent de fournir des services de qualité au moindre coût.

De ce qui précède, l'on peut retenir que la notion de SIEG échappe à un exercice sémantique polysémique surtout que le droit des SIEG établit de façon très claire qu'il ne s'agit qu'une seule catégorie des SIG. Toutefois, la non admission de la polysémie de la notion des SIEG ne suffit pas à occulter le fait que l'on se doit de reconnaître que les services publics de type particulier que sont les SIEG connaissent une déclinaison en plusieurs formes. Ils peuvent donc être admis comme protéiformes et non pas polysémiques ; la différence en est très grande. Dès lors que l'on admet la nature polysémique d'une notion voire d'une donnée juridique, l'on en convient inéluctablement qu'il ne peut y avoir qu'une difficile saisie abstraite car la notion revêt un caractère fugace. En revanche, si l'on en convient et c'est le cas que les SIEG ne sont qu'une seule catégorie de SIG dotés d'un champ d'activité large, cet éventail conduit à en supposer la nature protéiforme. En effet, comme cela a été précédemment démontré, les SIEG couvrent une panoplie d'activités allant de la naissance de l'individu (services publics hospitaliers) à son incinération (services publics de pompes funèbres)[377]. Une simple catégorisation de ces activités suffirait à en dégager une classification pouvant permettre une approche théorique des domaines d'intervention des SIEG, il est donc possible de leur reconnaître une nature protéiforme en se fondant sur leurs activités. L'analyse s'y intéressera largement dans ses développements de la première partie, titre 2, chapitre 2 section 1ère. Un autre paramètre à prendre en compte dans la définition de la notion de SIEG c'est le peu d'intérêt que le droit primaire et dérivé Union européen accorde au besoin d'une saisie abstraite des notions de SIG et de SIEG.

Inexistence regrettable d'un texte de droit primaire ou de droit dérivé spécifique au SIG, un défaut à corriger – La confusion sémantique sur les SIG, SIGNE et SIEG est tributaire de l'inexistence d'un texte précis en droit union européen spécialement consacré aux SIG. Or le Protocole 26 sur les SIG précédemment cité, de par sa dénomination devrait pallier cette lacune. Cela ne fut pas le cas puisque les deux seuls articles qu'il contient sont relatifs aux SIEG, le premier directement alors que le second déduit les SIG et SIGNE par rapport aux SIEG. Il est vrai que le traité institutif de la communauté économique européenne

a consacré les SIEG en les créant mais le paradoxe dans le Protocole 26 sur les SIG que nous ne pensons pas mal écrit, cristallise le débat sur les services d'intérêt général dans l'UE autour des SIEG. C'est peut-être une donnée à décrypter ou un message idéologique à mettre au jour. C'est ce que l'analyse semble avoir perçu et s'est employé dans ses deux axes à chercher à comprendre. Cependant, il importe de souligner que les rédacteurs des termes de l'article 90 CEE, fondateurs du concept de SIEG, en incluant dans sa formulation, l'intérêt général, ont donné la latitude à la Commission européenne et à la Cour de justice de s'en servir comme fondement à tous leur raisonnement sur l'intérêt général qui se décline en service à rendre aux citoyens européens. Dès lors, l'analyse ne s'étonne guère de constater que ces deux institutions européenne emploient souvent l'expression « service d'intérêt général » comme le fit l'avocat général Vilaça dans ses conclusion sous l'affaire Corinne Bodson contre SA Pompes funèbres des régions. Dans ses conclusion du 11 févier 1988, l'avocat général à pu considérer qu' « il résulte des éléments du dossier dans l'affaire principale que la législation française considère le service extérieur des pompes funèbres comme un service d'intérêt général et qu'elle en a de ce fait confié l'exclusivité aux communes, certaines exploitant directement ces services et d'autres les ayant concédés à des entreprises privées »[378]. Le défaut de précision terminologique et /ou l'emploi alternatif de terminologies juridiques différentes pour désigner la même réalité, une faiblesse de rigueur préjudiciable aux SIEG.

L'exemple précédent relevé par M. Dorian Guinard a le mérite de souligner la nécessité d'une exercice sémantique dans les droits primaire et dérivé UE – En effet, faute de précisions claires et indiscutables des normes juridiques UE, les juridictions nationales ne peuvent que poser de très nombreuses questions préjudicielles à la CJUE. L'on peut s'en convaincre en regardant les statistiques des saisines de la CJUE qui révèlent qu'environ 80% de l'activité de la CJUE est consacrée aux seules questions préjudicielles. L'une des plus importantes illustrations de la nécessité d'une clarté terminologique est la célèbre affaire Costa contre ENEL où l'avocat général Maurice Lagrange avait rappelé la lecture exacte de l'article 90-2 CEE. Il s'est agit d'une « Demande de décision préjudicielle: *Giudice conciliatore di Milano* – Italie »[379] « ayant pour objet une demande de décision préjudicielle, formée sur la base de l'article 177 du traité C.E.E. par le Giudice Conciliatore de Milan et tendant à obtenir l'interprétation des articles 102,93, 53 et 37 dudit traité dans le litige pendant devant ce juge ».

Par ailleurs, la question de SIEG relevant du domaine économique puisqu'il s'agit d'intérêt général économique, un paramètre peut habituel du droit s'invite dans le raisonnement juridique. Il s'agit du fait économique et son utilisation en droit européen.

SIEG, un fait social économique à dimension juridique dont la totale juridicisation vient des droits primaire et dérivé UE – Précédemment exposé (première partie, titre1, Chapitre 2, section1, paragraphe 2, A3) est ici revisité afin de souligner comment in contribue à la construction de la notion de SIEG. Pour le dire autrement, le fait que le domaine des SIEG soit également celui de la manifestation de fait économique ou fait social économique, est à prendre en considération dans la construction de la définition de la notion de SIEG. Il est vrai, pour la science juridique, le fait social économique n'est pas un objet juridique, encore moins il n'a fait l'objet d'une définition théorique et donc il n'y est pas encore systématisé. Ceci est peut-être une lacune à combler, puisque l'inexistence d'un fait social économique ainsi définit par la science juridique n'empêche pas, le juge de sanctionner les auteurs d'infraction à la concurrence par exemple. Or la concurrence et surtout les actes d'antitrust ou anticoncurrentiels, tout comme la concurrence déloyale sont des faits économique punis par la loi suite à un procès devant une Cour de justice. La Cour de justice des communautés européenne a tenu un raisonnement très intéressant qui se rapporte à la notion de fait social dans une affaire dite *Deliège* en date du 11 avril 2000. En effet, dans son arrêt *Deliège*, la Cour considère que « *dans la mesure où la question posée porte sur les règles de concurrence applicables aux entreprises, la Cour ne s'estime pas suffisamment éclairée pour donner des indication quant à la définition du ou des marchés en cause au principal. Le jugement de renvoi ne fait pas non plus clairement apparaître [...] la nature et le nombre des entreprises exerçant leur activité sur ce ou ces marchés. En outre, les informations fournies par la juridiction de renvoi ne permettent pas à la Cour de se prononcer utilement quant à l'existence et à l'importance des échanges entre Etats membres ou quant à la possibilité que ceux-ci soient affectés par les règles de sélection des judokas* »[380].

À l'origine de cette affaire, se trouve la plainte de Madame *Deliège* qui reprochait à la ligue belge de judo, la sélection d'athlètes qu'elle estimait moins brillants que les siens. Nous estimons que cette affaire une occasion manqué pour un juge qui ne se saisit pas *sua sponte* et

qui a donc besoin de saisir pour étaler sa maestria d'auteur de doctrine jurisprudentielle. Elle aurait pu à cette occasion définir la notion de fait économique ou de fait conseil économique aux incidences juridiques comme cela est le cas dans cette cas. Pour autant, dans son estimation précédemment citée, elle ne manque pas de tournoyer autour de considération purement économique (concurrence) et elle vise la notion de marché en soulignant qu'elle aurait pu définir le ou les marché en cause si et seulement si des éléments importants lui avait été apporté à cet effet. Autrement dit, la CJCE semble dire qu'elle n'ignore pas les faits litigieux ou censés l'être qui sont de nature économique et donc le fait économique comme le fait social économique comme le marché n'échappent pas à son office.

D'ailleurs, il est indéniable que le marché instaure des relations sociales [381] transactionnelles entre acheteur et vendeur dans la logique de l'offre et de la demande. Le raisonnement de la Cour de justice dans l'affaire *Deliège* précité, permet d'émettre l'idée autorise que l'absence d'une saisie abstraite, ne veut pas et ne peut pas signifier que celui-ci soit réputé inexistant ; surtout que la science juridique sans le définir ne l'ignore pas pour autant. Mieux, il l'utilise et lui en reconnaît même des conséquences juridiques. Aussi faudrait-il à nos yeux procéder très rapidement à sa définition. Surtout que dans les SIEG, le fait social économique est aisément admissible, l'on en tire même des conséquences juridiques.

Les SIEG sont parfois des marché de fourniture de services (levée d'ordures ménagères, services extérieurs funéraires …) et de marché de fourniture de gaz, d'électricité … qui instaurent des relations sociales au sens que MM. Michel Lallement [382] et P. STEINER[383] définissent la relations sociale dans le marché. d'énergie. En tout état de cause, le débat de l'existence ou non du fait social économique en droit relève plus d'une hypothèse d'école. Les SIEG sont des faits sociaux économiques dans la mesure où l'économicité de ces faits sociaux économiques d'intérêt général suffit à elle seule à les faire accepter comme

existants. Il suffit pour s'en convaincre, de se rendre aux prescriptions de l'ensemble des trois paragraphes de l'article 106 TFUE. Il est vrai que le juriste peine à admettre l'existence du fait social économique en revanche, il ne peut pas nier l'approche du fait social économique formulée par l'économiste. En effet, la pensée économique a déjà admis l'existence du fait social économique[384]. Le juriste pourrait emprunter l'approche de la pensée économique en attendant d'en formuler sa propre définition.

Selon le professeur P. Maddalon, le fait économique, « c'est d'abord ce que le juge considère comme tel. (…) C'est ensuite une catégorie qui n'inclut ou n'exclut complètement aucune politique de l'UE »[385], puis il précise que le recours aux faits économiques en droit européen de la concurrence est « massif, est également systématique. Il apparaît en effet qu'on ne peut pas élaborer de raisonnement juridique en concurrence sans fait économique. Il y a là une certaine logique. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne appréhende le droit de la concurrence dans le chapitre qui s'ouvre par les "règles applicables aux entreprise". Or, la CJUE défini l'entreprise comme " l'entité qui mène une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement"[386]. Mais ce constat ne suffit pas. Il indique le caractère économique de la matière ; il ne dit pas en quoi le fait économique prend mécaniquement de l'importance au détriment de la règles de droit économique »[387] . Or aux termes de l'article 106-2 TFUE, « **Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence**, dans les limites où l'application de ces règles ne fait

pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union »[388].

Ce texte de base du droit des SIEG utilise, indiscutablement des faits économiques mais qui n'échapperont pas aux règles du droit économique puisqu'un droit des SIEG est en cours d'élaboration depuis le traité de Rome de 1957. La présente recherche analyse la notion de SIEG dans sa tri-dimension : juridique, fait social économique et de phénomène juridico-socio-économique créé par le droit primaire européen. Dans les développements de l'analyse sur la définition de la notion de SIEG, il s'agit bel et bien d'une tentative juridique de systématiser un fait économique (SIEG) créé par le droit primaire européen.

§ 2 : Notion de SIEG, notion d'un peuple de citoyens UE

Les deux écoles françaises du service de Bordeaux (Doyen Maurice Hauriou) et de Toulouse (Doyen Léon Duguit) se sont accordées à reconnaitre que le socle de la notion de service public a été de rendre des services public au public donc aux citoyens français. Cette idée découle de l'intérêt général comme raison d'être de l'État. Dans sa gestion de l'intérêt général, l'Etat doit en plus des services régaliens (police, frappe de la monnaie etc) fournir des prestations de service d'intérêt général aurait pu concilier les deux doctrine qui privilégiait soit la puissance publique soit le service public alors même qu'il s'agissait pour chacune d'elle de proposer la meilleure modalité de prise en charge de l'intérêt général pour qu'il soit véritablement au service des citoyens. L'on ne devrait donc pas tenir autant compte de la différence de pratique et de culture de l'approche de l'intérêt général dont le service public est l'une des composante. Malheureusement ces deux écoles françaises ont a un certains moment priorisé les querelles de leadership aux lieu et place de mettre le service public entre les mains de l'Etat en tant qu'outils pour satisfaire les besoins quotidiens des citoyens français.

Il en va différemment dans le cadre du droit européen où la notion de citoyenneté n'est pas basée sur un peuple comme par exemple, le peuple Allemand ou Français mais plutôt un ensemble de citoyenneté. Le concept le plus usité est que l'Union européen est un peuple de citoyens. L'on est donc appelé à définir une notion de service public en général et particulièrement économique en se basant cette fois sur un peuple de citoyens européens.

Cette donne complexifie la formulation d'une définition unique qui soit fédératrice en dehors des SIEG qui en vertu de l'article 14 TFUE[389] sont des valeurs communes de l'UE avec une mission précise de cohésion sociale, économique et territoriale. Cette position a une autre base juridique complémentaire, le Protocole 26 sur les SIG annexé aux traités UE et TFU de Lisbonne de 2009. Mais adhérant à l'idée selon laquelle la difficulté et/ou l'obscurité d'un sujet ne devrait pas décourager l'essai de le cerner ou de l'appréhender surtout parce que mieux vaut l'échec que le refus d'avoir essayer. L'on peut donc oser proposer une définition

Rapprochement idéologique et de finalité entre les SIEG et la conception Duguiste de l'idéologie de l'intérêt général dans le service public – Le traité de Rome a créé un concept de service d'intérêt général qui s'apparente à la conception du service public tel que le Doyen Léon DUGUIT l'avait perçue et systématisée. L'intérêt général dans les SIEG, est à la fois le moyen et la finalité des SIEG. Moyen parce que c'est par l'idéologie de l'intérêt général (rendre service au public) que l'intérêt général économique a été enchâssée, dans le concept de SIEG par les rédacteurs de l'article 90 du traité de Rome.

Puis une finalité puisque de SIEG que les prestations de service public de type particulièrement économique sont fournies aux citoyens et résidents des pays membres de l'union. C'est la raison d'être et le but visé par les pouvoirs publics des États membre de l'UE lorsqu'ils créent par qualification juridique, une mission de SIEG (article 106-2[390] TFUE). La conception Duguiste est la finalité des moyens de SIEG en ce que à terme lesdites missions sont des services rendus au public. Le public ici étant les citoyens et résidents des pays membres de l'UE où s'accomplissent les missions de SIEG. En revanche, il ne peut y avoir de SIEG si en se conformant aux dispositions de l'art 106-1 TFUE (anciennement Art 86-1CE),

les pouvoirs adjudicateurs que sont les collectivités publiques ou l'Etat lui même ne les définissent pas par qualification juridique comme tel. Ce faisant, en l'état actuel du droit européen, leur intervention est primordiale et indispensable à l'existence de tous les SIEG.

Les pouvoirs publics des États membres sont des puissances publiques ou, tout au moins dotés de prérogatives de puissance publique qui leur permettent en application du droit des traités, de l'UE de définir les SIEG (article 106-2 TFUE). On le voit si l'école d'Amsterdam des services publiques advenait, il rapprocherait inévitablement les théories de deux écoles françaises de service public d'une part. D'autre part, les transcenderait en introduisant la spécificité du *public utility* pour une nouvelle approche que nous pensons déjà *sui-generis* du service public européen car fondée sur la prestation de services d'intérêt général de qualité à des prix compétitifs. Ceci serait dans l'ordre naturel des choses de l'UE qui depuis 1957 ne ressemble pas encore, peut-être jamais à l'une des catégories renfermées par le référentiel juridique Kelsénien existant. Le fait que l'UE soit le fruit du droit des traités ne l'a pas pour autant obliger à être une organisation intergouvernementale (OI) classique comme l'Union africaine ou MERCOSUR[391] qui rassemble les pays de l'Amérique latine. C'est donc par des actes hautement juridiques que l'Union européenne a été créé. Le Traité CEE de Rome de 1957 est son fondement tandis que le traité de Lisbonne de 2009 pourrait être considéré comme sa consolidation et son raffinement. C'est aussi par le droit qu'il se maintient et évoluera.

Le droit des SIEG en est une belle illustration de la capacité à innover de l'UE puisqu'en 1957, c'est par les dispositions d'un seul article (90 CEE) un concept porteur d'une idéologie sociale innovante a été créé. L'analyse dans ses deux parties en fait la démonstration. C'est donc par le traité instituant la Communauté économique européenne que l'idéal social UE a été prévu à travers le concept des SIEG. Il est donc le fruit d'un acte juridique et son introduction dans le paysage juridique communautaire est aussi le résultat de cet acte juridique créateur. C'est aussi par un autre traité qu'en 1997 (Traité CE d'Amsterdam) que le processus d'élaboration de la notion juridique des SIEG s'est enclenché.

C'est donc dans ce traité de 1997 que l'on retrouve les prémices de la construction d'un projet de société européen auquel nous consacrerons les développements (partie 2 tire 2,

chapitre 2 qui est notre 8e chapitre). C'est certainement aussi par un traité que la notion de SIEG sera définie sauf si la jurisprudence s'y emploie au préalable, d'ici là, comme les écoles de Bordeaux et de Toulouse ont influencé la construction u droit administratif et de celui des services publiques français, la doctrine universitaire en droit européen se doit d'accompagner voire d'inspirer la création de la notion de SIEG et d'en faire une notion juridique dotée d'un régime juridique digne de ce nom. Cette œuvre juridique devait normalement résister aux flots impétueux des changements juridiques à la fois jurisprudentielles et textuels en cette matière.

SIEG, un concept et une idéologie particulièrement économique de l'intérêt général au service du peuple de citoyens européens – Madame le professeur Valérie Michel souligne qu'il ressort d'un sondage réalisé sur la satisfaction des citoyens européens sur l'Union européenne et sur la libre circulation dans l'UE que « relever le défi de la communication sur le marché semble donc primordial mais le pour le moins difficile : une population de plus de 5 millions de personnes engendre nécessairement des situations contrastées, des perceptions différentes de la chose européenne et du marché intérieur. Les résultats sociodémographiques du sondage le prouvent : " si le marché intérieur n'évoque rien pour 28% des femmes, c'est le cas de seulement 19% des hommes. Le niveau d'étude des répondants a également un impact sur la propension des uns et des autres à répondre " ne sait pas " : si 16% des personnes qui ont étudié jusqu'à 20 ans ou plus donnent cette réponse, ce chiffre s'élève à 23% de celles qui ont arrêté leurs études entre 16 et 19 ans et s'élève même à 35% de celles qui ont terminés à 15 ans ou moins. La catégorie socioprofessionnelle des répondants a une incidence tout aussi importante. Si pour 37% des personnes au foyer et 32% des chômeurs le marché intérieur n'évoque rien, c'est le cas de 15% des directeurs et indépendants. »[392] Il ne sera pas aisé d'éclairer adéquatement chacun des effets du marché intérieur »[393] mais il faudrait s'y employer serions-nous tenté, d'y ajouter. En effet, une déduction simple de cette remarquable analyse de ce sondage est que, pour beaucoup de citoyen européen, l'Union européenne est soit mal comprise ou pas du tout et, pour nombre d'entre eux, il s'agit d'un édifice qui semblerait leur être d'aucune utilité. Même s'ils affectionnent parcourir aisément le monde sans des tracasseries de demande de visa en étant même protégé, pendant leur voyage, leur séjour et leurs achats à l'étrangers par la normes UE de protections des consommateurs parce qu'ils détiennent, des passeports estampillés Union

européen. Pour autant, l'Union européenne paraît leur être d'aucune utilité et, peut-être il en sera aussi longtemps qu'ils n'en verront « concrètement », les effets positifs sur leur quotidien. Or, même les plus sceptiques et les pourfendeurs de l'édifice UE, sont assurément des consommateurs de services prestés dans le cadre des SIEG (garderie d'enfants[394], levée des ordures ménagères [395], services extérieurs funéraires [396], fourniture de gaz [397], d'électricité… La liste des activités, objets de missions de SIEG ou susceptibles de l'être, ne peut pas être dressée de manière exhaustive et limitative car leur création est conjoncturellement décidée par les pouvoirs publics des collectivités locales pour répondre justement, aux besoins – souvent quotidiens – d'intérêt général de nature économique de citoyens européens de leur localité.

Dans la réalité, parmi les sondés dont parle madame le professeur Valérie Michel, se trouvent assurément, des bénéficiaires du marché intérieur intégré européen et des prestations de services qui s'y réalisent, sans peut-être le savoir. Ils consomment donc de l'UE (services de SIEG) par ignorance alors qu'ils la décrie et la fustige. Certains politique français, citoyens européens qui ont siégé au Parlement européen de Strasbourg et qui ont perçut des émoluments à ce titre, sont tout de même, les premiers à demander le démantèlement de l'UE. Comment donc, le citoyen lambda de l'UE qui se trouverait, dans une collectivité locale très éloignée de Bruxelles pourraient lui, se sentir plus concerné par l'Union si de tels acteurs politiques font profusion ?

Peut-être si l'Union innove dans sa communication avec ses citoyens. Il est vrai, quelques émissions télévisées, se consacrent de plus en plus à la présentation de l'état de l'Union. Mais cela ne saurait suffire étant donné la désaffection de plus en plus croissante de plusieurs personnes de la télévision devenue l'outil par excellence des publicités commerciales de plus en plus agressives. Réussir à faire en sorte que le peuple de citoyen européen se sente de plus en plus, hautement concerné par son Union européenne, passerait par exemple par sa représentation dans un Comité spécial local de la commune pour l'évaluation des SIEG.

Pour l'instant, l'on peut admettre sans grande difficulté, qu'il y a donc un réel besoin d'intensification de la communication intra-État membre de l'UE sur l'Union pour que le peuple de citoyens européens se sente en premier concerné par ce qui lui appartient et, dont il jouit des bienfaits : l'UE.

Par ailleurs, le citoyen européen est le premier « usager-consommateur-citoyens » – terminologie proposée par nos soins – et, il devra en être sensibilisé. C'est encore lui le bénéficiaire du mécanisme de protection juridique du régime juridique des SIEG que nous jugeons insuffisamment ou pas du tout valorisée, par la doctrine universitaire juridique du domaine des SIEG.

Enfin, l'analyse de madame le professeur Valérie Michel souligne suffisamment bien, une difficulté applicable aux SIEG. Le rapport à et la gestion cohérente d'« une population de plus de 5 millions de personnes engendr[ant] nécessairement des situations contrastées, des perceptions différentes de la chose européenne et du marché intérieur »[398]. Cette donnée rendrait mal aisée, la réalisation du rôle de cohésion sociale, économique et territoriale de l'UE (article 14 TFUE combiné avec l'article 1er du Protocole numéro 26 sur les SIG adossé aux TUE et TFUE). Il en va de même pour l'effectivité des SIEG, valeurs communes de l'Union européenne (article 14 TFUE). Mais cela est indéniable, c'est pour ce peuple de citoyens européens que les pères fondateurs de la Communauté économique européenne ont créé le concept de SIEG (article 90 CEE devenu article 106 TFUE) afin qu'il leurs soient presté, des services d'intérêt économique général de haute qualité à des prix compétitifs en vertu des disposition de deuxième[399] paragraphe de cet article 106 TFUE.

Une définition de la notion de SIEG, plus de rapprochement de l'UE de ses citoyens – Notre proposition d'une définition de la notion de SIEG ira dans le sens d'aider le citoyen européen à se faire à l'idée que l'Union européenne n'est pas qu'à Bruxelles au plan institutionnelle. Au plan pratique, elle est plus que jamais présente dans son quotidien quelle contribue à gérer à travers les missions de SIEG. Cette définition vise également à faire

comprendre, l'innovation de la gestion de l'intérêt public contenue, dans la notion de SIEG comme visant la meilleure satisfaction du citoyen européen. Pas seulement celle d'un unique citoyen européen mais, celle de l'ensemble du peuple de citoyens européens au service de qui, les pouvoirs publics étatiques – collectivité locales notamment –, en vertu de l'article 106 TFUE créent et organisent ce type particulièrement économique de SIG.

Conclusion partielle titre 1

L'élaboration de la définition de SIEG peut trouver son ancrage dans le riche passé juridique de l'Europe car il en ressort des invariants. Toutefois, le point focal doit être l'acte créateur du concept que représente le traité institutif de la Communauté économique européenne (traité CEE) de Rome de 1957. En effet en rédigeant le contenu de l'article 90 CEE, ils ont fait l'option de créer un concept dans lequel ils ont enchâssé une idéologie de société Union européenne dont le décryptage a réellement commencé avec l'entré en scène des dispositions de l'article 86-2 TCE d'Amsterdam signé en 1997 et entré en vigueur en 1999. Cet article est devenu l'article 106-2 TFUE sans avoir varié d'un seul iota.

La suite de l'analyse s'appuiera suffisamment sur les dispositions intégrales de l'articles 106 TFUE au point qu'il convient ici d'en reproduire la totalité. Ainsi donc, aux termes de l'article 106 TFUE (anciennement article 90 CEE) :

« 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

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

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

La reproduction intégrale des dispositions de cet article qui a déjà changer deux fois de numérotation de Rome (1957) à Lisbonne (2009) obéit à l'exigence de l'analyse qui postule que le droit des SIEG est d'origine textuelle. Elle se trouve dans ce texte de l'article 106 TFUE précédemment article 86 TCE alors qu'il était l'article 90 CEE.

Tous les développements qui suivront en partiront et y reviendront largement. Il s'agira donc d'un aller-retour permanent entre ce texte fondateur (article 90 CEE) et tout le droit dérivé qui en découle.

Première partie
Titre 2 : Proposition d'une définition de la notion de SIEG

Titre 2 : Proposition d'une définition de la notion de SIEG

1. Dans l'union européenne, « les Etats membres connaissent différents systèmes juridiques organisant des activités que les pouvoirs publics estiment d'intérêt général. (…) L'œuvre des organes de l'Union se retrouve à travers ces caractéristiques essentiels, présentes dans la formalisation de la notion. Car si certains élément du SIG ont des origines ciblées et peu nombreuses – comme par exemple les SIEG issus du traité et de l'interprétation de la Cour de justice des communautés européennes – les SIG en tant qu'entité générique doivent leur naissance à un certain nombre de discours de portées normatives variables, de la Commission européenne mais aussi du Parlement européen, du Conseil des ministres, des parlements nationaux ou de certaines associations »[400] . Ces considérations sont celles qui ont guidées M. Dorian Guinard dans « ses réflexion sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général », sujet de sa thèse de doctorat de droit public publié en 2012. Elles ne sont pas en tous les points applicables, à la notion de SIEG même si l'auteur, la mentionne à juste titre comme un exemple de notion juridique procédant d'un traité, celui qui institua la Communauté économique européenne à Rome en 1957 (article 90 traité CEE). Mais l'un des mérites de ces considérations de départ de sa recherche c'est de soulever la complexité de l'étude d'une notion nouvelle venant s'agréger (?) ou purement et simplement remplacer, pourquoi pas, des traditions ancrées des Etats membres de l'UE si cela peut apporter plus d'Union dans l'Union européenne. Pour notre part, c'est en tenant compte de ce que « chaque État européen a défini et construit, dans son histoire longue, son propre mode d'organisation et de régulation des activités de "service public", dans le cadre de la construction de chaque État-nation, en relation avec ses traditions, ses institutions, sa culture »[401] ; que nous débutons notre recherche sur la notion de services d'intérêt général économiques (SIEG) par une comparaison de l'évolution des notions de SIEG et de service public français de 1957 à 2012 (**chapitre 1**). Puis nous la poursuivons en proposition une définition de la notion de SIEG, inexistante à ce jour, dans les droits primaires en dérivé UE (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Déterminants juridiques de la définition des SIEG

2. **Terminologies juridiques déterminantes de la définition de SIEG, des données de l'article 106 TFUE** – « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ;

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

3. ***La Commission veille à l'application*** des dispositions du présent article ***et adresse***, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[402] (C'est nous qui soulignons).

3. De ces termes de l'article 106 TFUE, l'analyse retient trois terminologies juridiques déterminantes de la définition de la notion de SIEG. Il s'agit de « l'intérêt général » dont les SIEG sont une déclinaison, de « la soumission aux règles de la concurrence dans les limites … », et enfin, de « la Commission veille à l'application… ».

4. « L'intérêt général » comme terminologie déterminante de la définition des SIEG sera présentée séparément (**section 1**). Puis et enfin, les « règles de la concurrence », « la soumission aux règles de la concurrence dans les limites … » et « la Commission veille à l'application… », phraséologies idéologiques juridiquement connotées de cette définition seront regroupées sous une seule rubrique (**section 2**).

5. **L'importance de l'intérêt général dans la définition des SIEG** – La création des missions de SIEG est une prérogative de puissance publique dévolue aux pouvoirs publics des États membres de l'Union européenne par les termes de l'article 106 TFUE (anciennement article 90 CEE). La notion d'intérêt général n'est pas simplement présente dans la dénomination SIEG issue de l'article 106 TFUE, elle en détermine essentiellement, la définition (**paragraphe 1**). Mais cette condition nécessaire et fondamentale mais pas suffisante de la définition des SIEG, ne peut être remplie que lorsque l'on retient une conception particulière de l'intérêt général (**paragraphe 2**).

§ 1 : Apport de l'intérêt général à la définition des SIEG

6. Afin de démontrer le caractère déterminant mais pas suffisant de l'intérêt général dans la définition des SIEG, il importe de préciser d'une part, les conceptions de l'intérêt général introuvables dans les SIEG (A). Et d'autre part, les représentations de l'intérêt général présentes dans les SIEG (B).

A- Conceptions introuvables de l'intérêt général dans les SIEG

7. **Dans le domaine des SIEG, l'intérêt général ne peut pas être la somme d'intérêts particuliers** – La perception de la notion de l'intérêt général comme ne pouvant pas être la somme arithmétique d'intérêts particuliers a déjà été amplement exposé par de M. Mustapha Mekki en 2004. Ainsi l'analyse s'appropriera certaines des remarques judicieuses de l'auteur. Selon lui, malheureusement, « **l'intérêt général est parfois réduit à une somme d'intérêts particuliers**[403]. **L'intérêt général est parfois considéré comme l'addition pure et simple des intérêts particuliers**. ***Des juristes tels que R. DEMOGUE[404] ou des philosophes***

politiques tels que J. J. BENTHAM[405], soutiennent mutatis mutandis que l'utilité générale est la somme des utilités particulières. Pour ce dernier, plus ces utilités sont nombreuses, plus l'utilité générale est satisfaite. ***Une telle présentation est critiquable à plus d'un titre***. Tout d'abord, les intérêts sont si différents les uns des autres qu'il n'est pas possible de considérer que l'addition de chacun donne un intérêt homogène général[406]. Ensuite, on a reproché à J. J. BENTHAM une vision atomiste et "robinsoniste" des intérêts particuliers[407]. **J. S. MILL a tenté de remédier à cette critique en introduisant dans son acception utilitariste un point de vue social**[408]. Enfin, **F. A. HAYEK reprochait à J. J. BENTHAM de déduire le Bien général de la satisfaction des intérêts particuliers alors que les données sont trop diverses et ne peuvent " être connues ni du gouvernement ni de qui que ce soit"**[409].

D'autres auteurs, tout en conservant l'idée d'un intérêt général qui pourrait être que la somme des intérêts particuliers, apportent une précision d'importante. ***L'intérêt général est une somme d'intérêts particuliers qui convergent vers une finalité***[410]. Cette appréhension convergente des intérêts a le mérite de tenir compte des divergences potentielles qui existent entre les intérêts particuliers, qui peuvent néanmoins participer à une œuvre commune. En ce sens, **M. L. BORE soutient que l'intérêt général est une somme d'intérêts individuels par la finalité et non par définition**[411] »[412](Soulignées par nos soins).

8. Ce riche constat de M. M. Mekki éclaire remarquablement bien, la mise en exergue de l'erreur de la perception de l'intérêt général comme une addition des intérêts particuliers. En effet, le premier postulat que nous partageons est la réduction critiquable de **l'intérêt général à une somme d'intérêts particuliers**.

9. **Il s'agit d'une estimation inapplicable aux SIEG dans l'état actuel de leur droit.** On le sait, aux termes des paragraphes 1er et 2e de l'article 106 TFUE, les pouvoirs publics des États membres de l'UE définissent souverainement l'intérêt général économique sous la forme de services d'intérêt économique général. Il y a donc une différence fondamentale entre la conception de l'intérêt général de type économique – au demeurant un intérêt général – et celle de M. L. Bore soulignée par l'auteur. Par ailleurs à ce postulat l'analyse ajoute deux remarques complémentaires tenant compte de la particularité de la déclinaison économique de la notion de l'I.G dans le champ des SIEG.

10. **La première** remarque concerne l'étonnante réduction de l'intérêt général à une somme d'intérêts particuliers chez certains auteurs, dont le commissaire du Gouvernement français Romieu dans ses conclusions (dans de l'arrêt du) ~~sur~~ C.E. 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* : ***" Il n'est pas nécessaire, pour qu'un intérêt soit collectif, qu'il touche tous les membres de la corporation "***[413]. ~~Il est vrai,~~ Cette conception du Commissaire du gouvernement français est **par ailleurs** partagée par le Doyen Benoît Jeanneau pour qui : « il y a intérêt général et intérêt général… En d'autres termes**, il conviendrait de distinguer intérêt général, intérêt de tous et l'intérêt général, intérêt collectif d'une catégorie sociale ou économique** »[414] (C'est nous qui le soulignons).

11. Une telle représentation de l'intérêt collectif nous semble critiquable car elle autorise des questionnements dont celui du caractère que cet intérêt collectif devrait revêtir pour ne pas signifier une fragmentation de l'intérêt général.~~ ?~~

12. Pour autant, une telle fragmentation de l'intérêt général que l'on peut appeler corporatiste semble inopérante dans le domaine des SIEG.

1. **SIEG, une impossible fragmentation de l'intérêt général** – En effet, si en 1906, une telle conception de l'intérêt collectif qui n'est ni plus ni moins, une forme d'intérêt général parcellaire était, recevable en droit administratif français, aujourd'hui, il est possible de considérer qu'elle date et est devenue totalement surprenante. Surtout si elle est mise en contraste avec les termes et l'esprit de l'article 90 CEE de Rome de 1957. D'ailleurs, à supposer que les rédacteurs du traité de CEE de Rome de 1957 n'aient pas créé la terminologie nouvelle de SIEG au demeurant porteuse d'une nouvelle vision de l'intérêt général, comment comprendre dans le raisonnement du commissaire du gouvernement Romieu, l'usage du « ***il n'est pas nécessaire***, pour qu'un intérêt soit collectif,…. » ?

2. Un clair-obscur se dégage de la tentative de précision de M. Romieu sur la notion de l'intérêt collectif que M. M. Mekki souligne lorsqu'il estime à juste titre que :

> « les confusions les plus nombreuses relèvent de la notion d'intérêt collectif[415]. **La définition de l'intérêt collectif est une entreprise difficile[416], voire impossible [417]** . En quoi l'intérêt collectif se différencie-t-il des intérêts individuels ? **Peut-il être distingué de l'intérêt général ?**
>
> C'est à propos du binôme intérêt individuel/intérêt collectif que les réflexions menées ont été les plus fructueuses[418]. **On s'accorde désormais à ne pas réduire l'intérêt collectif à une somme d'intérêts individuels[419]. Cette définition serait dépourvu de bon sens[420]** (…) »[421] (Soulignées par nos soins).

3.□ Et, de ce point de vue, l'affirmation de M. Romieu nous semble critiquable dès lors qu'elle apparaît comme une généralisation sans limite aucune. Elle est étonnante car encline à la faiblesse inhérente à sa formulation qui la rend floue. En effet, de quel intérêt collectif s'agit-il dans la réalité ?

4.□ Peut-être qu'il entendait par collectif, une frange d'une corporation donnée, ceci n'est qu'une pure supposition dans la mesure où il est impossible de savoir clairement ce que l'auteur entendait exprimer. Mais en supposant qu'il s'agissait effectivement d'un intérêt collectif dans le sens d'un intérêt corporatif, il n'en demeure pas moins parcellisé puisqu'il n'est pas nécessaire selon M. Romieu que ledit intérêt touche « tous les membres de la corporation »[422]. Dès lors comment se généralise-t-il pour leur devenir collectif ? Une certaine idée du général et donc de l'impersonnel se dégage de la représentation propre à M. Romieu de l'intérêt collectif qui doit être collectif sans être généralisable à toute la corporation.

5.□ Le flou perceptible dans la formulation de la précision du sens collectif par M. Romieu la rend très imprécise. Le but visé de l'éclairage de la notion d'intérêt collectif ne nous semble donc pas atteint. D'ailleurs, sa luminosité est si faible qu'elle paraît fonctionner comme désignant un intérêt collectif parcellisé et de ce fait, l'on s'éloigne du concept général qui lui est impersonnel et *lato sensu*. **L'intérêt général devient au sens collectif du terme, sa fragmentation lorsqu'il se décline en intérêt collectif corporatiste selon la vision de M. Romieu.** La conséquence inévitable d'un exercice de clarification inaboutie est de susciter un autre questionnement de la généralisation de l'intérêt. Or dans le domaine des SIEG se réalise inévitablement, une collision entre l'intérêt général et l'intérêt collectif. Cette vérité que traduisent souvent les missions de SIEG, du fait que de telles missions visent en tout état de

cause, une collectivité donnée et/ou plusieurs à la fois, lorsqu'elle est ou non intercommunale – transport public interurbain par exemple – impose que l'idée du très respectable commissaire du gouvernement français soit peu ou prou nuancée.

6. De plus, dans le cadre des SIEG, **l'intérêt général ne peut pas être réduit à une somme d'intérêts particuliers, car l'on n'y imagine pas une addition mathématique des intérêts particuliers.** Comment cela le serait, si ce n'est qu'une simple vue de l'esprit et donc une théorie mentale ?

7. Une telle théorie si elle advenait, aboutirait à l'élaboration d'une connaissance étonnamment éloignée de la vérité. Or il existe une doctrine selon laquelle, « la connaissance est un instrument au service de l'activité [et que] la pensée a un caractère essentiellement téléologique. **La vérité d'une proposition consiste donc dans le fait qu'elle "est utile", qu'elle "réussit ", qu'elle donne satisfaction** »[423]. (Soulignées par nos soins). Hormis la joie de l'expression de la liberté de penser de son auteur, l'estimation que dans le cadre des SIEG, l'intérêt général puisse représenter l'addition mathématique des intérêts particuliers est aussi éloignée de la vérité que le ciel l'est de la terre. Ainsi est-il qu'une telle proposition ne pourrait pas prospérer du fait qu'elle serait inutile, elle ne réussirait pas non plus puisqu'elle ne donne aucune satisfaction de refléter la réalité qu'elle serait censée traduire.

8. En plus de ne pas pouvoir représenter une somme arithmétique, dans les SIEG, l'intérêt général ne peut non plus être synonyme d'une fragmentation parce que l'on est loin du cadre corporatiste. L'intérêt général n'y est encore moins, l'équivalent d'une superposition de ses caractères immanent et transcendant.

9. **SIEG, immanence et transcendance de l'intérêt général** – Dans les SIEG, l'existence de l'immanence et la transcendance de l'intérêt général sont indiscutables.

10. **Manifestation de la transcendance de l'intérêt général dans les SIEG** – S'agissant du caractère de **la transcendance de l'intérêt général**, il découle à la fois de la nature de SIEG décidée par les pouvoirs publics locaux conformément aux termes de l'article 106 TFUE et de la finalité poursuivie par ces missions. Ces deux variantes des services prestés par les entreprises chargées d'une mission de SIEG réalisent la transcendance des intérêts particuliers par ces missions au demeurant, toutes publiques parce qu'elles sont des intérêts

généraux économiques. De ce point de vue, ce premier caractère qui peut bien prendre le sens d'un critère peut être réputé rempli.

11. **Signe de l'immanence de l'intérêt général en tant que SIEG** – Lorsque l'on s'intéresse à la notion de l'immanence[424] de l'intérêt général dans les SIEG, l'on découvre qu'elle s'y retrouve également en tant que mouvement du bas vers le haut. En effet, la prise d'une décision de création d'un intérêt général économique (IGE), objet d'un SIEG est dévolue aux pouvoirs publics territoriaux des États membres par les termes du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE. Il s'agit donc d'une prérogative de pouvoirs publics et ce sont donc principalement, les collectivités territoriales qui en jouissent. Ils définissent et organisent librement selon l'économie générale de l'article 106 TFUE, ces missions qui sont prestées dans la proximité de vie de leurs consommateurs. Ainsi, la détermination de l'intérêt général se fait à proximité des bénéficiaires dénommés consommateurs dans le cadre des missions de SIEG. Ce sont les collectivités locales donc qui constituent le dernier maillon de la chaîne de commandement des pouvoirs publics étatiques en France notamment. Elles représentent le bas de l'échelon mais ce sont elles qui déterminent, créent et organisent ce type particulier d'IGE. L'on est de ce fait, dans la logique du *bottom to top* ou bas vers le haut alors que l'inverse de cette démarche prescrirait que ce soit le pouvoir central, l'auteur de l'existence des SIEG.

12. Ces deux aspects ou notions de l'intérêt général sont donc présents dans les SIEG mais n'y fonctionnent pas seulement en tant qu'une superposition au caractère collectif de cette notion que le professeur Jean Rivero qualifie d'« âme du droit »[425].

13. **SIEG plus qu'une superposition : une complémentarité des aspects immanent et transcendant de l'intérêt général** – Dans les SIEG, l'existence de l'immanence et la transcendance de l'intérêt général sont indiscutables mais ils n'y sont pas des caractères simplement superposables car complémentaires.

14. Les SIEG sont le terrain où l'immanence et la transcendance de l'intérêt général dépassent leur superposition à l'intérêt collectif. Ces deux notions de l'intérêt général y sont complémentaires et renforcent la nature d'intérêt collectif que revêtissent les SIEG. Dans le

domaine des SIEG, l'intérêt général économique ainsi dénommé, traduit une idée d'intérêt collectif parce que d'abord et avant tout, public et commun. Ainsi, le caractère d'immanence (intérêt commun) des SIEG et celui de leur transcendance des intérêts particuliers (intérêt public) s'y complètent dans le sens d'un visage de Janus.

15. Les trois notions (intérêt collectif, intérêt public et intérêt commun) sont indissociables dans les SIEG au point de constituer cumulativement, des conditions *sine qua non* préalables à l'érection d'un intérêt public local en une mission de services d'intérêt économique général. Conformément aux termes de l'article 106 TFUE, les pouvoirs publics étatiques (commune notamment) définissent un SIEG par une qualification juridique d'un intérêt public local remplissant ces trois conditions en SIEG. Il serait étonnant qu'un besoin local qui ne remplit pas ces trois conditions puisse être considéré comme un SIEG. Les caractères immanent, transcendant et collectif de l'intérêt général se conjuguent pour que cette importante notion, « *épine dorsale* »[426] du droit public selon le Conseil d'Etat français puisse servir de double légitimation de cette action créatrice d'une mission de SIEG.

16. La complémentarité de ces trois caractères rend la manifestation de l'intérêt général dans les SIEG un tantinet, différente de ce que certains auteurs ont pu écrire. C'est le cas de M. M. Mekki lorsqu'il affirme que « finalement, à l'intérêt collectif se superposent les deux autres notions entendues de manière qualitative, l'intérêt public (pour la transcendance) et l'intérêt commun (pour l'immanence)[427] »[428].

17. Dès lors, il nous semble qu'à l'estimation de la superposition « de l'intérêt public (pour la transcendance) et l'intérêt commun (pour l'immanence) » à l'intérêt collectif, il manquerait un autre paramètre. Celui indiquant que l'intérêt collectif peut être à la fois un intérêt collectif local, public et commun non pas sous la forme d'une juxtaposition de valeurs d'une savante conjugaison. Le domaine des SIEG en donne l'une des plus belles illustrations. Les missions de SIEG sont d'abord et avant tout, un intérêt public donc général qualifié d'économique par les pouvoirs publics locaux.

18. **Par railleurs, dans la définition et l'organisation des missions de SIEG, il se réalise davantage plus qu'une simple superposition de ces volets de l'intérêt collectif. L'immanence et la transcendance de l'intérêt général s'y conjuguent avec la nature d'un intérêt public collectif local pour que les missions de SIEG visent la satisfaction d'un intérêt général typiquement économique. Cette finalité de la mission de SIEG fait d'elle, un intérêt général local et non exclusivement étatique**.

19. **Intérêt général exclusivement étatique introuvable dans les SIEG** – Que l'intérêt général soit exclusivement infra-étatique, cela peut se comprendre lorsque ce type d'intérêt est appréhendé au niveau interne à un État-nation. C'est dans ce cadre que se déploie aisément, « la notion de service public (…) comme la pièce maîtresse, la véritable clef de voûte de la construction étatique : c'est elle qui permet de clôturer l'espace étatique sur lui-même, en traçant une ligne ferme de démarcation entre public et privé »[429]. Mais que cet intérêt général ait la connotation locale, n'enlève rien à sa nature première : un intérêt général avant d'être qualifié éventuellement par les pouvoirs publics territoriaux de SIEG parce que de type particulièrement économique. Sa définition en SIEG uniquement par qualification[430] juridique par les pouvoirs publics locaux ou territoriaux qui en France peuvent, notamment être des communes alors qu'en Allemagne l'on désignerait à cette échelle, un *länder*, ne l'ampute pas non plus de cette même nature. D'ailleurs, il nous semble que c'est ce type de SIG qui rapprochent davantage Bruxelles (Commission européenne), Strasbourg (siège du Parlement européen) et le Luxembourg (siège de la CJUE) des citoyens européens, d'où qu'ils soient localisés sur l'espace géographique unique de l'Union. On le sait, cette espace est composée des territoires de ses bientôt 27 membres lorsqu'en 2019, la sortie de la Grande-Bretagne – au demeurant n'a pas ratifié les accords de Schengen – sera actée.

20. Dans le cadre des SIEG également, les intérêts publics locaux communs peuvent l'être pour deux voire plusieurs collectivités territoriales lorsque ces missions, dans leur accomplissement s'inscrivent dans un cadre intercommunal. Des exemples de missions de

SIEG qui relient, rapprochent des communes peuvent être trouvés dans le cadre des transports publics interurbains infra-étatique comme interétatique.

21. Au niveau infra-étatique, le Bus numéro 365 de la région parisienne dite Île-de-France relie au moins 3 différentes communes françaises : Saint-Denis, Epinay-Villetaneuse, Deuil-La-Barre Meurthe-fontaine etc, tandis que le Bus numéro 5 de la région Centre rapproche les communes de Tours-centre et Saint-Pierre des Corps.

22. Sur le plan de la connexion interétatique, le réseau des transports ferroviaires TER[431] français et l'*Intercity* suisse permettent à des citoyens européens des villes françaises de Lyon et de Bellegarde de se rendre à moindre coût à Genève en Suisse et vis-versa.

23. Ces quelques exemples pris au double plan infra État Membre de l'UE et inter-État (État-Membre de l'UE et la Suisse pays frontalier de la France signataire des accords de Schengen) illustrent suffisamment, le bienfait des missions de SIEG prestées dans le cadre d'un réseau de transport interurbain ou intercommunal. Ainsi, les citoyens européens et les résidants des pays membres de l'Union qui vivent dans le périmètre géographique où les missions de SIEG sont prestées dans le cadre intercommunautaire (interurbain) peuvent en jouir. Pour autant, cette jouissance des prestations fournies par ces SIEG ne permet pas d'envisager que dans le cadre des SIEG, se réalise une conception hédoniste de l'intérêt général.

24. **SIEG, une impossibilité de la conception hédoniste de l'intérêt général** – Cette étonnante conception de l'intérêt général figure dans les représentations que certains auteurs ont de cette notion. En effet, selon un constat partagé de M. Mustapha Mekki que l'analyse reprend à son compte, ***« des juristes tels que R. DEMOGUE[432] ou des philosophes politiques tels que J. J. BENTHAM[433], soutiennent mutatis mutandis que l'utilité générale est la somme des utilités particulières ; (…).*** Enfin, **F. A. HAYEK reprochait à J. J. BENTHAM de déduire le Bien général de la satisfaction des intérêts particuliers alors que les données sont trop diverses et ne peuvent " être connues ni du gouvernement ni de qui que ce soit "**[434] ***»***[435].

25. Deux raisons rendent difficile, l'adhésion à ces représentations de l'utilité générale du juriste R. Demogue et du philosophe J.J. Bentham nonobstant, la précaution de leur usage *mutatis mutandis ;* et même si J.S. MILL sans trop nous convaincre, « **a tenté de remédier à cette critique en introduisant dans son acception utilitariste un point de vue social** »[436].

26. D'une part, l'analyse trouve cette conception hédoniste que J. J. Bentham fait de l'utilité générale aussi surprenante que déroutante. Puis d'autre part, sauf erreur de notre part, l'on a beaucoup de mal à trouver à cette représentation hédoniste de l'intérêt général, une quelconque base doctrinale juridique que ce soit du point de vue jusnaturaliste et/ou juspositiviste crédible qui étaye la thèse de l'éminent juriste R. Demogue.

27. Qu'une telle posture de la pensée soit philosophiquement correcte, cela se peut. Seule la discipline pourrait en débattre. Mais l'envisager au plan juridique nécessiterait, une argumentation irréfragable qui ne puisse donc pas être renversée par la preuve contraire.

28. On le sait, le philosophe politique J. J. Bentham « **ne parle pas d'intérêt mais d'utilité car il adopte ce que l'on appelle une conception hédoniste du droit et de la morale**. Pour lui, l'intérêt général se calcul en plaisir et en peine. **L'utilité général est un maximum de plaisir pour un minimum de peine** »[437] (Soulignées par nos soins).

29. Il s'agit d'une remarque de grande importance effectuée par M. Mustapha Mekki car l'on y voit que chez J.J. BENTHAM, l'idée de l'intérêt général fonctionne comme en économie, où la règle du gain commande de minimiser les coûts pour maximiser les profits.

30. D'ailleurs, cette maxime chère à la science économique peut très souvent apparaître immorale. C'est surtout le cas lorsque, fidèle à cette vision, la marchandisation et le profit déraisonné – impitoyable – pour la main d'œuvre productrice de ces biens marchands, ne donne pas forcément raison au prix Nobel de l'économie Sen Amartya[438]. On le sait pour

l'éminent l'économiste, l'économie est une science morale[439]. Or la réalité d'une science économique dont les mécanismes et théories ne permettent pas tout au moins, la suppression de tels effets regrettables de l'économicité sur l'humain ne saurait, être à nos yeux que difficilement morale. Et ceci, même si l'analyse admet qu'il faudrait distinguer l'économie ou l'économicité de la science économique, discipline qui étudie l'économie.

31. Le caractère néfaste pour l'humain de la conception étonnement hédoniste de l'intérêt général élaborée par J. J Bentham a également été souligné par certains auteurs. Ainsi, M. Mustapha Mekki citant J. S. Mill fit, justement remarquer que « J.J. BENTHAM avait négligé dans sa construction de prendre en compte l'éventuelle oppression des forts sur les faibles en ne prévoyant aucun moyen de limiter ou de remédier à de tels risques »[440].

32. **Fort heureusement, l'état actuel du droit des SIEG, sauf erreur, ne permet pas d'envisager l'occurrence d'un tel cas de figure**.

33. De plus, face à l'affirmation du prix Nobel d'économiste Sen Amartya, l'on est en droit de se demander de quel type de morale parle t-il lorsque dans la minimisation des coûts pour optimiser le profit, il peut y avoir la maltraitance de la main d'œuvre qui travaille à produire la marchandise dont la vente produira le profit.

34. Il nous semble que c'est cette maltraitance de la main d'œuvre productrice du bien marchand que M. Mustapha Mekki s'accorde avec John Stuart Mill à désigner par « éventuelle oppression des forts sur les faibles »[441].

35. La représentation étonnamment hédoniste de l'intérêt général chez J. J. Bentham précédemment rapportée, semble à la fois incompréhensible et déconcertante car comment comprendre qu'il ne puisse y avoir d'intérêt général que par le processus de la minimisation des peines pour maximiser le plaisir au sens économique du terme ?

36. Il est vrai, l'intérêt général économique et l'intérêt général social contenu dans les SIG visent tous les deux à soulager les consommateurs et/ou usagers en leur fournissant des prestations en réponse à leurs besoins. Le service d'intérêt général non économique (SIGNE ou SNEIG) de logements sociaux notamment peut contribuer à réduire la souffrance des démunis sans logements à travers la mise à leur disposition de logements sociaux mais aucunement le plaisir au sens hédoniste du terme ne s'invite dans une telle transaction.

37. Il est également indéniable que dans les SIEG tout comme dans les services d'intérêt général non-économique (SIGNE), les consommateurs et/ou utilisateurs qui sont des bénéficiaires de ce type de prestations en retirent inévitablement, une forme de jouissance. Cette jouissance n'est pas celle visée par logique hédoniste « Benthamienne » de l'intérêt général qui résonne comme un magnificat plaisir. Le plaisir est ici appréhendé au sens hédoniste du terme qui suppose que le plaisir soit le but de la vie et lorsqu'une activité économique s'inscrit dans cette logique, elle renvoie à la recherche « effrénée (?)» d'un maximum de la satisfaction par le minimum d'efforts[442]. Telle est la logique hédoniste du plaisir qui ne sied pas à celle véhiculée par les SIEG.

38. La conception hédoniste s'ajoute donc aux autres représentations précédemment exposées, pour constituer la panoplie des acceptions de l'intérêt général qui sont introuvables dans le domaine des SIEG. Il reste alors à décrire, les conceptions de l'intérêt général que l'on retrouve dans ce domaine et qui surtout participent de la construction d'une définition des SIEG.

B- Représentations de l'intérêt général dans les SIEG

39. **Listing non exhaustif des représentations de l'intérêt général valables dans les SIEG** – L'analyse précise d'ores et déjà qu'elle ne fait pas l'option de l'établissement d'un listing exhaustif des représentations possibles de l'intérêt général dans les services d'intérêt économique général. Un tel exercice fort tentant, n'est au demeurant pas l'objet de l'analyse. Ainsi, ne seront retenues que les conceptions de l'intérêt général applicables aux SIEG et, dont la participation à la définition de la notion de SIEG est estimée significative. Mais avant de les exposer, encore faut-il souligner au préalable, l'insatisfaisante approche définitionnelle de la notion de l'intérêt général entretenue par le droit public français. La transcendance de

cette insatisfaisante logique définitionnelle permettra à l'analyse, de valoriser les données déterminantes de la définition des SIEG qui s'amoncellent dans le droit positif des SIEG depuis la décennie 1970. Cette valorisation consistera à se servir de ces dernières pour élaborer notre définition des SIEG.

40. **Une approche définitionnelle insatisfaisante de la notion d'intérêt général par le droit public français qui ne sied pas non plus au domaine des SIEG** – En reprenant à son compte un argument de M. Mustapha Mekki, l'analyse postule que l'attitude doctrinale du droit public français qui consiste à considérer l'intérêt général comme une notion indéfinissable est aujourd'hui largement discutable. D'ailleurs, M. Didier Truchet a estimé avec justesse en 1975 qu'il « n'est pas sain qu'une notion fondamentale ne puisse être connue avec certitude qu'à l'occasion d'un procès. Mais c'est ainsi : l'intérêt général n'est pas défini ; il se constate »[443]. Pour autant, le Conseil d'Etat français retient qu'il s'agit d'une notion « *épine dorsale* »[444] du droit tandis que M. J. Rivero qualifie l'intérêt général d'« *âme du droit* »[445] français (?). Il pourrait être purement et simplement l'âme de tout droit digne d'être ainsi appelé, peu importe sa nationalité.

41. L'analyse postule pour une réfutation sans aucune espèce de réserve de cette acception parce qu'elle signifierait que soit admise, l'idée que l'intérêt général est une notion singulière. En effet de ce point de vue, l'on pourrait donc dire que « **l'intérêt général de s'explique pas, "il se déclare"**[446]. **Dans cette optique, l'intérêt général apparaît comme une notion singulière**" »[447] (Soulignées par nos soins).

42. Cependant si en droit français, « cette acception réaliste et relativiste de l'intérêt général en droit public est un constat d'ordre général »[448], elle ne saurait fort heureusement

être, applicable au domaine des SIEG où l'intérêt général économique y revêt des contours plus que précis.

43. **SIEG, un intérêt général différent du résultat d'une construction idéologique étatique** – En droit français, l'intérêt général est un construit idéologique et dans ce cadre, « l'idéologie de l'intérêt général apparait bien comme une couverture indispensable à l'exercice du pouvoir étatique. Par ailleurs, on y retrouve aussi, en-deçà de l'État, à un niveau infra-politique, dans les institutions qui structurent, segmentent, quadrillent l'espace social : la hiérarchisation interne de chaque institution est assortie d'un discours intégratif visant à assurer sa cohésion, et conçu sur le même modèle que le discours politique »[449].

44. Il en va différemment dans le domaine des SIEG où l'intérêt général qui y est particulièrement économique n'est pas le fruit d'une simple construction idéologique, il est créé et organisé par les termes de l'article 106 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). L'intérêt général économique (I.G.E) dont les SIEG sont une modalité de gestion, est donc le fruit de la volonté du législateur européen. Ce dernier l'a enchâssé dans le droit primaire. On le sait, les termes de l'article 106 TFUE anciennement article 90 CEE sont les porteurs du concept et de la base du régime juridique des SIEG. Le type d'intérêt général auquel ils renvoient n'est pas introuvable et, n'est de ce point de vue pas le résultat d'une pure construction idéologique. Certes, l'opération de la qualification juridique dont procède la définition d'un intérêt général existant en SIEG est une construction intellectuelle ; mais elle n'est pas à l'origine de la naissance d'un besoin d'ordre d'intérêt général. La construction mentale voire idéelle n'est donc pas idéologique, elle est purement et simplement

un changement de catégorie d'un intérêt général existant. Les pouvoirs publics territoriaux des États membres de l'UE procèdent à une « création » par la reconnaissance d'un intérêt général qu'ils érigent, en vertu des termes de l'article 106 TFUE en un intérêt général économique de type SIEG afin de lui appliquer le régime juridique y attenant.

45. L'usage du vocable « création » pour désigner le résultat de la décision de ces pouvoirs publics étatiques d'ériger un intérêt public (général) existant en SIEG doit, l'être avec la précaution des guillemets. Et cela, d'autant plus qu'il s'agit à nos yeux d'un abus de langage car ne traduisant pas l'exactitude des prescriptions de l'article 106 TFUE. L'analyse lui préfère donc la création par qualification juridique ou la définition d'un SIEG par qualification juridique, plus proche de la vérité découlant des termes de cet article du droit primaire[450].

46. Autrement dit, il s'agit donc d'une création par constatation à travers une définition par qualification juridique qui rend le mot création quelque peu inapproprié à la description de l'opération mentale qui permet l'érection d'un intérêt général en SIEG. Dès lors, l'analyse aurait préféré une reformulation de la dénomination du mécanisme juridique qui aboutit à la création des SIEG car la qualification juridique est au SIEG, ce que l'eau est au poisson[451].

47. De plus, aux termes de l'article 106 § 2 TFUE, il s'avère impossible de créer un SIEG autrement que par l'opération mentale de la qualification[452] juridique qui en droit, d'une façon général, ne fait pas naître un fait social mais consiste plutôt à faire rentrer l'existant (fait social) dans une catégorie juridique précise. La naissance d'un SIEG n'est pas concomitante à l'existence d'un besoin social d'ordre d'intérêt général. L'existence d'un tel besoin lui est un préalable voire une condition *sine qua non* à la réussite de la définition par qualification juridique opérée par les pouvoirs publics étatiques en vertu de l'article 106 TFUE. Aux termes de l'article 106 § 3 TFUE, si cette condition n'est pas réputée remplie, la qualification juridique de SIEG peut être déférée devant la Cour de justice de l'Union européenne par la

Commission. Ainsi saisi, la CJUE pourrait annuler la qualification litigieuse de SIEG pour erreur manifeste[453].

48. Revenant à l'analyse de la définition de la notion de l'I.G. selon le droit public français effectuée par M. Mustapha Mekki, l'analyse adhère à une autre de ses remarquables qu'elle reprend à son compte.

49. « En partant de la relativité et **de la fragmentation de l'intérêt général, en droit public**, **[il en découlerait une approche de] l'intérêt général (…) souvent qualifié de « notion indéfinissable** »[454]. Elle [serrait donc] "une pure construction idéologique"[455]. " **Le fait est que toute démarche exclusivement juridique pour définir la notion de l'intérêt général aboutit à une impasse et suscite immanquablement une impression de vacuité** "[456] »[457].

50. Elle telle posture de la pensée est possible que dans le domaine juridique. En effet, la démarche juridique permet de considérer que « l'idéologie de l'intérêt général ne doit donc pas être envisagée comme une construction surajoutée, artificielle et contingente, destinée, dans les pays libéraux, à lubrifier les rapports sociaux, à limiter le recours à la contrainte physique et à faciliter le consentement au pouvoir ; c'est au contraire un élément fondamental et constitutif du social dans les sociétés modernes qui, fondées sur la division, la distanciation et la différenciation, ne peuvent cependant subsister qu'en les niant symboliquement et en dissimulant la nudité obscène du pouvoir »[458].

51. Cette démarche de la pensée juridique fait évoluer significativement, la réflexion sur la notion de SIEG en ce qu'elle permet d'envisager la définissabilité de cette dernière.

52. Ainsi est-il que « sans distinguer entre un " caractère fonctionnel" ou un "caractère conceptuel" (…) [Surtout en retenant le] principe qu'une notion juridique se détermine essentiellement par sa référence à son caractère opérationnel ; c'est-à-dire son aptitude à être

l'instrument intellectuel, mais pratique, des solutions de droit[459] »[460] , l'analyse considère que l'intérêt général est une notion juridique à caractère opérationnel définissable dans les SIEG. La notion de SIEG est à cet égard, également définissable, la démonstration sera faite ultérieurement dans cette première partie, titre 2, chapitre 2 portant définition de la notion de SIEG.

53. De plus, il nous semble qu'en droit public d'une manière générale et tout particulièrement dans le droit des SIEG, l'intérêt général est une norme de référence et de légitimation de l'action des pouvoirs publics supranationaux (UE), étatiques (États membres) et infra-étatique (local : collectivité territoriale).

54. **Intérêt général, norme de référence et de double légitimation de la création et de l'organisation des SIEG** – C'est par le dépassement de la nature d'une simple notion fonctionnelle, que l'intérêt général devient une norme de référence et de double légitimation de la création et de l'organisation des missions de SIEG.

55. **Intérêt général, norme de référence des SIEG** – L'étude du rapport entre « l'intérêt général et le contrat »[461] remarquablement réalisée par M. Mustapha Mekki comporte des pertinentes constatations sur la notion de l'intérêt général que l'analyse recommande et dont quelques-unes méritent d'être reprises à notre compte. Ainsi, dans l'élaboration de sa définition de l'intérêt général qu'il situe avec justesse comme appartenant à la fois au droit public et privé, M. Mustapha Mekki relève avec beaucoup de réussite, plusieurs aspects de cette importante notion. Selon lui, l'intérêt général apparaît en droit public français comme une notion singulière du fait de sa nature indéfinissable[462] (?) difficilement admissible. Puis, il estime que le droit public français semble poser comme postulat, le caractère plus que fonctionnel de l'intérêt général tout en admettant son statut de norme de référence.

56. Sur cette dernière valeur de l'intérêt général, l'estimation de l'auteur emporte l'adhésion de l'analyse qui se l'approprie. Ainsi selon lui, « en tant que norme de référence[463], l'intérêt général prend tout son sens en droit public. Selon la distinction opérée par M. D. Truchet, **l'intérêt général est une norme de mesure, une norme de contrôle et une norme de raison**[464]. ***En tant que norme de mesure***, il justifie *a posteriori* l'atteinte à certains principes fondamentaux [du] droit administratif[465] [français]. En tant que tel, il est aussi un instrument idéal pour combler les lacunes du législateur en la matière[466]. ***Comme norme de contrôle***, l'intérêt général est un outil idéal pour assurer le respect par l'administration de la légalité[467]. En effet, apparaissant **comme un standard juridique**[468], l'intérêt général laisse au juge administratif une marge de manœuvre très efficace pour donner un caractère plus réaliste et, partant, plus juste au contrôle opéré sur l'activité de l'administration[469]. Enfin, ***comme norme de raison***, l'intérêt général donne à la jurisprudence administrative un caractère unitaire dans sa notion bien que protéiforme dans ses applications[470]. Quelle que soit la

fonction normative rattachée à l'intérêt général, elle est toujours le fruit d'un raisonnement *a posteriori*. **L'intérêt général est un mécanisme intellectuel par lequel une certaine combinaison entre les intérêts est justifiée *a postériori* »**[471].

57. Ces trois dimensions composites de l'intérêt général en tant que norme de référence atteste suffisamment la relativité et la fragmentation de l'intérêt général en droit public et participe de la compréhension de sa nature de notion résultant d'une « *pure construction idéologique* »[472]. *Mutatis mutandis*, ces trois dimensions qui caractérisent l'intérêt général en tant que norme de référence, découlant de la distinction de M. D. Truchet sont applicables au domaine des SIEG. Et, c'est en tant que norme de référence que l'intérêt général peut servir de source de double légitimation de l'action des pouvoirs publics étatiques entrant dans le cadre des prescriptions de l'article 106 TFUE.

58. **Intérêt général, source secondaire de légitimation de l'action des pouvoirs publics étatiques dans les SIEG** – La première légitimation de l'action des pouvoirs publics étatiques dans les SIEG découle du droit primaire (article 106 TFUE) ; tandis que la seconde légitimité peut être trouvée dans la nature d'intérêt général que revêtent toutes les missions de services d'intérêt économique général. Avec l'intérêt général donc, l'usage de la prérogative[473] de puissance publique organisé par les termes des deux premiers paragraphes de l'article 106 TFUE peut être considéré comme jouissant d'une double légitimité. Si la première de cette double légitimité est textuelle car aménagée par le droit primaire UE (article 106 TFUE), la seconde est plutôt inductive[474] de la nature d'intérêt général des SIEG.

59. **Article 106 § 1er et 2e TFUE, une première légitimité textuelle du pouvoir de création et d'organisation des SIEG** – Précisions d'ores et déjà que l'usage du vocable double légitimation sied aux activités de création et d'organisation des SIEG exercées par les pouvoirs publics étatiques. La première légitimité de l'exercice de cette faculté de création des missions de SIEG est, nécessairement et suffisamment fondée, par les termes des deux premiers paragraphes de l'article 106 TFUE. Cela est déjà bien d'avoir une légitimité ainsi juridiquement fondée mais en découvrir une seconde à travers la notion d'intérêt général n'est pas superflu et ne saurait nuire à l'existence d'une mission de SIEG. C'est plutôt l'absence d'une quelconque légitimité politico-juridique du pouvoir de leur création exercé par les pouvoirs publics étatiques qui aurait été, pertinemment décrié par la doctrine.

60. Ainsi, si certains peuvent considérer cette double légitimité comme un argument superfétatoire ou surabondant, tel n'est pas notre avis car il s'agit du type d'excès tolérable. Toujours plus de légitimité n'a jamais nuit au détenteur d'un quelconque pouvoir mieux, cela peut lui conférer un extraordinaire confort juridique dans son action. En se sens, aux termes du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE, l'intérêt général dans sa déclinaison économique, représenterait le fondement, la finalité et la limite du pouvoir de création des missions de SIEG dévolu aux États membre de l'UE.

61. Cette acception de l'intérêt général est rapportée par Fr Rangeon qui retient non sans raison que ces trois fonctions de l'intérêt général sont consubstantielles[475] à l'État. Ainsi selon lui, en tant que fondement du pouvoir de l'État, l'intérêt général fonde le pouvoir de l'État supposé être voué au service de tous[476] dans l'obligation de se soumettre au droit. En ce sens, un contrôle diplomatique inévitable, s'exprime par le vote. Également, un arbitrage juridictionnel y est sous-entendu comme une limitation du pouvoir, permise par le mécanisme d'un intérêt général en tant que limite du pouvoir de l'État. Dans ce cas de figure, l'intérêt

général se présente comme une légitimation des pouvoirs et actions des élus (territoriaux notamment si c'est dans le cadre strict des SIEG) et des fonctionnaires supposés poursuivre des buts d'intérêt général. Ce dernier paramètre que relève M. François Rangeon est applicable au domaine des SIEG. D'ailleurs, certains auteurs ont raison d'estimer qu'« en tant qu'idéologie juridique[477], l'intérêt général s'impose également comme le fondement et la limite du droit de l'Etat »[478].

62. Il est vrai, cette importance de l'intérêt général ne cache cependant pas son caractère diffus en droit européen. M. Th. Hamoniaux[479] expose parfaitement cette diffusion de l'intérêt général et en retient qu'en définitive, en droit communautaire (UE), les références textuelles et jurisprudentielles à la notion d'intérêt général sont multiples[480]. Tout en tenant compte, l'analyse substitue à la nature diffuse, le terme protéiforme car l'intérêt général se déclinant dans les SIEG, sous la forme d'un intérêt général économique n'est pas introuvable parce que diffus. Cette diffusion, à nos yeux renverrait plutôt à son approche péjorative que semble réfuter l'économie générale des termes de l'article 106 TFUE.

63. L'intérêt général dans les SIEG va plutôt dans le sens de l'intérêt public qui est au demeurant, une forme sinon purement et simplement un intérêt général. L'idée d'une gradation de l'intérêt public telle qu'elle est décrite, par le professeur Gaston Jèze est dans ce sens applicable au domaine des SIEG. Ainsi est-il que selon lui, « il y a une gradation de la notion d'intérêt public. La notion la plus large est incontestablement celle qui se trouve à la base de la théorie des travaux publics (…). Les charges sont plus ou moins lourdes. On comprend parfaitement, il est tout à fait logique que, pour justifier une charge plus lourde, la loi exige un intérêt public plus grand »[481].

64. En ce sens, lorsque par exemple, la charge que constitue la gestion d'un l'intérêt général économique local devient considérablement plus lourde pour la collectivité territoriales d'un État-membre de l'UE, les pouvoirs publics de cette dernière peuvent choisir

librement, de déclencher le système de sauvetage européen des SIEG en se conformant aux termes de l'article 106 TFUE. C'est donc parque l'intérêt général devient ingérable par les pouvoirs publics que ces derniers, parce qu'il s'agit d'un intérêt général qu'il peuvent procéder à sa qualification juridique en SIEG. Ce qui ne peut que difficilement convenir à un intérêt privé qui par cette nature n'est donc pas le prétexte tout trouvé pour bénéficier d'un tel changement de stature. L'intérêt général local, lui est indiscutablement éligible surtout s'il présente également les aspects cumulatifs d'être collectif, commun et donc public. L'intérêt général pour servir de seconde légitimation de l'action de qualification et d'organisation des SIEG doit, également être un intérêt général, bien commun des citoyens et résidents de cette entité territoriale européenne parce qu'étant celle d'un État membre.

65. **SIEG, un intérêt général bien commun, confirmation de la seconde légitimation de l'action de création des missions de SIEG** – L'analyse souligne d'ores et déjà que cette seconde légitimation dont l'aspect de bien commun de l'intérêt général donne la confirmation est induite de la nature même de l'intérêt général du besoin commun à ériger en SIEG. Cette seconde légitimée n'est aucunement requise par le droit positif des SIEG. En effet, nulle part dans le droit positif ou droit actuellement posé des SIEG précédemment décrit (voir *infra 12-13*), il a été prévu l'exigence d'une quelconque double légitimation de l'habilitation des pouvoirs publics étatiques entrant dans le cadre de l'article 106 § 2 TFUE. L'analyse la retient donc comme simplement induite de l'observation du droit des SIEG. Il nous semble qu'il s'agisse du type d'excès tolérable si l'on admet la nuisibilité que toutes les formes excès. Ce genre d'excès peut être souhaité car permettant de réduire la dose obscène[482] de l'exercice d'un quelconque pouvoir public parce qu'il serait orienté résolument vers la poursuite d'un intérêt général. Dans le cadre des SIEG, l'idéologie intérêt général est centrée sur la satisfaction de qualité à moindre coût, ce qui donne une belle illustration de l'idée du professeur Jacques Chevallier selon laquelle, « l'idéologie de l'intérêt général ne doit donc pas être envisagée comme une construction surajoutée, artificielle et contingente, destinée, dans les pays libéraux, à lubrifier les rapports sociaux, à limiter le recours à la contrainte physique et à faciliter le consentement au pouvoir ; c'est au contraire un élément fondamental et constitutif du social dans les sociétés modernes qui, fondées sur la division, la distanciation et

la différenciation, ne peuvent cependant subsister qu'en les niant symboliquement et en dissimulant la nudité obscène du pouvoir »[483].

66. Si l'on choisit de ne retenir que le minimum des innovations contenues dans les termes de l'article 106 TFUE alors il peut être valablement admis que ses auteurs ont bel et bien compris que l'idéologie de l'intérêt général est destinée à faire œuvre utile au profit des citoyens européens. Il est bien entendu que les résidents des pays membres de l'UE et les consommateurs temporaires et/ou accidentels des prestations de missions de SIEG en sont, également bénéficiaires car ils y ont un égal et libre accès. Ils ne paient pas les prestations de SIEG plus cher que les citoyens européens. Ainsi, dans les SIEG l'idéologie de l'intérêt général n'est donc pas envisagée comme une construction surajoutée, artificielle et contingente mais réellement axée sur la meilleure satisfaction au moindre coût. Telle est la philosophie ou l'idéologie sociale des SIEG qui leur permettent d'être la colonne vertébrale du modèle social UE. L'analyse consacre de larges développements de sa deuxième partie (titre 2, chapitre 2) à la démonstration de la position axiologique des SIEG dans le modèle social UE. Cette position de colonne vertébrale est possible si et seulement si, les termes de l'article 106 TFUE sont applicables dans toute leur splendeur, tel est notre avis subjectif assumé.

67. Ce faisant, dans les SIEG, l'intérêt général pourrait revêtir également le sens d'un bien commun[484]. C'est cette nature d'intérêt général, bien commun qui permet à l'intérêt général local, participant de la réalisation de la cohésion socio-économico-territoriale selon les termes de l'article 1er du protocole numéro 26 sur les SIG adossé au traité FUE de Lisbonne de 2009 de s'imbriquer dans les questions d'intérêt des États-nations membre de l'UE. On le voit, de cette façon, à travers la mission de SIEG, les pouvoirs publics territoriaux, démembrements de l'État-nation membre de l'UE participent significativement à la gestion de l'intérêt général national et Union européen.

68. En outre, dans certains États membres de l'UE, la notion d'intérêt général a connu une crise existentielle au point de devoir sa survie à sa démocratisation. C'est le cas de la France où « en crise, l'intérêt général, en quête de légitimité, a dû se démocratiser pour se

rapprocher des citoyens[485] »[486]. Porte de sortie de crise, il nous semble que la démocratisation ainsi visée par ces auteurs renvoie plutôt à une européanisation de cet intérêt général ou tout au moins de sa partie d'intérêt général économique à travers la création de missions de SIEG. Cela est peut-être une manière plus élégante de désigner cette européanisation d'une frange de l'intérêt général national par le truchement des SIEG, que de la présenter comme une démocratisation de l'intérêt général. Pour l'analyse, lorsque l'intérêt général intra-État membre de l'UE se « démocratise » par sa qualification en mission de SIEG par les pouvoirs publics territoriaux par exemple, il s'opère une européanisation[487]. Si cet intérêt général se mue en un intérêt général économique à l'occasion d'une mission de SIEG alors la démocratisation par ce truchement est un phénomène louable, à rechercher parce qu'elle est profitable aux consommateurs des SIEG, citoyens et résidents des États membres de l'UE. Ils sont en fin de compte, les véritables bénéficiaires de cette « démocratisation » de l'intérêt général qui a permis à cette notion de traverser la crise quelle a connu dans certains États membres de l'UE dont la France.

69. En tout état de cause, l'on pourrait qualifier d'heureuse, cette crise qui en démocratisant l'intérêt général par les SIEG rapproche ainsi, des citoyens européens à la fois de leur État membre de l'Union et des institutions bruxelloises de l'UE. Cette deuxième légitimation par la « démocratisation » de l'intérêt général peut donc représenter une autre source de légitimation démocratisée du pourvoir de création des SIEG découlant des termes de l'article 106 § 1er et 2e TFUE. Cela constituerait une parfaite illustration de l'existence d'un puissant outil démocratique Union européen représenté par les SIEG. En ce sens, l'intérêt général ne serait donc plus seulement une idéologie juridique[488], car dorénavant il représenterait une idéologie juridique démocratisée. C'est donc ce type d'intérêt général qui en se déployant par et à travers les SIEG, s'avère être doté de plus qu'un seul caractère fonctionnel.

70. **SIEG, transcendance du caractère fonctionnel de la notion d'intérêt général** – On le sait, en droit public français par exemple, d'une manière générale, l'intérêt public est

considéré comme uniquement doté d'une nature fonctionnelle. M. le Doyen J. BOULOUIS le résume de fort belle manière lorsqu'il indique que le ***« défaut d'une signification objectivement déterminable dans des termes qui ne soient ni truismes, ni sophismes, l'intérêt général est, en tant que notion, doué d'une existence (…) qu'il tient directement du droit positif (…) ; comme les formules qu'il emploie (le discours juridique ou judiciaire) sont destinés à jouer à une certaine place un rôle bien déterminé dans son développement, c'est en les considérant sous l'angle de la fonction qui leur est ainsi assignée que l'on a le plus de chances d'appréhender dans leur effectivité ces notions au contenu incertain dont "l'intérêt général" n'est au demeurant qu'un exemple parmi beaucoup d'autres***»[489] (Souligné par nos soins).

71. Malgré la pertinence de cette estimation, elle est insuffisante à cerner l'exactitude de la nature et des fonctions jouées par la notion d'intérêt générale dans le domaine des SIEG. C'est la raison qui fonde notre adhésion au complément que M. Mustapha Mekki ajoute à cette même affirmation du Doyen J. Boulouis.

72. « Pourtant [et nous y souscrivons,] dire de l'intérêt général en droit public qu'il est une notion fonctionnelle ne suffit pas. **Il est surtout une norme de référence dont le mécanisme intellectuel consiste à légitimer** […] **une certaine combinaison entre les intérêts publics et/ou privés en présence** »[490]. Cette autre dimension de l'intérêt général que la doctrine du droit public français semble passer sous silence est applicable dans le domaine des SIEG.

73. En ce qui concerne précisément le domaine des SIEG, en plus de l'habilitation des termes des deux premiers paragraphes de l'article 106[491] TFUE précités, il s'avère indiscutable de reconnaître que toutes les missions de SIEG sont d'abord, pendant et après tout, d'intérêt général. Cette condition *sine qua non* préside à la mutation en intérêt général économique par qualification pouvoirs publics étatiques. Dès lors, il ne peut avoir de SIEG sans le passage obligatoire d'une identification préalable d'un intérêt général. D'ailleurs dans la formulation de la dénomination de ces missions particulières de satisfactions des besoins de leurs consommateurs, les rédacteurs des termes de l'article 106 TFUE (anciennement article

90 CEE) sont sans équivoques lorsqu'ils combinent savamment l'équation SIEG = services + **intérêt économique** + **général**. La substitution des deux vocables : intérêt + général donnerait : services économiques, ce qui est très loin du type de missions que ces rédacteurs ont entendu ainsi créer.

74. En droit des SIEG tout comme « en droit public, l'intérêt général ne peut-être défini de manière substantielle ou organique en raison de la dispersion des acteurs et de la diffusion de son domaine d'application. Malgré cette fragmentation de l'intérêt général en droit public, il peut être défini, comme une notion fonctionnelle, prenant les traits d'une norme de référence »[492] qui sert aussi de fondement de double légitimation des missions de SIEG.

75. De ce point de vue, l'on devrait mettre entre guillemets, la nature paradoxale que lui trouvent certains auteurs. Entre autres, pour M. M. Mekki, « Il [intérêt général] est paradoxalement à la fois le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts publics et/ou privés en présence, et le fondement légitimant le caractère raisonnable de cette hiérarchie »[493]. Dès lors que dans le domaine des SIEG, les fonctions de norme de référence, de légitimation[494] et de hiérarchisation sont issues de la bonne lecture conjuguées des termes des articles 5 TUE et 106 TFUE, cette triple nature voulue par le droit primaire Union européen rend le vocable paradoxale intolérable.

76. **SIEG, un intérêt général résultat non paradoxale « d'une hiérarchisation entre les intérêts publics et/ou privés en présence, et le fondement légitimant le caractère raisonnable de cette hiérarchie »[495]** – Dans une collectivité territoriale donnée, lorsque les pouvoirs publics créent une mission de SIEG par la qualification juridique d'un intérêt général précis en celui doté d'une économicité, ils procèdent à une hiérarchisation des intérêts en présence (généraux et particuliers). Ainsi, « il est une justification [antérieure ou] a *posteriori* d'un certain équilibre entre [ces] intérêts. [En ce sens, l'on peut donc considérer] que ce soit en droit administratif[496], en droit constitutionnel ou en droit communautaire, l'intérêt général se présente souvent comme le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts ; Les intérêts hiérarchisés sont de différentes natures. Il peu s'agir de la combinaison

d'intérêts privés et d'intérêts publics [de deux ou plusieurs communes inter-communalisés]. Il peut également s'agir d'une hiérarchisation entre les intérêts publics »[497] comme cela est le cas dans la distinction entre SIGNE et SIEG qui détermine l'applicabilité[498] par principe ou non des règles européennes de la concurrence.

77. S'il s'agit d'un SIEG alors aux termes de l'article 106 § 2 TFUE, les règles de la concurrence s'appliquent par principe. L'avocat général de la Cour de justice des Communautés européenne, M. Maurice Lagrange l'avait rappelé avec justesse dans ses conclusions précitées sous l'affaire Costa c/Enel[499] de 1964. Dans l'hypothèse où le service d'intérêt général est un SIGNE ou SNEIG, l'absence de la nature marchande fait tomber cette exigence de l'applicabilité par principe des règles de la concurrence.

78. Le niveau infra-étatique (collectivité territoriale par exemple) est celui que l'on peut considérer à juste titre, comme le terrain de prédilection de la satisfaction de plus de 80% des intérêts généraux de type particulièrement économique. Le droit primaire ou droit européen issu des traités organisent remarquablement bien la hiérarchisation des intérêt généraux entre ces trois niveaux à travers l'article 5 du traité sur l'Union européenne (TUE). En effet, ce texte est le solide fondement juridique du principe européen de subsidiarité dont les vertus se déploient assez parfaitement dans le cadre du droit des SIEG. On le sait, aux termes du 3e paragraphe de cet article 5 TUE, « **en vertu du principe de subsidiarité**, **dans les domaines**

qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »[500]. Ce texte désigne formellement les ces trois niveaux « supranational (UE), Etats membres (Etat) et infra-étatique (local) tout en organisant la hiérarchisation des intérêt généraux naissant ou se situant dans la sphère d'action de chacun d'eux.

79. Il faudrait donc les coordonner ou les articuler de la meilleure manière afin que le service rendu au public soit de qualité à moindre coût et dont la satisfaction ne pâtisse pas d'une quelconque discordance entre les trois niveaux européen (supra-étatique), étatique et infra-étatique (collectivité territoriales notamment en France ou les Länder en Allemagne).

80. La distinction de ces trois niveaux est intéressante pour notre propos car elle révèle trois types d'IG. L'intérêt général UE de la catégorie supranationale. C'est à cette échelle que certains auteurs dont M. D. Linotte ont raison d'estimer qu'il existe une hiérarchie entre les intérêts généraux. Ce qui dans une certaine logique inhérente à cette représentation donne une conception plurielle et non pas unique de l'intérêt général. Il en ressort une divisibilité de l'intérêt général aux antipodes de son indivisibilité[501] contestée judicieusement par M. D. Linotte. Cette approche d'un intérêt général multiple et donc de son impossible unicité est confirmée par ces trois niveaux ainsi distingués. De plus, la prise en considération de ces trois niveaux possibles d'existence de l'intérêt général semble confirmer l'affirmation de M. D. Linotte effectuée en 1975 et la rend actuelle. « ***L'intérêt global est nécessairement la résultante de ces diverses composantes et des priorités dressées entre elles*** »[502] (Soulignées par nos soins).

81. L'intérêt général peut donc être le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts en présence après avoir servit de base de référence, de légitimation et de hiérarchisation des intérêts généraux dans les trois niveaux précédemment identifiés. La réussite de la bonne

articulation des intérêts généraux dans le droit primaire découlant de la lecture conjuguée des dispositions des articles 5 TUE et 106 TFUE permet une appréciation valorisante de la gouvernance européenne. Car l'esprit, les textes de ces deux dispositions du droit primaire Union européen et leur mise en pratique dans le domaine des SIEG permet de mieux comprendre l'affirmation de Mme. D. Lassale, sur la fragmentation de l'Etat-Nation par la gouvernance européenne et la représentation de l'intérêt général qui en découlerait. En effet, selon l'auteure :

> « ***La gouvernance européenne fragmente l'Etat en décloisonnant les niveaux et les acteurs de la prise de décision***. Au sein de cette gouvernance, la mission d'intérêt général de la Commission permet d'articuler les objectifs cristallisés dans les Traités (l'intérêt commun) avec les attentes et besoins évolutifs des Etats membres et des citoyens (les intérêts particuliers). ***Elle produit de la sorte un droit " isorropocratique " d'intérêt général, qui maintient un équilibre entre l'idéal européen et les acteurs du processus d'intégration, conférant ainsi une légitimité originale au droit européen.*** »[503] (C'est nous qui les soulignons).

82. Au delà de la légitimité originale que confère la gouvernance multi-niveaux que l'auteure semble désigner à tort ou à raison (?) par une gouvernance à niveaux décloisonnée, il nous semble que le regard de son auteure reste tout de même péjoratif. Dire donc que « la gouvernance européenne fragmente l'Etat en décloisonnant les niveaux et les acteurs de la prise de décision »[504], ne nous semble guère élogieux. Pour autant, les termes de l'article 5 TUE attestent la volonté suffisamment claire de ses rédacteurs d'édicter une nouvelle approche de l'intérêt général ou tout au moins de sa gestion innovante. Ainsi, selon le paragraphe 1er de l'article 5 TUE, « le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences ». Puis, dans son 3e paragraphe, le même article précise qu' « **en vertu du principe de subsidiarité**, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

83. En définitive, une analyse d'ensemble de ces différentes conceptions de l'intérêt général valables, dans le domaine des SIEG permet d'y envisager une conception particulière dudit intérêt.

§2 : SIEG une conception originale de l'intérêt général

84. **L'intérêt général a la peau dure mais elle sait se revêtir d'« habits neufs » dans l'Union européenne en général et tout particulièrement dans les SIEG** – Le professeur Gilles J. Guglielmi affirme avec justesse et l'analyse se l'approprie que « les concepts et les notions utilisés en droit public acquièrent, au fil de leur utilisation répétée, une grande familiarité et une valeur d'évidence. Ils ne sont pourtant pas tous de même nature. Certaines notions peuvent être traitées strictement comme des catégories juridiques, des regroupements d'objets soumis au même régime juridique. C'est le cas par exemple du domaine public, des collectivités territoriales, des actes réglementaires. Ces catégories permettent la description, le classement, le traitement. **D'autres notions, en revanche, servent de référence, d'objectif ou de fondement à l'action des personnes publiques. C'est le cas de l'intelligibilité du droit, de la sécurité juridique et de l'intérêt général** »[505]. A suite de certains auteurs, l'analyse reteint que l'idéologie de l'intérêt général est une « notion "caméléon ", (…) présent[ant] sous un aspect différent selon les types de discours. Pourtant, par-delà cette apparente variété, il semble possible de déceler une même structure, un modèle commun à tous ces discours »[506].

85. On le voit, l'intérêt général a donc des invariants mais peut faire peau neuve comme cela est le cas dans l'édifice de l'Union européenne où depuis 1957, l'on assiste à un foisonnement de terminologies juridiques renvoyant quasiment toute à cette importante notion. Il ne s'agit pas d'un banal jeu sémantique puisque dans le cadre UE, l'intérêt général fait véritablement sa mue depuis 1957.

86. Ainsi est-il que pour accepter l'idée que dans l'édifice européen, l'intérêt général se revêtit d'habits neufs[507] si nous empruntons la belle formule du professeur Gilles J. Guglielmi l'analyse met l'accent sur une autre de ses dimensions. En effet, tout en remplissant ses fonctions de norme de référence, de légitimation de l'action publique …, fonctions précédemment démontrées dans le cadre spécifique des SIEG, l'on doit considérer comme

vraie, l'idée qu'il ne s'agit pas d'une notion moribonde, incapable de se réinventer[508]. Pour certains auteurs, « l'idéologie de l'intérêt général, loin d'être moribonde[509], (…) paraît (…) plus vivante que jamais »[510]. L'analyse y ajoute qu'il s'agit d'une idéologie dont le dynamisme est inépuisable et elle est mouvante même si elle a forcément des invariants construits dans long passé de plus de quatre[511] cent ans. En effet, « **la légitimité de la décision publique et de la notion même de l'intérêt général passe aussi, on l'oublie trop, par la conscience de ce qu'est un choix collectif et de la manière de le formuler** dans notre système juridique comme dans tout système juridique. Que cette dernière soit perdue et c'est tout le sens su système institutionnel qui est perdu avec elle »[512]. Fort heureusement, les rédacteurs des termes de l'article 106 TFUE (anciennement article 90 CEE de Rome de 1957) en on eu la plus déférence au point de l'enchâsser dans une nouvelle forme dite intérêt général économique. Dans le cadre strictement européen, les habits neufs de l'intérêt général ont commencé par le costume sur mesure (à la mesure des objectifs de l'UE) des SIEG. Les SIG et les SIGNE ou SNEIG découlant du Protocole numéro 26 sur les services d'intérêt général adossé aux traités UE et TFUE de 2009 sont d'autres habits de l'intérêt général. Dès lors, les contours de l'intérêt général dans l'antre du droit européen en général et tout particulièrement dans le cadre des SIEG où la notion a deux facettes précédemment démontrées (dimensions introuvables et celles y rencontrées) peut également faire peau neuve. D'ailleurs, le Doyen Jean Boulouis souligne parfaitement que, « l'intérêt général est, en tant que notion, doué d'une existence (…) qu'il tient directement du droit positif »[513] . Il donc possible que le droit positif des SIEG en révèle une approche inhabituelle mais non singulière.

87. **SIEG, réinvention de l'idéologie intérêt général** – Notion caméléon selon certains auteurs, **d**ans le cadre des SIEG, l'idéologie intérêt général se renouvelle voire se réinvente, devient plus qu'un discours, c'est la pratique d'un nouveau mode de gestion de sa gestion, un modèle social. C'est lorsqu'une telle innovation est impossible, que l'idéologie peut être amenée à disparaître. Car l'analyse convient avec MM. Cyriaque Legrand, François Rangeon

et Jean-François Vasseur que « toute idéologie doit constamment se reproduire. Mais elle doit aussi donner l'illusion de la différence. Un discours idéologique ne pénètre efficacement le tissu social que s'il est patiemment répété. Cette réitération s'accompagne d'une variation des formulations et des thèmes. La matrice ("phrase-mère") donne naissance à un ensemble de discours subordonnés. Ces derniers s'enchâssent ou s'emboîtent sur la matrice de manière différente selon les nécessités économiques, politiques ou sociales du moment, ou encore selon le récepteur auquel ils s'adressent[514] »

88. Cette estimation trouve terreau fertile dans le champ des SIEG. Les services d'intérêt économique général réalisent plus qu'une illusion de la différence, ils impriment au vocabulaire juridique et à la science juridique dans son ensemble, une innovation idéologique juridique. « En tant qu'idéologie juridique[516], l'intérêt général s'impose également comme le fondement et la limite du droit de l'Etat »[517]. C'est aussi en tant qu'idéologie juridique que l'intérêt général économique – variation de l'intérêt général – confirme que l'idéologie intérêt général est une « phrase-mère » [518] féconde. Elle a donné naissance dans l'antre communautaire européen à un discours socio-politico-économico-juridique véhiculé par les SIEG. Le concept de services d'intérêt général, matrice du service d'intérêt général, nouveau né du traité CE d'Amsterdam (protocole 26 sur les SIG) est extrait des premiers. En effet, c'est du protocole numéro 26 annexé que découle la première[519] introduction des notions de service d'intérêt général (SIG) et de service non économique d'intérêt général (SNEIG) dans le droit primaire européen. La naissance de la notion de SIEG se situe dans le débat sur les SIEG et donc à l'occasion d'un discours sur cette variation de l'idéologie d'intérêt général.

89. En effet, dans la décennie 1980, le débat sur le régime juridique des SIEG a atteint son point culminant à la suite de l'engagement de la Commission européenne à démanteler,

nombre de monopoles estimés contraires aux règles posés par l'article 86 TCE. C'est donc sur le fondement des termes de l'article 86 TCE que ce processus s'intéressa premièrement au secteur des télécommunications[520].

90. Au sujet de cet article 86 TCE, la décennie 1980 a été celle des feux nourris contre la Commission accusée, doublement de sortir des limites de ses pouvoirs et de s'en servir pour déstructurer[521] les modèles nationaux de services publics. Cette double accusation contre la Commission visait, la répartition des compétences organisée en matière de SIEG par les termes de l'article 86 TCE. Mais elles sous-entendaient également, la nécessité d'un meilleur équilibre entre le développement de la concurrence – moyen et finalité – de la réalisation du marché intérieur intégré communautaire et, la gestion des questions d'intérêt général.

91. On le sait, dans le cadre des SIEG, le respect des règles de la concurrence ne peut pas être considéré comme trivial car l'article 106 §2 TFUE (anciennement article 86 § 2 TCE) prescrit *expressis verbis,* « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence ».

92. Pour autant, l'article 86 hautement critiqué dans cette décennie 1980 n'a connu aucune révision. Ses termes restent inchangés depuis son origine dans le traité de Rome de 1957. Le traité de Lisbonne de 2009, l'a aussi gardé intact, signe d'une longévité alors même

que de Rome (traité CEE de 1957) à Lisbonne (traité de Lisbonne de 2007 entré en vigueur 2009), plusieurs révisions des traités ont été effectuées.

93. Ce débat sur les SIEG s'est poursuivit dans la décennie 2000 où le 14 juillet 2005, par une lettre dorénavant historique, la Commission européenne fit part au gouvernement Hollandais des conclusions de son premier examen du système des logements en Hollande. Ce système était considéré par ce pays membre fondateur de la CEE comme un service public. La Commission retint le contraire puisque pour elle, la définition par qualification juridique d'un tel service en SIEG était impropre car abusive[522].

94. La réplique du Ministre-président Néerlandais Jan Peter Balkenende à cette condamnation de la Commission est connue. Il remit les SIEG au cœur du débat et il en découla, le protocole numéro 26 sur les SIG annexé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009. Le haut responsable néerlandais est donc à l'origine de ce protocole qui introduisit deux autres notions résultantes de ce débat sur les SIEG. Ce débat sur les SIEG est à nos yeux, un discours sur la déclinaison économique de l'intérêt général. L'analyse considère que ce soit ce discours ou tout autre sur les SIG ou SNEIG sont subordonnés à une réflexion centrale sur l'intérêt général en tant qu'idéologie juridique. Dès lors, ils confirment l'idée de Pierre Bourdieu et Bolstanki qui estimèrent à juste titre que ces derniers sans vouloir singer la matrice, s'y encastrent ou en emprunte les logiques souvent de manière différentes parce que tenant contre du cadre spatiotemporel où ils ont lieu. Ce faisant, ils peuvent refléter la prise e compte des considérations économiques, politiques ou sociales du moment[523], « ou encore selon le récepteur auquel ils s'adressent »[524].

95. De ce protocole 26 sur les SIG découlèrent les notions de SIG et de SNEIG qui ne sont que des représentations de l'intérêt général dont elles expriment d'autres conceptions. L'on y retrouve également, des valeurs inhérentes aux SIEG.

96. L'on peut donc en déduire que le protocole numéro 26 sur les SIG est le fruit de la poursuite du débat de la décennie 1980 sur les SIEG dans la mesure où, « il ressort de façon

claire du protocole la double volonté de préserver les prérogatives nationales en matière de SIG et de sauvegarder la qualité des services publics dans un environnement de plus en plus concurrentiel »[525].

97. **SIEG, une nouvelle approche de la notion de l'intérêt général** – Certains auteurs lient à tort ou à raison, la manifestation de l'intérêt général à la gouvernance européenne. Ainsi est-il que dans sa démonstration de l'Union européenne, une « Europe de l'intérêt général » – objet de sa thèse de doctorat de droit –, Mme Déborah Lassale situe cette notion dans le cadre de la gouvernance européenne. Selon l'auteure, « ***la gouvernance européenne fragmente l'Etat en décloisonnant les niveaux et les acteurs de la prise de décision***. Au sein de cette gouvernance, la mission d'intérêt général de la Commission permet d'articuler les objectifs cristallisés dans les Traités (l'intérêt commun) avec les attentes et besoins évolutifs des Etats membres et des citoyens (les intérêts particuliers). ***Elle produit de la sorte un droit " isorropocratique " d'intérêt général, qui maintient un équilibre entre l'idéal européen et les acteurs du processus d'intégration, conférant ainsi une légitimité originale au droit européen.*** »[526] (C'est nous qui les soulignons).

98. L'analyse ne partage pas cette représentation de l'intérêt général qu'elle appelle à nuancer. En effet, dans le cadre des SIEG, aux lieu et place d'un décloisonnement, l'analyse perçoit plutôt une nouvelle approche de l'intérêt général. Dans les SIEG, la combinaison des termes des articles 5 TUE et 106 TFUE, produit une hiérarchisation[527] des intérêts en présence. Certes, il s'agit d'intérêts différents qui très souvent revêtissent diverses formes mais parfois pouvant être catalogués dans une même catégorie. C'est le cas lorsque le raisonnement procède par catégorisation des intérêts en présence dans une entité territoriale donnée. Dès lors, l'on ne peut se satisfaire de la « réserve quasi-générale de la doctrine à l'égard de la notion d'intérêt général [qui], interdit, en quelque sorte, de la considérer a priori comme une notion juridique »[528] parce que trop imprécise, ne pouvant être définie[529] car seulement constatée. Fort heureusement, le droit des SIEG donne des contours précisément économique de cette incontournable notion que le Conseil d'Etat français qualifie d'« *épine*

dorsale »[530] tandis que le professeur Jean Rivero estime parfaitement qu'il s'agit de l'« *âme du droit* »[531]. Il nous semble que l'appréciation de la gouvernance européenne selon Mme. D. Lassale découle de la perception de l'intérêt général comme une notion consubstantielle à l'existence de l'Etat. En effet, seule une telle appréhension au demeurant très étriquée, empêcherait la notion d'intérêt général de revêtir sa posture remarquablement décrite par M. Mustapha Mékki. Selon lui, « l'intérêt général est le fondement commun de la sphère privée et de la sphère publique. Il conditionne toute vie en société et légitime le droit de l'Etat »[532].

99. La conception de l'intérêt général qui découle de la combinaison précédemment visée des termes des articles 5 TUE et 106 TFUE s'éloigne de celle de Mme Lassale. Tout en se rapprochant de sa représentation chez M. Mustapha Mekki en diffère peu ou prou. L'intérêt général dans les SIEG représente une idée précise de la gouvernance européenne que cette catégorie spécialement économique semble symboliser.

100. **Les SIEG, un symbole d'une gouvernance européenne ne défragmentant pas les État-nations membres de l'UE** – Dans sa déclinaison de services d'intérêt économique général, l'intérêt général est tout sauf le résultat d'un décloisonnement des niveaux et des acteurs de la prise de décision. Encore moins, ces missions d'intérêt général ne réalisent une défragmentation voire une dislocation[533] quelconque des États-nations membres de l'UE.

101. On le sait, l'article 5 du traité sur l'Union européenne de 2009 instaure un système de répartition de compétences dans l'UE. C'est sur ce fondement que se déploiement effectivement, les termes des deux premiers paragraphes de l'article 106 TFUE. Ainsi est-il que l'intelligente combinaison des dispositions de ces deux textes habilitent les pouvoirs publics étatiques à créer et organiser des missions de SIEG. Ces autorités publiques des États membres de l'UE ne sont ni créées ni instituées par les institutions européennes de Bruxelles aux fins de pourvoir se prévaloir de la manne juridique de l'article 106 TFUE. Ils ne sont pas non plus issus d'un quelconque décloisonnement de niveaux produit par la normativité

européenne. Les SIEG n'illustrent donc pas une gouvernance européenne, défragmentant « l'État en décloisonnant les niveaux et les acteurs de la prise de décision »[534]. De ce point de vue, l'assertion de Mme Déborah Lassale précédemment rapportée, montre une limite. Elle est assurément vraie dans les considérations de l'étude qui lui a servi de support mais ne l'est pas dans le domaine des SIEG où, ni l'économie générale de l'article 5 TUE ci-dessus rapportée, ni les termes de l'article 106 TFUE ne semblent militer en faveur d'une telle « vérité » mentale. Cette vérité ne semble pas nous donner satisfaction. Or il existe une doctrine selon laquelle « la connaissance est un instrument au service de l'activité [et que] la pensée a un caractère essentiellement téléologique. La vérité d'une proposition consiste donc dans le fait qu'elle " est utile", qu'elle "réussit ", qu'elle donne satisfaction »[535]. Si une telle connaissance est transposée dans les SIEG et n'y remplie pas à ces différentes paramètres doctrinal – c'est le cas en l'espèce – ; alors elle ne peut conséquemment pas y être réputée valable.

102. L'analyse ne la retient donc pas mais tiendra plutôt pour vraie, la valorisation par les SIEG, de sphères de décisions découlant de l'architecture des niveaux de gouvernance existants dans les États membres de l'UE.

103. **SIEG une valorisation de niveaux de gouvernance étatique existant des États membres de l'UE –** Aux termes des deux premiers paragraphes de l'article 106 TFUE, ceux sont les États membres, qui accordent aux entreprises publiques ou privées, des droits spéciaux ou exclusifs, sans édicter ni maintenir « aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus »[536]. C'est encore ces derniers qui chargent des entreprises « de la gestion de ***services d'intérêt économique général*** ou [qui leur reconnaissent le] (…) le caractère d'un monopole fiscal »[537] (C'est nous qui soulignons).

104. Le vocable État membre choisit par les rédacteurs de ces termes renvoi à l'ensemble des pouvoirs publics de ces pays que le droit interne désigne, comme pouvant se prévaloir des termes de l'article 106 TFUE. Il peut donc s'agir de collectivité territoriale et c'est souvent le cas. Dès lors, ces termes de l'article 90 CEE devenu article 106 TFUE offrent à ces pouvoirs

publics, par le truchement de leurs créations de missions de SIEG, des moyens supplémentaires pour répondre aux besoins vitaux quotidiens de fourniture de gaz, d'électricité, de garderie d'enfant … et de prestations funéraires.

105. **Toutes ces prestations sont soumises à la diptyque : fourniture de qualité à des prix compétitif consacré par le deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE**. C'est cette logique qui donne aux SIEG, la possibilité de représenter une déclinaison particulièrement économique de l'intérêt général. Elle est le reflet de l'approche de l'intérêt général supposant une fourniture de service public innovée et innovante du traité CEE de 1957. L'analyse considère que cette approche de l'intérêt général a été innovée en 1957 car sauf erreur, dans les cultures et pratiques des six[538] États signataires de ce traité de Rome, une telle logique de société reste introuvable. Elle est innovante car instaure une nouvelle approche de l'intérêt général qui ne rime plus forcément avec la gratuité et la qualité médiocre indiscutable car procédant de la « pitié » de l'État providence[539], au demeurant une espèce en voie de disparition voire tout simplement plus irréparable que la planète terre.

106. Dans le cadre des SIEG, l'idéologie de l'intérêt général apparaît comme l' « épine dorsale » et l' « âme » des SIG tout comme l'intérêt général est l' « épine dorsale »[540] et l' « âme du droit »[541] en France. Mais bien que lui étant indispensable, l'intérêt général n'est pas le seul déterminant de la définition de la notion de SIEG, les rédacteurs de l'article 90 CEE (article 106 TFUE) ont soigneusement enchâssés dans ses termes, d'autres ingrédients juridiques complémentaires à découvrir.

[illegible]

107. Rappelons que le concept de services d'intérêt économique général ou SIEG a été introduit pour la première fois dans le vocabulaire juridique de l'Union européenne en 1957 par le Traité fondateur de la Communauté économique européenne (T.CEE). À partir du cadre de sa création, la juridicité du concept de SIEG paraît être une évidence car étant le fait des termes de l'article 90 de ce Traité CEE. En effet, ce Traité CEE de Rome forme avec tous les autres traités de l'UE, le droit primaire qui « constitue la norme de référence suprême des Communautés[542], et s'impose à leurs institutions (Conseil et Commission notamment) (…). Le droit dérivé[543] tire sa validité de sa conformité au droit primaire »[544]. Dès lors, extraire des termes de l'article 106 TFUE (anciennement article 90 CEE), les terminologies déterminantes de la définition des SIEG dont l'analyse démontrera la connotation idéologique juridique, se présente comme un exercice mental censé.

Ainsi, des termes l'article 106 TFUE, l'analyse retiendra d'abord les phraséologies « règles de la concurrence » et le « soumission aux règles de la concurrence » du deuxième paragraphe (**paragraphe 1**). Puis et enfin, elle démontrera l'importance de l'idéologie juridique en filigrane de la vigilance de la Commission prévue par de l'article 106 § 3 TFUE (**paragraphe 2**).

[illegible]

[illegible]

§ 1 : Idéologies juridiques de l'Article 106 §2 TFUE

109. Aux termes de l'article 106 § 2 TFUE, « **les entreprises chargées** de la gestion de ***services d'intérêt économique général*** ou présentant le caractère d'un monopole fiscal ***sont soumises*** aux règles des ***traités***, notamment ***aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.*** Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union » (C'est nous qui soulignons).

110. L'analyse retient de ces termes, deux phraséologies idéologiques juridiques : *« (...)* ***soumises*** *aux règles des* ***traités****, notamment* ***aux règles de concurrence*** *»* (A) ***et*** « ***soumission aux règles de la concurrence dans les limites ...*** » (B).

A- Idéologie des règles de la concurrence de l'article 106 § 2 TFUE

111. **Article 106 § 2 TFUE, porteur d'une idéologie Union européenne de société** – Si dans le cadre des SIEG, l'intérêt général se présente comme un puissant stimulant de l'action des pouvoirs publics. Aux termes de l'article 106 § 2 TFUE Il est à la fois l'objet et le moyen de leur habilitation à créer des SIEG. Toutefois, l'intérêt général ne pourrait pas être considéré comme l'unique déterminant de la définition des SIEG car il est complété par les règles de la concurrence, autre puissant aiguillon de la réalisation de l'édifice Europe unie. Pour s'en convaincre, encore faut-il préciser ce que l'on entend par la concurrence et les règles de la concurrence auxquelles sont soumises, les entreprises chargées des services d'intérêt économique général (1). Puis et enfin, l'analyse démontrera la valeur idéologique du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE et son importance dans la formulation de la définition de la notion de SIEG (2).

1- Notion de concurrence dans la définition des SIEG

112. **Notion de concurrence, une définition en creux donnant une place de choix à la lutte contre les actes anti-concurrentiels** – La quête d'une définition du vocable concurrence permet de comprendre que dans le vocabulaire juridique de la langue française, la concurrence est du domaine du droit commercial. En effet, le Lexique des termes juridiques révèle une représentation fort intéressante de la notion de la concurrence.

113. Lorsque l'on y consulte la définition juridique du mot concurrence, une surprise de taille accueille le regard curieux. Aucune définition du mot concurrence n'est proposée si ce n'est un simple renvoi au droit de la concurrence. « Concurrence : > Droit de la concurrence »[545]. En suivant la direction semi-autoritaire de la flèche, la curiosité est un tantinet satisfaite de savoir que lorsque l'on recherche une compréhension de la notion de la concurrence, il faudrait systématiquement de référer à l'une des ses conséquences, le droit s'y rapportant. Cependant, immédiatement après le renvoi au droit de la concurrence, la concurrence déloyale et la concurrence fiscale dommageable sont définit comme si par une déduction de ces deux définition, la notion de la concurrence devrait être comprise. Une sorte de définition en creux est de ce fait proposée. Toutefois, lorsque la curiosité est un peu plus poussée, le jeu en vaut la chandelle car sous la rubrique droit de la concurrence, des informations éclairantes de la bonne compréhension de la notion de la concurrence s'offrent aux lecteurs et lectrices.

114. Par droit de la concurrence, *stricto sensu,* l'on désigne un « corps de règles qui permettent de réprimer ceux qui, de différentes manières, entravent le libre jeu de la concurrence, notamment en constituant des ententes ou en exploitant une position dominante »[546]. Cette répression des contrevenants à la concurrence libre, pure et parfaite donne une place de choix à la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine qui se justifie à la fois par l'absence d'une autorégulation et par les conséquences de la mise en œuvre du pouvoir de régulation de la Commission européenne en matière de SIEG prévue par les dispositions de l'article 106 § 3 TFUE.

115. **SIEG, une intervention des autorités européennes due à l'absence d'une autorégulation de la concurrence et aux implications des termes de l'article 106 § 3 TFUE** – En 1998, M. Philippe Maddalon estima avec justesse que « l'absence d'autorégulation marché communautaire implique nécessairement l'intervention des autorités communautaires, parmi lesquelles la CJCE, afin de l'organiser. Il n'existe pas dans ces conditions, de domaine marchand échappant à toute intervention politique. Mais, de plus, cette organisation communautaire, a pour objet des échanges, créateurs de liens sociaux. La régulation communautaire, notamment par les définitions juridictionnelles, affecte donc les

relations sociales marchandes »[547]. Cette estimation au demeurant parfaitement transposable dans le cadre des SIEG, y est complété par les termes de l'article 106 § 3 TFUE qui y consacre l'absence de l'autorégulation de la concurrence en instituant conséquemment, la régulation institutionnelles européenne. Ainsi est-il qu'aux termes de l'article 106 § 3 TFUE, « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ». La régulation de la Commission européenne est donc consacré par le droit primaire et peut déclencher celle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) notamment lorsqu'une qualification de SIEG litigieuse lui est déférée pour erreur manifeste ou encore si cette dernière estime par exemple qu'une compensation d'obligation de service public de SIEG octroyée en guise d'aide d'État contraire à l'article 107 TFUE.

116. Mais puisque le domaine marchand des SIEG et/ou « le marché [d'une manière générale] ne correspond pas à un domaine d'activités mais à un ensemble de relations sociales, il ne peut faire l'objet d'un transfert de souveraineté clairement délimité au profit de la Communauté européenne. La substitution de compétences recouvre un ensemble de relations sociales nécessairement indéterminé »[548], raison de la nécessité de d'une bonne compréhension de règles de concurrence et de leur implication de même que de la régulation européenne par les acteurs du domaine des SIEG. D'ailleurs, spécialement dans le cadre des SIEG, aucun transfert de souveraineté n'est prévue et organisé par l'article 106 TFUE. Cependant, il est entendu que même si l'exemple n'est pas encore rapporté, en cas de défaillance ou de carence longue voire permanente d'un État membre dans la gestion d'un SIEG, par le biais de la mise en œuvre des termes de l'article 5 TUE, l'Union européenne pourrait éventuellement, se substituer à ce dernier dans la fourniture de la mission de SIEG. Mais, ceci ne signifie pas une habilitation dûment consacré par le droit positif des SIEG à créer par subrogation valable d'un État membre, un SIEG car contraire à l'économie général des dispositions des deux premiers paragraphes de l'article 106 TFUE.

117. Dès lors, déterminer avec exactitude ce que renferme la notion Union européenne de la concurrence devient très importante pour la bonne compréhension de la notion de SIEG

dans la mesure où à l'occasion des SIEG, se réalise une régulation juridique supranationale non juridictionnelle (Commission européenne) et/ou juridictionnelle sur le fondement de l'article 106 § 3 TFUE. Un retour à l'année 1957 s'impose pour s'imprégner de la logique et de la philosophie de la concurrence dans l'Union européenne.

118. **Philosophie européenne de la concurrence de 1957 à 1996, une place de choix au traité CEE de 1957** – À l'origine, la politique de la concurrence européenne a visé la lutte contre les abus de pouvoirs des opérateurs économiques privés. Elle a donc organisé une chasse à l'opérateur aux pratiques *antitrust* intolérables comme cela fut le cas dans l'Europe médiévale. Dès lors elle, elle ne pouvait être considérée comme visant une régulation de l'interventionnisme étatique. Les pouvoirs publics ne furent donc pas dans le viseur encore moins la régulation de la politique industrielle nationale n'a été une de ses problématiques majeures. Mieux cette politique laissa le champ libre au développement industriel européen sans aucune entrave réelle de 1950 à 1980. Le contexte de l'après seconde Guerre mondiale s'y prêtait car l'heure était à la reconstruction du vieux continent devenu un vaste chantier. Dans cette période, quelques secteurs connurent un traitement de faveur eu égard à leur importance dans la reconstruction de l'Europe. Ainsi, des monopoles publics seront tolérés alors même que ceux du secteur privés sont démantelés car intolérable. Ceci laisse apparaître une certaine conception européenne de la concurrence qui se révèle être une politique sectorielle. Cependant, en 1951 le continent européen enregistre l'arrivée d'un acteur important de régulation de la concurrence qui naît d'une mise en commun. Il s'est agit de l'institution de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) par le traité de Paris du 18 avril 1951[549]. Les six pays signataires de ce traité : la République fédérale d'Allemagne (RFA), la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas réunirent sous une haute autorité de régulation, l'ensemble de leur production de charbon et de l'acier. Ce traité de Paris, interdisait les cartels et abus de position dominante des grandes entreprises de la sidérurgie, donnant ainsi, une lisibilité de la politique de la concurrence dans ce secteur. Le traité CECA considérait discriminatoires, toutes pratiques restrictives de la concurrence représentant des entraves à l'accès des marchés du secteur à tous opérateurs économiques privés. Le jeu normal de la concurrence faussé, ne pouvait donc pas être toléré. Il organisait également, une protection juridique contre les abus de position dominante à travers leur sanction. La Haute autorité du charbon et de l'acier dont le français Jean Monnet fut le

premier président avait la responsabilité de réguler la concurrence dans le cadre de ce traité CECA de Paris. Sa mission est identique à celle qui est assignée à Commission européenne dans la régulation de la concurrence dans le secteur des SIEG par les dispositions de l'article 106 § 3 TFUE (anciennement article 90 § 3 du traité CEE de Rome de 1957).

119. Rappelons qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 106 TFUE, « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[550]. Il n'y a pas qu'une similitude de la fonction de la régulation de la haute autorité CECA et la Commission européenne comme lien entre ces deux instances. Il peut être également souligné que la dernière remplace aujourd'hui le premier qui a cessé d'être à l'échéance des cinquante années de vie du traité CECA. Ainsi le rôle de régulateur de la concurrence Union européenne est aujourd'hui joué par la Commission européenne comme le fit la Haute autorité CECA. C'est donc logique que les rédacteurs des termes de l'article 90 CEE de Rome de 1957, lui aient dévolue la fonction de veille sur le domaine des SIEG en général et tout, particulièrement en matière d'applicabilité des règles de la concurrence consacrée par de deuxième paragraphe du même texte.

120. Dans l'Europe moderne, d'une manière générale, l'on peut retenir que c'est dans la décennie 1950 que la philosophie de la concurrence a vu le jour en se refusant d'être conservatrice ou néolibérale. La prégnance de l'idée précédemment soulignée de la distinction entre monopole du secteur public – tolérée – et celui non tolérée car réprimée du privé va fonder le refus d'une quelconque assimilation de ces deux types de monopole. Le secteur public pouvait donc abriter, un monopole voulu et excusé (?) ; tandis que la concurrence du secteur privé est uniquement surveillée comme le lait sur le feu dans la logique européenne de la concurrence de la période allant de 1950 à 1996. Cette attitude de tolérance à l'égard du secteur public pouvait tout de même paraître conjoncturelle si elle est replacée dans le contexte post Seconde guerre mondiale avec ses exigences énormes en effort de reconstruction. Dès lors, la politique ou philosophie générale de la concurrence en Europe dans cette période se résumait à une traque des monopoles et/ou concentrations privés tandis que le monopole public jouissait d'un traitement de faveur.

121. Si le droit européen de la concurrence se présente comme ayant subit les effets de ces changements intervenus dans le domaine des SIEG à la suite du traité CE d'Amsterdam, donc par ricochet, il en va différemment pour les SIEG puisqu'ils sont directement impactés. En effet, dans le domaine des SIEG l'on peut pas réellement évoquer un changement de politique des SIEG à suite de l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 § 2 TCE (article 106 § 2 TFUE). Il s'est agit d'une prise d'envergure ayant provoqué la crainte de certains États membres dont les Pays-Bas, quant à la subsistance de certains services publics nationaux (services Neerlandais des logements) jugés inéligibles[551] à la qualification de SIEG par la Commission européenne par une lettre datant du 14 juillet 2005.

122. Par la suite, cette entrée en scène des dispositions de l'article 86 § 2 TCE (article 106 § 2 TFUE) a tout de même conduit en 2009 au protocole 26 sur les SIEG annexé aux traitées UE et TFUE ayant la même valeur juridique que ces traités eux-mêmes. Et, « il ressort de façon claire du protocole la double volonté de préserver les prérogatives nationales en matière de SIG et de sauvegarder la qualité des services publics dans un environnement de plus en plus concurrentiel »[552]. Cette volonté de protéger les services publics non marchand visés par le second article de ce protocole aboutira à la création de nouvelles catégories de service d'intérêt général (SIG) et de service d'intérêt général non économique (SIGNE ou SNEIG) par leur distinction des SIEG. L'analyse ne reprendra pas ses développements précédents sur cette question auxquels elle renvoi.

123. Retenons ici que l'idée de la préservation de certains services publics, particuliers à certains États membres produira incidemment, une redéfinition de la logique ou philosophie de la concurrence dans le cadre Union européen. Mais d'une vue générale, la logique de la concurrence européenne de 1957 au début de la décennie 2000 présentera trois invariants dont la première est de représenter à la fois un moyen et une finalité de nature politique et institutionnel de migration vers plus d'Union à travers un marche intérieur intégré. De ce point de vue, politique européenne de la concurrence et le droit qui en découle sont fondamentalement différent de la Loi *antitrust* américaine de 1890 et de son développement ultérieur en droit et logique américains de l'*antitrust*. Puis, il important de remarquer que la logique Union européenne de la concurrence de 1957 à 1996 recouvre également des

ambitions économique dont la cohésion socio-économique et territoriale à réaliser à travers les SIEG. Il ne s'agit donc pas uniquement de poursuivre uniquement et simplement, des fins de régulation de la concurrence, phénomène commerciale par essence. Enfin, un troisième paramètre de la politique européenne de la concurrence de cette période peut être soulignée qui n'est pas totalement éloignée du deuxième, il s'agit de la valeur social et morale qu'elle revêt.

124. **La logique européenne générale de la concurrence et dans les SIEG de 1957 à 1996, un objectif politique et institutionnel inhérent à l'essence de l'Union européenne** – Le traités de Lisbonne de 2009, en reprenant les termes des articles 101 et 106 TFUE, de manière textuelle, les dispositions des articles 81 et 90 TCE confirme la présence d'une idéologie de la concurrence datant du traité CECA de Paris (1951) précédemment rappelé. En effet, le fait de placer les productions de charbon de l'acier de ses six[553] pays signataires sous une haute autorité, les rédacteurs du traités de ce traité n'ont pas seulement traduit l'absence d'une autorégulation de la concurrence dans ce domaine, il ont également fait naitre une conception particulière de cette dernière. Cette absence d'autorégulation est également valable pour le marché intérieur intégré européen et confirme la même l'ouverture à une interventions des instances européenne de la régulation[554]. L'on s'aperçoit qu'à l'origine, de l'idée et du droit communautaire ou européen de la concurrence, se trouve le principe de transfert partiel d'un pouvoir de contrôle à la Commission européenne.

125. Aux termes de l'article 101 TCE, « Au cas où la Commission constate qu'une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres, fausse les conditions de concurrence sur le marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les États membres intéressés.

Si cette consultation n'aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil arrête, sur proposition de la Commission, les directives nécessaires à cette fin, en statuant à l'unanimité pendant la première étape et à la majorité qualifiée par la suite. La

Commission et le Conseil peuvent prendre toutes autres mesures utiles prévues par le présent traité »[555].

126. Le rôle d'autorité supranationale européenne de régulateur de la concurrence que joue la Commission européenne est consacré par le traité instituant de la Communauté économique de européenne de Rome de 1957. En effet, il est parfois simplement signalé dans certaines dispositions de ce traité (article 90 TCEE) et, quelques fois explicité dans d'autres (articles 101, et 105 TCEE). Ces deux derniers textes visant directement les règles de la concurrence sont très détaillés surtout l'article 105 TCEE qui pourrait représenter l'exposé clair de la logique concurrentielle UE.

127. L'on peut remarquer que, chaque fois qu'une dispositions du traité CEE de 1957 porte sur les règles de la concurrence, ses rédacteurs se livrent à un véritable exercice pédagogique visant certainement à réduire la marge d'erreur de lecture et/ou d'appréciation.

128. En se limitant à ces trois textes (articles 90, 101 et 105 TCCE), l'on découvre que la concurrence fonctionne pour l'Union européenne comme le moyen de réalisation du marché unique entre ses États membres que l'Acte[556] unique européen de 1986 est réputé avoir significativement favorisé. D'ailleurs l'on se demande comment ce marché européen unique aurait pu exister si les trois libertés de circulations (marchandises[557], des personnes[558] et des

biens ainsi que celles des prestations[559] de services n'avaient pas été imposé par le droit primaire européen toujours sur un fond de non entrave de à la concurrence ?

129. La réponse la plus évidente à cette question est qu'elle aurait été quasi-impossible sinon ce n'est à tout le moins avec des efforts herculéens. Néanmoins, ce positionnement institutionnel de la Commission européenne semble s'être s'inspiré de l'idée de la Haute autorité de régulation de la CECA instaurée par le traité de Paris de 1950. Il s'avère également être le reflet d'un acquis institutionnel européen constitué par une Commission européenne se présentant comme la régulatrice institutionnelle de la concurrence dans l'Union européenne. Cette fonction est relativement perçue *lato sensu* dans le domaine des SIEG. Cette extension de la vigilance de la Commission dans le domaine des SIEG découle, d'une interprétation des prescriptions des termes des deux derniers paragraphes de l'article 106 TFUE (ex-article 90 CEE).

130. Il est vrai, le traité CEE de 1957 visait la promotion et le développement des activités économiques intégrées dans le cadre communautaire permettant entre autres, de resserrer plus ou moins, les liens entre les États membres. Pour atteindre de tels objectifs, les États membres en leur qualité de Haute partie contractante ont chargé la Commission d'appliquer en leur nom et pour leur compte, les règles de la concurrence et de veiller à leur respect impératif.

131.En ce sens, l'objectif du droit européen de la concurrence se présente comme étant celui de la création une économie de marché où règne une concurrence pure[560], parfaite et efficace. Le processus concurrentiel devient à cet égard, le moyen et la finalité de l'intégration du marché européen afin d'en faire un marché unique où règne la concurrence ainsi perçue. Une telle finalité inhérente au projet initiale de l'Europe unie est une marque suffisante de la distance et de la différence entre l'*antitrust* américain et la logique ou philosophie concurrentielle Union européenne surtout, cette différence est plus frappante lorsque les SIEG sont pris en compte dans le modèle européenne de la concurrence comme le visage humain.

132. La logique Union européenne de la concurrence dans la période allant de 1957 à 1996 est également éminemment politique parce qu'elle transcende cette simple volonté d'intégration du marché intérieur. En étant beaucoup plus sévère que l'*antitrust* américain, le droit européen de la concurrence dans la répression des pratiques déloyales des entreprises d'une part. Et d'autre part, en soumettant systématiquement ces dernières au règne de la concurrence dans le cadre des SIEG notamment, le droit de la concurrence le moyen de la réalisation d'une société européenne où les services d'intérêt économique général fournissent aux consommateurs, des prestations de haute qualité à des prix compétitif.

133. Cette diptyque est vouée à la recherche d'un mieux-être équitablement partagé par les citoyens européens et aux résidents des États membres de l'UE. En effet, aux termes de l'article 106 § 2 TFUE, « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union »[561].

134. Derrière cette affirmation d'une exigence juridique incombant aux Etats membres et aux entreprises qu'ils chargent de prester des missions de SIEG, se dissimule tout un programme social que l'entrée en scène des dispositions du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE. Ainsi est-il qu'à l'instar de ses Etats membre qui ont patiemment construit[562] leur idéologie juridico-économico-social de service public, l'Union européenne construit progressivement son modèle propre depuis 1957. La cour de justice de l'Union européenne contribue à la systématisation juridique de ce modèle sociale UE en jugeant par exemple que la fixation d'un prix de référence pour la fourniture du gaz en Italie dans le cadre d'une mission de SIEG, peut être considérée comme un intérêt général. Cette décision de la Cour de justice sous l'affaire *FederUtility*[563] ne saurait être recevoir un accueil enthousiaste dans

l'entre américain *antitrust* américain où elle provoquerait un séisme juridico-économique par une segmentation artificielle du secteur. Dans cette vaine, l'on peut retenir que les sanctions de certaines pratiques discriminatoires de prix dans différents États membres de l'UE par le droit de la concurrence version européenne est également, inimaginables aux USA pour la même raison.

135. Cet aspect rigide du droit européen de la concurrence ne reflète que mal, sa nature ambivalente puisque par moment, elle permet de valoriser certaines alliances multinationales européennes. Dans ce sens, la politique européenne de la concurrence incite les regroupements transnationaux à contrer l'invasion (?) du marché européen par des multinationales et par de puissantes firmes étrangères. Pour ce faire, le droit européen de la concurrence peut devenir relativement souple par une savante prise en compte du contexte d'un monde mondialisant dont l'UE fait partie. De plus, l'UE est également actrice des relations internationales commerciales si l'on considère à sa juste valeur, le rôle de leadership joué dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce (OMC) par l'Union européenne. On le sait, à la suite du retrait des USA du GATT[564], l'Union européenne a assuré le

leadership comme cela pourrait se produire lorsqu'à nouveau, sous la poussée du Président Donald Trump, l'Amérique de Trump se retirera dans deux ans des accords de Paris de 2015[565] sur le climat (COP21).

136. Cet objectif politique et institutionnel n'est la seule finalité de la logique Union européenne de la concurrence. De plus le droit et la logique européens de la concurrence et les SIEG dans le marché commun intégré post-Acte Unique européen sont les fruits d'une construction institutionnel et non pas d'une apparition spontanée.

137. **Droit et logique européens de la concurrence et SIEG dans un marché commun, fruit d'une construction institutionnel et non pas d'une apparition spontanée** – L'objectif de nature économique du droit de la concurrence européenne a très vite été affirmé par le traité instituant la Communauté économique européenne de Rome (1957). En vertu de l'article 2 du TCEE de Rome (1957), « la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en oeuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres »[566].

138. Le première phrase de cet article 2, projette la création d'un marché commun confirmant la thèse selon laquelle, « le marché est une construction institutionnelle[567], un ordre construit et non un ordre spontané »[568] que l'Acte unique européen de 1986 contribuera

significativement à réaliser. Le marché commun européen est donc celui où l'échange est socialement construit à travers la levée des entraves à la libre circulation des marchandises, des biens, des capitaux et des personnes qu'impose l'article 14[569] de ce traité. Cette construction sociale de l'échange renvoie à la thèse de M. Michel LALLEMENT pour qui, il y a une construction sociale de l'échange[570] dans le marché perçu comme une structure[571] sociale.

139. D'ailleurs, M. Philippe Maddalon, auteur de cette estimation sur le marché y a ajouté que « dès ses premiers arrêts, la CJCE a reconnu l'impossibilité d'un marché autorégulé. Elle admet ainsi que l'organisation de la société marchande nécessite une intervention extérieure, qui porte sur des échanges économiques créateurs de liens sociaux. En effet, solidarité sociale marchande repose sur les échanges économiques »[572], le type d'échanges visé par les dispositions des articles 2 et 90[573] du traité qui institua la Communauté économique européenne en 1957. Cependant, se basant sur l'immense activité définitionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de marché, le même auteur affirme aussi, non sans un brin d'étonnement que « dans l'ordre juridique communautaire, cette élaboration procède essentiellement de la CJCE. Celle-ci a rapidement pris ses distances par rapport au modèle libéral de la concurrence pure et parfaite, qui accrédite l'idée d'u marché autorégulé »[574].

140. Cette affirmation suscite l'identité du véritable artisan de la construction du marché commun européen visé par l'article 2 précité[575] du traité CEE. Il semble que cette estimation ne puisse pas viser directement, le mécanisme de structuration de marché commun, plus ou moins explicité par l'article 14 du même traité mais plutôt, son aspect de lien social de l'échange. Cette seconde approche du marché commun est celle qui permet de comprendre

l'idée de l'auteur dans la mesure où l'activité définitionnelle de la Cour de justice y a été importante. L'envergure d'une telle production a poussé le même auteur à en déduire que la CJCE est l'élaboratrice du marché et de la notion du marché dans l'ordre juridique communautaire. Il en apporte une large démonstration dans sa thèse de doctorat de droit consacrée à l'étude de la « notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes »[576]. Dans le marché commun concerné par la notion de marché dégagée, selon la jurisprudence de la CJCE par cet auteur, « il n'est pas rare (…) de raisonner par rapport à l'intérêt de l'entreprise ou à l'intérêt des consommateurs »[577].

141. Dans les conclusions de sa thèse, l'auteur fait remarquer entre autres que, « l'analyse de la notion de marché dans la jurisprudence de la CJCE est à la fois l'occasion d'une déconstruction et d'une reconstruction. Ramener les relations sociales à des relations marchandes est réducteur ; ces liens ne sont pas tous, loin s'en faut, motivés avant tout par la recherche du gain et de l'intérêt »[578] ; **les SIEG en donnent l'éclatante manifestation**[579].

142. Puis, « l'étude de la notion de marché saisit cette approche partiellement fictive. Mais elle montre aussi comment cette schématisation contestable est utile. Elle fournit une logique globale à la jurisprudence de la CJCE, qui traverse l'ensemble des politiques communautaires »[580]. Cette logique globale est peut-être la clé de compréhension de la démonstration de sa thèse : la notion de marché est un construit institutionnel et non pas d'apparition spontanée. Et, « dans l'ordre juridique communautaire, cette élaboration procède essentiellement de la CJCE »[581]. Tout en adhérent à l'idée que le marché tout comme la notion de marché puisse procéder d'une volonté institutionnelle, se fondant sur les termes de l'article 2 du Traité CEE de 1957, l'analyse retient que la construction du marché commun n'est essentiellement pas l'œuvre de la CJCE. Elle procède du droit primaire comme l'attestent, les article 2, 3 et 4 du Traité CEE et de l'Acte Unique européen entré en vigueur en 1987.

143. À nos yeux, la construction institutionnelle du marché commun européen a été initiée par le traité CEE de 1957, puis impulsée par l'Acte Unique européen, un autre traité européen signé en 1986 à Luxembourg et la Haye les 17 et 28 février 1986 et entré en vigueur le 1er juillet 1987[582]. La logique de la concurrence européenne relativement assez bien décrite, par l'article 85 du traité CEE lui servira de moyen de réalisation tout comme, elle constitue la deuxième face de la pièce maîtresse des SIEG qui est la diptyque : prestation de qualité à des prix concurrentiels issue de l'article 90 du même traité. Ces données confortent donc l'idée que le marché commun européen que la concurrence et le droit de la concurrence permettent de réaliser, est institutionnellement construit et non pas spontané. C'est ce marché construit à partir des prescriptions du traité, en retour atteste qu'à l'origine, le droit communautaire de la concurrence visait une efficacité économique plus large que l'efficacité concurrentielle que rechercherait une concurrence classique pure et parfaite. Dans la concurrence pure et parfaite, l'idée force est la pure productivité sur un fond de distributivité avec le règne de la marchandisation dont l'*antitrust* américain est l'un des fidèles reflets. Or l'article 5 du traité, prévoit dans le cadre du marché commun européen, que soient « mise en oeuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, [que soit promus] dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste »[583]. Il s'agit donc de paramètres incompatibles avec la logique concurrentielle classique par essence inflationniste. Cette particularité de la politique européenne de la concurrence lui permet de revêtir une nature économique. C'est à ce titre qu'elle s'avère plus utile à la construction européenne et permet aux SIEG de rendre des services aux consommateurs. Le déploiement de la philosophie et du droit européen de la concurrence dans le marché européen et dans les SIEG accrédite la thèse de l'existence dans le cadre communautaire, d'une idéologie surtout une bonne idéologie du marché.

144. **Politique européenne de la concurrence et droit européen de la concurrence dans le marché commun et dans les SIEG, une bonne idéologie du marché** – L'importance des philosophie et droit européens de la concurrence dans le marché commun (articles 2 et 3 TCEE) et dans les SIEG (article 90 § 2 TCEE) confirme, la thèse d'une idéologie du marché concurrençant celle de l'État, au point qu'au dogmatisme du premier se

substitue celui du second[584]. Dans ce sens, l'analyse retient et s'approprie le raisonnement de M. Mustapha Mekki, selon lequel « une nouvelle idéologie vient concurrencer celle de l'État : le marché[585]. Au dogmatisme de l'État se substitue celui du marché[586]. Le nouveau modèle du marché " devient consubstantielle d'une certaine forme, occidentale, de démocratie"[587]. Il se diffuse de façon croissante et tend à tout absorber[588]. " *Quasi-contrat social* "[589], il facilite le rapprochement de l'intérêt général et des intérêts particuliers, voire une véritable concordance entre les intérêts particuliers dans l'intérêt général[590]. Historiquement, c'est à travers son caractère économique que la société civile s'est d'abord affirmée face à l'État. Sous les Lumières, les libéraux conçoivent cette sphère exclusivement comme celle du bourgeois. Elle se démocratise et s'étend à tout sujet de droit sous l'influence de la pensée utilitariste[591]. Conscients des vices qui caractérisent la nature humaine, les hommes ont rapidement organisé la société marchande[592]. Le marché suppose alors l'existence d'une organisation. C'est l'objectif d'un droit du marché, reposant sur un droit de la consommation et, surtout, sur un droit de la concurrence[593] »[594].

145. Dans la suite logique de ces considérations, l'on comprend bien ce pour quoi, les rédacteurs des articles 2 et 3 du traité CEE ont opté pour un marché commun possible à travers la libre circulation des marchandises, des personnes, des capitaux et des services. **Ces libres circulations cruciales, à l'effectivité d'un marché commun intérieur intégré Union européen sont, des corollaires de l'efficacité de la concurrence, elle-même envisagée dans une logique économique supposant une analyse menée en termes de finalités[595] et non pas de marchandisation de l'humain**. Dans le cadre Communautaire, de 1957 à 1996, la philosophie de la concurrence et le droit de la concurrence ont revêtu la nature économique leur permettant d'être profitables à l'humain, consommateur européen et/ou résidents des pays membres de l'UE.

146. **Concurrence et droit de la concurrence, une nature économique au service de la réalisation de l'édifice Union européen et des citoyens-consommateurs exigeants européens à travers son application dans les SIEG** – Selon Friedrich Von Hayek, le libéralisme « (…) ne nie pas, mais souligne au contraire que, pour que la concurrence puisse jouer son rôle bienfaiteur, une armature juridique soigneusement conçue est nécessaire (…) »[596]. Le droit européen de la concurrence se présente comme en étant l'une de ces armatures juridiques visées par Von Hayek. Puis, cet auteur concède que l'on ne devrait faire appel à d'autres méthodes pour guider l'activité économique que si et seulement « si elles sont plus efficaces »[597]. Cette idée est également présente chez Adam Smith lorsque ce dernier postule qu'il est un devoir du souverain d' « ériger et d'entretenir certaines institutions

et d'entretenir certains ouvrages publics que l'intérêt privé d'un particulier ou de quelques particuliers, ne pourrait jamais les porter à ériger ou à entretenir, parce que jamais le profit n'en rembourserait la dépense à un particulier ou à quelques particuliers, quoiqu'à l'égard d'une grande société ce profit fasse beaucoup plus que rembourser des dépenses »[598]. Ces deux auteurs reconnaissent à la concurrence, des vertus de structuration du lien social économique dans une société comme celle ambitionnée par les pères fondateurs de l'UE à travers l'article 2 du traité CEE. En ce sens, il apparaît logique que l'Union européenne se construise depuis son origine à travers une adhésion affirmée et renouvelée à l'économie libérale[599]. Surtout qu'à l'origine, les objectifs de la Communauté décrits par le traité CEE étaient « un développement harmonieux des activités économiques, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États membres »[600]. « Ils devaient être atteints par l'établissement d'un marché commun et le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres.

147. La notion de " marché commun " correspond à un espace économique commun à plusieurs États dans lequel les échanges s'effectuent dans les mêmes conditions que dans un marché intérieur. Elle implique la disparition de tous les obstacles aux mouvements de marchandises, de personnes, de services et de capitaux, ainsi que l'établissement d'un régime où la concurrence n'est pas faussée »[601]. Même si elle n'est pas pure et parfaite, cette concurrence doit y être à tout le moins efficace[602] et par conséquent ne pas tolérer des « arrangements » entre opérateurs économiques au détriment de son efficacité. Dans ce sens, l'on pourrait retenir l'arrêt de la CJCE du 16 décembre 1975. Dans le point 174 de cet arrêt, la Cour a jugé que « s'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit de

dévoiler à u tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché »[603].

148. La Cour de justice par cette décision portant sur l'article 85 du Traité CEE relatif aux règles de la concurrence contribue à, l'éradication ou à la prévention des comportements et/ou ententes d'opérateurs économique pouvant empêcher une concurrence efficace. C'est ainsi que dans le point 173 de son arrêt, elle juge « (…) ***les critères de coordination et de coopération (…), loin d'exiger l'élaboration d'un véritable "plan", doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence*** *et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes* »[604] (Soulignée par nos soins).

149. Dans la suite logique de ce raisonnement de la CJCE, pourrait-on parler de véritable autonomie comportementale sur le marché intérieur européen étant entendu que cette autonomie est forment régentée par l'article 85-1 du Traité CEE ?

150. La réponse la plus indiquée est la négative, d'autant plus que les articles 101, 102 et 105 TFUE régulent ces ententes et/ou accords d'entreprises d'une manière presque draconienne aux fins d'éviter que la concurrence sur le marché ne soit pas inefficace.

151. Par ailleurs, en plus de l'apport jurisprudentielle dans l'écriture de la notion de concurrence efficace ou potentielle dans l'UE, il existe plusieurs textes des droits primaires et dérivés produisent des avancées notables dans ce domaine. Dans ce sens, la conception de la concurrence au service de l'édifice UE a été précisé, dans diverses dispositions du Traité CEE de 1957 dont les articles 85 CEE (concurrence d'une manière générale) et 90 § 2 CEE dans les SIEG. Mais les pères fondateurs de l'Union européenne ne lui reconnaissent d'importance que par rapport aux objectifs de la construction communautaire et non pas de manière isolée, comme une politique concurrentielle à part entière et entièrement à part du traité institutif de la Communauté elle-même. Or la concurrence pure et parfaite sert ses propres idéaux inflasionnisto-centrés.

152. C'est donc la concurrence telle qu'elle est conçue[605] par le traité instituant la Communauté européenne et, le droit européen de la concurrence qui ensemble, forment tous un tandem dynamique et utile à la réalisation des objectifs de l'UE. **Ce tandem, reflétant une nature économique est au service de la réalisation de l'édifice Union européen et du bien-être des citoyens-consommateurs exigeants européens.** En effet, la politique européenne de la concurrence et le droit européen de la concurrence, en se préoccupant de la production des biens marchands et non pas uniquement de leur distributivité, transcendent ainsi la logique purement concurrentielle du gain et profit**.** Surtout, cette transcendance est opérée de 1957 à 1996 dans le but de faire en sorte que l'édifice Union européen reste attaché aux considérations économiques et sociales conformes aux articles 2 et 3 du traité relatifs aux objectifs de l'Union européenne**.**

153. **Conception Union européenne de la concurrence louable, puisqu'elle confirme l'idée que « la concurrence est, en soi, plutôt un bon système**. Elle est un " ressort efficace qui vise des objectifs louables "[606]. Le droit de la concurrence cherche, fondamentalement, à juguler le pouvoir de marché des entreprises lorsqu'il engendre "l'inefficience dans l'allocation des ressources, la production et l'innovation, au détriment du surplus du consommateur et finalement du bien-être général "[607]. De profonds malentendus perturberaient toutefois " l'acceptabilité sociale" de la concurrence. La vision tronquée d'une concurrence sauvage associée à l'ultralibéralisme en est une explication[608]. Mais si les consommateurs-citoyens rechignent parfois à s'extasier devant les vertus de la concurrence, c'est aussi parce que les effets bénéfiques annoncés ne leur sautent pas immédiatement aux yeux »[609].

154. **Dans le cadre communautaire, la concurrence revêt une nature économique puisqu'elle n'est pas concurrentielle au sens commercial et inflationniste du terme mais plutôt vouée au service des objectifs de la construction européenne**. Dès lors, « les objectifs de cette politique de la concurrence sont, d'une part, d'assurer les conditions d'un

système qui voit dans la concurrence le meilleur instrument de la régulation du marché ; d'autre part, de contribuer à la réalisation d'un marché intérieur »[610]. La politique européenne de la concurrence est tributaire de l'idée du marché découlant du droit primaire européen.

155. Pour mieux le préciser, encore faut-il revenir à l'idée du marché selon Aristote et Karl Polanyi. L'idée du marché, construction institutionnelle présente dans la conception Aristotélicienne du marché a été reprise et amplifiée par Karl Polanyi. En effet selon l'analyse de M. Pascal Chantelat que nous reprenons à notre compte, « à la suite d'Aristote, Polanyi affirme que, dans les sociétés où l'économie est encastrée dans le social, l'homme " n'accorde de valeur aux biens matériels que pour autant qu'ils servent " des fins sociales (Polanyi, 1983, p. 75) et que le marché correspond à une autonomisation de la sphère économique, à un désencastrement vis-à-vis de la société. Parallèlement, il critique le processus de dépersonnalisation des rapports sociaux lié au développement du marché et revendique la nécessité d'inventer des relations sociales plus transparentes (Maucourant, 2001). La filiation avec l'économie d'Aristote est tout à fait nette dans la mesure où ce dernier affirme que l'homme est un être social (avant d'être économique) et insiste sur le fait que les échanges entre les hommes " doivent reposer sur la réciprocité [...] qui correspond aux sentiments de philia, d'amitié mutuelle " (Godelier, 1975, p. 22). Pour Aristote, l'amitié consiste en une bienveillance réciproque et durable qui, pour être effective, exige " aussi qu'on veuille le bien de l'ami, que les sentiments soient manifestes " (Aristote, 1990, p. 210). Autrement dit, les dimensions qui fondent le modèle de l'amitié reposent sur la réciprocité, la durabilité et la transparence des sentiments »[611].

156. Trois raisons militent en faveur de la perception des termes de l'article 2 du traité en tant que reflet frappant de cette conception Aristotélicienne du marché amplifiée par Polanyi.

157. La première raison est le fait que « selon les sociétés où l'économie est encastrée dans le social, l'homme " n'accorde de valeur aux biens matériels que pour autant qu'ils servent " des fins sociales »[612]. Cette considération se retrouve parfaitement dans le projet Union européen. En effet, les rédacteurs de l'article 2 du Traité CEE vont dans le sens du célèbre penseur grec de l'antiquité lorsqu'ils assignent à la Communauté, des finalités

sociales de promotion d'un développement harmonieux équilibré et durable des activités économiques. Ils y ont ajouté que, cette dernière devrait offrir et assurer un niveau d'emploi et de protection sociale élevé et l'égalité entre les hommes et les femmes, de même qu'une croissance durable et non inflationniste autrement dit, une économie à visage humaine. Autant de considérations dont un marché concurrentiel ne s'embarrasserait jamais parce loin de ses objectifs de gains et profits.

158. Deuxièmement, aux termes de l'article 2 du Traité, la Communauté économique européenne devait promouvoir « un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres »[613]. Ces dimensions suffisent amplement en tant qu'encastrement de l'économie européenne dans le social. Le marché commun suivant l'article 2 du Traité est de ce point de vue, social-centré puisqu'avec de tels aspects, la société Union européenne découlant du Traité CEE de 1957, est bien celle où l'homme est d'abord social avant d'être économique. D'ailleurs, en 1986 (toujours dans la période 1957-1996), avec l'Acte Unique européen, « les États ont ainsi mis en avant leur volonté de ne pas dissocier les Communautés, dont la nature était essentiellement économique à l'époque, les actions de politique externe »[614]. L'Acte unique européen (AUE), traité signé à Luxembourg é à la Haye les 17 et 28 février 1986, entré en vigueur le 1er juillet 1987, a donné une nouvelle impulsion à la construction communautaire tout en restant axé sur ses objectifs découlant des articles 2 et 3 du Traité CEE. Ainsi, « sur le plan économique, l'AUE est surtout réputé pour avoir programmé à la date du 31 décembre 1992 l'achèvement du marché intérieur »[615], lequel n'est que la forme plus avancée du marché commun de l'article 2 du traité CEE. Ni le marché commun ni le marché intérieur, au demeurant indissociables car formant un seule donnée, n'est la finalité du projet social UE. Le marché commun est en vertu de l'article 2 du Traité, un moyen pour de l'accomplissement du vivre ensemble européen. Il est vrai, la Communauté a débuté comme étant essentiellement économique mais l'économique n'est est pas la finalité et peut-être elle ne le sera jamais si l'on en croit les dispositions de l'article 3 TUE de Lisbonne qui remplace l'article 2 TCEE. L'article 2 du Traité CEE a été abrogé et est désormais remplacé par l'article 3 TUE de Lisbonne qui n'est pas moins disante.

159. Aux termes du point numéro 3 de l'article 3 TFUE « l'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, **une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement**. Elle promeut le progrès scientifique et technique »[616] (C'est nous qui soulignons).

160. Le projet de société Union européenne a indéniablement commencé par l'économique mais très vite, en épousant les valeurs consignées dans ses objectifs prévus par l'article 2, elle a retrouvé son essence humaine. Il ne pouvait en aller différemment puisque la conjugaison de l'ensemble de ses objectifs produit le noble résultat de mettre l'homme et la femme européens au cœur du projet social. Enfin, l'amitié évoquée par Aristote est également présente dans le projet social UE décrit par les dispositions des articles 2 TCEE devenu l'article 3 TUE après une réécriture laissant la substance intacte. L'économie général du traité réalise un bien vivre-ensemble Union européen qui transcende l'amitié économique Aristotélicienne. Le traité CEE réalise plus que les trois dimensions qui fondent le modèle Aristotélicienne de l'amitié car le destin commun communautaire en est dépassement significatif. On le sait, les trois dimensions sur lesquelles reposent l'amitié économique d'Aristote sont : la réciprocité, la durabilité et la transparence des sentiments. Le traité leur donne d'abord, une juridicité en les transformant en principes généraux du droit européen pour mieux les assurer. Puis il leur préfère « la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres »[617] qui sont plus fortes en signification et en implication que le sentiment d'amitié dépouillé d'obligation juridique. En 2009, l'article 2 TUE précisera davantage la transcendance des trois dimensions de l'amitié économique Aristotélicienne en affirmant :

> « 1- L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.
> 2- L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.
> 3- L'Union établit un marché intérieur. Elle oeuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de

l'environnement.
Elle promeut le progrès scientifique et technique.
Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.
Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les Etats membres.
Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen »[618].

161. Cette reproduction intégrale des termes de l'article 3 TUE est importante leur lecture éclaire la suite de nos propos et l'analyse considère que parfois, le traité est suffisant et préférable à tous les commentaires qui en sont fait.

162. Partant de ces considérations, dire donc que l'idée du marché commun européen, construction institutionnelle, s'inscrit dans la conception Aristotélicienne du marché complétée par Polanyi paraît fondée. L'idée du marché commun devenu marché intérieur intégré après l'Acte unique européen ou le traité AUE de 1987 va plus loin que la conception des deux auteurs. Dans l'Union européenne, se réalise « une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social » à travers un marché intérieur intégré au service de ses objectifs précités. Ce marché commun intégré UE postérieur à 1987 établi un lien social marchand[619]. Ni ce lien marchand ni le marché commun intégré UE ne sont des données du marché au sens classique du terme, une arène où se rencontrent l'offre et la demande, sous le règne de la minimisation du coût pour un maximum de profit des biens marchands à la production et/ou à l'achat.

163. « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité »[620]. Comme le souligne avec justesse le professeur Denys Simon, ce marché intérieur semble transcender la conception du marché commun[621] visé par l'article 2 du même traité dans la mesure où, « il est censé constituer un stade d'intégration plus avancé que le marché commun. Son achèvement tend en effet à l'élimination totale des entraves fiscales et technique, en vue de faire disparaître les obstacles physiques aux frontières intérieures. Cela suppose une harmonisation plus poussée des

législations et réglementations nationales, ainsi qu'une coordination accrue des politiques économiques [622] des États membres. Il s'agit d'un marché intérieur politisé institutionnellement afin de réaliser l'objectif principal de l'édifice UE qui à terme, offrira un vivre-ensemble remplissant les conditions de l'article 2 du traité ou désormais ceux des articles 2 et 3 TUE. Pour ce faire, l'article 81 du traité CEE pose expressément le principe de l'incompatibilité avec le marché commun d'un certains nombre de pratiques commerciales dont des ententes et monopoles restrictifs de la concurrence.

164. La concurrence n'est donc pas la finalité du lien social marchand qu'instaure le marché commun, elle en est un vecteur au sens d'une pièce maitresse de sa réalisation. Dès lors, il s'agit d'une concurrence particulière dont le droit de la concurrence de l'Union européenne n'est que l'armature juridique[623]. Suivant l'estimation de la Commission européenne, La politique de la concurrence et le droit européen de la concurrence, ajoutons-le visent le bien-être du consommateur et par voie de conséquence, le citoyen européen. Rappelons que dans son rapport sur la concurrence de 1991, la Commission européenne a bien fait d'insister que l'utilité de la concurrence efficace. « La concurrence efficace est le principal facteur d'incitation à l'innovation et à une amélioration de la productivité, elle se trouve à la base des politiques destinées à renforcer la croissance économique et à accroitre le bien-être ». Elle a poursuivit son raisonnement dans le même rapport en précisant également que « la concurrence conduit non seulement à une meilleure productivité, mais permet aussi au consommateur d'obtenir une part équitable de cette augmentation »[624], ce que n'offre pas l'antitrust américain.

165. C'est donc le cadre du marché commun intégré après l'effet majeur de traité AUE ou Acte unique européen de 1987 que, se déploie la politique européenne de la concurrence, telle qu'elle est savamment bien définie par le professeur Pierre-Yves Monjal. Selon lui, « le droit et la politique de la concurrence constituent l'une des branches majeures du droit communautaire. Mais l'exigence de la concurrence est susceptible d'appréciations diverses.

On s'accorde à considérer que le bon fonctionnement du marché intérieur implique une concurrence qui, non seulement soit libre, mais encore ne soit pas faussée par les pratiques d'origine privée ou publique favorisant ou désavantageant certaines entreprises. Par ailleurs, le libre jeu de la concurrence est autodestructeur dans la mesure où il risque d'aboutir à la domination du marché par les entreprises les plus performantes. La conception inscrite dans les traités communautaires, confirmée à suffisance par la pratique, est celle qualifiée de néo-libérale. En vertu de cette conception, l'intervention des autorités publiques, celle des institutions communautaires, s'avère indispensable pour que subsiste une dose suffisante de concurrence.

166. On distingue dans le traité CE deux types de concurrence : celle relative aux entreprises privées (interdiction des ententes, des abus de position dominante, des concentrations), et celle relative aux autorités publiques (interdiction des aides publiques notamment) »[625]. Cette définition emporte l'entière adhésion de l'analyse qui se l'approprie en y ajoutant toutefois que dans les SIEG, ces deux types de concurrence participent d'une même logique, celle d'être efficacement au service des objectifs de l'édifice UE et du bien-être de ses citoyens. Or selon la Commission européenne, « la concurrence efficace est le principal facteur d'incitation à l'innovation et à un amélioration de la productivité, elle de trouve à la base des politiques destinées à renforcer la croissance économique et à accroître le bien-être. La concurrence conduit non seulement à une meilleure productivité, mais permet aussi au consommateur d'obtenir une part équitable de cette augmentation »[626].

167. Pour atteindre une telle satisfaction du consommateur, la concurrence relative aux entreprises privées se conjugue avec celle des entreprises publiques dans les SIEG. Entre entreprises du même secteur d'activité économique que celle déclarée SIEG, la concurrence ne doit pas être faussée du fait des missions de SIEG[627]. Non plus, celle des entreprises publiques[628] ne droit être faussée du fait de l'octroi d'aides publiques inappropriées à des entreprises publiques ou privées chargée de missions de SIEG.

168. Cette approche particulièrement européenne de la concurrence fait abstraction du libre jeu de la concurrence. On le voit sous la plume de l'avocat général de la CJCE dans ses

conclusions de la première affaire de la Cour de justice des communautés européennes de 1954. Maurice Lagrange précise que « la concurrence est un jeu, mais c'est un jeu qui a ses règles »[629]. L'analyse estime que ces règles sont notamment précisées par l'esprit et la lettre du traité CEE à travers diverses dispositions dont les articles 7, 81, 82, 85 et 90 pour les SIEG particulièrement.

169. En définitive, la concurrence européenne dotée d'une nature économique qui fonde son utilité aux objectifs de l'Union européenne et aux usagers-consommateurs[630] des SIEG, est celle que le droit européen de la concurrence rend efficace. L'efficacité est entendue exactement comme la précise la Commission européenne. En effet, dans son rapport sur la politique de concurrence pour 1991, la Commission européenne, a insisté sur les avantages de la concurrence : « **la concurrence efficace est le principal facteur d'incitation à l'innovation et à une amélioration de la productivité**, elle se trouve à la base des politiques destinées à renforcer la croissance économique et à accroître le bien-être. **La concurrence conduit non seulement à une meilleure productivité, mais permet aussi au consommateur d'obtenir une part équitable de cette augmentation** »[631].

170. On le sait, dans le cadre de l'*antitrust* américain en l'occurrence, la concurrence dans une logique distributive tout azimuts, ne se préoccupe pas de la production mais du gains dès lors, point n'est besoin de poser la satisfaction du consommateur comme le souci du système. Or, la politique européenne de la concurrence qui découle clairement des articles 5, 7 et 85 du Traité et, ainsi réaffirmée par le 20e rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence de 1991 sont à la fois au services objectifs de la construction communautaire depuis 1957. C'est également cette politique européenne de concurrence aux allures plus économiques que concurrentielles qui donne le droit européen de la concurrence conçu à partir d'une interprétation téléologique parce que tenant compte de l'ensemble des

dispositions de tous les traités européen depuis 1957. Cette concurrence à l'européenne est celle qui permettra aux SIEG, valeurs communes de l'Union depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997 de jouer pleinement leur rôle de cohésion socio-économique et territoriale des Etats membres. Elle ne peut donc pas être perçue comme réellement concurrentielle parce que la politique et le droit européen de la concurrence ne pas au service d'un idéal marchand au sens concurrentiel du terme.

171. **La logique européenne de la concurrence ne sert pas un idéal marchand mais plutôt une idéologie économique reflété par les SIEG** – Le fait qu'un marché intégré européen soit annoncé par l'article 2 du traité CEE précédemment rapporté, donnant l'idée d'une libre circulation de marchandises, de biens et de capitaux ne saurait pour autant suffire, à attester d'une Union européenne essentiellement marchande. La politique européenne de la concurrence qui a été un puissant instrument de réalisation du marché intérieur intégré comme la Cour de justice le confirme par sa décision Cassis de Dijon. Dans cette affaire, la Cour de justice a jugé qu' « en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool, il appartient aux États membre de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuse (…). Il n'y a aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des États membres, soient introduites dans tout autre États membre »[632].

172. Cette décision est au demeurant, la consécration jurisprudentielle du principe de la reconnaissance mutuelle, par les États membres de l'Union européenne, de leurs réglementations respectives en l'absence d'une harmonisation communautaire. La portée de ce principe est de ne pas permettre qu'un État membre, puisse impunément, faire obstacle de manière unilatérale à la concurrence qui s'instaure entre les pays membres à travers la liberté de circulation des marchandises. Si la communauté n'a pas ou pas encore harmonisé les règles dans une matière litigieuse, par mesure de rétorsions réciproques, la concurrence est privilégiée à travers la reconnaissance mutuelle de leurs réglementations respectives. En principe, au non de l'amitié économique entre les États membres, il ne devait pas exister de mauvaise foi puisque conformément à l'ingénieuse idée d'Aristote, dans un contexte de lien social marchand, il devrait exister une amitié économique entre les agents économiques. On le sait, dans la pensé économique Aristotélicienne, l'amitié économique est sacrée au point

qu'elle ne devrait pas souffrir d'une concurrence déloyale ou d'un protectionniste exacerbé du marché intérieur d'un pays ami au détriment d'un autre ami qui plus est également membre de l'UE. Dans ce sens, l'amitié économique franco-Allemande de commercialisation des spiritueux ne devrait pas donner l'occasion d'un procès devant que la Cour de justice. Or, ayant été saisi, la CJCE s'est vu dans l'obligation de rappeler aux amis belligérants, leurs obligations réciproques de veiller au bien les uns des autres au point 14 *in fine* de son arrêt Cassis de Dijon. Ainsi jugea t'elle « qu'il n'y a donc aucun motif valable d'empêcher que les boissons alcoolisées, à conditions qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des États membres, soient introduites dans tout autre État membre sans que puisse être opposée, à l'écoulement de ces produits, une prohibition légale de commercialiser des boissons comportant un degré d'alcoolisation inférieur à la limite déterminée par la règlementation nationale »[633].

173. La commercialisation en Allemagne du Cassis de Dijon français n'ayant pas bénéficié des « égards amicaux » de la part de l'ami Allemand, un autre État membre de l'UE, la Cour de Justice a été obligé de leur donné un fondement juridique supplémentaire à l'amitié économique. Puisque le premier fondement de cette amitié économique étant le droit primaire Union européen semblait insuffisant. Le rappel de ces obligations amicales économiques a donné lieur au principe de reconnaissance mutuelle des règlementations d'un État membre qui intégra en 1979, l'armature juridique[634] de la concurrence suggérée par Von Hayek. La Cour de justice aurait pu faire l'économie de cette décision si la pensée d'Aristote avait prévalu à l'occasion de la commercialisation du Cassis de Dijon en Allemagne dans la mesure où pour le philosophe grec, « l'amitié consiste en une bienveillance réciproque et durable qui, pour être effective, exige " aussi qu'on veuille le bien de l'ami, que les sentiments soient manifestes " (Aristote, 1990, p. 210). Autrement dit, les dimensions qui fondent le modèle de l'amitié reposent sur la réciprocité, la durabilité et la transparence des sentiments »[635]. En paraphrasant le célèbre penseur de la Grèce antique, il est possible de considérer que la décision Cassis de Dijon est également la consécration de l'amitié économique aristotélicienne étant donné que

le principe de reconnaissance mutuelle vise qu'un Etat amis (?) membre de l'UE veillent sur le bien de l'ami qui en l'espèce, également est membre de l'UE.

174. L'affaire Cassis de Dijon s'inscrit donc dans l'idée de la concurrence *intra muros* UE mais pas dans la compétitivité des produits made in Europe avec les pays tiers. Lorsque les produits européens affrontent la scène mondiale, la concurrence n'est plus seulement pensée européano-européen mais elle tient également compte du contexte de la mondialisation avec ses contraintes différentes des objectifs de l'Union européenne. Dans cette seconde hypothèse, la politique de la concurrence est pensée « dans un marché globalisé (…) [avec] la nécessité d'une politique de concurrence forte, laquelle doit s'adapter en permanence à l'évolution des marchés. En se cens, la politique européenne de la concurrence se présente comme ayant de volet. L'un *intra muros*, et l'autre *extranei*. L'aspect *extanei* désigne le volet de la politique européenne de la concurrence tourné vers l'extérieur pour affronter l'arène du marché global mondialisant.

175. Nonobstant cette ambivalence inévitable, la logique européenne de la concurrence ne sert pas un idéal marchand mais plutôt une idéologie économique reflétée par les SIEG qui en l'appliquant, atteindre la satisfaction de leur consommateur à travers de prestations de qualité à des prix compétitif en vertu des dispositions de l'article §2 106 TFUE. Ainsi, « si le premier rôle de la politique de la concurrence est d'assurer l'efficacité du processus concurrentiel en tempérant ses effets autodestructeurs, le rôle de la politique de la concurrence de s'arrêt pas là : elle doit aussi garantir le maintien d'une dose de concurrence suffisante sans pénaliser les entreprises qui ont conquis une position prépondérante par leurs efforts, leurs talents ou leurs ressources. L'efficacité du processus économique est aussi un des objectifs de la concurrence (Mégret, 1997, n°6) »[636], il reste entendue qu'elle est essentiellement au service des objectifs de l'Union européenne (ancien article 2 TCEE remplacé en substance par les articles 1, 2 3 du traité de Lisbonne de 2009).

176. L'on ne doit donc pas perdre de vue, que « la politique de concurrence est un instrument communautaire important utilisé tout à la fois pour promouvoir l'intégration économique et permettre une allocation optimale des ressources »[637]. Sur ce point, l'analyse

adhère au constat de la professeure Cathérine-Thérèse Barreau, « les objectifs de la politique de concurrence ne sont donc pas seulement concurrentiels (Mégret, 1997, n°14 et s.). L'intégration des économiques des États membres, la protection des petites et moyennes entreprises, le maintien de la démocratie économique et la protection des consommateurs doivent aussi être assurés par la mise en œuvre des règles de la concurrence »[638]. Les politique européenne de la concurrence et droit européen de la concurrence sont des pièces maitresses de l'édifice UE et de l'orientation des SIEG vers la satisfaction de leurs consommateurs[639] ou « usagers-citoyens »[640] ou encore consommateurs-citoyens suivant le choix des auteurs.

177. Cette approche européenne de la concurrence permet à la Commission européenne de faire une autre observation parfaitement bien située par M. Fabrice RIEM. Selon lui, « Certains auteurs avaient bien formulé le vœu d'un droit de la concurrence qui ne se bornerait pas à " assurer la liberté concurrentielle aux entreprises ", mais les contraindrait encore " à se concurrencer effectivement " [641]. Ainsi que l'a néanmoins rappelé la Commission européenne, " l'objectif essentiel des règles en matière d'ententes et de positions dominantes " est plus modestement " d'*inciter* les entreprises à se faire concurrence au lieu de se livrer à des pratiques collusoires " [642]. Inciter les entreprises à se faire concurrence n'est pas les y contraindre et, comme l'a judicieusement souligné M. Lucas de Leyssac, " si le droit choisit de soumettre un marché à la *concurrence*, il n'en résulte pas automatiquement l'installation d'une *compétition* " [643]. La concurrence désigne alors " une situation, un état de rivalité, et la compétition l'expression de cette rivalité "[644] ».[645] Plusieurs de ces données de la politique européenne de la concurrence et du droit de la concurrence recensées dans la période allant de 1957 à 1996 constituent des acquis de l'armature juridique[646] européen dans ce domaine. F. Von Hayek a parfaitement raison, « (…) pour que la concurrence puisse jouer son

---

[638] C.-T. BARREAU, Le rôle du droit de la concurrence en droit communautaire, in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir), *Concurrence et protection sociale en Europe*, *op.cit.* p.16.
[639] F. RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *Revue internationale de droit économique* (2008/1 t. XXII, 1), pp.67-91, spéc. p.69.
[640] P. BAUBY, *Service public, services publics, op.cit.*, p.160
[641] C. CHAMPAUD, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p.61 et s., n°10. Citation de l'auteur.
[642] Communication de la Commission, 20 avril 2004, *Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive*, COM(2004) 293 final. Citation de l'auteur.
[643] L. de LEYSAC, « Concurrence et compétition », *D.* 2004, p.1723 (souligné par l'auteur).
[644] *Ibid.* Citation de l'auteur.
[645] F. RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *Revue internationale de droit économique* (2008/1 t. XXII, 1), pp.67-91, spéc. pp.70-71.
[646] F. VON HAYEK, *La route de la servitude*, *op.cit.* p.63

rôle bienfaiteur, une armature juridique soigneusement conçue est nécessaire (…) »[647]. L'on ne change pas la totalité d'une armature patiemment construite depuis 1957. Dans ce sens, l'analyse en conclut qu'il ne s'est réalisé ni aggiornamento ni politique de la terre brûlée pour une reconstruction en cette matière depuis 1997.

178. **SIEG, visage humain de la philosophie européenne de la concurrence après 1997** – Depuis 1997, la politique européenne de la concurrence s'est considérablement enrichi en tenant compte de nombre de facteurs et en subissant l'influence du droit des SIEG toujours en construction. La prise en considération de la logique des SIEG et de l'économie général du traité CEE, l'analyse postule que malgré l'importance des transfert de souveraineté aux institutions européenne sous le fondement de l'article 5 TUE figurant dans les dispositions commune des traités UE et FUE de Lisbonne de 2009, Bruxelles ne gouverne directement aucun pays membre depuis 1957. D'ailleurs, l'analyse marque ici son désaccord sur la conception très répandu selon laquelle, la souveraineté des États membres n'existerait quasiment plus car Bruxelles s'en aurait accaparé à coup de traité. On le sait, « sans modifier les termes du principe de subsidiarité inscrit à l'article 5, deuxième alinéa, du traité instituant la Communauté européenne, le Traité d'Amsterdam avait annexé au traité instituant la Communauté européenne le "protocole (no 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ". Les règles d'application non inscrites dans les traités, mais convenues dans le cadre de l'approche globale relative à l'application du principe de subsidiarité (Conseil européen d'Edimbourg de 1992), entaient devenues juridiquement contraignantes et contrôlables »[648].

179. Le principe de subsidiarité peut heurter le raisonnement « constitutionnalo-centré » du droit constitutionnel. M. Marc Feix propose même que l'on recherche une base doctrinale juridique solide (?) à la perte de souveraineté (?) que les Etats membre subissent suite à son application. Selon lui, « le débat sur le principe de subsidiarité bute sur la réalité d'ordre juridique et **il est nécessaire de lui adjoindre un autre concept philosophique, la proportionnalité, dont la transcription en droit est plus aisée car peut-être déjà plus ancienne et plus éprouvée.** Il demeure que d'intéressantes pistes de réflexion s'ouvrent en éthique dans la mesure où ils renvoient l'un et l'autre à une mise en œuvre de l'idéal de

justice ».[649] L'analyse n'adhère pas à cette exigence de base philosophique supplémentaire car elle considère que l'article 5 TUE qui porte le principe de subsidiarité est, à cet égard suffisante.

180. En effet, aux termes de l'article 5 du traité instituant la Communauté européenne, « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le traité. Dans les domaines qui ne relève pas de sa compétence exclusive, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité »[650].

181. L'analyse adhère et reprend à son compte, l'estimation du Président de la Commission européenne, le français Jacques Delors au sujet du principe de subsidiarité. Selon lui, la subsidiarité en tant que principe général du droit européen, « si ce mot n'avait pas le sens qu'il a dans les pays anglo-saxons, je crois que **la valeur essentielle est la valeur de la communauté. C'est-à-dire notre capacité à créer un lien fraternel ou à participer avec d'autres**. **Des communautés fraternelles qui constituent le feu qui devrait animer toutes les actions politiques**. Je le dis par réaction contre la tentation du repli sur soi et de l'individualisme : **retrouver un équilibre entre l'individu et la société, entre la personne et la communauté, mais une communauté ouverte et n'ayant pas le monopole de la vérité** »[651]. C'est peut-être cette société qu'instaurera le projet social européen auquel, l'analyse consacre ses derniers développements avant ses remarques conclusives générales.

182. En définitive, les dispositions de l'article du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE éclairent la compréhension de la philosophie européenne de la concurrence pratiquée de 1957 à 2012. L'analyse invite à une étude plus approfondie du sujet. Dans la période allant de 1957 à 2012, la politique européenne de la concurrence et le droit européen de la concurrence ont entretenu avec la notion de SIEG et le droit qui en découle – toujours en construction –, une relation d'influence mutuelle. Les premiers permettant aux SIEG d'offrir

des prestations de qualité aux consommateurs à des prix compétitifs tandis que la logique des SIEG et les missions de SIEG constituent le visage social, moral et humain de la concurrence à l'Union européenne, aux antipodes de la loi américaine de l'antitrust. L'ambivalence de la politique européenne de concurrence précédemment démontrée, semble procéder de l'influence de la réussite du visage humain de la concurrence dans les SIEG.

183. Le droit européen de la concurrence ne peut donc pas être exclusivement ce que recherchent certains auteurs. « Certains auteurs avaient bien formulé le vœu d'un droit de la concurrence qui ne se bornerait pas à « assurer la liberté concurrentielle aux entreprises », mais les contraindrait encore « à se concurrencer effectivement »[652]. Ainsi que l'a néanmoins rappelé la Commission européenne, « l'objectif essentiel des règles en matière d'ententes et de positions dominantes » est plus modestement « d'inciter les entreprises à se faire concurrence au lieu de se livrer à des pratiques collusoires »[653]. Inciter les entreprises à se faire concurrence n'est pas les y contraindre et, comme l'a judicieusement souligné M. Lucas de Leyssac, « si le droit choisit de soumettre un marché à la *concurrence*, il n'en résulte pas automatiquement l'installation d'une *compétition* »[654]. La concurrence désigne alors « une situation, un état de rivalité, et la compétition l'expression de cette rivalité[655] ».[656] Le droit européen de la concurrence d'une manière général et, tout particulièrement dans les SIEG participe de la réalisation du projet social Union européenne assez clairement précisée par l'article 2[657] et 3[658] du traité sur l'Union européenne. La politique européenne de la concurrence et l'évolution des SIEG de 1957 à 2012, n'ont pas pu s'ignorer.

---

[652] C. CHAMPAUD, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p.61 et s., n°10. Citation de l'auteur.
[653] Communication de la Commission, 20 avril 2004, *Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive*, COM(2004) 293 final. Citation de l'auteur.
[654] L. de LEYSAC, « Concurrence et compétition », D. 2004, p.1723 (souligné par l'auteur).
[655] *Ibid.* Citation de l'auteur.
[656] F. RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *Revue internationale de droit économique* (2008/1 t. XXII, 1), pp.67-91, spéc. pp.70-71.
[657] Article 2 TFUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Et la politique européenne de la concurrence contribue à la réalisation de la société UE ayant ces nobles valeurs qui place l'humain citoyen européen au cœur de l'édifice.
[658] Article 3 TUE ne semble pas nécessiter de commentaire tant ses dispositions se laissent lire elles-mêmes aisément. La soif de curiosité sur les objectifs de la construction de l'Union européenne peut y être étanchée.

184. **La concurrence en Europe de 1957 à 2012, une coïncidence avec la naissance du concept de SIEG et son évolution vers la notion juridique qui en découle –** La tanche de l'histoire entre 1957 et 2012 est choisie afin de mettre en exergue le positionnement des SIEG dans la structuration de la philosophie générale de la concurrence en Europe car dans ce domaine, l'Union européenne ne singularise pas forcément. C'est la raison qui fonde l'analyse à tenir compte du fait que l'histoire européenne médiévale révèle que la concurrence avait une place de choix. L'Europe médiévale a développé des mécanismes de sanction de certaines pratiques déloyales entre commerçants qui indiquent que le procès contre L'Union qui serait dangereusement trop marchande est renvoi soit à une méconnaissant du passé commun de l'Europe soit à un refus de le prendre en considération.

185. S'agissant des pratiques intolérables des commerçants médiévaux qui étaient réprimées, figurait, le dénigrement, le débauchage de personnel, le parasitisme... Ces pratiques anti-concurrentielles renvoi à l'angliciste *antitrust* qui est un adjectif formé par la combinaison de *trust* et du préfixe : anti. Habituellement au pluriel, l'*antitrust* signifie qu'il est en principe visé une pluralité de trusts, un mot invariable. Ce vocable du domaine du droit de la concurrence a fait l'objet d'une loi aux USA, la loi Sherman dite « *antitrust* » de 1890 par laquelle, « est considérée comme coupable d'un délit : toute personne qui monopolise ou tente de monopoliser une partie quelconque du trafic ou du commerce entre les divers États (de l'Union) (Barr.1967). [Au sens large, l'*antitrust* désigne ce qui] s'oppose à l'entrave la libre concurrence pratiquée par des groupement de producteurs visant à bénéficier d'un monopole »[659].

186. Ainsi, dès 1890, les USA mirent en place un véritable arsenal juridique pour réguler les problématiques soulevées par les pratiques *antitrust,* tandis que les pays européens ne s'en préoccupèrent pratiquement pas à l'exception de l'Allemagne. L'on peut donc comprendre que ce soit à la suite de l'ordolibéralisme Allemand, une pensée économique de l'école de Fribourg que s'impose en Europe, dans la décennie 1930, l'idée de la promotion d'une concurrence économique forte dotée d'instances de régulation. L'influence de mouvement ordolibéraliste Allemand s'étendra à un nombre important de pays européens où il devint prégnant à partir de la seconde Guerre mondiale. Cependant, la promotion de la concurrence européenne n'ignora pas l'influence de l'*antitrust* américaine dont elle s'inspira considérablement. Toutefois, il existe depuis cette période, une philosophie générale

européenne de la concurrence dont l'évolution permet de distinguer trois temps. Ainsi, il est possible de souligner d'abord, la philosophie européenne de la concurrence de 1957 à 1996 prenant en compte les SIEG et les règles Union européenne en cette matière. Puis celle de la période allant des années 1997 à 2006 de la dernière en cours depuis 2007.

2- Idéologie des règles de la concurrence dans les SIEG

187. Posé simplement, les termes du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE prescrivent purement et simplement que les entreprises chargées d'une missions de SIEG sont soumises au respect des règles des taux règles des traités. Cette exigence avait déjà été perçue en 1963 (seulement six années après le traité CEE de Rome de 1957) par la Cour de Justice des Communautés européenne (CJCE) dont l'avocat Maurice Lagrange en fit le rappel dans ses conclusions sous l'affaire Costa c/ Enel[660] précitée. Cependant, un deuxième regard sur la précision de l'une des catégories des règles des traités révèle qu'elle n'est pas fortuite. En effet les rédacteurs de ces termes soulignent soigneusement qu'il s'agit notamment des « règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »[661].

188. Ce double s'avère utile puisqu'il permet de déceler que cette prescription juridique au demeurant claire, dissimule au moins une idéologie de société. Cette idéologie est également juridique même si comme toute idéologie[662], elle « (…) se présente comme un système cohérent et articulé de représentations, destiné à inculquer la croyance dans le bien-fondé de l'ordre social et politique ; elle produit l'image d'une société – ou institution – une, dans laquelle les diversités et les particularismes sont dépassés, transcendés, intégrés, par un pouvoir oui est au service de la collectivité toute entière. Le concept d'intérêt général implique d'abord la possibilité de surmonter les antagonismes sociaux et de dégager un intérêt commun

à l'ensemble des participants : ce qui unit les membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur-détermine leur identité singulière »[663].

189. L'idéologie des règles européenne se manifeste à travers l'utilité et la logique que ces dernières impriment aux SIEG, en influençant considérablement le bénéfice qu'ils procurent à leurs consommateurs. L'applicabilité des règles européennes de la concurrence dans SIEG confère à ces derniers, une série de valeur révélant l'idéologie que représente la concurrence dans ce domaine sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 106 TFUE.

190. **Valeurs humaines des règles européennes de la concurrence dans les SIEG depuis 1997** – L'application du traité de Rome dans ses premières années faisait la part belle aux règles de l'*antitrust* opposables aux seules entreprises privées. D'ailleurs, l'article 106 (anciennement article 90 CEE) a visé dans premier temps, les distorsions de concurrence susceptibles de provenir des entreprises privées. Puis à partir de l'entrée en scène des dispositions de l'article 106 § 2 TFUE (article 86 § 2 du traité CE d'Amsterdam), le secteur public ne bénéficiera plus du traitement de faveur dans l'application des règles européennes de la concurrence. Les services d'intérêts économique général – indiscutablement services publics – seront soumis par principe à ces règles en vertu des dispositions de l'article 106 § 2 TFUE. Dès lors, les pouvoirs publics dont le dessein avoué ou non visaient un protectionniste étatique d'entreprises nationales devront lâcher du lest sans être malheureux puisqu'il leur reste le choix de s'inscrire dans l'exception de « *in house* »[illegible] signifiant non applicabilité de ces règles. Concernant l'exception de « *in house* », la Cour de justice de l'Union européenne a dégagé quelques critères. Ainsi, par sa décision du 11 janvier 2005, affaire *Stadt Halle*, la Cour de justice a jugé que n'est éligible au « *in house* » qu'une société détenue à 100% par des collectivités locales, pouvoirs adjudicateurs. Autrement, les règles du marché de donc de

[illegible]

la concurrence restaient applicables. Selon la Cour de justice, « *dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50, telle que modifiée par la directive 97/52, avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées* »[illegible].

191. Avant 1997, le traitement de faveur accordé au secteur public – exemption – en matière d'applicabilité des règles européennes de la concurrence laissait, entrevoir que tout se passait donc comme si cet l'article 90 CEE (devenu 106 TFUE), fondateur des SIEG n'avait qu'un seul alinéa, le premier. Mais cette entrée en scène des dispositions du paragraphe 2 de ce texte après le traité d'Amsterdam (1997) influencera, l'applicabilité des règles européennes de la concurrence. Elle nous semble être à l'origine de son extension ou de la visibilité de ses effets dans le secteur public. Cette nouvelle donne ne laissera pas intactes, les logiques internes aux États membres qui avait consacré le régime dérogatoire du droit commun. Par ce régime dérogatoire, les pouvoirs publics des États membres créaient et entretenaient des positions dominantes et monopolistes à travers l'octroi de privilèges pouvant fausser le jeu de la concurrence dans le secteur public. Ainsi est-il que dans plusieurs États membres était soigneusement entretenu, un droit dérogatoire du droit commun pour certains services publics dans des secteurs clés dont l'électricité, la poste et les télécommunications etc. La Commission européenne a donc eu besoin de sonner le glas de ces privilèges étatiques en démantelant à partir de 1997, ces secteurs.

192. Il est certes vrai que le but d'utiliser certaines entreprises pour développer l'industrie nationale était somme toute louable. Mais la logique européenne de la concurrence largement analysée sous cette rubrique n'était absolument pas un frein à ce développement de l'industrie national. La France du Général De Gaulle a pu réaliser son développement en cette matière sans être inquiété par la Commission européenne. Il convient de souligner également que depuis 1957, par sa nature économico-sociale, la philosophie européenne de la concurrence permettait que le consommateur en tire un maximum de profit si et seulement la concurrence

[illegible]

[illegible]

est efficace et non faussée[illegible] comme cela a été précédemment présenté. À partir de 1997, l'entrée en scène des dispositions des termes de l'article 106 TFUE (anciennement article 86 §2 ou encore article 90 TCE § 2 TCEE) a étendu l'applicabilité droit européen de la concurrence aux services publics particulièrement économique en offrants un autre moyen d'action aux pouvoirs publics locaux des pays membres de l'UE. L'analyse recommande la thèse de M. Nicolas Charbit sur « le droit de la concurrence et le secteur public »[illegible] éclaire la compréhension du phénomène de l'extension des règles européennes de la concurrence au secteur public. Depuis 1997 s'est également opérée, l'ouverture des réseaux à la concurrence dont, l'une des conséquences a été le dépassement de l'application du droit de l'*antitrust* version traité CEE de Rome de 1957 caractérisé par une limitation de l'applicabilité des règles européennes de la concurrence aux seules entreprises privées. En plus de l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 § 2 TCE (article 106 § 2 TFUE) il y eu l'apport jurisprudentiel qui contribua significativement au changement de ce l'on pourrait appeler le paradigme Bruxellois de la concurrence ou l'école européenne de la concurrence du traité de Rome (1957). En effet, la Cour de Justice par sa décision *Telaustria*[illegible] du 7 décembre 2000 consacra le principe de la transparence permettant l'application desdites règles à la commande publique[illegible]. La Cour de justice a jugé dans cette affaire que le principe de non-discrimination « implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le principe est respecté »[illegible].

193. Il est donc possible de conclure sur ce point que depuis 1997, l'Europe unie expérimente l'école européenne de la concurrence à laquelle renvoie, l'entièreté des développements de l'analyse sur la politique européenne de la concurrence dans le pris de

[illegible]

[illegible]

l'article 106 § 2 TFUE. Ainsi, de 1957 à 1997, la logique européenne de la concurrence a réellement été sous le joug léger des préoccupations économiques globales enchâssées par les pères fondateurs dans les termes des articles 2, 3 et 85 du traité CEE. Depuis l'arrêt *Telaustria* précité du 7 décembre 2000, la politique européen de la concurrence qui en relâchant relativement sa pression pour maintenir des aspects économiques sociaux et moraux, se rapproche de l'école de Chicago[671]. L'Ecole de l'offre ou de Chicago a eu la particularité de

rassembler à la fois des économistes (Director, Bowman, Bork, Mc Gee, Posner, Stigler, Baumol, Panzar, Wilig … pas tous de l'Université de Michigan, certains bostonien : Stigler) et des justes ayant été des juges fédéraux (Edmund W. Kitch, *The Fire of truth*[672]). La présentation de l'idéologie de l'Ecole économique de Chicago en opposition à celle de Harvard est parfaitement bien réalisée par M. François Souty. Selon lui, Tous les tenant de la thèse de l'Ecole de Chicago (économistes et juristes), bien que n'étant pas tous de la célèbre Université de Michigan précitée, « partagent une vive antipathie à l'égard de "l'orthodoxie" de Harvard dans laquelle ils ne voient que " l'observation casuelle de comportements d'entreprises, de généralisation naïves (*colorful characterizations*) telles que le termes de " barrières à l'entrée ", des incursions éclectiques dans la sociologie et la psychologie, des statistiques descriptives et la vérification de plausibilité qui s'est substituée aux définitions attentives ainsi qu'aux structures logiques de la théorie économique. Le résultat en est que l'organisation industrielle a régulièrement avancé des propositions contredites par la théorie économique[673] », autrement dit, l'Ecole de Harvard a dévoyé la théorie économique pour

servir à l'intelligentsia mondiale, un « monstre » ou un OVNI[674] économique. Or à l'opposé, pour les membres de l'Ecole de Chicago, poursuit M. François SOUTY, « le paradigme de Harvard (SCP : concentration du marché/risque pour la concurrence) doit être inversé : si la recherche de "l'efficience économique " demeure l'objectif de la politique de la concurrence, celle-ci doit changer de perspective et s'appuyer sur un autre paradigme, celui qui associe la concentration des marchés à l'efficience, pour l'essentiel une *efficience allocative*. De ce fait, la politique de la concurrence doit être conçu a minima, car les collusions (ententes) ne peuvent être, par définition, maintenues rentablement que dans les secteurs d'activités les plus concentrés : certains membres de ce courant vont d'ailleurs jusqu'à considérer que dans de tels cas, les ententes en question ne peuvent se maintenir, en raison du conflit inévitable de rationalité entre entreprise qui, même lorsqu'elles s'entendent, demeurent des concurrents »[675].

194. Les rédacteurs des dispositions de l'article 106 TFUE semble, avoir subi l'influence de l'Ecole de Chicago. En effet en écrivant au paragraphe 1er de cet article « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus » ; ils visent une régulation stricte des concentrations, ententes et position monopolistique dans le cadre des SIEG. Surtout lorsqu'ils ajoutent à la fin du deuxième paragraphe de ce même article que « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union », les rédacteurs optent pour « une recherche saine de l'efficience économique qui a pour effet de maximiser le bien-être du consommateur »[676]. Cette préoccupation de la maximisation du profit et du bien-être des consommateurs, en l'occurrence, celle des SIEG ressort clairement des termes du deuxième paragraphe du même article. Aux termes de ce deuxième paragraphe, « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence… »[677]. Autrement dit, les monopoles qu'ils soient à caractère fiscal ou qu'ils soient le résultat d'une entente, ne saurait se soustraire à la concurrence dans le sens ou « seul l'*efficience allocative* (ou efficience au sens de Pareto) est (…) considérée comme positive

(par opposition aux structuralistes qui prennent aussi en compte *l'efficience distributive*, c'est-à-dire le mode d'allocation d'un ensemble de biens ou services entre les consommateurs tel qu'il n'est pas possible d'augmenter la satisfaction d'un individu sans diminuer cette d'un autre individu.

195. La rupture entre les deux courant sur l'appréciation de l'efficience est mise en exergue sans ambigüité par R. Bork, qui exprime ce faisant l'antagonisme quasi dogmatique entre les tenants des deux écoles : " L'incapacité à apprécier l'efficience – ou pire la tendance à la considérer comme pernicieuse en l'appelant "barrière à l'entrée" ou avantage concurrentiel – est probablement la principale explication de la déformation des doctrines de la concurrence. " (…) la violence de cet antagonisme n'a jamais été soulignée jusqu'ici en Europe sur un concept aussi sophistiqué que celui des barrières à l'entrée (…). Pour expliquer la pensée de Bork, fondamentalement celle d'un juriste, le trio Baumol, Panzaz et Willig a forgé le concept de la "contestabilité " destiné à parachever la remise en cause de la vision structuraliste. (…) Pour Baumol, (…) un marché est dit contestable lorsque les conditions suivantes sont satisfaites : - il n'y a pas de barrières à l'entrée ou la sortie (NB : par hypothèse, puisque les barrières à l'entrée sont une problématique erronée selon Chicago) ; toutes les entreprises, qu'elles soient en place ou entrants potentiels, ont accès à la même technologie de production ; ***l'information sur les prix est parfaite, disponible pour tous les acteurs économiques (consommateurs et entreprises)*** ; ***il possible d'entrer sur le marcher et d'en sortir avant que les entreprises en place ne puissent ajuster les prix*** »[678]. Cette pensée de Baumol servira « d'assise à une conception politique aux Etats-Unis, puis en Europe avec un décalage de cinq à six ans comme souvent, servant de justification à la dérèglementation ainsi qu'au désengagement de l'État ». Fort heureusement, dans les SIEG, la concurrence efficace instaurée par la politique européenne de la concurrence n'a pas produit un désengagement des États membres dans le secteur publics spécialement économique. Au contraire, le droit primaire européen à travers l'article 106 TFUE, leur a conféré un nouveau moyen de gestion de l'intérêt général économique. Ce moyen se présente depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997 comme un sauvetage de certains services publics nationaux essoufflé, en crise ou en péril comme cela fut le cas en France.

196. La philosophie européenne de la concurrence depuis 1957 s'inspire des dogmes de l'école de Chicago mais sans réaliser un copier-coller prêt à fonctionner. Il s'agit d'une

inspiration *mutatis mutandis* car la concurrence européenne dans le marché intérieur intégré et dans les SIEG est un moyen d'atteinte des objectifs de l'UE consignés dans l'article 3 TUE de Lisbonne de 2009 dont la promotion de la paix, de ses valeurs et le bien-être de ses peuples[679]. La concurrence à l'européenne donc, tient compte de certains paramètres sociaux, humains et moraux inconnus de la logique de la concurrence pure et parfaite.

197. Ainsi est-il que le traité de Lisbonne imprime à cette philosophie européenne de la concurrence, un surcroît de social logique avec une recherche de concurrence non faussée dictée par le protocole numéro 27 sur le marché intérieur et la concurrence annexé au traité de Lisbonne.

198. Ce protocole numéro 27 sur le marché et sur la concurrence adossé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est très affirmatif sur l'exigence d'une concurrence non faussée. Pour ses rédacteurs, la concurrence ne doit absolument pas être faussée au point qu'ils y affirment *« compte tenu du fait que le marché intérieur tel qu'il est définit à l'article 3 du traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée, (...) à cet effet, l'Union prend, si nécessaire, des mesures dans le cadre des dispositions des traités, y compris l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européen »* .

199. La syntaxe grammaticale du premier membre de phrase de ce protocole 27 est une empêcheuse de tourner en rond : l'on ne souhaite pas que la concurrence ne soit pas faussée dans l'UE, elle doit y être non faussée d'où la formulation « compte tenu du fait que le marché intérieur (…) la concurrence n'est pas faussée … ». *Elle ne devrait pas l'être puisque « le marché intérieur tel qu'il est définit à l'article 3 du traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »* . Il s'agit d'une injonction faite à la Commission européenne, gardienne de la politique européenne de la concurrence. Cette dernière, se fondant que les dispositions de l'article 3 TFUE et du protocole 27 sur le marché et la concurrence ainsi que, sur l'esprit et les textes des traités européens en la matière, devrait être intransigeante dans sa chasse aux agents économiques voulant ou ayant faussée la concurrence, fut-ce t'ils des États membres. De plus, cette véritable détermination dont la Commission européenne est juridiquement renforcée par

l'article 106 § 3 du traité FUE aux termes duquel, *« [elle – Commission –] veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »*[illegible]. La vigilance de la Commission ainsi visée, concerne la concurrence en vertu de l'article 106 § 2 TFUE et les aides États octroyées sous formes d'avantage (article 106 § 1er TFUE) pouvant fausser la concurrence.

200. Depuis 1997, la politique européenne de la concurrence s'autonomise et échappe aux dictat du politique. La Commission européenne en est la régulatrice qui communique avec les autorités nationales de concurrence comme celle de la France. La concurrence européenne affiche des allures dépassant, l'exigence de la transparence. Elle veille à une certaine indépendance de sa régulation prévue notamment par l'article 106 § 3 TFUE.

201. En fin depuis 2014, les améliorations du règlement dit « minimis » du paquet Almunia de la Commission européenne de 2012, une autre approche de la politique européenne de la concurrence se dessine. Le choix de la notion de minimis par la Commission européenne dans ce paquet Almunia, peut être considéré comme une application de la maxime latine, « *de minimis non curat praetor* », signifiant que la loi ou le juge ne s'embarrasse pas ou ne de préoccupe pas de choses insignifiantes. Sur ce fondement, la Commission à fixer le seuil de 200.000 euros puis l'a relevé à 500.000 euros sur trois exercices consécutifs. Si le montant ou le chiffre d'affaire du marché est inférieur à ce seuil de *minimis* alors, la Commission n'interviendra pas puisque le marché est valeur minime donc insignifiante. Ce choix « *de minimis non curat praetor* » est une conciliation réussie « entre le droit de la concurrence et le droit de la protection sociale illustr[ant] bien le rôle qu'initialement le droit de la concurrence devait jouer en droit communautaire : être un aiguillon, un instrument de stimulation de tous les secteurs économiques pour que ceux-ci se développent de manière harmonieuse au profit notamment des utilisateurs »[684].

202. Ainsi est-il qu'alors que l'on aurait pu interpréter, le règlement n°1407/2013 de la Commission européenne du 18 décembre 2013 comme exclusivement destiné, aux seuls SIEG parque partie intégrante du paquet Almunia[illegible] du régime juridique des SIEG, il a été étendu à toutes les aides d'État. Ce faisant, il est un élément nouveau de l'armature juridique

[illegible]

européenne de la concurrence. En effet, le paquet Almunia[illegible] entré en vigueur le 1er janvier 2012 comprenait quatre dont le quatrième était intitulé « Le règlement n°360-2012 relatif aux aides de minimis spécifique aux compensations accordées aux entreprises chargées de SIEG et qui sont inférieurs à 500.000 sur trois exercices fiscaux »[illegible].

203. Le paquet Almunia introduit un nouveau paramètre dans l'armature juridique de la politique européenne de la concurrence, il s'agit de la notion d'accord d'importance mineure désignant certains accords qui s'inscrivent en dehors de l'exception prévue au paragraphe 3 de l'article 101 du traité FUE. Notons qu'aux termes de l'article 106 § 1er TFUE, l'article 101 TFUE concerne les SIEG. « **Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises** auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, **n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus** »[illegible].

204. Dans la suite de l'analyse de l'article 106-2 TFUE, l'analyse démontrera que l'applicabilité des règles de la concurrence dans les SIEG n'est pas naïve, elle procède d'une idéologie bien précise.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

205. **SIEG « pierre angulaire » des SIG** – De l'expression « pierre angulaire », l'analyse retient le sens d'un fondement, la base essentielle des services d'intérêt général. Aux termes de l'économie générale des deux textes du protocole 26 sur les SIG adossé aux traités UE et FUE de Lisbonne de 2009, les SIEG deviennent le principe de l'ensemble des SIG. Par principe, il faut entendre, la logique que véhiculent les SIEG, à savoir, la fourniture de prestations de service public de qualité à des prix compétitif. Le curieux paradoxe entre le titre de ce protocole et son contenu permet d'envisager une telle hypothèse. L'analyse ne retenant pas une erreur de formulation du titre, postule pour l'expression d'un principe sous-entendu. En effet, aucun des deux articles ne prescrit *expressis verbis* que les SIG sont un grand ensemble qui comprendrait des services d'intérêt général non économique (SIGNE) et ceux particulièrement économique (SIEG). Les deux articles concernent uniquement les SIEG alors même que le titre du protocole indique plutôt qu'il s'agirait des SIG. C'est donc une telle configuration, que l'on doive tirer, toutes les conséquences des termes du premier article du même protocole visant les SIG. On le sait, aux termes du premier article de ce protocole 26 sur les SIG, « **les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général** au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne **comprennent notamment : (…) - 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** »[689] (Soulignées par nos soins).

206. Une première exigence dans la bonne compréhension des dispositions de l'article 106 TFUE est, de savoir qu'indéniablement, son deuxième paragraphe consacre le principe de l'applicabilité des règles de la concurrence dans les SIEG. Une seconde non moins importante est de déceler l'idéologie en filigrane de cette applicabilité par principe des règles de la concurrence aux SIEG.

B- Idéologie de la soumission des SIEG aux règles de la concurrence

207. **Article 106 § 2 TFUE, une véritable idéologie sociale à travers une philosophie européenne de concurrence** – L'Union européenne en prohibant les « barrières à l'entrée »[690], matrice de l'idéologie économique de l'école américaine de Harvard a fait le choix d'une concurrence au service de ses objectifs. Cette décision est notable car elle signifie le rejet de la dangereuse conception d'une concurrence pure et parfaite. Mais c'est en prenant en compte, l'analyse précédente des termes du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE, que l'on se convainc que la mise en pratique de la concurrence dans les SIEG reflète une véritable idéologie de société Union européenne. Cette idéologie qui se résume dans la dytique services d'intérêt économique général de haute qualité prestés à des prix compétitif vise le profit du consommateur-citoyen européen. Dès lors, la concurrence dans les SIEG s'inscrit dans la droite ligne des objectifs de l'édifice de l'Union européenne.

208. Rappelons-le, les pères fondateurs de l'Union ont fixé des objectifs majeurs à atteindre par le truchement d'un marché commun intérieur intégré ou se pratique une concurrence efficace[691] ou potentielle[692] au service desdits objectifs. Selon eux, l'édifice devrait réaliser les fondements d'une « union sans cesse plus étroite » entre les peuples européens, promouvoir le progrès économique et social de ces peuples par l'élimination des barrières commerciales aux antipodes des « barrières à l'entrée » prônées par l'école économique américaine de Harvard. Puis, améliorer les conditions de vie et d'emploi des peuples européens, ce qui n'est pas forcément le résultat escompté, d'une logique concurrentielle pure et parfaite[693]. Par la suite parmi les objectifs de l'Union, se trouve la garantie d'un équilibre des échanges loyaux dans la concurrence puisque « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la

Communauté »[694]. Plusieurs autres objectifs de l'Union ont été listé dans l'article 2 du Traité institutif de la Communauté européenne. Mais le dernier demandant la mise en commun des ressources des pays membres pour la préservation de la paix et la liberté ainsi que d'appeler les autres peuples d'Europe adhérant à cet idéal à s'associer à cet effort est très révélateur de la base idéologique de l'édifice. En tenant compte de l'ensemble de ces objectifs, l'on comprend que l'Union sait parfaitement d'où elle vient – Seconde guerre fratricide européenne étendue au monde entier – et également son point de chute, une Europe unie où l'humain est protégé dans son bien-être. Aux termes de l'article 3 TFUE, « *l'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions,* ***en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs*** *et en se conformant au principe d'attribution des compétences* »[695] (C'est nous qui soulignons).

209. Renforcement de l'idéologie de l'article 106-2 TFUE par les traité d'Amsterdam (1997) et de Lisbonne (2009) – Posé simplement, les termes du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE prescrivent purement et simplement, les entreprises chargées d'une missions de SIEG sont soumises au respect des règles des taux règles des traités. Cette exigence avait déjà été perçue en 1963 (seulement six années après le traité CEE de Rome de 1957) par la Cour de Justice des Communautés européenne (CJCE) dont l'avocat Maurice Lagrange fit le rappel dans ses conclusions sous l'affaire Costa c/ Enel[696] précitée. Cependant, un deuxième regard sur la précision de l'une des catégories des règles des traités à respecter en vertu du paragraphe 2 de l'article 106 TFUE révèle qu'elle n'est pas fortuite. En effet les rédacteurs de ces termes soulignent soigneusement, qu'il s'agit notamment des « règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »[697].

210. Ce double regard s'avère utile puisqu'il permet de déceler la dissimulation d'une idéologie de société dans cette prescription juridique, au demeurant très clairement formulée. Cette idéologie est également juridique même si comme toute idéologie[698], elle « (…) se

présente comme un système cohérent et articulé de représentations, destiné à inculquer la croyance dans le bien-fondé de l'ordre social et politique ; elle produit l'image d'une société – ou institution –, dans laquelle les diversités et les particularismes sont dépassés, transcendés, intégrés, par un pouvoir qui est au service de la collectivité toute entière. Le concept d'intérêt général implique d'abord la possibilité de surmonter les antagonismes sociaux et de dégager un intérêt commun à l'ensemble des participants : **ce qui unit les membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur-détermine leur identité singulière** »[699] (C'est nous qui soulignons). Oserions-nous espérer que les citoyens européens dans l'intégralité parviennent à un tel état d'esprit.

211. **Marché commun intérieur intégré, concurrence et SIEG, des moyens d'accomplissement des objectifs de l'Union européenne** – L'article 106-2 TFUE lu conjointement avec les article 14 TFUE et le Protocole 26 sur les services d'intérêt économique général forment le solide est le fondement juridique des SIEG tirés du droit primaire européen. S'y ajoutent, le droit dérivé (jurisprudences et paquet Almunia de 2012). Mais seul l'applicabilité des règles de la concurrence dans le marché commun intégré et dans les SIEG permettre au marché, à la concurrence et aux SIEG d'êtres de véritables moyens d'atteintes des objectifs de l'Union. Pour rappel, les article 2 et 3 TUE énumèrent ces objectifs tandis que l'article 3 TFUE précité, dispose que « *l'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions,* ***en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs*** *et en se conformant au principe d'attribution des compétences* »[700]. Ainsi, « pour toutes ses actions [précédemment évoquées dans les 3 articles précité], l'Union cherche à éliminer les inégalité, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes »[701].

212. Les pères fondateurs ont donné à ces objectifs qui traduisent un idéal de société, des moyens dont le marché commun devenu le marché commun intérieur intégré depuis le traité AUE de 1986, précédemment cité à plusieurs reprises. La philosophie européenne de concurrence et le droit européen de la concurrence font partie de ces moyens au service de l'atteinte de ces objectifs, somme tous louables. Il ne faudrait pas oublier que les SIEG créés,

par les pères fondateurs de l'Union à travers les dispositions de l'article 90 CEE (devenu article 106 TFUE) font partie intégrante de la série de moyens devant permettre la réalisation de l'idéal sociétal UE précédemment visé.

213. Au sujet des services d'intérêt économique général, néologisme juridique créé par le Traité CEE, il n'ont pris de l'envergue qu'avec les traités CE d'Amsterdam (1999) et TFUE de Lisbonne (2009). Ces deux derniers traités en feront l'un des véritables vecteurs de la réalisation de l'idéal de la société UE en devenant d'abord, des valeurs communes de l'Union (article 16 traité CE devenu article 14 TFUE) ; tandis que celui de Lisbonne de 2009 les rend incontournable dans la cohésion socio-économique et territoriale de l'UE.

214. **Un accueil mitigé par une partie de la doctrine administrativo-constitutionnaliste française à l'idéologie de l'article 106-2 TFUE** – L'article 106-2 TFUE instaure une idéologie déjà signalé qu'il faudrait en guise de rappel reprendre. Indiscutablement, c'est le traité CE d'Amsterdam entrée en vigueur en 1999 qui, véritablement a mis au jour, l'idéologie ou philosophie sociale UE contenue dans les termes du deuxième paragraphe de l'article 86 de ce traité (devenu article 106-2 TFUE). En effet, aux termes de ce paragraphe 2, « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union »[702]. Il s'agit d'une disposition du droit primaire en vigueur car non abrogée qui assène, une vérité nonobstant sa désaffection par certains pouvoirs politiques ou politiciens voire des juristes [703] des États membres. Mais l'adoption et la prise

d'importance de ce mode supplémentaire offert aux pouvoirs publics des pays membres de l'UE par le droit primaire européen (article 106 TFUE) pour répondre à certains besoins vitaux quotidiens des citoyens européens, n'ont pas été aisé. Les débats sur les SIEG de la décennie 1980 et leur reprise à partir de 2005 à la demande du ministre-président Néerlandais[704] en attestent suffisamment.

215. Nécessité d'un regard de plus près pour découvrir l'idéologie en filigrane des dispositions de l'article 106-2 TFUE – Une limitation à l'expressis verbis des termes du deuxième paragraphe de l'article 106-2 TFUE ne révèle essentiellement que l'applicabilité des règles de la concurrence aux SIEG. Mais lorsque l'on y regarde de plus près[705] comme le recommande le Doyen Jean Boulouis au sujet de la notion de l'intérêt général en Droit public français, l'idéologie juridico-socio-économique des règles de la concurrence dans les SIEG se laisse découvre. Effet, en prescrivant l'applicabilité par principe aux SIEG des règles de la concurrence, les rédacteurs des termes de l'article 106 TFUE ont exprimé la volonté des pères fondateurs de l'édifice Europe unie de faire du marché commun intérieur intégré et des règles de la concurrence, des moyens au services des objectifs de l'Union européenne. Aux termes de l'article 2 du traité CEE de Rome (1957), « la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit »[706]. Plus tard, en 2009 le traité de Lisbonne dans ses dispositions communes aux traités UE et TFUE, il sera précisé à l'article 3 que « l'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants : a) l'union douanière ; et b) l'établissement des

règles de la concurrence nécessaire au fonctionnement du marché intérieur point »[707]. Ces dispositions du droit primaire européen n'indiquent aucunement que l'UE a pour objectif de réaliser un marché intérieur intégré (traité AUE de 1986 précité) où la concurrence est pure et parfaite. Encore moins, elles ne prescrivent la concurrence concurrentielle comme l'un des objectifs de l'édifice. Bien au contraire, comme le marché commun devenu le marché intérieur intégré à la suite du traité Acte unique[708], les règles européennes de la concurrence ont été conçues par les pères fondateurs comme des moyens au service de la réalisation d'une Union européenne. Ainsi est il qu'en vertu de l'article 2 du traité FUE de Lisbonne (2009), *« **l'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples**. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène. **L'Union établit un marché intérieur**. **Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement** »*[709].

216. Des dispositions de cet important article du traité de Rome, l'on découvre que le marché intérieur et les règles de la concurrence sont bel et bien des moyens pour atteindre les objectifs de l'UE et non pas ses premières finalités. C'est donc, en sa qualité de moyen d'accomplissement des objectifs de l'UE que les règles européennes de la concurrence, s'appliquant dans le domaine des SIEG selon l'article 106 paragraphe 2 TFUE, permettent à ces derniers d'être l'épine dorsale et la pierre angulaire des SIG. La concurrence européenne est également un aiguillon de la construction du modèle social des SIEG à travers les SIEG tout en mettant au jour, une idéologie de marché humanisée.

217. **SIEG « épine dorsale », « âme » et « pierre angulaire » des SIG** – L'applicabilité par principe des règles de la concurrence aux entreprises chargées de la gestions des SIEG en vertu des disposition de l'article 106 §2 TFUE se révèle comme une philosophie sociale. Les pères fondateurs l'Union européenne, par cette disposition prévue dans le traité institutif de la

Communauté économique européenne de Rome (1957) ont imprimé une logique sociétal à l'édifice. Il s'agit de mettre l'humain, citoyen européen au cœur de la construction européenne et d'en faire le véritable bénéficiaire. En effet, en offrant aux citoyennes et citoyens européens ainsi qu'aux résidents des Etats membres de l'UE, des prestations de qualité à des prix compétitifs à travers les SIEG, les rédacteurs des termes de l'article 106 §2 TFUE (anciennement article 90 §2 du traité de Rome de 1957) ont posé ces derniers comme les véritables bénéficiaire de l'édifice. Puis lorsque le Protocole numéro 26[710] sur les services d'intérêt général (SIG) est annexé aux traités UE et FUE de Lisbonne de 2009, l'extension de la logique des SIEG à cet ensemble englobant des SIG est actée. D'ailleurs, les deux seuls articles de ce protocole numéro 26 sont relatifs aux SIEG dans la mesure où si le premier les visent directement, le second ne manque pas de leur faire référence car la définition de service d'intérêt général non économique (SIGNE encore abrégé SNEIG) est formulée par opposition à ceux dits économiques que sont les SIEG eux-mêmes. Ce protocole fonde donc l'idée que les SIEG, bien que n'étant pas le grand ensemble englobant les SIG et les SIGNE, influence significativement ces deux catégories définies par la Commission européenne à partir des SIEG. Dès lors, l'analyse considère que ce protocole étonnement dénommé sur les SIG cache l'idée d'une extension *in fine* de la dytique précédemment démontrée des SIEG, à l'ensemble des SIG. **De ce fait, les SIEG par cette dytique prestations de qualité fournie à prix compétitifs aux consommateurs, découlant des termes du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE peuvent, être plus ou moins considérés comme l'« épine dorsale » et l'« âme » tout comme l'intérêt général l'est pour le droit public français.**

218. Concernant le statut des SIEG, **« pierre angulaire » des SIG,** l'analyse insiste sur cette posture car la doctrine a déjà considérée la concurrence comme la pierre angulaire de l'intérêt général[711] suivant l'excellente démonstration du professeur Laurence Idot à laquelle elle ne peut que renvoyer le lecteur.

219. **SIEG « pierre angulaire » des SIG par le principe de l'applicabilité des règles de la concurrence en vertu du paragraphe 2 de l'article 106 TFUE** – Le professeur Laurence Idot analysant le rapport entre l'intérêt général et la concurrence s'est demandé qi interrogé « l'intérêt général, limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence? ». Dans la

réponse à cette réflexion nourricière de la pensée sur les deux sujets, a d'abord précisé que « le premier terme de l'alternative, limite, sous entend une contradiction entre l'intérêt général, d'une part, et la concurrence, d'autre part, entre l'intérêt général et le marché. C'est en tout cas sous cet angle que le débat a souvent été présenté, du moins en France » ; puis après avoir fait la démonstration qu'en « droit de la concurrence pur, les données sont autrement plus complexes. Cela tient, d'une part, au contenu des règles substantielles, qui ne sont pas toujours adaptées à la prise en compte de l'intérêt général, d'autre part, à la place des autorités de concurrence dans l'architecture institutionnelle. (…) [Sur l'aménagement des règles substantielles, deux remarques sont importantes].

220. Il nous semble soutenable que ni l'autorité de concurrence, Commission encore moins, la Haute autorité nationale de concurrence (ci-après A.N.C.), ne peut prendre position claire et définitive sur la conciliation des différentes facettes de l'intérêt général en présence que si et seulement si, les règles substantielles le permettent. Force est de constater que les outils actuels sont de ce point de vue limités. Le constat peut être fait tout d'abord en matière de pratiques anticoncurrentielles. À l'exception de l'article 86, § 2, CE, dont le caractère limité est patent (…), l'article 81, § 3, CE est le seul texte à la disposition des autorités de concurrence. Pour apprécier l'utilité de ce texte, deux périodes doivent être distinguées. ***Commission et la notification individuelle, l'on affirmait que ce texte permettait d'intégrer des considérations d'intérêt général et l'on citait toujours les exemples de l'arrêt Metro[712], dans lequel la Cour avait fait allusion à la question du maintien de l'emploi, et plus encore, des décisions de la Commission en matière de protection de l'environnement[713]***.

221. Depuis le 1er mai 2004, la situation est encore plus délicate. **En effet, si l'on suit l'analyse proposée par la Commission dans les lignes directrices sur l'article 81, § 3, CE [94], l'on doit avoir de ce texte une lecture purement économique. L'exemption ne sera accordée qu'à une pratique qui contribue à l'efficacité économique**. (…)

[Sur ce premier point], **en conclusion, l'application du droit communautaire de la concurrence, à l'exception du contrôle des aides d'Etat, repose désormais uniquement sur un bilan purement concurrentiel, dans lequel l'intégration d'autres considérations n'a pas sa place. Cela est dû en partie à la place de plus en plus importante de l'analyse**

dite économique dans les raisonnements. ***Or, cette analyse économique est étrangère à d'autres considérations que la pure efficacité***.

[Enfin concernant l'aménagement du cadre institutionnel, une remarque fort instructive, celle selon laquelle], en principe, une autorité de concurrence n'est compétente que pour prendre des décisions qui intègrent les données concurrentielles. **Le rôle d'arbitre qu'il faut tenir en cas de conflit entre plusieurs manifestations de l'intérêt général relève de l'autorité politique. Cela explique par exemple que le pouvoir de décision en matière de concentrations nationales reste dans certains États membres entre les mains du ministre. L'exemple français est le cas extrême, puisque la France est le seul Etat membre de l'Union, dans lequel l'instruction et la décision des cas sont entre les mains du ministre de l'Economie, l'autorité de concurrence indépendante qu'est le Conseil de la concurrence n'intervenant pour avis qu'en cas de passage à la deuxième phase**. Cela étant, il existe toute une série de variantes, comme en droit allemand, où le ministre de l'Economie dispose d'un droit de veto sur les décisions du Bundestkartellamt, qu'il utilise au demeurant très rarement »[714].

222. Cette remarquable démonstration de la difficile conciliation entre l'intérêt général de type étatique et la concurrence est clairement vécu dans le cadre des SIEG où fort heureuse comme l'auteure l'a souligné avec justesse, que ce domaine est très particulier.

223. S'appropriant ce raisonnement est les considérations précédentes, l'analyse retient en définitive, à la suite de l'auteure que « **la construction communautaire participe précisément à cette pluralité de l'intérêt général**. Toutefois, dans le cadre communautaire, encore faut-il préciser si l'on parle de l'intérêt général des Etats membres, ou de l'intérêt général de la Communauté. La Cour a reconnu le rôle du premier, en particulier en matière de libre circulation, et lui a fait jouer un rôle dérogatoire au travers de la théorie des exigences impérieuses d'intérêt général[715], **mais, malgré l'extrême sobriété des traités fondateurs, qui évoquent les services d'intérêt économique général à l'article 86, § 2, CE, ou encore l'intérêt commun à l'article 87, § 3, CE, s'est peu à peu développée, une notion d'intérêt général communautaire. Progressivement cette dernière est devenue à la fois une norme**

de contrôle à l'appui d'un examen de légalité et une norme de justification à l'appui d'une action législative [716] »[717].

224. **Sans l'avoir expressément affirmé, nous pensons que le raisonnement aboutit à l'affirmation que** l'intérêt général peut parfois être la limite droit de la concurrence, c'est le cas notamment lorsque pour des raisons impérieuses d'intérêt général[718], le droit de la concurrence ne peut pas s'appliquer. D'ailleurs, ce n'est pas la seule hypothèse de non application puisque l'article 106 TFUE dans son deuxième paragraphe, les règles de la concurrence s'applique « 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 »[719]. Dès lors, l'intérêt général national ou communautaire peut être une raison valable de non application justifiée des règles européenne de la concurrence. Pour autant, les règles européennes de la concurrence peuvent être reconnues, pierre angulaire des services d'intérêt général par le truchement des SIEG.

225. De l'expression « pierre angulaire », l'analyse retient le sens d'un fondement, une base essentielle des services d'intérêt général. Aux termes de l'économie générale des deux textes du protocole 26 sur les SIG adossé aux traités UE et FUE de Lisbonne de 2009, les SIEG deviennent le principe de l'ensemble des SIG. Par principe, il faut entendre, la logique que véhiculent les SIEG, à savoir, la fourniture de prestations de service public de qualité à des prix compétitif. Le curieux paradoxe entre le titre de ce protocole et son contenu permet d'envisager une telle hypothèse. L'analyse ne retenant pas une erreur de formulation du titre, postule pour l'expression d'un principe sous-entendu. En effet, aucun des deux articles ne prescrit *expressis verbis* que les SIG sont un grand ensemble qui comprendrait des services d'intérêt général non économique (SIGNE) et ceux particulièrement économique (SIEG). Les deux articles concernent uniquement les SIEG alors même que le titre du protocole indique plutôt qu'il s'agirait des SIG. C'est donc une telle configuration, que l'on doive tirer, toutes les conséquences des termes du premier article du même protocole visant les SIG. On le sait,

aux termes du premier article de ce protocole 26 sur les SIG, « **les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général** au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne **comprennent notamment : (…) - 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** »[720] (Soulignées par nos soins).

226. Enfin, l'analyse des termes du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE permet de comprendre, comment l'applicabilité des règles européenne de la concurrence peut participer à l'humanisation de la nouvelle idéologie du marché qui semble désormais mettre à mal celle de l'État.

227. **La concurrence dans une idéologie de marché humanisée par la logique des SIEG** – Dans la concurrence pure et parfaite, l'idée force est la pure productivité sur un fond de distributivité avec le règne de la marchandisation dont l'*antitrusts* américain est l'un des fidèles reflets. Or l'article 5 du traité, prévoit dans le cadre du marché commun européen, que soient « mise en oeuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, [que soit promus] dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste »[721]. Il s'agit donc de paramètres incompatibles avec la logique concurrentielle classique par essence inflationniste. Cette particularité de la politique européenne de la concurrence lui permet, de revêtir une nature économique. C'est à ce titre qu'elle s'avère plus utile à la construction européenne et, permet aux SIEG de rendre des services aux consommateurs.

228. De plus, le déploiement de la philosophie et du droit européen de la concurrence dans le marché européen et dans les SIEG accrédite la thèse de l'existence dans le cadre communautaire, d'une idéologie surtout une bonne idéologie du marché. En effet, l'importance des philosophie et droit européens de la concurrence dans le marché commun (articles 2 et 3 TCEE) et dans les SIEG (article 90 § 2 TCEE) confirme, la thèse d'une idéologie du marché concurrençant celle de l'État, au point qu'au dogmatisme du premier se

substitue celui du second[722]. Dans ce sens, l'analyse retient et s'approprie le raisonnement de M. Mustapha Mekki, selon lequel « une nouvelle idéologie vient concurrencer celle de l'État : le marché[723]. Au dogmatisme de l'État se substitue celui du marché[724]. Le nouveau modèle du marché " devient consubstantielle d'une certaine forme, occidentale, de démocratie"[725]. Il se diffuse de façon croissante et tend à tout absorber[726]. " *Quasi-contrat social* "[727], il facilite le rapprochement de l'intérêt général et des intérêts particuliers, voire une véritable concordance entre les intérêts particuliers dans l'intérêt général[728]. Historiquement, c'est à travers son caractère économique que la société civile s'est d'abord affirmée face à l'État. Sous les Lumières, les libéraux conçoivent cette sphère exclusivement comme celle du bourgeois. Elle se démocratise et s'étend à tout sujet de droit sous l'influence de la pensée utilitariste[729]. Conscients des vices qui caractérisent la nature humaine, les hommes ont rapidement organisé la société marchande[730]. Le marché suppose alors l'existence d'une organisation. C'est l'objectif d'un droit du marché, reposant sur un droit de la consommation et, surtout, sur un droit de la concurrence[731] »[732].

229. Dans la suite logique de ces considérations, l'on comprend bien ce pour quoi, les rédacteurs des articles 2 et 3 du traité CEE ont opté pour un marché commun possible à travers la libre circulation des marchandises, des personnes, des capitaux et des services. **Ces libres circulations cruciales, à l'effectivité d'un marché commun intérieur intégré Union européen sont, des corollaires de l'efficacité de la concurrence, elle-même envisagée dans une logique économique supposant une analyse menée en termes de finalités[733] et non pas de marchandisation de l'humain**. Dans le cadre Communautaire, de 1957 à 1996, la philosophie de la concurrence et le droit de la concurrence ont revêtu la nature économique leur permettant d'être profitables à l'humain, consommateur citoyens européen et/ou résidents des pays membres de l'UE.

230. **Nature économique de concurrence européenne et du droit européen de la concurrence au service de la réalisation de l'édifice Union européen et des citoyens-consommateurs exigeants européens à travers leur application dans les SIEG** – Selon Friedrich von Hayek, le libéralisme « (…) ne nie pas, mais souligne au contraire que, pour que la concurrence puisse jouer son rôle bienfaiteur, une armature juridique soigneusement conçue est nécessaire (…) »[734]. Le droit européen de la concurrence se présente comme en étant l'une de ces armatures juridiques visées par Von Hayek. Puis, cet auteur concède que l'on ne devrait faire appel à d'autres méthodes pour guider l'activité économique que si et seulement « si elles sont plus efficaces »[735]. Cette idée est également présente chez Adam Smith lorsque ce dernier postule qu'il est un devoir du souverain d' « ériger et d'entretenir

certaines institutions et d'entretenir certains ouvrages publics que l'intérêt privé d'un particulier ou de quelques particuliers, ne pourrait jamais les porter à ériger ou à entretenir, parce que jamais le profit n'en rembourserait la dépense à un particulier ou à quelques particuliers, quoiqu'à l'égard d'une grande société ce profit fasse beaucoup plus que rembourser des dépenses »[736]. Ces deux auteurs reconnaissent à la concurrence, des vertus de structuration du lien social économique dans une société comme celle ambitionnée par les pères fondateurs de l'UE à travers l'article 2 du traité CEE. En ce sens, il apparaît logique que l'Union européenne se construise depuis son origine à travers une adhésion affirmée et renouvelée à l'économie libérale[737]. Surtout qu'à l'origine, les objectifs de la Communauté décrits par le traité CEE étaient « un développement harmonieux des activités économiques, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États membres »[738]. « Ils devaient être atteints par l'établissement d'un marché commun et le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres. La notion de " marché commun " correspond à un espace économique commun à plusieurs États dans lequel les échanges s'effectuent dans les mêmes conditions que dans un marché intérieur. Elle implique la disparition de tous les obstacles aux mouvements de marchandises, de personnes, de services et de capitaux, ainsi que l'établissement d'un régime où la concurrence n'est pas faussée »[739]. Même si elle n'est pas pure et parfaite, cette concurrence doit y être à tout le moins efficace[740]. La conception de la concurrence au service de l'édifice UE a été précisé dans diverses dispositions du Traité CEE de 1957 dont les articles 85 TCEE (concurrence d'une manière générale) et 90 § 2 TCEE (dans les SIEG). Mais les pères fondateurs de l'Union européenne ne lui reconnaissent d'importance que par rapport aux objectifs de la construction communautaire et non pas de manière isolée, comme une politique concurrentielle à part entière et entièrement à part du traité institutif de la Communauté elle-même. Or la concurrence pure et parfaite sert ses propres idéaux inflasionnisto-centrés.

231. C'est donc la concurrence ainsi conçue[741], par le traité instituant la Communauté européenne et, le droit de la concurrence qui en découle qui forment tous les deux, un tandem efficace et dynamique. **Ce tandem, reflétant une nature économique est au service de la réalisation de l'édifice Union européen et du bien-être des citoyens-consommateurs exigeants européens.** En effet, la politique européenne de la concurrence et le droit européen de la concurrence, en se préoccupant de la production des biens marchands et non pas uniquement de leur distributivité, transcendent ainsi la logique purement concurrentielle du gain et profit**.** Surtout, cette transcendance est opérée de 1957 à 1996 dans le but de faire en sorte que l'édifice Union européen reste attaché aux considérations économiques et sociales conformes aux articles 2 et 3 du traité relatifs aux objectifs de l'Union européenne**.**

§ 2 : Connotation idéologique de l'article 106 §3 TFUE

232. **Plus qu'un simple pouvoir de contrôle, une véritable idéologie de régulation et de participation à l'exercice d'un pouvoir souverain** – Au delà d'un simple pouvoir de veille, les termes du troisième paragraphe de l'article 106 TFUE font la consécration d'un redoutable pouvoir de régulation de la création et du financement des SIEG. En effet, aux termes de l'article 106 §3 TFUE, « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriés au Etats membres »[742]. Il s'agit d'une phrase à la lecture aisée mais aux implications redoutables lorsque l'on en opère une analyse approfondie, surtout en prenant en considération, les conséquences de cette vigilance. L'affaire de la condamnation des Pays-Bas en 2005 par la Commission européenne en révèle une dimension importance de la veille qui dans la réalité est un véritable pour de régulation déguisée du secteur des SIEG qui par de la définition de la mission de SIEG par qualification juridique. On le sait, le 14 juillet 2005, par une lettre adressée au gouvernement Hollandais, la Commission européenne informe ce dernier des conclusions de son premier examen du système des logements en Hollande. Selon la Commission, ce système Néerlandais est tout sauf un SIEG. Or pour ce pays membre fondateur de la CEE, il s'agissait dans sa culture juridique, d'un système de service public des

logements. La Commission décida qu'un tel système ne pouvait être qualifié de SIEG que de manière abusive[743].

233. La réplique du ministre-président Néerlandais Jan Peter Balkenende qui a rouvert le débat sur les SIEG de la décennie 1980 n'a pas produit un revirement de la décision de la Commission. Dès lors, l'on s'aperçoit que la « veille à l'application des dispositions du présent article [permettant à la Commission d'adresser], en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres »[744] peut être l'occasion comme en l'espèce que déclasser tout un pan national de service public. Et, ceci nonobstant la valeur sociale et idéologique que recouvre ce type de service public. L'on s'aperçoit que face à l'impératif d'atteinte des objectifs de l'Union, certaines considérations nationales devraient céder le pas au déploiement de la concurrence (article 106 §2 TFUE), ce que le service Néerlandais des logements ne garantissait. Partant, la prise en considération des acquis étatiques dont celui selon lequel, « chaque État européen a défini et construit, dans son histoire longue, son propre mode d'organisation et de régulation des activités de "service public", dans le cadre de la construction de chaque État-nation, en relation avec ses traditions, ses institutions, sa culture »[745] ; ne devrait pas empêcher la mise en œuvre d'un moyen de réalisation des objectifs de l'UE, en l'occurrence, les règles de la concurrence. Le paragraphe 2 de l'article 106 TFUE est donc un argument solide pour une régulation des SIEG par la Commission.

234. D'un point de vue du droit constitutionnel, dès lors que la constitution, norme suprême consacre un domaine d'exercice d'un pouvoir souverain et discrétionnaire d'un pouvoir public, l'on ne comprend que mal, l'habilitation lato sensu que la Commission européenne fait de sa régulation en vertu des dispositions du paragraphe 3 de l'article 106 TFUE. D'ailleurs, la Cour de justice n'admet l'erreur de qualification d'un SIEG que lui défère la Commission sur le fondement de ces dispositions, que s'il s'est agit d'une erreur manifeste[746] d'appréciation qui n'est pas une appréciation de l'opportunité de la création d'un SIEG.

235. On le sait, dans sa Communication de 2001 sur les services d'intérêt général en Europe, la Commission admet « la liberté de définition [des SIEG] des États membres signifie

que ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant de [tels] services […] sur la base des caractéristiques spécifiques des activités, la seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste »[747]

236. Aussi longtemps que la « veille » de la Commission restera dans ce cadre, ce troisième paragraphe de l'article 106 TFUE se présente comme un simple moyen juridique pour éviter des camouflet étatique puisque la tentation est grande pour les États membres d'atteindre des objectifs de politiques socio-économiques par le biais des missions de SIEG. Pour ce faire, ils peuvent octroyer des compensations d'obligations de service public (ci-après COSP) sous la forme d'aides États. À ce moment précis, la « veille » de la Commission en vertu u paragraphe 3 de l'article 106 TFUE devient plus méticuleuse et eut représenter une castration de l'aspect discrétionnaire du pouvoir souverain d'octroyer des aides d'État. Dans ce sens, l'analyse peut conclure sur ce point : aides d'État oui si et seulement si les conditions cumulatives de l'arrêt *Almark trans*[748], le règlement de minimis du paquet Almunia sont respecté d'une part. Et d'autre part, si « **les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs**, ***n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus*** » (C'est nous qui soulignons).

237. La fin de ce premier paragraphe de l'article 106 énumère un certain nombre d'articles du traité dont les dispositions ne devraient pas être violée. Il s'agit de l'article 107 TFUE relatif aux aides d'États. En vertu du premier paragraphe de cet article, « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* »[749]. Par la suite, les rédacteurs des dispositions de cet article ont soigneusement

distingué les aides États compatibles avec le marché intérieur (paragraphe 2, article 107 TFUE) de celles incompatible (paragraphe 2, article 107 TFUE). Conformément aux habilitations conférées à la Commission européenne par le troisième paragraphe de l'article 106 TFUE, le contrôle de cette dernière s'étend logiquement à l'octroi de ces aides d'États dans le domaine de des SIEG. Dès lors, l'on pourrait considérer que ce contrôle est démesurément large car il touche à l'expression de la souveraineté des États membres qui devraient en principe, de manière discrétionnaire, octroyer les aides comme ils le veulent. Surtout si l'on conçoit le pouvoir discrétionnaire d'un État- nation membre de l'UE comme partie intégrante de sa souveraineté. Or au sens classique, la souveraineté de l'État se définit comme étant le caractère suprême du pouvoir étatique. « Le pouvoir étatique lui-même, pouvoir de droit (en raison de son institutionnalisation) originaire (c'es-à-dire ne dérivant d'aucun pouvoir) et suprême (en ce sens qu'il n'a pas d'égal dans l'ordre interne ni de supérieur dans l'ordre international, où il n'est limité que par ses propres engagements et par le droit international) »[750].

238. L'expression de ce pouvoir souverain de l'État-Nation, membre de l'UE en matière de qualification de SIEG et d'octroi des aides États s'arrête à la porte des SIEG où elle subit un contrôle voulu par ses engagements dans l'Union à laquelle il a librement adhéré. Les règles des droits primaire et dérivé de l'Union s'imposent à lui puisqu'il en est l'un des auteurs en sa qualité de Haute partie contractante des traités depuis 1957. Le paragraphe 3 de l'article 106 TFUE fait donc partie des règles qui limitent l'expression discrétionnaire unilatérale du pouvoir souverain des États membres dans le domaine des SIEG.

239. La Commission européenne, en vertu des termes de ce troisième paragraphe de l'article 106 TFUE tire un surcroît de pouvoir en contrôlant la compatibilité des aides États octroyés dans le domaine des SIEG de même qu'elle apprécie sur le fondement d'une erreur manifeste d'appréciation, la définition d'un SIEG par qualification juridique. L'analyse en déduit que lorsque le « La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres » ; elle participe à la mise en œuvre de la politique européenne de la concurrence, concurrence efficace ou potentielle au service des objectifs de l'UE. En théorie, le but de ce contrôle semble juridiquement balisé par l'arsenal juridique des SIEG (article 106 TFUE et paquet Almunia de 2012 auxquels s'ajoutent toutes les dispositions des traités se rapportant à

la concurrence). Mais dans la pratique, la Commission contrôle à minima (?), l'expression de la souveraineté des États-nations membres de l'UE selon leur volonté consigné dans le droit primaire dans le but de réaliser l'édifice UE visant le bien-être des citoyens européens et des résidents des pays membres de l'UE. Ce n'est donc pas un pouvoir usurpé, même si sa connotation idéologique est indiscutable, la régulation de la Commission en vertu de l'article 106 § 3 TFUE s'inscrit dans la droite ligne de la réalisation de l'Union et de ce fait, elle est idéologique. Cette idéologie permet d'entrevoir, dans son application, la conception européenne de la concurrence qui peut être effective ou potentielle.

240. **Article 106 § 3 TFUE, une ingérence voulu et dûment permise par l'exigence de la philosophie européenne d'une concurrence effective ou potentielle au profits des consommateurs-citoyens européens** – « La définition de la concurrence "efficace" est évolutive et s'élabore par un échange de concessions entre concurrents, sous l'arbitrage des instances de régulation. La procédure d'engagements atteste ainsi de la relativité de la notion d'ordre *public* concurrentiel, mais aussi de la fragilité de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection. Le Livre vert de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts le montre également : ces actions répondent non seulement à un objectif de protection des agents économiques, mais visent aussi à " garantir la pleine efficacité des dispositions du Traité [...] en dissuadant les comportements anticoncurrentiels"[751]. La Cour de justice des Communautés européennes avait exprimé la même idée en énonçant que « les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer, substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté [752]»[753].

241. La Commissaire européenne Nelly Kroes dont le nom est lié au paquet « *Monti-Kroes* » des SIEG de 2005, se fondant sur la décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire *Microsoft*[754] a indiqué que « les obligation imposées aux entreprises dominantes étaient de permettre la concurrence »[755].

242. Dans le cadre du volet concurrence intra l'UE, l'intervention des autorités nationales de régulation de la concurrence est importante surtout qu'elle communique avec la Commission européenne en cette matière. L'on peut retenir de la France où le Conseil français de la concurrence a considéré que le prix de l'électricité inscrit dans un contrat passé entre EDF et la société Direct Energie était une forme de castration de des capacités de la dernière à faire une véritable concurrence aux tarifs de d'EDF Pro. Cette situation pouvait tomber dans la qualification de « ciseau tarifaire », terminologie introduite dans le vocabulaire européen par la Commission européenne dans les affaires *British Sugar*[756] et *Deutsche Telecom*[757]. Ces deux affaires portaient sur la position d'un opérateur pouvant être en situation de monopole ou de position dominante sur un marché en amont (monopolistique) alors même qu'il est actif sur les marchés en aval ouvert à la concurrence. Cet opérateur, en pratiquant des prix sur les marchés amont et aval tels que l'aurait faite, une entreprise concurrente sur le marché aval se retrouve dans une situation paradoxale. Puisqu'en étant de bonne foi, sa position par rapport à ces deux types de marchés ne lui permettrait pas de pratiquer des prix réellement compétitif sans s'exposer à des pertes. L'efficacité ou la réactivité de l'entreprise sur le marché aval, ne saurait lui garantir l'évitement de pertes.

243. Tenant compte de cette situation peu commode, le Conseil français de la concurrence à fait une injonction à EDF de lui fournir « une proposition de fourniture d'électricité en gros […] permettant aux fournisseurs alternatifs de concurrencer effectivement, sans subir de ciseau tarifaire, les offres de détails faîtes par EDF aux consommateurs d'électricité sur le marché »[758].

244. Pour mieux comprendre l'idéologie de la concurrence « concurrentielle » qui a été appliqué presqu'exclusivement aux entreprises privées de 1957 à 1996 avant de s'étendre au secteur public, l'on doit se référer à certaines jurisprudences des juridictions communautaires (Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés européennes). À titre d'exemple, les affaires *Métro*[759], *Continental Can*[760], *et Manfredi*[761] de la Cour de justice des

Communautés européennes peuvent être retenues, auxquelles s'ajoute l'arrêt *Microsoft du* Tribunal de première instance des Communautés européenne.

245. La Cour de justice des communautés européennes, en jugeant à bon droit le 21 février 1973, dans l'affaire *Europemballage et Continental Can c/ Commission*, que l'intention des rédacteurs du Traité CEE était « était de conserver au marché les possibilités d'une concurrence effective ou potentielle »[762] n'exclut pas le domaine public des SIEG. Bien au contraire, une telle conception au demeurant profitable à tous les consommateurs européens y compris ceux tout particuliers des SIEG. Cependant, seule un véritable contrôle de la Commission sur le jeu de la concurrence dans les SIEG peut garantir un tel résultat louable.

246. **Article 106-3 TFUE, un véritable pouvoir de contrôle de l'entièreté des trois étapes des SIEG (création, financement et fonctionnement selon les règles de la concurrence)** – L'analyse se limite à ces quelques exemples jurisprudentiels afin de démontrer que, la considération triviale des termes du troisième paragraphe de l'article 106 TFUE serait en deçà des possibilités qu'ils offrent à la Commission européenne dans le cadre des SIEG. Les termes de ce troisième paragraphe de l'article 106 FUE ne prescrivent pas

seulement, une vigilance sur la qualification juridique de SIEG. En effet, lorsque « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[763] ; elle contrôle tous les effets juridiques des trois paragraphes de l'article 106 TFUE. À cet égard, cette « veille » de la Commission européenne devient un véritable pouvoir de régulation dont les Pays-Bas en ont fait les frais en 2005[764]. Dès lors, il devient important de mieux comprendre, la connotation idéologique différente à celle qu'implique la lettre de ce troisième paragraphe de l'article 106 TFUE.

247. De tous les développements précédents, il ressort que le concept de SIEG en tant qu'une variante de l'intérêt général et les termes des trois paragraphes de l'article 106 TFUE sont tous, porteurs d'une idéologie juridique à prendre en considération dans la formulation de la définition de la notion de SIEG. À ce titre, « comme toute idéologie, l'idéologie de l'intérêt général, [les SIEG, les règles de la concurrence et la régulation de la Commission européenne découlant toutes des termes de l'article 106 TFUE] se présente[nt] chacune pour sa part], comme un système cohérent et articulé de représentations, destiné à inculquer la croyance dans le bien-fondé de l'ordre social et politique [Union européen en élaboration] ; elle produit l'image d'une société – ou institution – une, dans laquelle les diversités et les particularismes sont dépassés, transcendés, intégrés, par un pouvoir oui est au service de la collectivité toute entière. Le concept d'intérêt général implique d'abord la possibilité de surmonter les antagonismes sociaux et de dégager un intérêt commun à l'ensemble des participants : ce qui unit les membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur-détermine leur identité singulière »[765] Il permet d'humaniser la logique de la concurrence si et seulement si, comme le droit primaire européen (ensemble de tous les traités depuis 1957) le préconise, cette concurrence est au services des objectifs de l'Union. Puisqu'aux termes de l'article 2 TUE, « **L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples** »[766]. Le déploiement des règles de la concurrence dans le domaine des SIEG en vertu du deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE donne une lisibilité à une Union européenne « fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des

droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes »[767].

248. **Idéologie de l'article 106-3 TFUE renforcée par les incidences économique des aides d'Etat** – Nous souscrivons sans aucune réserve à l'analyse très remarquée des professeurs Louis Boulouis et Claude Blumann sur l'incidence économique des aides parce qu'elles peuvent impacter négativement le jeu de la concurrence dans le marché commun intégré européen et dans le domaine des SIEG. L'analyse reprend donc à son compte, cette savante constatation des deux illustres juristes français. « En termes quantitatifs, les aides d'État représentent des volumes financiers importants, ce qui autorise en effet dans une optique de droit de la concurrence à y voir des atteintes extrêmement sérieuses au libre jeu des forces du marché. Dans un document dénommé " tableau de bord des aides d'État ", présenté en décembre 2007[768] et régulièrement mis à jour, la Commission estimait à 64,3 milliards d'euros, soit environ 0,5% du PIB de l'Union le montant total des aides d'État, hors secteur financier, accordées par les États membres en 2011 ; et à 1600 milliards d'euros pour la période 2008-2011, soit 13% du PIB les aides du secteur financier[769]. Au plan juridique, le régime général des aides d'État se trouve localisé parmi les règles de la concurrence, aux articles 107 à 109 TFUE. Il repose sur quatre éléments principaux. En premier lieu, l'article 107 donne une définition, assez approximative, au demeurant, de la notion d'aide d'État (…). Le même article proclame en second lieu, en raison de l'atteinte portée à la concurrence, le principe très fort de l'incompatibilité des aides (…). Un tel principe comporte néanmoins de nombreuses dérogations qui ressortent des paragraphes 2 et 3 de l'article 107 (…). Enfin, l'article 108 met en place une procédure de contrôle, dans laquelle la Commission, en sa qualité de gardienne des traités, joue un rôle de tout premier plan[770] »[771].

249. Se basant sur les termes de l'article 106-3 qui habilitent la Commission à réaliser toutes ces activités de protection du jeu de la concurrence, savamment décrites et analysées, dire donc que la régulation de la Commission telle que prévue par ce troisième paragraphe instaure bel et bien une idéologie, nous semble fondée. Cette idéologie prend en compte, le fait que **l'article 106-3 TFUE, qui en la porteuse, est significativement renforcée par les incidences économique des aides d'État. Veiller à ou réguler l'application compète des termes de l'article 106 TFUE c'est également effectuer une régulation du jeu de la concurrence dans laquelle, le premier paragraphe de ce même article inscrit les aides d'État pouvant le fausser si le seuil de minimis de 500.000 euros n'est pas respecté dans l'octroi des aides d'État par les pays membres de l'UE. Dès lors, l'article 106-3 TFUE, par** « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[772] ; ne fait pas une simple recommandation à la Commission. Ses rédacteurs y consacrent l'idéologie du contrôle du jeu de la concurrence dans les SIEG en régulant la dispensation des aides d'États compatibles à la philosophie européenne de la concurrence valable dans le secteur public depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997.

250. D'ailleurs, le débat sur l'applicabilité des règles de la concurrence dans le secteur public[773] a nettement évolué depuis ce traité d'Amsterdam de 1997 entré en vigueur en 1999. Ainsi est-il que certains auteurs affirment avec justesse que « le traité CECA comme le traité CE se sont efforcés de résoudre cette délicate contradiction entre les exigences du marché et celles des prérogatives étatiques à des fins d'intérêt général. Nombre de leurs dispositions sont donc consacrées à l'État et par, extension à l'ensemble des collectivités territoriales[774]

qui en sont des démembrements et, surtout à leurs interventions en matière économique. L'analyse pense que l'édifice de l'Union doit élaborer son véritable droit des collectivités territoriales eu égard aux efforts de certains États membres qui s'efforcent à régenter ces entités de manière particulière voire singulières. L'analyse considère de telles attitudes étatiques comme représentant une tendance de repli sur soi-même alors même que le Président de la Commission européenne, le Luxembourgeois Claude Junker dénonce le peu d'union dans l'Union.

251. L'exemple frappant est celui de la France où le Comité pour la réforme des collectivités locales présidé par Monsieur Édouard Balladur a suggéré, dans son rapport, nombre de restructurations fort intéressantes, dont malheureusement certaines ont été battues en brèche par le gouvernement. M. Patrick Mozol résume parfaitement cette situation en soulignant que : « contrairement à ce qu'avait préconisé dans son rapport le comité de réforme des collectivités locales[775] en faveur de la création d'une nouvelle catégorie de collectivité territoriale à statut particulier[776], le Gouvernement a opté pour un statut des métropoles à l'ambition plus modeste[777].Ces dernières constituent juridiquement parlant ni plus ni moins qu'une nouvelle catégorie d'EPCI à fiscalité propre[778] dont l'essentiel des modalités d'organisation et de fonctionnement emprunte largement au droit commun de la coopération intercommunale[779] et notamment aux règles applicables aux communautés urbaines »[780].

252. autonome En dehors des aides d'État et des monopoles nationaux de caractère commercial, les articles 106 et 345 TFUE se détachent comme base du statut économique de la puissance publique eu égard aux règles de la concurrence. Or, ces deux dispositions peuvent sembler contradictoires : alors que la première entend assujettir la puissance publique à la concurrence sous réserve de quelques ajustement, la seconde, qui réserve aux États membres la détermination du régime de la propriété, donne l'impression de leur laisser les coudées beaucoup plus franche »[781].

253. C'est au service de la construction de cette société décrite, par les dispositions des articles 2 et 3 TUE que les règles européennes de la concurrence, également moyens de cette édification, sont applicables dans les SIEG. Surtout en tenant contre de l'apparente difficile conciliation entre l'intérêt général même économique et les règles de la concurrence, d'une part. Et d'autre part, en regardant de plus près à l'impression d'une[782] contradiction instaurée par la lecture conjuguée des dispositions des articles 106 et 345 TFUE précédemment démontrée par les professeurs Louis Boulouis et Claude Blumann, et se fondant sur l'ensemble des considérations précédentes, l'analyse construira sa proposition d'une définition de la notion de SIEG.

Chapitre 2 : Notre définition de la notion de SIEG

1. Dans son sens étymologique, le mot définition renvoie depuis le XIIe siècle à trois approches principales[783].

2. La première, philosophique, se rapproche de l'analyse de la notion de SIEG. La deuxième approche du mot définition le considère comme étant une « formule qui donne le

sens d'une unité du lexicale (mot, expression) et lui est à peu près synonyme »[□□□]. Cette assertion de la terminologie n'est d'aucune utilité à la l'analyse qui ne cherche pas à trouver au concept de SIEG un synonyme mais vise plutôt à définir le concept SIEG du droit européen. Enfin, il existe une dernière approche toute aussi éloignée de la quête de l'analyse. Cette dernière acception du mot définition est applicable au domaine de l'audiovisuel où il désigne le « nombre de lignes, formés de pixels, qui constitue l'image reproduite par un écran »[785].

3.□Au plan philosophique donc, la définition est selon le dictionnaire Le Petit Robert, une « opération mentale qui consiste à déterminer le contenu d'un concept en énumérant ses caractères ; **résultat de cette opération sous la forme d'une proposition énonçant une équivalence entre un terme (définit) et l'ensemble des termes connus qui l'explicitent** »[□□□]. (C'est nous qui le soulignons). Même si l'affirmation du Doyen Georges Vedel selon « laquelle toute définition est libre » en ce sens qu'elle est le résultat d'une activité mentale personnelle et/ou collective, la scientificité du doit exige que très vite soit nuancée cette estimation. Car pour être reçu, appliquée et résister à l'épreuve du temps et des faits qui seule, en révèle la solidité comme le souligne le Doyen Léon Duguit[□□□], la formulation d'une proposition de définition de la notion juridique dont celle des SIEG devrait prendre en considération cette sagesse doublée d'exigence non négociables. Ainsi est-il qu'en étant conscient, l'analyse recherchera premièrement dans les interventions de la Commission européennes et de la Cour de justice de l'Union européenne, les apports à son élaboration d'une définition des SIEG (**section 1**). Puis et enfin, elle proposera sa définition (**Section 2**).

[□□□

Deux acteurs du droit des SIEG de nature différente participent significativement à la mise en place des éléments juridiques pouvant servir à définir la notion de SIEG. D'une part, la Cour de justice de l'Union européenne (acteur juridictionnel) à travers quelques jurisprudences très remarquées (**paragraphe 1**). Et d'autre part, l'acteur non juridictionnel du droit des SIEG, la Commission européenne dont les paquets (*Monti-Kroes* 2005 et *Almunia* 2012) sont de véritables boîtes à outils juridiques du droit des SIEG. L'analyse insistera tout particulièrement sur l'apport à la définition des SIEG du nouveau paquet *Almunia* adopté en fin 2011 et entré en vigueur en janvier 2012 (**paragraphe 2**). À ces deux acteurs, il conviendrait d'ajouter un troisième apport définitionnel, celui de la prise en compte d'un faisceau d'indice dans la construction de cette définition (**§3**).

§1 : Apports de la CJUE à la définition des SIEG

4. **Capacité conceptuelle ou doctrine jurisprudentielle de La CJUE, une utilité à la définition de la notion de SIEG** – L'analyse retient qu'à l'instar du juge constitutionnel français, la CJUE opère une interprétation du droit européen que l'on peut considérer comme découlant du réalisme juridique. Or on le sait, « si on lui accole l'adjectif " juridique ", le réalisme est un courant de la théorie générale du droit, qui se définit comme une attitude ou, comme aurait dit Bobbio, une approche, consistant à vouloir décrire le droit tel qu'il est « réellement »[788].

5. Sur la question de l' « interprétation-connaissance », précision que nous adhérons à sa définition par le professeur Michel Troper que nous ne pouvons que reprendre à notre compte. En effet, le professeur Michel Troper distingue dans le réalisme juridique, deux courants (américain et scandinave) qui s'accordent, au moins sur un point, la théorie de l'interprétation juridique. Il poursuit son raisonnement en soulignant que « Selon cette théorie, grossièrement résumée, lorsque l'interprétation émane d'une autorité compétente, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement un juge, et que les décisions de cette autorité sont insusceptibles de recours, elle s'impose et produit des effets dans l'ordre juridique quel que soit son contenu, même si elle va à l'encontre du sens commun, de l'intention de l'auteur du texte interprété ou des règles du langage ordinaire. Il s'ensuit quelques conséquences importantes. Tout d'abord,

[illegible]

[illegible]

l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance, parce que le sens d'un texte est le produit d'une prescription. D'autre part, le texte n'a, préalablement à l'interprétation, aucune signification susceptible d'être découverte. Ensuite, si la norme se définit comme la signification prescriptive d'un texte, le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète ». Il ajoute cette fois en citant le Doyen Georges Vedel, « comme Georges Vedel l'avait parfaitement perçu, c'est au contraire la théorie de l'"interprétation – connaissance " qui fonde la pratique des juges, car celle-ci repose nécessairement sur le mythe du syllogisme: " La fonction sociale du droit et la crédibilité de l'ordre juridique sont beaucoup mieux assurées... par un juge qui croit au maximum de contrainte dans l'accomplissement de sa mission que par celui qui croirait à un maximum de liberté"[789] »[790]

6. À travers son « interprétation-connaissance »[791] du droit primaire UE, la CJCE ou CJUE depuis l'entré en vigueur du traité de Lisbonne de 2009 influence, significativement les conceptions européennes du marché et de la concurrence et la construction du droit des SIEG.

7. Deux arrêts rendus par la Cour de justice peuvent servir d'illustration. En matière de marché, « la première affaire soumise à la Cour l'oblige à créer une définition et à étudier la nature de la régulation marchande[792]. Le gouvernement français attaque notamment la décision n°1/54, pour violation du traité et de détournement de pouvoir. L'ouverture du marché commun de charbon et de l'acier comportait en effet la nécessité pour la Haute Autorité d'assurer l'application de l'article 60 du traité qui prévoit, les prix[793]. Or, la décision n°1/54 porte application de l'article 60 du traité qui prévoit, dans son paragraphe 1, dernier alinéa, que « la Haute Autorité pourra définir (…) les pratiques visées par cette interdiction », c'est-à-dire en particulier par l'interdiction des pratiques discriminatoires[794]. « Elles a pour objet essentiel de [ne plus considérer] comme pratique interdite l'application de prix et

conditions qui s'écarte du barème[795], dès lors que le vendeur est en état de justifier « ou bien que la transaction en cause n'entre pas dans les catégories de transactions prévues par son barème » – on parle alors de transactions singulières – « ou bien que ces écarts sont appliqués dans une mesure égale à toutes les transactions comparables entre elles » – on parle dans ce cas de transactions comparables – ». Le gouvernement français reproche à la Haute Autorité « l'absence de toute définition précise des transactions singulières et des transactions comparables, [ce qui] ouvre la voie à des discriminations (…) ».

8. La CJCE reconnaît que la « notion de transactions singulières ou non comparables se prête mal à une définition abstraite. Il se peut, en effet, que des transactions conclues à une journée seulement d'intervalle constituent des transactions non comparables si, entre temps, le marché a complètement changé ; d'autre part, il se peut que deux transactions soient comparables quoiqu'éloignées de plusieurs semaines, si le marché dans cet intervalle est resté stable. La comparabilité ne peut donc être appréciée qu'en fonction de la situation du marché ; de même, la singularité d'une transaction ne peut être admise qu'en fonction des circonstances qui la distinguent »[796]. Puis, « ce refus d'une définition générale et abstraite n'empêche pas la Cour de considérer que " [les] deux caractères – comparabilité et singularité – peuvent être constatés objectivement par les entreprises et la Haute Autorité (…)"[797] . Mais elle montre surtout comment le juge communautaire, par l'exercice de son contrôle, s'approprie le pouvoir prévu par le traité en faveur de la Haute Autorité dans le marché commun du charbon et de l'acier. La nature de cette intervention dicte d'ailleurs la définition du « barème », opérée par la Cour dans ce même arrêt. Il ne suffit pas que les barèmes soient transmis à la Haute Autorité CECA. Il faut encore que les barèmes, par leur indications et par leurs modalités de publication, remplissent les fonctions d'intérêt public que leur assigne le traité : "empêcher autant que possible les pratiques interdites " ; " permettre aux acheteurs de se renseigner exactement sur les prix, et de participer également au contrôle des discriminations " ; permettre aux entreprises de connaître exactement les prix de leur concurrents, pour leur ouvrir la possibilité de s'aligner "[798]. Pour ces motifs, " la publication doit nécessairement être préalable et porter non pas sur des prix indicatifs mais sur des prix

appliqués. En d'autres termes, elle n'a pas pour objet de rendre compte de l'état du marché mais de rendre publiques les conditions réelles des transactions de sorte que les barèmes aient "le caractère d'une offre de contracter sur le prix qu'ils énoncent"[799] . La CJCE se prononce, suivant en cela les termes du traité, pour une publication obligatoire des barèmes, préalable à la réalisation des échanges.

(…) Sur le fond, la Cour abandonne l'idéal de libre formation des prix. Sur la forme, elle semble pourtant beaucoup plus réticente non seulement que les auteurs du traité, mais aussi que l'avocat général. Monsieur Lagrange, devant la contradiction également relevée par la Cour, juge nécessaire de replacer l'interprétation de l'article 60 par rapport à l'ensemble du traité. Cette mise en perspective l'amène à identifier l'objet du traité : " créer un marché commun du charbon et de l'acier, définir les règles de fonctionnement de ce marché et, enfin, organiser un système institutionnel propre à assurer ce fonctionnement"[800] . Dans la réalité, ce marché correspond à une construction institutionnelle ; il ne vérifie donc pas l'idéal d'un marché autorégulé. La suite des conclusion en témoigne : "[messieurs], on ne peut discuter à loisir sur ce qu'il faut entendre par "marché commun" ou par "marché" tout court ou par "économie de marché". Nous n'avons pas (…) l'intention (…) de nous aventurer dans des discussions doctrinales sur ce sujet (…). En revanche, appelés à appliquer ce traité, nous estimons devoir tout simplement regarder ce qu'il contient. [L'idée] la plus intéressante est exprimée à l'article 5, lorsqu'il est dit que la Communauté "assure l'établissement, le maintien et le respect de conditions normales de concurrence, et n'exerce une action directe sur la production et le marché que lorsque les circonstances l'exigent". **Il s'agit donc bien d'un marché fondé sur la concurrence, celle-ci s'entendant d'un régime de liberté, régime assorti cependant de règles considérées comme nécessaires pour assurer cette liberté même et qu'il appartient à l'autorité publique de faire respecter. La concurrence est un jeu, mais c'est un jeu qui a ses règles**[801] »[802].

9. Nous reprenons cette large portion du commentaire de M. P. Maddalon car elle nous permet de soutenir que la Cour de justice a toute l'expertise requise pour contribuer à l'élaboration d'une définition des SIEG. En effet le raisonnement tenu par la Cour de justice amplement et largement, surtout excellemment analysé par l'auteur nous convainc et nous sert

d'argument solide pour étayer notre affirmation. En effet, c'est arrêt a été l'occasion pour la Cour de justice de définir la régulation marchande en tenant compte de la concurrence. Selon la Cour donc, « (…) attendu que, dans pareil marché, les producteurs ne sont pas soustraits à la concurrence de leurs rivaux, mais qu'ils exercent, en raison de leurs dimensions, une influence non négligeable sur les prix du marché et sont, de ce fait, conduits à une véritable politique de vente ; [Cette position est si importante que ces entreprises en tirent véritablement, un pouvoir de fixation des prix qui représente aux yeux de] celui qui en bénéficie, une situation objective, résultant d'une structure institutionnelle aisée à constater ; [également elles possèdent] le pouvoir de déterminer les prix résid[ant], au contraire, dans la faculté donnée à celui qui en bénéficie d'établir les prix à un niveau sensiblement différent de celui auquel ils seraient établis sous le seul effet de la concurrence »[803].

10. Ce raisonnement de la Cour de justice est favorable à l'idée que dans l'Union européenne, la concurrence revêt une fonction régulatrice de l'économique et n'est donc pas une concurrence pure et parfaite où tout simplement concurrentielle imprudente et mercantilo-centrée sur le gains et le profits des seuls opérateurs économique. Ainsi est-il que dans cette veine, concernant le droit européen de la concurrence, seule la précision de la distinction entre la concurrence efficace et la concurrence effective permet de saisir le sens particulier qu'il revêt dans le cadre européen. En effet, selon une remarquable étude de M. Fabrice Riem, « la concurrence efficace peut ainsi très bien s'accommoder d'une compétition inexistante. Elle semble pouvoir être définie comme la "possibilité d'une concurrence effective ou potentielle" »[804].

11. L'affaire du 21 décembre 1954, « *France contre Haute Autorité CECA de 1954* » précité, semble avoir réellement influencé les rédacteurs de l'article 85 du le traité CEE de 1957. En effet, l'article 85 du traité CEE sonne comme un écho de la conception jurisprudentielle de la concurrence dans l'UE qui découle des attendus rapportés précédemment de cet arrêt de la CJCE. Les termes de l'article 85 du traité de CEE vont dans le sens de l'idée de l'avocat général Maurice Lagrange qui affirme dans ses conclusions dans cette affaire « *France contre Haute Autorité CECA de 1954* » que « la concurrence est un jeu,

mais c'est un jeu qui a ses règles »[805]. L'article 85 du traité CEE pose des règles de la concurrence tout comme les dispositions des articles 81 et 82 et 101 du même traité en contiennent.

12. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre la précision de l'applicabilité par principe des règles de la concurrence dans les SIEG. Aux termes de l'article 106 § 2 TFUE, « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises (…) aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »[806].

13. **Quelques arrêts importants de la définition des SIEG de la décennie 1990** – Ainsi en dans la décennies 1990, au moins trois arrêts majeurs du droit des SIEG. La première affaire du 19 mai 1993, « *Paul Corbeau »*[807] permit à la CJCE de clarification de la notion de monopole postal. Le deuxième arrêt « *Commune d'Almelo »*[808] rendu le 27 avril 1994, a été l'occasion pour la Cour d'insister que le caractère particulier d'intérêt général de l'activité de SIEG faisant l'objet d'une concession accordée à une entreprise de distribution d'électricité. Ces deux arrêts insistent sur le critère d'intérêt général de l'activité économique à qualifier de SIEG, un critère fondamental pour la définition de la notion de SIEG.

14. Enfin le dernier arrêt important que nous retenons dans cette décennie 1990 est celui du 18 mars 1997, *Diego Carli & Figli*[809], où la Cour de justice a dit pour droit qu' ***« l'article 86 du traité CE doit être interprété en ce sens qu'une activité de surveillance antipollution qu'une entité de droit privé a été chargée par les pouvoirs publics d'exercer dans un port pétrolier d'un État membre ne relève pas du champ d'application de cet article, même dans l'hypothèse où les usagers du port doivent acquitter une redevance destinée à financer cette activité ».*** Autrement dit, une telle activité n'est pas un SIEG même si par interprétation lato sensu de la notion de puissance publique, la Cour a pu reconnaître à la surveillance antipollution affectée par une puissance publique à une entité privé est bel et bien un service d'intérêt général du fait du mandat donné par cette puissance publique. Cette interprétation n'est pas sans poser de problème car le caractère d'intérêt général est présent dans cette

transaction entre la puissance publique étatique et l'entreprise privée, puis il y a acquittement de redevance par les usagers. Dès lors, cette activité n'est-elle pas économique au sens de l'article 86-2 CE (article 106-2 TFUE si la prestation est fournie à moindre coût ? Le raisonnement de la cour est très peu convaincant au regard de l'interprétation de l'article 106-2 TFUE. La non économicité de l'activité de surveillance anti-pollution décidée par la Cour est tirée des cheveux.

§ 2 : Le paquet Almunia dans la définition des SIEG

15. **Le paquet Almunia de la Commission européenne de 2012, bien compris, fait avancer dans le non sens, le droit des SIEG et éclaire la compréhension des critères d'identification des SIEG ainsi que la manipulation du concept de compensation d'obligation de services publics (COSP)** – Une fois n'est pas coutume – adage très connu –, l'analyse ne trouvant rien à reprocher à l'analyse des COSP dans les Services d'intérêt économique général (SIEG), se l'approprie intégralement sans rien y ajouter. Ainsi est-il que nous concevons que c'est avec justesse que ce portail du gouvernement français affirme « Le traité de Lisbonne a souligné l'importance des SIEG en son article 14 et dans le cadre du nouveau protocole n°26 annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). En vertu du principe de subsidiarité, les Etats membres sont libres de créer et d'organiser leurs SIEG. L'article 106 § 2 du TFUE portant sur « les règles applicables aux entreprises » prévoit que les règles de concurrence et du marché intérieur s'appliquent aux entreprises chargées de la gestion de SIEG dès lors que ces règles ne font pas obstacle à l'accomplissement de la mission d'intérêt général qui leur est impartie.

16. Une compensation financière peut être octroyée aux entreprises chargées de la gestion d'un SIEG, en contrepartie des obligations de service public mises à leur charge, dès lors que cette compensation est nécessaire et proportionnée à la réalisation de la mission particulière d'intérêt général et à la viabilité économique du SIEG. Ces principes fondamentaux du Traité rejoignent la jurisprudence du *Conseil d'Etat du 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers,* précitée.

Dans deux cas, les compensations financières ne constituent pas des aides d'Etat :

- **soit parce qu'elles entrent dans le champ d'application d'un règlement *de minimis* (général ou SIEG) :** compensation inférieure à 200.000 sur trois exercices fiscaux

dans le cas du *de minimis* de droit commun, et inférieure à 500.000 □ sur la même période pour les SIEG ;

- soit parce qu'elles remplissent les quatre critères posés par la jurisprudence *Altmark* : existence d'obligations de service public clairement définies et confiées à l'entreprise par un acte exprès de la puissance publique ; établissement préalable, objectif et transparent des paramètres de calcul de la compensation ; absence de surcompensation (celle-ci ne devant couvrir que ce qui est nécessaire à l'exécution du service public) ; sélection par un marché public ou, à défaut, le niveau de la compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne et bien gérée aurait encourus.

Dans ces deux cas, les compensations ne constituent pas des aides d'Etat dans la mesure où les critères de l'article 107§1 TFUE ne sont pas réunis, celui-ci disposant qu'une aide sera qualifiable d'aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur si les quatre critères suivants sont réunis : l'aide est accordée au moyen de ressources publiques, elle procure un avantage sélectif, elle affecte la concurrence et elle affecte les échanges entre États membres.
Si la compensation n'entre pas dans les deux cadres précités, elle est alors susceptible de constituer une aide d'Etat. En vertu de l'article 106§2 TFUE, qui prévoit que les règles de concurrence doivent s'appliquer sans pour autant faire obstacle à l'accomplissement du SIEG, la Commission a édicté une règlementation spécifique pour les *« aides d'Etat sous forme de compensation de service public »* qui remplissent les trois premiers critères de la jurisprudence Altmark : le paquet Almunia qui a succédé au paquet Monti-Kroes fin 2011.

Pour ces aides d'Etat sous forme de compensation de service public, le paquet Almunia prévoit deux cas de figure :

une exemption de notification de la compensation à la Commission (décision de la Commission du 20 décembre 2011) relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, n°2012/21/UE) pour les compensations annuelles n'excédant pas 15 millions d'euros ou finançant des services répondant à certains besoins sociaux (hôpitaux, logement social…), et dont la durée du mandat n'excède pas dix ans. Une exception est cependant admise pour les cas où le prestataire du service doit consentir un investissement important quoi doit être amorti sur une plus longue période, conformément aux principes comptables généralement admis.

les compensations n'entrant pas dans le champ d'application de la décision du 20 décembre 2011 doivent être notifiées à la Commission conformément à la procédure prévue à l'article 108 TFUE et dans le respect des conditions fixées par l'encadrement du 20 décembre 2011 (encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public , 2012/C8/03) »[810].

17. **Enfin, l'analyse retient que le paquet Almunia en étant la base de la décision de la CJUE du 27 juin 2017, *Congregació de Escuelas Pìas Provincia Betania*[811] *constitue une nette avancée dans la clarification notionnelle du secteur des SIEG*** –*Cette espèce a permis à la CJUE de préciser les conditions qui permettent de considérer qu'une exonération fiscale dont pourrait bénéficier une congrégation appartenant à une église pour réaliser des ouvrages dans un immeuble puisse être susceptible de relever de l'article 107-1 du TFUE en se basant sur le fait que les activités soient économiques ou non, augmente la luminosité du claire obscure du paquet Almunia estimé en 2012 par le Professeur Gregory Kalflèche et M. Gabriel Sorbara.*

18. **Paquet Almunia utile à la définition des SIEG** – Enfin, les importants modifications du règlement de minimis intervenues depuis 2012 ont également fait progresser la clarification et la simplification de l'arsenal juridique du SIEG complété par le nouveau paquet Almunia de 2012. Ainsi, tenant compte des avancées notables qu'apporte le paquet Almunia au droit des SIEG, paquet dénommé paquet *Almark*[812] par certains à cause de la

prégnance des quatre critères dégagés par la jurisprudence *Almark* précité en matière de COSP, l'analyse estime que ce paquet offre diverses clarifications notionnelles (aides d'Etat, notion de *minimis* …) et des simplifications pouvant être utiles à la construction d'une définition de la notion de SIEG.

§3 : Le faisceau d'indices de la définition la des SIEG

19. **Un faisceau d'indices stimulation de la construction de la définition des SIEG** – Un ensemble de quatre indice contribue à la définition de la notion de SIEG Il s'agit premièrement de l'ensemble des conceptions de l'intérêt général applicables aux SIEG qui permettent de dégager clairement la notion d'intérêt général économique du droit de l'UE dont les SIEG sont une expression. Cet ensemble découle de l'article 106-2 TFUE. Le deuxième indice est la conception de la concurrence efficace potentielle ou réelle au service des consommateurs de SIEG également tiré de l'article 106-2 TFUE. Le troisième indice est constitué par le paquet Almunia qui reprend et complètes les critères Almark pour qu'une COSP ne soit pas considérée comme une aide d'État. Enfin, le quatrième, indice procède de la lecture conjuguée des article 124, 106 TFUE et du Protocole 26 sur les SIG adossé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009. Si un seul de ces quatre indices fait défaut, la définition de la notion de SIEG en deviendra boiteuse et incomplète.

Section 2 : Notre définition de la notion de SIEG

20. Dans le but d'éviter une confusion entre l'identification dont les éléments et caractéristiques sont fournis par les paragraphes 1er et 2e de l'article 106 TFUE et la majorités des approches doctrinales et jurisprudentielles de la notion, il semblerait important de relever

dans premier temps la confusion entre celle-ci et une définition proprement dite de la notion. Ainsi, il sera souligné que caractériser les SIEG, c'est les identifier et non pas les définir[813] (**§1**). Puis, nous préciserons la nature sémantique de la notion de SIEG qui n'est ni une notion-cadre, ni une notion fonctionnelle mais une notion conceptuelle (**§2**). Enfin, nous proposons une formulation de définition de la notion de SIEG après en avoir indiqué la définissabilité (**§3**).

§1 : Identification et non définition des SIEG

21. La formulation des critères d'identification des SIEG ne pourrait pas s'imposer comme une définition de la notion de SIEG. Or, l'analyse de la notion de SIEG révèle du vocable « définition » dans la littérature concernant SIEG alors même qu'il ne s'agit en réalité de l'énonciation d'un ensemble de critères pouvant faciliter l'identification de ces missions (A). Une définition de la notion de SIEG constituerait une création intellectuelle ou une ascèse abstraite de cette notion (B).

A- Confusion entre l'identification et la définition des SIEG

22. Il ressort de la doctrine et de plusieurs arrêts portant sur les SIEG que les auteurs et les juges se bornent à rappeler tout simplement les éléments caractéristiques des SIEG et ne fournissent aucune définition réelle de la notion elle-même. Sauf erreur de notre part, caractériser une chose ou décrire une réalité, ce n'est pas la définir c'est tout au plus l'identifier en ce sens que l'identification selon le dictionnaire Le Petit Robert, c'est depuis 1610, l'« action d'identifier »[] qui renvoie dans le latin scolastique *identificare* qui dans sa seconde acception veut dire « reconnaître »[].

23. Concernant la jurisprudentielle, l'absence de la formulation d'un définition des SIEG pourrait être justifiée par deux phénomènes à savoir d'une part que la Cour de justice de l'Union européenne ne s'autosaisie pas. Par conséquent, aussi longtemps qu'elle ne sera pas saisit d'une affaire dans laquelle se pose clairement la question de la mise à la disposition du droit européen d'une définition des saisine ou tant que par l'entremise d'une question préjudicielle cette nécessité ne lui demandée, elle peut valablement s'abstenir d'en donner une à propre guise. À supposer que le silence jurisprudentiel sur la formulation d'une définition de la notion de SIEG ne tienne qu'à ce seul facteur de l'absence d'une saisine effective à cet effet, alors il semble tout à fait logique que le sage juge du plateau de Kirchberg Luxembourgeois se garde de mettre la charrue avant les bœufs. Le spectre redouté d'un gouvernement du droit des SIEG par les juges de la CJUE en sera ainsi tenu ainsi aussi loin que possible. Au niveau jurisprudentiel toujours, le constat aisé à la lecture de tous les arrêts allant de l'arrêt Constat c/Enel[illegible] de 1964 où sauf erreur, la question des SIEG fût pour la première fois posée devant la Cour de justice de la Communauté jusqu'aux récent arrêt de 2012 sur les SIEG, aucune affaire n'a clairement requis la formulation d'une définition des SIEG. Le deuxième élément vient cette fois des traités. En effet, du traité fondateur de la CEE de 1957 qui en son article 90 CEE lança pour la première fois sans le définir, le concept de SIEG à celui de Lisbonne de 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne en passant celui d'Amsterdam qui a manqué de peut d'être consacré exclusivement aux SIEG tant il en donne le coup d'envoie véritable de leur usage en privilégiant l'intervention locale donc des collectivité territoriales des Etats membres, aucun de ces textes juridiques majeurs ne demandent ou ne donne clairement au juge de la Cour de justice de l'Union de formuler une définition des SIEG.

24. Ce constat fait, une question principale peut toutefois être formulée à sa suite, à savoir à quoi tient un tel mutisme quelque peu voulu par le législateur européen au point que l'administrateur de l'UE qui est la Commission européenne non plus ne s'hasarde à en fournir ? La réponse à cette question est malaisée car aucun indice n'est fournit par le législateur. Un raisonnement par hypothèse peut donc être adopté.

25. **Un raisonnement par hypothèse pour comprendre l'absence d'une définition des SIEG** – À supposer tout simplement que cette absence soit voulu par les pères fondateurs

[illegible]

dans le traité CEE de Rome de 1957, rien ne permet de le soutenir solidement, cela ne fait pas l'économie des deux hypothèses suivantes.

26. La première étant une supposition. C'est le cas où le législateur européen supposerait que les SIEG font partie des concepts juridiques indéfinissables[817] car ils se constatent[818] et doivent être pris comme tel surtout que depuis des le début des années 1900, les abondants et splendides théories du droit des services publics français par exemple n'ont pas encore réussit à formuler et s'unir autour d'une seule définition de la notion de l'intérêt général dont dériverait celle des SIEG car étant le pan des services d'intérêt général spécifiquement économiques. Si telle devrait être prise et comprise l'absence de la définition du concept des SIEG entretenue par le législateur de la Communauté puis de l'Union européenne depuis 1957, il apparaîtrait indiqué de l'affirmer très clairement dans un traité que la notion de SIEG est en droit européen, un concept indéfinissable qui se constate et s'utilise comme tel. Encore faut-il que cette idée d'entretenir des positions péremptoires sur une notion clé de la cohésion sociale et territoriale de l'UE puisse convaincre, profane et expert du domaine des SIEG ainsi que la doctrine académique juridique. Cette attitude si elle advenait, pourrait apparaître lapidaire ou simplificatrice à l'excès de l'appréhension de la notion de SIEG. D'ailleurs, cette démarche simpliste répondrait peut-être au soucis de vider un débat doctrinal sur la définition de la notion de SIEG de son contenu, mais elle n'aura pas le mérite d'apporter un quelconque éclairage à l'appréhension d'une notion que l'article 14 TFUE et le Protocole 26 sur les SIG adossé au traité de Lisbonne de 2009 charge de construire le modèle social européen.

27. Il faudrait ici souligner, qu'aux termes de ce protocole, ce modèle social devrait être axé sur l'idéologie de la fourniture aux citoyens européens, de services publics de haute qualité à des prix compétitifs. Dire donc que c'est ainsi que la notion de SIEG doit être perçue, ne semble pas non plus faire, avancer la compréhension de cette idéologie que l'on pourrait qualifier d'innovante car jamais pareil service public n'a été créé sur la planète terre. Il est vrai ce procédé aurait le mérite (?) d'être plus simple surtout, si par une telle

affirmation du droit primaire européen, l'on se retrouve face à un axiome du droit des SIEG qui comme dans les sciences mathématiques ne se démontrent pas parce que qu'il doit s'utiliser tel qu'il est donné. Mais sauf à vouloir se contenter de faire plus compliqué lorsque l'on peut faire plus simple et c'est en cela que réside la deuxième hypothèse, la charge ou la faculté de formuler une définition de la notion de SIEG serait volontairement laissé par le législateur de l'UE à la Cour de justice pour des raisons de technicité et de complexité du domaine des SIEG. L'on pourrait considérer cette option est plausible en se fondant premièrement sur la capacité qu'a la Cour de justice eu égards à son expertise avérée et indiscutable qui ressort des nombreux arrêts[819] qu'elle a rendu dans le domaine des SIEG depuis 1970.

28. Dans la décennie 1970, la première affaire est : CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*[820], Aff. 155-73, *Rec. :* 1974-00409 : La Cour de justice procède à une délimitation de la notion de services et de marchandise dans la cadre de la diffusion de message télévisés en considérant que les supports matériels des messages pouvaient être des marchandise. Cette décision signe la qualification de SIEG de certaines activités de l'audiovisuelle.

29. La seconde affaire que l'analyse souligne est l'arrêt CJCE *Cassis de Dijon*[821] de 1979. Cette affaire relative aux « Mesures d'effet équivalent aux restriction quantitative » (ci-après MERQ) à été l'occasion offerte à la Cour de dire pour droit que « La notion de "mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation" , figurant à l'article 30 du traité CEE, est à comprendre en ce sens que relève également de l'interdiction prévue par cette disposition la fixation d'une teneur minimale en alcool pour les boissons spiritueuses destinés à la consommation humaine, fixée par la législation d'un État membre, lorsqu'il s'agit de l'importation de boissons alcoolisées légale ment produites et commercialisées dans un autres État membre »[822].

30. Et d'autre part en tenant compte des autres termes juridiques dont la compensation et la surcompensation et autres aides d'Etat mobilisés par le droit des SIEG d'élaborer une définition de la notion des SIEG qu'il se l'appropriera par la suite. La capacité jurisprudentielle à élaborer des définitions de terminologies juridiques n'est plus à prouver et pour s'en convaincre, il suffit simplement de se référer trois cent définitions[823] fournies par la CJUE au seul domaine des marchés européens jusqu'en 1997. Cette importante œuvre jurisprudentielle est appréciée par certains auteurs comme attestant de que le « marché est un construit, (…) essentiellement de la CJCE » [824].

31. **Le domaine des SIEG, champ de manifestation de l'apport prétorien à la construction de l'UE et de son droit** – Partant de l'analyse de l'importance de cette activité définitionnelle de 300 définitions pour le seul domaine des marchés publics, il est possible

[820] CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, Aff. 155-73, *Rec. :* 1974-00409.
[821] CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, Aff ; 120/78, Rec. : 1979-00649 :
[822] *Ibid.*
[823]
[824]

d'appréhender la contribution jurisprudentielle au processus de construction de l'UE et de l'ensemble de son droit dont qui celui des SIEG est une composante. En effet, cette activité définitionnelle ne peut guère être qualifiée de trivial. Elle plutôt importante lorsque l'on prend en considération, le « statut complexe, irréductible à toute transposition analogique des définitions classiques »[illegible] conféré aux décisions de Cour de Justice de l'Union européenne, par les traités et la pratique jurisprudentiel. Le juge européen tire de l'acception de cette constatation, une force conceptuelle non des moindre. Il de ce fait, à mesure de jouer un rôle majeur dans la construction du droit des SIEG tout comme cela a été le cas en matière de marché. Les SIEG sont aussi des marchés publics certes spéciaux car d'intérêt général mais des marchés publics tout de même.

32. Ce n'est donc pas la réticence de la Commission européenne[illegible] qui s'est réservée comme cela fut le cas dans l'attente de la jurisprudence *Altmark* qui devait trancher la question de la distinction entre compensations de et surcompensations dans les aides d'États dans les SIEG qui empêcherait valablement et durablement la Cour de justice de construire une définition de la notion de SIEG. C'est le genre de pratiques qui ne saurait surprendre puisque la juridicité[illegible] d'une situation ou d'un concept peut suivre divers processus. Aucune définitive n'est prescrite en la matière surtout qu'en droit européen des marchés et des SIEG c'est à un véritable processus de coconstruction que l'on assiste depuis les deux arrêts fondateurs « *Van Gend en Loos* »[illegible] de 1963 et « *Costa c/Enel* »[illegible] de 1964. Cette coconstruction fait intervenir alternativement et non pas concurremment à la fois le législateur

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

européen (traité) et la Commission européenne (directive, décision (paquet) livre, blanc vert) acteurs non-juridictionnels du droit européen et l'acteur juridictionnel qu'est la Cour

de justice de l'Union. Il semblerait à l'analyse de ses interventions susvisées dans la construction du droit des marchés que la CJUE n'hésiterait pas à élaborer une définition de la notion des SIEG si elle était saisit d'une telle demande. Son attente d'une telle opportunité est donc compréhensible. En revanche, l'on pourrait s'étonner de ce que la doctrine se taise depuis 1957 sur la formulation d'une définition des SIEG. L'on sait le rôle très important joué par les théories des protagonistes des écoles du service public de Toulouse (avec le Doyen Léon Duguit) et de Bordeaux (fondée par le Doyen Maurice Hauriou) dans la construction des droits administratif et du service public français. Comment comprendre qu'à ce jour, la doctrine ne s'attèle pas à élaborer une définition des SIEG surtout qu'elle est souvent méfiante face aux constructions jurisprudentielle qu'elle qualifie souvent d'« artificielles »[illegible]. Rien semble-t-il n'empêchait valablement la doctrine de faire une contribution dans la formulation d'une définition des SIEG dont pourraient même s'inspirer la Cour de justice et/ou le législateur de l'UE. Il est peut être venu le temps de la création d'une école européenne[illegible] du service publics qui donnera entre autres formulations théoriques, la

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

définition de la notion de SIEG. Il reste entendu que la méfiance pourrait alors changer de camp si la CJUE recevait cette définition doctrinale comme dans l'attitude habituelle de la Cour de cassation française qui consister à ne pas « aimer lorsqu'elle peut s'en dispenser, s'enfermer dans des constructions théoriques qui risqueraient de la brider le jour où une affaire un peu particulière commanderait un e solution sur mesure »[illegible]. Dans l'espoir qu'un apport définitionnel soit bien accueilli par la Cour de justice, l'on peut formuler une proposition de définition de la notion des SIEG.

B- Formulation d'une définitionnelle juridique, une ascèse

33. **Une définition d'une notion juridique est au final, une classification voire la création d'une catégorie juridique** – Dans cette classification ou catégorie ainsi créée, des faits sociaux seront classés, pour se voir appliquer le régime juridique y afférent. Or « (…) une classification est en définitive réponse à une question, à un problème »[836] comme la définition de la notion de SIEG répondra au problème de son défaut. « Il n'existe pas de définition de parti politique, mais il existe des partis politiques et cela suffit »[837]. La transposition dans le cadre des SIEG de cette affirmation du Doyen Georges Vedel par une simple paraphrase, donnerait la formulation suivante : « Il n'existe pas de définition de la notion de SIEG, il existe des SIEG et cela suffit ». Nous osons cette paraphrase afin de souligner le caractère déroutant et déconcertant d'un tel postulat intellectuel dont l'auteur a fait, fait et peut-être fera encore pour un temps, autorité en Droit Public français. Cette affirmation de l'illustre juriste que fut son auteur, ne manque pas de susciter une interrogation. Visait-elle l'humilité intellectuelle avec un grand « H » dont la science du droit devrait faire preuve face certaines notions à elle imposée par d'autres disciplines dont la science politique, la sociologie ou l'économie ou d'un simple constat réel ?

B- Formulation d'une définitionnelle juridique, une ascèse

34. **Une définition d'une notion juridique est au final une classification, voire la création d'une catégorie juridique** – Dans cette classification ou catégorie ainsi créée, des faits sociaux seront classés et obéiront à au régime juridique correspondant. ~~pour se voir appliquer le régime juridique y afférent~~. Or, selon Monsieur EISENMANN, « (…) une classification est en définitive une réponse à une question, à un problème »[838]. Il faut donc nécessairement trouver une définition à la notion de SIEG afin de combler l'absence de définition. ~~cette parvenir à comme la définition de la notion de SIEG répondra au problème de son défaut~~. – L'on pourrait s'inspirer de l'analyse du Doyen Vedel à propos des partis politiques. Dans son analyse de l'ouvrage de Monsieur Maurice Duverger[839] concernant la

définition de la notion de parti politique, il a soutenu : « il n'existe pas de définition de parti politique, mais il existe des partis politiques et cela suffit » [840]. La transposition dans le cadre des SIEG de cette affirmation du Doyen Georges Vedel par une simple paraphrase, donnerait la formulation suivante : « il n'existe pas de définition de la notion de SIEG, il existe des SIEG et cela suffit ». Nous osons cette paraphrase afin de souligner le caractère déroutant et déconcertant d'un tel postulat intellectuel dont l'auteur a fait, fait et peut-être fera encore pour un temps, autorité en Droit Public français. Cette affirmation de l'illustre juriste ~~que fut son auteur~~, ne manque pas de susciter une interrogation. Visait-elle l'humilité intellectuelle avec un grand « H » dont la science du droit devrait faire preuve face à certaines notions à elle imposée par d'autres disciplines dont la science politique, la sociologie ou l'économie ou d'un simple constat réel ? La réalité semble différente car l'appréhension d'un fait ou d'un phénomène juridique ne peut se limiter à une simple liberté intellectuelle. Si la création intellectuelle peut être considérée comme libre, dans le cadre de la science juridique, l'exercice de cette liberté est conditionné car tributaire du respect des exigences de la discipline. Le droit est tout sauf une science ordinaire.

35. Nous n'avons aucune réponse à cette question dont il nous semble que seul Le Doyen Vedel aurait pu donner une réponse exacte en précisant ~~donnant~~ la raison de sa formulation. Mais l'un des mérite que nous y trouvons est de sous-entendre qu'en droit, la formulation d'un définition est une œuvre intellectuelle et donc subjective. Ce point de vue, elle est libre car sa formulation dépend de son auteur. L'auteur l'a aussi affirmé en estimant que toute définition est libre[841] mais il admet étonnamment qu'en droit, des notions majeures dont l'intérêt général soient réputées « *notion indéfinissable* »[842].

36. **Notre définition des SIEG se fonde sur le principe que toute définition est libre et n'engage que son auteur** – Dans le cadre de l'analyse de la notion de SIEG, nous choisissons

[illegible]

http://brisonslemythe.canalblog.com/archives/2015/01/07/31272694.html

[illegible]

de retenir que toute définition soit libre parce qu'elle est le fruit d'une création mentale subjective de son auteur. M. Thomas Paine a pu soutenir « j'ai toujours vigoureusement défendu le droit de chaque homme à sa propre opinion, aussi différente qu'elle puisse être de la mienne. Celui qui refuse à un autre ce droit se rend lui-même esclave de son opinion présente car il se prive du droit d'en changer. »[843] En revanche, la réception et l'usage d'une définition émise par une discipline intellectuelle précise, notamment la science du droit semblerait très contingentée par le respect des canons de cette dernière. On le sait la science juridique exige neutralité et objectivation de toute définition d'une notion juridique. Mieux, seule la résistance de la définition proposée à sa double confrontation aux faits et dans temps – préconisation Duguiste[844] –, en fait tout comme une règle de droit, une formulation solide. Néanmoins, le Doyen Vedel ne semble pas encourager une définition hasardeuse d'une quelconque notion ou terme de droit. Sa démarche intellectuelle pour trouver quelque chose lorsque l'on s'exerce à rechercher la saisie abstraite d'une réalité social aux allant juridique est empreinte d'une rigueur qui vaut une avertissement solennel à celui ou celle qui s'y hasarderait. En effet, le Doyen Vedel, appréciant l'ouvrage de Maurice Duverger sur la définition des parties politique estima que « Pour qui fait métier d'écrire, rien n'est plus exemplaire que les formes extrêmes de la discipline intellectuelle. La découverte patiente de la réalité (même quand ce qui vrai est que l'on ne sait pas) sont des vertus communes et, à un certain niveau de lecture, on ne s'étonne pas de faire de tels constats chez certains auteurs dont Georges Vedel parfois – définition du droit – par exemple. Mais que, après avoir exploré une *terra incognita*, après avoir, au prix des plus minutieuses et des plus ingénieuses recherches, rassemblé un trésor d'observations, après avoir écrit un livre entièrement neuf, un auteur s'efface sans proposer à ses lecteurs – tout prêts à la recevoir – la synthèse philosophique ou sociologique (voire métaphysique) à laquelle le convierait son propos, voilà le dernier point de l'ascèse scientifique »[845].

37. Or l'ascèse se définie d'une part comme un « effort visant à la perfection spirituelle par une discipline constante de vie. [Et d'autre part, il s'agit d'une] privation voulue et héroïque »[846] qui dans le domaine de la science juridique ne laisse aucune place à l'approximation. La discipline ou l'ascèse intellectuelle juridique dans la production d'une définition réduit en pratique la marge de liberté de son auteur qui ne peut se soustraire à cette

abnégation « voulue » mais héroïque sans laquelle il aurait fait œuvre vaine surtout que toute recherche en droit ne se résume qu'à faire oeuvre utile pour les autre.

38. Avant l'application de cette ascèse intellectuelle à la notion de SIEG, il importe de souligner que cette notion a un caractère opérationnel.

§2 : SIEG, une notion juridique à caractère opérationnel

39. **L'exercice sémantique est parfois inévitable à toute recherche juridique et c'est ici le cas** – Dérivé de la notion d'intérêt général réputée « *notion indéfinissable* »[847] par certains auteurs, et « définissable »[848] par d'autres qui en propose une définition pouvant se situer à mi-chemin entre le Droit public et le droit privé, les SIEG ne semble pencher vers la deuxième approche. Mais avant de préciser qu'il nous semble que la notion de SIEG est davantage une notion juridique à caractère opérationnel tout comme la notion de l'intérêt général peut l'être, l'on pourrait relever d'abord qu'il s'agit d'une notion essentiellement conceptuel aux allants quasi-identiques à celle de l'intérêt général lorsque cette dernière se révèle être « mi fonctionnelle et mi conceptuelle »[849].

40. **SIEG une notion mi fonctionnelle mi conceptuelle** – Une alignement sur le caractère d'une notion mi fonctionnelle mi conceptuelle de la notion plus générale de l'intérêt général éclairerait la formulation d'une proposition de définition de la notion de SIEG. M. M. Mekki à juste titre estime que l'intérêt général est une notion mi fonctionnelle mi conceptuelle. Partageant son argumentation sur cette considération de la notion de l'intérêt général, nous en reproduisons la partie applicable à la notion de SIEG.

41. Ainsi, précise-t-il que « souvent qualifié de standard juridique ou de notion à contenu variable[850], il paraît plus exacte de définir l'intérêt général comme une notion mi fonctionnelle, mi conceptuelle. Lui refusant toute substance, les auteurs de droit public ont généralement défini la notion d'intérêt général comme une notion purement fonctionnelle[851]. En tant que telle, elle tien son unité de ou de sa ou de ses fonctions. Une notion fonctionnelle

ne s'achève pas et ne repose sur aucun contenu précis. Cette fonction nous paraît réductrice. La distinction entre notion fonctionnelle et notion conceptuelle doit, tout d'abord, être relativisée. Le Doyen V. VEDEL, précurseur de cette distinction, relève d'ailleurs, qu'à terme, une notion fonctionnelle devient souvent une notion conceptuelle[852]. D'autres autres auteurs vont même jusqu'à contester le bien-fondé de la distinction. **Pour notre part, et à l'instar de M. Ch. JARROSSON, la distinction doit être relativité. L'intérêt général est, en effet, les deux à la fois** »[853] (Soulignée par nos soins).

42. Notre adhérons à ce constat et le reprenons à notre compte puisque c'est exactement le cas de la notion de SIEG. C'est la raison pour laquelle, « sans distinguer entre "un caractère fonctionnel" ou " un caractère conceptuel " [notre définition de la notion de SIEG] partira du principe qu'une notion juridique se détermine essentiellement par référence à son caractère opérationnel ; c'est-à-dire son aptitude à être l'instrument intellectuel, mais pratique, des solutions de droit[854] »[855]. L'intérêt général de type économique que les pouvoirs publics étatiques créé en vertu des habilitations des termes des deux premiers paragraphes de l'article 106 TFUE revêt ces trois caractères : fonctionnel (la finalité d'intérêt général poursuivie), conceptuel (selon le lieu et l'époque de sa création, cet IGE représente unité conceptuelle : celle d'une mission de SIEG), et enfin opérationnel (la notion de SIEG est à la fois l'instrument juridico-socio-économique intellectuellement déterminée comme réponse pratique pour la satisfaction des besoins des citoyens européens souvent d'une localité précise ou de plusieurs à la fois). Dès lors, « naturellement fonctionnelle, la notion d'intérêt général est aussi relativement conceptuelle »[856] dans le cadre des SIEG même si il est très fortement connoté parce que fortement conceptuel car porteur d'un idéal voire d'un modèle social où le service public est presté aux consommateurs en respectant la double exigence d'une prestation de haute qualité à prix concurrentiel du fait de l'applicabilité par principe dans ce domaine des règles européennes de la concurrence. En ce sens, la notion de SIEG semble avant tout être essentiellement une notion conceptuelle avec les avantages de réunir ces autres caractéristiques que l'on retrouve rarement ou quasiment dans aucun autre service d'intérêt

général. Cette donnée semble prendre le contre de l'idée du Doyen G. VEDEL pour qui, les « les notions fonctionnelles ne seraient qu'une étape et " sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle" »[857]. Il ne semble pas exister dans la notion de SIEG cette évolutivité notionnelle que l'illustre auteur relève. La notion apparaît en 1957, déjà chargé de tous ses caractères surtout essentiellement conceptuel même s'il a fallut attendre les Traités d'Amsterdam et de Lisbonne pour que leur érection au rang des valeurs communes de l'UE soit effectuée et confirmée. Il s'agit d'un renforcement caractère conceptuel et non pas d'une évolution vers ce statut. Dans le cadre des SIEG toujours, le caractère de l'IGE n'est pas relativement conceptuel comme certains auteurs e-ont pu le relever car il y est essentielle et complété par les autres qui ont été déjà été relevés et seront mis au jour par la suite.

43. **SIEG, une notion à caractère essentiellement conceptuelle** – Pour comprendre la valeur de notion conceptuelle de la notion de SIEG, l'on pourrait construire un argumentaire en partant du rappel du Conseil national des universités françaises. **Le Conseil National des universités françaises « rappelle la distinction de la recherche macro-juridique et de la recherche micro-juridique** [en] soulign[ant] l'intérêt de privilégier la première par rapport à la seconde »[858]. C'est tout au moins le choix de nombre de professeurs qui « considèrent que la "bonne" recherche en droit serait celle qui "s'intéresse aux grandes tendances du droit"[859]. Ainsi serait-il préférable de se consacrer à des sujets vastes et transversaux plutôt qu'à des sujets resserrés et intimistes »[860]. Cette vision de la science juridique semble la singulariser de toutes les autres sciences sociales dont l'anthropologie et la sociologie où le qualitatif peut par moment être préféré au quantitatif car un seul élément peut faire sens. En effet, le professeur Christian Atias pointait à juste titre en 2002, qu' « à différentes époques, notamment [la] perspective [du droit] a été brouillée par l'abondance des règles de détail, une des manifestations de ce passage du qualitatif au quantitatif qui menace sans doute en permanence

l'esprit humain »[861]. M. Boris Barraud abondant dans le même sens a eu raison de rappeler que bien avant ce dernier, « et plus tôt, Léon Duguit pouvait regretter que la doctrine se perde souvent dans des analyses techniques, plus quantitatives que qualitatives. Il en venait à juger que, **"entendu de la sorte, l'étude du droit ne vaut pas une minute d'effort"**[862]. Ainsi le quantitatif (donc le macro-juridique, le théorique, le pensé et l'abstrait) serait-il fondamentalement plus "noble" ou, en tout cas, plus digne d'intérêt que le quantitatif (donc que le micro-juridique, le concret, le pratiqué et le factuel), du moins sous l'angle de la " bonne" recherche en droit envisagée tel un travail d'universitaire et non tel un travail de praticien »[863]. Il nous semble que toute hiérarchisation entre le macro et le micro-juridiques – forte tentation de la science juridique –, ne serait que réductrice de la fécondité intellectuelle car les envisager séparément serait un encouragement de la sécheresse intellectuelle juridique est inévitable dans le droit des SIEG.

44. À nos yeux, l'une ne va pas sans l'autre et l'absence de l'une dans l'autre égale désespérance et déshérence de l'exigence de la résistance de la règle de droit à sa double confrontation aux faits et au temps pour en attester la solidité[864]. Que vaudrait la théorie macro-juridique si aucun fait ne permet de la vérifier et en prouver la validité et à l'inverse, quelle utilité reconnaîtrait-on à la micro-juridicité si elle n'est que du droit positif et donc seulement que du droit pratiqué, sans aucune généralisation possible ?

45. Il nous semble que dans la construction du droit des SIEG, la part belle ne peut être faite ni à l'une ni à l'autre car les deux y sont nécessaires. Ne pas retenir un tel postulat reviendrait peut-être à se rendre volontairement sourd à l'avertissement sous la forme d'un judicieux constat effectué par les professeures François Gény et Olivier Beaud remarquablement amplifié par M. Boris Barraud en des termes que nous partageons. « Seulement constate-t-on plutôt que, au cours du XXe S., les juristes-universitaires se sont rapprochés des juristes-praticiens et que la doctrine est devenue la " servante" de la

jurisprudence[865], ce que François Gény déjà redoutait lorsqu'il mettait en garde contre la "mode" des notes d'arrêt qui risquait, selon lui, de conduire à la "mutilation de la doctrine en la confinant à la pure et simple classification des précédents"[866]. Or, selon le professeur Olivier Beaud, le " répertoire de jurisprudence" ne serait assurément pas une œuvre scientifique digne de la doctrine[867] »[868] car élaborer une définition SIEG – saisie abstraite et générale –, de la notion reviendrait à partir et transcender le droit positif en cette matière.

46. **Transcendance du droit positif dans la construction du droit et de la définition du concept et/ou de la notion de SIEG** – Tel est le postulat que l'on pourrait retenir en se fondant sur le fait l'avertissement de M. Gérard Cornu de la dérive commune aux chercheurs en droit qui consisterait à : « [suivre] la pente des faits ou de la jurisprudence, serviteurs dociles de l'actualité, prisonniers de l'événement et de l'écume des choses, voués à la paraphrase des arrêts»[869]. La paraphrase décriée par à juste titre par M. Boris Barraud en des termes très peu tolérants : « il n'est rien de plus désagréable que la paraphrase »[870]. Toutefois, c'est tout de même en paraphrasant cette analyse des notions cadre, conceptuelle et fonctionnelle, que l'on peut préciser que le concept de SIEG est une notion essentiellement

conceptuelle qui appartient à la catégorie de l'activité doctrinale car elle aide à l'élaboration du droit, celui des SIEG. Il n'est pas lui-même un droit mais il aboutira assurément, au droit des SIEG lorsque le processus d'élaboration de ce dernier arrivera à son terme. Il n'est et ne peut pas être une notion cadre parce que son contenu n'est pas fluctuant et donc soumis à une quelconque appréciation au cas par cas. N'étant de ce fait pas une notion à contenu variable, il apparaît comme le droit civil européen, « une notion unitaire »[871], celui désignant la catégorie économique, un sous-ensemble des SIG.

47. Par la suite, la réalisation de l'opération mentale de construction intellectuelle d'une définition de la notion de SIEG n'est possible qu'après un travail de linguistique juridique qui exigerait la transcendance du droit positif de cette matière. Mieux synthétisée par son père fondateur en France qui est le professeur Gérard Cornu, la linguistique juridique est une activité intellectuelle particulière.

Selon lui, *« Relativement à la linguistique générale, la linguistique juridique est triplement décalée. Dans l'ensemble des faits de langage, elle n'embrasse qu'un champ spécial et concret. L'étude qu'elle en fait n'est pas fondamentale mais appliquée. Dans son application même, elle ne retient que, certains aspects de l'analyse linguistique. (...) la juridicité du langage n'ayant aucune pertinence sous le rapport des sons ; la syntaxe et plus généralement l'ensemble des règles qui gouvernent l'emploi de la langue (il n'y a pas de grammaire juridique). En revanche,* ***la linguistique juridique saisit divers aspects de la morphologie, l'étude des unités signifiantes indivisibles de la langue (les morphèmes). Elle cultive l'étymologie des termes juridiques […]. Cependant, le sens des mots est l'objet privilégié de son étude. Tenant à la « partie substantielle » de la langue, c'est le signifié, contenu intellectuel du signe linguistique, qui importe surtout****.»*[872] (Soulignée par nos soins).

48. Cette opération mentale de l'élaboration de mots qui définissent la notion de SIEG ne peut donc pas se limiter à une fâcheuse et lamentable paraphrase du droit positif de ce domaine. L'on pourrait préférer à une telle démarche, celle plus réaliste (?) et correcte (?) de se contenter de lire les décisions de la Cour de justice de l'UE ainsi que les dispositions des droits primaires et dérivés européenne en cette matière. Se faisant, l'on s'obligerait à accepter d'attendre que les acteurs du droit des SIEG se décident à formuler une définition de la notion issue de l'article 90 CEE de Rome de 1957. En ce sens, dire donc que toute tentative de la doctrine académique de contribuer à la formulation d'une définition de cette notion juridique se doit d'être une transcendance mesurée du droit positif semble avoir du sens.

49. La transcendance du droit positif serait nécessaire à la formulation d'une définition de SIEG si l'on admet que « le droit positif n'est utile que s'il sert de "prétexte" ou s'il permet d'illustrer des apports conceptuels, des propositions théoriques ou de nouvelles classifications »[873]. Tel est notre usage du droit positif des SIEG dans l'élaboration de notre définition de la notion de SIEG. Le droit positif des SIEG est entendu comme le définit le lexique des termes juridiques rédigé sous la direction des professeurs Serge Guinchard et Thierry Debard « le droit "posé", le droit tel qu'il existe réellement »[874].

50. La mesure s'impose à cette activité mentale parque « nos pensées niassent habillées de mots » disait Oscar Wilde[875]. Or, le mot comme « la parole est moitié à celui qui parle et moitié à celui qui écoute l'avait souligné Montaigne[876]. Considérant que la « substance du propos peut-être complexe, "les mots pour le dire" doivent être les plus simples, les plus directs, les plus expressifs, les moins hermétiques. (…) Ce qui doit importer avant tout autre chose à celui qui parle ou écrit est que celui qui l'écoute ou qui le lit le comprenne, et le comprenne directement, sans devoir recourir à quelques interprétations ou spéculations »[877]. Cette exigence de clarté du propos semble dicter que le maximum d'ambigüité sur la construction doctrinale soit levé. En ce sens, il semble important qu'une autre précision sur les caractères de notion de SIEG ne soit pas superflue. La notion de SIEG a aussi un caractère opérationnel.

51. **SIEG, une notion juridique à caractère opérationnel** – La précision du caractère de notion juridique opération que peut revêtir la notion de SIEG est aussi l'occasion de souligner un autre exercice lexical consistant à opérer un choix entre les vocables de concept et de notion. Lequel des deux retenir ?

52. Il est vrai, notre réflexion s'intitule « Recherche sur la notion de service d'intérêt économique général (SIEG) » mais il nous semble qu'au plan juridique, les deux mots ont des significations étymologiques claires et différentes au point de ne pas être facilement superposables. Par concept, le dictionnaire de la langue française Le Petit Robert désigne des expressions latines *conceptus* et de *concipere* qui renvoient à l'idée d'une « représentation mentale [dans le sens de conceptualiser. Or conceptualiser c'est] élaborer des concept à partir de …. [Exemple : conceptualiser] une expérience. (…). [Ou encore] organiser en concepts ou en système de concept. Conceptualiser une théorie »[878]. Sur le plan sémantique, de manière général, le mot concept défini ainsi semble le plus approprié pour notre étude. Surtout qi l'on s'en tient à la définition de la notion par le même dictionnaire Le Petit Robert. La notion se définit également d'une autre expression latine : *notio* « surtout pluriel [désignant une] connaissance élémentaire, rudiment [aire] [pouvant être une] connaissance intuitive, synthétique et assez imprécise (que l'on a de quelque chose). Une notion qui devance l'expérience »[879]. Dans le sens, l'on peut affirmer qu'il est vrai que le concept de SIEG a d'abord été une notion créée par les rédacteurs de l'article 90 CEE avant qu'à partir de la décennie 1970, ne commence son expérience. Un début timide qui connaîtra une accélération dans la décennie 1990 qui, pour le droit et la notion de SIEG se caractérisera par l'entrée en scène des disposition du paragraphe 2e de ce texte devenu l'article 86 CE du traité d'Amsterdam. Pour des besoins de clarté de nos propos surtout, pour éviter les innombrables emplois du « ex-article… », nous lui préférons l'article 106 TFUE du traité de Lisbonne de 2009.

53. Cet exercice sémantique bien qu'utile pour distinguer des éléments linguistiques n'est pas l'option retenue pour fonder notre choix de la notion pour désigner les SIEG. C'est sur le terrain du raisonnement juridique que nous trouvons notre maintien de « la notion de notion si

peut le dire »[880] en reprenant l'expression de M. Didier Linotte. La notion retenue pour la formulation du sujet de la présente recherche s'inscrit donc dans l'appréhension de cette terminologie par la science juridique. Ainsi, l'on peut souligner que la doctrine juridique déjà intéressé la « notion de la notion » et s'est à M. Boris Barraud[881] que revient le mérite d'avoir consacré des développements substantiels à démonstration de l'importance pour la science juridique d'une distinction claire et précise entre une notion conceptuelle et une notion fonctionnelle. De ses éclairages sémantiques juridiques sur les notions juridiques conceptuelles ou fonctionnelle articulées autour du primat de la recherche de nature téléologique ou la finalité de la notion, l'on s'aperçoit qu'il y a une méfiance de la doctrine à l'égard des notions floues et imprécises. Cette méfiance doctrinaire avait déjà été relevée en 1975 par M. Didier Linotte en des termes que nous préférons. Ainsi est-il qu'il découle des constats de MM. D. Linotte[882] et B. Barraud opéré séparément mais surtout mieux formulé par le premier que la « doctrine a appris à se méfier des évidences et précision de la distinction pour la science juridique [au point de rejeter toute notion pouvant souffrir] d'une réputation d'imprécision et de manque de rigueur la rendant impropre à l'usage juridique »[883]. Le jeu intellectuel de la raquette entre « notions » floue et surtout dangereusement imprécise et celles qui semble de résumer à la distinction entre notion juridique et non juridique. C'est le genre d'exercice fastidieux auquel nous préférons celui de retenir un postulat pour toute recherche juridique. Le notre est celui de ne pas « distinguer entre un "caractère fonctionnel" ou un "caractère fonctionnel" [mais de partir du] principe qu'une notion juridique se détermine essentiellement par sa référence à son caractère opérationnel ; c'est-à-dire son aptitude à être l'instrument intellectuel, mais pratique, des solutions de droit[884] » dont la solidité ne sera prouvée que sa résistance à la double confrontation du temps et de l'espace selon la prédiction du Doyen Léon Duguit[885].

§3 : Notre définition de la notion de SIEG

54. La proposition de la définition de la notion de SIEG suivra trois étapes qu'il convient de préciser. La première étant celle qui consister à scruter la littérature et la doctrine sur les concept et notion de SIEG afin d'y découvrir d'éventuelle proposition de définition. Ainsi, nous, dans la littérature et la doctrine portant sur la définition de la notion de SIEG, de manière subjective – choix assumé –, nous n'en rapporterons seulement que les deux « suggestions » qui nous semblent utiles à notre essai de définition (A). La deuxième étape par de ce choix que nous admettons discutable, même s'il nous permet toutefois d'esquisser notre définition de SIEG qui s'inscrit dans le dépassement des simples critères de distinctions des SIEG (B). Pour terminer, la troisième et dernière étape, sera celle de la précision de l'objectif que nous visons à travers notre proposition de définition de la notion de SIEG (C).

A- Analyse de trois propositions de définition des SIEG

55. [illegible] justifiera au préalable, son postulat en faveur d'une définissabilité de la notion de SIEG (1). Puis, elle procédera à un exposé analytique des propositions inavouées de définition formulées de SIEG par la Commission européenne et par le gouvernement français (2). Enfin, nous insisterons sur la définition doctrinale de la notion d'intérêt général en droit privé proposé par M. Mustapha Mekki pour ses apports à notre définition de la notion de SIEG (3).

1- SIEG une notion juridique définissable

56. **Le droit des SIEG rend intolérable la nature indéfinissable de la notion d'intérêt général** – En Droit public français, « partant de la relativité et la fragmentation de l'intérêt général en droit public, l'intérêt général est souvent qualifié de "*notion indéfinissable*"[886] . Elle est une "*pure construction idéologique*"[887]. "*Le fait est que toute démarche exclusivement juridique pour définir la notion d'intérêt général aboutit à une impasse et suscite immanquablement une impression de vacuité*"[888]. Dans cette optique, l'intérêt général apparaît comme une notion singulière »[889].

[illegible]

57. Fort heureusement, sur ce point, ce qui est valable en droit administratif français, n'est pas valable en droit européen des SIEG. En effet, si d'un point de vue strictement franco-français, « l'intérêt général n'est pas défini ; il se constate »[890] comme semble l'admettre – tristement (?) –, M. D. TRUCHET en 1975. Il convient d'insister sur le désarroi qu'exprime l'auteur que nous qualifions de triste constat dans la mesure où M. D. TRUCHET y ajoute qu'il « ***n'est pas sain qu'une notion fondamentale ne puisse être connue avec certitude qu'à l'occasion d'un procès***. Mais c'est ainsi : l'intérêt général n'est pas défini ; il se constate »[891] (C'est nous qui le soulignons).

58. À l'opposé de cette vision de l'indéfinissable IG, l'on a le domaine des SIEG qui semble dicter une autre différente approche. En effet, aux termes de l'article 106 TFUE §1er et 2e, l'intérêt général se créé par une définition à travers le mécanisme de la qualification juridique de cet intérêt en IGE. L'intérêt général que traduit la terminologie abrégée de SIEG n'est rien d'autre qu'un intérêt général de nature particulièrement économique. Le caractère indéfinissable de la notion de l'intérêt général semble s'estomper dans sa rencontre avec le domaine des SIEG. Nos développements dans la première partie, titre 2 en apporteront la démonstration.

2- Définitions de la Commission européenne et de la France

59. **Tentative de définition des SIEG par la Commission européenne** – M. Didier Truchet affirma à juste titre concernant l'intérêt général « qu'il n'est nul part défini. Aucun texte constitutionnel, aucun texte législatif n'en donne une définition globale, ou un catalogue (…) [c'est une] carence regrettable : il n'est pas sain d'une notion fondamentale ne puisse être connue avec certitude qu'à l'occasion d'un procès »[892]. Ce constat alarmant de M. Truchet de 1977, semble être d'actualité puisque la Commission européenne en matière de SIEG se préoccupe assez suffisamment de rendre la navigation facile au point qu'elle exquise dans l'affirmer, une définition de la notion de SIEG en prenant tout de même la précaution d'indiquer qu'il s'agit d'une notion non encore définie.

60. En effet, dans répondant à sa question numéro 2 qu'elle s'est elle-même posée dans le point 2 sur la sur la notion de SIEG dans son *« Guide relatif à l'application aux services d'intérêt général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, de " marchés publics " et de " marché intérieur " » ;* l'on s'aperçoit que la Commission européenne construit sa propre définition de cette notion. Ainsi, à cette question : ***« 2- Qu'est-ce qu'un service d'intérêt économique général (SIEG)? Est-il obligatoire pour les autorités publiques d'instituer cette notion dans leur ordre juridique interne?***

61. *[La Commission européenne répond] la notion de SIEG est utilisée aux articles 14 et 106, paragraphe 2, du TFUE, ainsi que dans le protocole n° 26 annexé au TFUE, mais elle n'est définie ni le TFUE ni dans le droit dérivé. Dans son cadre de qualité, la Commission a précisé que les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État. L'obligation de service public est imposée au prestataire par mandat et sur la base d'un critère d'intérêt général garantissant la prestation du service à des conditions lui permettant de remplir sa mission.*

La Cour a établi que les SIEG sont des services qui présentent des caractères spécifiques par rapport à ceux des autres activités de la vie économique [893].

Cette notion peut recouvrir des réalités et des appellations différentes selon les États membres et le droit de l'Union ne crée aucune obligation de designer formellement une mission ou un service comme étant un service d'intérêt économique général, sauf quand cette obligation est inscrite dans le droit de l'Union (par exemple, le service universel dans les secteurs des postes et des télécommunications).

Si le contenu d'un SIEG – c'est-à-dire des obligations de service public – est clairement identifié, il n'est pas nécessaire que le service en question porte l'appellation de «SIEG». Il en va de même pour la notion de services sociaux d'intérêt général (SSIG) de nature économique »[894].

62. Cette réponse à sa propre question, n'est ni plus ni moins une proposition de définition que la précaution que la Commission européenne d'indiquer au préalable dans ce guide que

« le protocole n° 26 annexé au TFUE concerne les SIG mais ne définit pas cette notion »[895], celle de SIEG n'y est pas non plus définie même si les deux seuls articles de ce Protocole semblent les viser directement. Cette proposition de définition faite par la Commission européenne dans ce guide ne peut pas être considérer banale puisqu'elle affirme que « **le présent guide a pour but d'apporter des éclaircissements spécifiques sur certaines questions qui ont été soulevées par les autorités publiques des États membres, les utilisateurs et prestataires de services et d'autres parties prenantes** »[896] (Soulignée par nos soins).

63. On le voit, les éclaircissements effectués par la Commission européenne ont pour destinataires, « les autorités publiques des États membres, les utilisateurs et prestataires de services et d'autres parties prenantes ». Dès lors, ces dernières peuvent considérer l'entièreté de son contenu comme digne de confiance. Or dans partie précédemment mentionné, la Commission s'est livrée à un exercice définitionnelle qui si elle n'est décriée pourrait s'imposer aux destinataires de son guide. L'on peut donc analyser cette proposition de définition afin d'en révéler les forces et faiblesses.

64. **Force et faiblesse de la définition de la notion de SIEG émise par la Commission européenne** – D'abord les forces avant les faiblesses que l'on pourrait considérer comme des signaux d'alarme adressés à la doctrine académique du droit des SIEG. La double force de cette tentative de définition de la notion de SIEG est de clarifier davantage l'identification des SIEG et d'aider les pouvoirs publics des États membres à comprendre que les obligations de services publics sont importantes comme critère de reconnaissance d'un SIEG par distinction d'un service d'intérêt général on économique. La Commission l'affirme : « *si le contenu d'un SIEG – c'est-à-dire des obligations de service public – est clairement identifié, il n'est pas nécessaire que le service en question porte l'appellation de «SIEG». Il en va de même pour la notion de services sociaux d'intérêt général (SSIG) de nature économique* »[897]. Pour l'analyse, ceci constitue la seule véritable force de la tentative de définition des SIEG par la Commission européenne. Par ailleurs, la seconde et dernière force de cette tentative définitionnelle, c'est quelle a le mérite de provoquer une prise de conscience de ce que

comme la nature aurait horreur du vide[898] selon un adage bien connu, le juridique ne peut que mal s'accoutumer *iuris vacuo* ou le vide juridique. Dès lors, tant qu'une définition globale ne sera pas donnée à la notion de SIEG, ce type d'initiative consistant à en proposer de manière sournoise ne manquera pas. D'ailleurs, l'État Français n'a pas hésité à singer la Commission européenne dans cette démarche définitionnelle. Mais avant de l'exposer et de l'analyser, encore faut-il souligner la faiblesse principale de la tentative définitionnelle des SIEG pas la Commission européenne.

65. **La faiblesse principale de la tentative de définition des SIEG par la Commission européenne** – Elle réside dans le fait que la Commission axe sa « définition » des SIEG sur sa hantise d'éviter le mauvais usage des aides d'État dans les SIEG au point de perdre de vue le fait que l'article 106 TFUE offre, tous les éléments majeurs d'une définition des SIEG à conditions de considérer que les termes de cet article « épine dorsale » des SIEG ; dans son deuxième paragraphe invite à une lecture téléologique en tenant compte des objectifs de l'Union européenne. Aux termes de l'article 106-2 TFUE, « **les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités**, (…). **Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union** »[899].

66. Non seulement par soumission aux règles du traité, les rédacteurs de ces termes ratissent larges et parle de l'ensemble des règles du traité au double sens de son esprit et de sa lettre, mais ils ont pris le oins d'indiquer dans le premier paragraphe que « **les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités**, ***notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus*** »[900] (Soulignés par nos soins).

67. Il est vrai, l'article 107 TFUE relatif aux aides d'État figure dans les articles du traité numériquement cité par l'article 106-1 TFUE. Mais cela n'occulte pas le fait que le traité dans son entièreté doit être respecté lorsque l'on aborde les SIEG. Les protocoles annexés aux traités UE et TFUE de Lisbonne ayant la même valeur juridique font donc partie de l'arsenal juridique devant être pris en compte pour définir la notion de SIEG. Ce que la Commission

semble ne pas faire ou tout simplement de manière très subjective en ne retenant comme point focale l'article 107 TFUE sur lequel, elle dirige excessivement sa veille prévue par l'article 106-3 TFUE.

68. Mais la Commission n'est pas l'unique acteur du droit des SIEG à vouloir tenter d'exploiter ce vide définitionnel des SIEG. L'État membre, la France s'y est également essayé.

69. **Exposé critique de la proposition de définition de la notion de SIEG par le gouvernement français**. – On le sait, les premiers destinataires du doit des SIEG sont les États en vertu des de l'économie générale des dispositions des trois paragraphes de l'article 106 TFUE. D'ailleurs, les États membres sont cités expressis verbis dans les premiers et troisième paragraphes ; tandis que dans le deuxième, l'on comprend bien qu'ils sont ceux qui chargent les entreprises de gérer des missions de SIEG ou qui permettent à certaines entreprises de SIEG de présenter « le caractère d'un monopole fiscal ». Dès lors, l'on peut comprendre que si l'ensemble du droit de l'UE et les institutions européennes se refusent (?) de définir la notion de SIEG, pour mieux s'approprier les dispositions des articles 14, 106 TFUE et le Protocole numéro 26 sur les SIG, un État membre en l'occurrence la France s'exerce à se donner une idée précise de la notion en se la représentant. Ceci mène à un essai définitionnel. En effet, selon le site Web officiel français du marché public, en citant la Commission européenne, « les services d'intérêt économique général (SIEG), **sont définis comme des** " activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public " (Livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêt général) (ex. : services de réseaux de transports, d'énergie ou de communication) »[901]. Selon le portail de l'État au service des collectivités (collectivités-locales.gou.fr) : « les services d'intérêt économique général (SIEG) sont des services de nature économique soumis à des obligations de service public dans le cadre d'une mission particulière d'intérêt général. Les SIEG recouvrent un large spectre d'activités : santé, logement social, entreprises déployant des réseaux (eau, assainissement...),culture... **Ces SIEG peuvent être fournis directement par des**

collectivités publiques en régie mais aussi par des entreprises, publiques ou privées, mandatées à cet effet »[902].

70. Ce qui est frappant à la lecture des deux définitions venant d'organes ou de l'administration française et donc engageant d'une certaine manière, cet État membre, c'est que les deux définitions ne sont pas superposables donc diffèrent comme si les experts de ces deux administrations n'auraient pas pu s'accorder pour en formuler une et une seule.

71. Le domaine des marché public a donc sa conception des SIEG tandis que le gouvernement en fournie une autre aux collectivités territoriales. Cette discordance peut semer le doute dans l'esprit des acteurs français des SIEG. Il en découle donc un flou artistique toléré par l'Etat dont la responsabilité est pourtant engagé en cas de litige portant sur les SIEG parce que seul l'Etat membre répond devant la commission et la Cour de justice en matière de SIEG. Ce qui est conforme à l'article 106-3 TFUE en vertu duquel, « ***la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse****, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées* ***aux États membres*** »[903].

72. De ce qui précède, l'analyse retient que ni la tentative de définition de la Commission européenne ni celle de l'État membre de l'UE, la France n'est satisfaisante. Il convient alors d'explorer le domaine doctrinal pour savoir s'il est lui, de quelque utilité en l'état actuel du droit positif des SIEG. Dans ce domaine malheureusement, sauf erreur de la part de l'analyse, il n'existe aucune proposition de définition de la notion de SIEG. L'analyse se décide donc à faire sa proposition après avoir analysé la seule définition de l'intérêt général disponible en droit privé français pour s'en inspirer.

3- Apport conceptuel de la définition de l'IG en droit privé

73. **Exposé intégral de l'unique définition de l'intérêt général en droit privé français, celle de M. Mustapha Mekki** – Selon M. Mustapha Mekki, « L'intérêt général est le fondement commun de la sphère privée et de la sphère publique. Il conditionne toute vie en société et légitime le droit de l'Etat. Il est le fruit d'une collaboration entre l'Etat et la société

civile. Au regard des intérêts particuliers, l'intérêt général est consubstantiel. Il en est la cause efficiente et la cause finale. L'intérêt général est une notion mi conceptuelle mi fonctionnelle dont la définition ne peut réduite à un contenu précis. Optant pour une définition méthodique, adaptée au droit privé, la notion d'intérêt général est dualiste. Elle est, tout d'abord, le résultat d'un arbitrage entre les intérêts publics et/ ou privés qui prend la forme d'une hiérarchie. En ce sens, l'intérêt général recouvre un aspect procédural. Elle est, ensuite, un principe de légitimation. L'intérêt général n'est plus le résultat de la hiérarchie des intérêts mais son fondement. Cette rationalisation de la hiérarchie des intérêts publics et/ou privés prend deux contours complémentaires. La légitimation peut, d'une part, être substantielle et dogmatique. La hiérarchie est alors légitimée par référence à des règles positives (légitimation formelle) et des valeurs jugées fondamentales à un moment donné, dans une société donnée (légitimation axiologique) qui sont imposées *a priori*, de l'extérieur et de manière impérative. La légitimation peut, d'autre part, être pragmatique et procédurale. La légitimité de la hiérarchie se réduit au respect d'une certaine procédure dans le classement des intérêts. La procédure peut consister dans un contrôle plus réaliste des intérêts en présence fondée sur la méthode d'un bilan facilitant une hiérarchie posée de manière casuistique et *a posteriori*. Elle peut consister également dans une légitimité immanente en ce sens que la hiérarchie des intérêts est légitime parce qu'elle a fait l'objet d'une acceptation des personnes intéressées. ***L'intérêt général est le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, légitimée la fois de manière substantielle et dogmatique, et manière procédurale et pragmatique*** »[904] (Soulignée par l'auteur lui-même).

74. **Avantages et inconvénients pour la formulation de notre définition de SIEG de la conception de l'intérêt général en droit privé de M. Mustapha Mekki** – Il nous semble que le premier auteur à avoir proposée une définition de la notion de l'intérêt général en droit privé est M. Mustapha Mekki. L'analyse rapportera l'intégralité de cette définition avant d'en ressortir les avantages et inconvénient pour une construction de la définition de la notion de SIEG. Cette proposition d'une définition de la notion de l'intérêt général de M. M. Mekki à laquelle nous adhérons s'inscrit parfaitement dans la représentation que sont auteur de l'intérêt général. En effet, avant de la formuler, l'auteur souligne au préalable le soubassement de sa pensée.

Ainsi selon lui, « ***Il n'y a pas d'opposition naturelle entre l'intérêt général et les intérêt particuliers***. Généralement, " l'intérêt général ne s'oppose pas à l'intérêt privé, mais il

s'impose à lui"[905] . Certains auteurs font remarquer qu'une opposition entre intérêt public et intérêts privés impose de faire prévaloir le premier sur le second. M. J. CHEVALLIER, affirme ainsi que " **l'autorité administrative n'a en face d'elle aucun droit subjectif** ; elle doit se prononcer sur de simples intérêts ; ***et ces intérêts privés, qui ne sont que des convenances*, doivent céder dans tous les cas devant l'intérêt collectif défendu par l'administration** (…)"[906]. ***Il arrive, cependant, que des intérêts privés " forts " l'emportent sur des intérêts publics "plus faibles"***. Pour une série d'exemples, v. D. LINOTTE, *th. préc.*, pp.376 et ss. »[907] (Soulignées par nos soins).

75. Le lien entre la proposition de définition de l'intérêt général de M. M. Mekki que nous avons reproduit intégralement et cette riche synthèse qu'il effectue des rapports entre intérêt public et intérêts particuliers est frappant. Il nous semble même que c'est de cette synthèse que découle l'idée maîtresse de la définition de l'intérêt général selon le droit privé. À nos yeux, le rapprochement entre cette synthèse et la proposition de l'intérêt général du même auteur révèle clairement l'inutilité du cloisonnement intellectuel admis et entretenu – à tort ou à raison (?) –, par la doctrine majoritaire française du Droit Public sur cette notion. Ce cloison construit et entretenu par le juge administratif français pendant de longues années ; Largement admise par la doctrine[908] française du droit Public comme reflétant à la fois une idéologie politique et juridique, l'intérêt général deviendra l'otage du Conseil d'Etat français, juge de l'administration et instance suprême de l'ordre juridique administratif français. Mais le règne du Conseil d'État sur la notion de l'intérêt général que certains auteurs s'accordent à reconnaître en 1975[909], n'a pas toujours été accepté par la doctrine qui a plusieurs reprises a essayé de lui imposer une saisie abstraite afin de réduire le pouvoir jurisprudentiel de sa détermination (?). Ainsi, M. J. Chevallier affirmera d'abord que l'intérêt général est une notion dotée de ces deux idéologies (politique et juridique)[910] avant d'y ajouter qu'elle « est la matrice de tous les discours de légitimation des formes instituées ». La décennie 1970 a été

pour la doctrine française du Droit Public, celle d'une immense production intellectuelle de très haute qualité qui se concentre entre 1975 et 1979. Serait-ce le fait d'un heureux hasard intellectuel ?

76. La réponse négative nous semble plus indiquée car nous pensons que les thèses de doctorat de MM. D. Truchet et D. Linotte soutenues en 1975 ont contribuées, à éveiller la doctrine du Droit Public français du danger de l'accaparement de la notion de l'intérêt général par le juge administratif français. Ces deux auteurs n'avaient pas que le prénom Didier en commun, ils partagèrent aussi en cette année, la préoccupation de la nécessité d'une réflexion doctrinale sur la notion de l'intérêt général. Par la suite, de 1975 à aujourd'hui, la doctrine continue de regarder à cette notion donnant toute sa force à l'affirmation du Doyen Jean Boulouis « ***s'interroger sur l'intérêt général est pour le juriste de droit administratif une démarche aussi naturelle que nécessaire. Instruit de ce que cet intérêt fonde et informe cette discipline, qu'il en justifie l'existence, en détermine l'originalité et en mesure le champ d'application, qui n'éprouverait le besoin d'aller un jour ou l'autre, y regarder de plus près, ne fût-ce que pour s'assurer qu'il en est bien ainsi ?*** »[911](C'est nous qui soulignons).

77. Vingt de sept années plus tard, la publication de la thèse de M. Mustapha Mekki confirme l'affirmation du Doyen J. Boulouis et lui donne une dimension plus large. En effet, en envisageant le rapport entre l'intérêt général et le contrat dans le prisme de la pensée de la doctrine du Droit Privé français, M. M. Mekki ne se contente pas de contribuer à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, il décloisonne tout simplement les perceptions étriquée et réductrice de la notion de l'intérêt général. Dans sa thèse, il soutient à juste titre que l'idéologie de l'intérêt général « est destinée à nier la division, la distanciation et la différenciation pour prôner l'existence d'une société une et transcendante [(Union européenne ?) Pourquoi pas ?] L'intérêt général est un discours qui unit et facilite l'existence et le maintien d'un ordre cohérent. En tant qu'idéologie politique, l'intérêt général se présente comme le fondement, le but et la limite des pouvoirs de l'Etat.

78. À l'origine, l'intérêt général s'est imposé comme un principe naturel qui n'avait pas à être justifié. Progressivement, même si ce n'est pas de façon linéaire, il s'est rationalisé et est devenu " l'argument pouvant emporter l'adhésion de tous et par là-même fonder le pouvoir de

l'Etat". Dorénavant, une telle affirmation mérite d'être nuancée étant entendu que dans le cadre union européen en général et tout particulièrement dans le cadre du droit des SIEG, le déploiement des vertus de l'article 106 TFUE ne permet plus à l'État-Nation au sens Kelsénien du terme, d'incarner à lui seul l'idéologie de l'intérêt général. Dès lors, l'on ne peut plus non plus se limiter à ce que « ***l'idéologie de l'intérêt général incarne l'unité sociale composée d'une solidarité négative et d'une communauté positive***. **L'Etat s'impose comme l'instance où se réalise cette unité. L'Etat est en ce sens un principe de totalisation. L'Etat est ce tiers neutre assurant l'ordre face au désordre de la société civile**. (…) **L'imbrication de l'Etat et de l'intérêt général à ce stade du raisonnement justifie que la crise du premier rejaillisse sur la conception de l'autre** »[912] (c'est nous qui les soulignons).

79. Si le début de cette affirmation emporte notre adhésion, il en va différemment de sa suite qui nous semble nécessiter quelques remarques. Il est vrai que l'idée d'une idéologie de l'intérêt général qui puisse incarner, l'unité sociale soit louable. Mais si cela devrait l'être dans le sens d'une solidarité négative, ce type d'intérêt général est inenvisageable dans le cadre des SIEG car les termes de l'article 106 TFUE visent à la réalisation d'une cohésion socio-économique des collectivités de et dans l'UE, ce qui diffère clairement de la solidarité négative. Il s'agit plutôt d'une solidarité positive initiée par les pouvoirs publics étatiques qui peuvent être des collectivités territoriales et donc des démembrements de l'État membre ou un Länder si l'on se situe dans le cadre Allemand. Dès lors, l'État dans le cadre des SIEG n'est pas exclusivement l'Etat-Nation dans sa forme unitaire qui comme l'affirme M. Mekki serait « **ce tiers neutre assurant l'ordre face au désordre de la société civile** »[913]. **Cette première remarque importante de l'affirmation de l'auteur n'est pas la seule**.

80. **Une deuxième réside dans l'idée que « l'Etat s'impose comme l'instance où se réalise cette unité. L'Etat est en ce sens un principe de totalisation »**[914]. Dans l'environnement mondial actuel où aucun État-nation n'a dorénavant la capacité de répondre de manière satisfaisante à tous les besoins d'intérêt général de ses citoyens, cette totalisation de l'État synonyme de « sa possession » de la détermination et de la gestion de l'intérêt général même national, est plus soutenable. Ainsi, la gestion de l'intérêt général dans la

logique du *up down*[915] – service public classique à la française – cède et cèdera de plus en plus, la place à celle du *Bottom up*[916] où la décision de la création du service public en réponse à un besoin d'intérêt général local dépend selon les termes de l'article 106 TFUE de la volonté des pouvoirs publics locaux. Dans ce sens, l'intérêt général devrait incarner l'unité sociale et non pas l'unicité avec le primat d'un intérêt général, seul apanage de l'Etat central. Mais le domaine des SIEG infirme ; d'où la nécessité d'une conception plus large de l'idéologie politique et juridique indissociable dans la notion de l'intérêt général. Cette notion que le droit international et le droit européen aide à en préciser davantage les contours[917], ce que ne permettait pas ou que de manière imparfaite, le concept d'Etat-Nation hérité du siècles des lumières et mieux systématisé sous la plume de célèbre juriste austro-américain Hans Kelsen dans son ouvrage majeur « la théorie pure du droit »[918]. On le sait, Hans Kelsen « distingue trois catégorie d'ordre juridique : l'état juridique national qui est partiel ; l'ordre juridique international ou droit international général, également partiel ; et enfin l'ordre

universel qui est un ordre supérieur qui délimite le domaine des deux autres. Cette analyse se confirme selon l'auteur autrichien avec la "tendance à la centralisation du monde" »[919].

81. La troisième et dernière remarque porte sur « **l'imbrication de l'Etat et de l'intérêt général [qui] à ce stade du raisonnement [de l'auteur ne peut que] justifi[er] que la crise du premier rejaillisse sur la conception de l'autre »[920].** La fin de l'argumentation de l'auteur appelle deux précisions importantes. L'une consiste à considérer que « l'intérêt [y est d'abord définit de manière général comme étant] ce qui importe (à l'état brut avant tout qualification). [Il est public ou général, lorsqu'il s'agit de] ce qui est pour le bien de public, à l'avantage de tous »[921]. Il est de ce point de vu, l'essence de l'Etat-nation et par conséquent, étant intimement liés, si l'un est en crise, il devient logique que l'autre en pâtisse à tous le moins dans une certaine mesure ou purement et simplement, en subisse tous les effets. La seconde est d'inversement, la crise de l'intérêt général impacte également l'État. C'est le cas notamment où avec l'idéologie du marché, l'intérêt général lâche perde de son importance et conséquemment, que l'idéologie de État subisse la concurrence de la dernière venue. De ce point de vue, l'analyse s'accorde avec M. Mustapha Mekki lorsqu'il soutient avec justesse qu' « une nouvelle idéologie vient concurrencer celle de l'État[922]. Au dogmatisme de l'État se substitue celui du marché[923]. Le nouveau modèle du marché "*devient consubstantiel d'une certaine forme, occidentale, de démocratie*"[924]. Il se diffuse de manière croissante et tend à tout absorber[925] »[926]. cependant, dans le cadre de l'Union européenne, une autre idéologie tend à anesthésier la toute puissance de l'idéologie du marché : l'idéologie des SIEG qui par sa logique de prestation de services d'intérêt général économique à des prix compétitif met à

[illegible]

mal le « gangstérisme » et la dangerosité de l'idéologie du marché en rendant une partie du marché humain, celle des prestations de service d'intérêt général économique dites missions de SIEG. Dans la culture juridique de certains Etats membres de l'UE, l'on se préoccupe de prendre soin de la notion d'intérêt général. C'est le cas en France où lui trouver un contour abstrait a été recherché par le Conseil constitutionnel français de la sorte à permettre qu'en France, l'on a pu analyser l'intérêt général vu par le Conseil d'Etat, l'intérêt général selon le Conseil constitutionnel … Autant de d'approche de l'intérêt général auxquelles, il convient à notre avis d'ajouter celle de la doctrine du droit privé français à partir de la proposition de M. M. Mekki[927]. Dans la doctrine du droit européen, le professeur Denys Simon a déjà effectué un regard fortement remarqué sur l'intérêt général[928] à partir des droits européens. Cette initiative louable mérite d'être suivie par d'autres savants.

B- Notre définition de la notion de SIEG

82. « Le services d'intérêt économique général sont des services publics spécifiquement économique, de droit européen conformément au traité qui est souverainement. En vertu de l'article 106 TFUE, les pouvoirs publics des États membres, peuvent définir par qualification si et seulement si toutes les conditions des trois paragraphes ne sont violé et si au préalable, l'intérêt à ériger en service d'intérêt économique général (SIEG) est d'abord et avant tout de la nature d'intérêt général. Si cette première condition *sine qua non* est remplie alors, ces autorités doivent procéder à une seconde vérification, la nature économique ou non de cet intérêt général. Dans l'hypothèse où il s'agit d'un intérêt général de nature économique alors ils peuvent le définir en SIEG par qualification juridique. Aucun intérêt particulier fut-il le plus important qu'il soit ne peut être érigé en SIEG. Une fois dûment définit en SIEG, les pouvoirs publics peuvent organiser l'intérêt général économique de type SIEG en en confiant la gestion à une entreprise, indifféremment de sa nature juridique privée ou publique. Ces pouvoirs publics les organisent et les financent librement en respectant les termes de l'article 106-1 et 2, surtout l'article 107 en décidant du mode du financement, et de toutes

compensations d'obligations de services publics nécessaire au bon fonctionnement et à la poursuite des prestations fournies par ces missions de SIEG.

les prescriptions des traités en matières d'octroi des aides d'Etat de manières à ne pas fausser le jeu de la concurrence. Les services d'intérêt économique général ne peuvent faire l'objet ni d'un listing exhaustif limitatif préétablit encore moins d'une détermination par avance car leur existence est soumise au jeu concordant du double facteur de l'autonomie décisionnelle des pouvoirs publics dûment habilités des Etats membres et de la conjoncture socio-politico-économique.

83. **En résumé** – « Les services d'intérêt économique général sont des services d'intérêt général de type économique définis par une qualification juridique et organisés par les pouvoirs publics territoriaux des Etats-membres de l'UE conformément à la conjugaison du principe de subsidiarité (article 5 TUE) et des dispositions de l'article 106 TFUE. Ils sont impossibles à énumérer de manière limitative car créés souverainement par ces pouvoirs publics en fonction de la conjoncture socio-économique. Soumis à l'application par principe aux règles de la concurrence, les SIEG applique ces règles en visant la satisfaction première de haute qualité des consommateurs, en leur fournissant des services d'intérêt général économique à des prix compétitifs. Ces missions d'intérêt général ne peuvent y déroger que par l'exception du « *in house* » aménagé par le droit européen lui-même. L'ensemble du processus de création, d'organisation, de fonctionnement et de financement de ces types particulièrement économique de service d'intérêt général est placé sous la surveillance de la Commission selon les termes de l'article 106 TFUE§3. Missions spéciales, répondant à des besoins généraux à caractère économique érigées en « valeurs communes » de l'UE par le Traité CE d'Amsterdam de 1997. La confirmation de ce rang de valeur communes de l'UE a été apportée par le traité de Lisbonne de 2009 qui en complète le fondement juridique ».

84. **Ne surtout pas forcer l'atteinte d'un objectif politique égoïste d'un État membre en définissant de manière tendancieuse, un non SIEG en SIEG** – Cette définition précédemment proposée des SIEG exclut tous les services publics reconnus d'intérêts général national qui n'entrent pas dans le cadre définitionnel susvisé ne pourra aucunement bénéficier de l'application de régime juridique applicable aux SIEG très convoité, surtout lorsque la dérogation à l'application par principe des règles de la concurrence aménagée par les dispositions de l'article 106 TFUE paragraphe 2 *in fine*. Toutefois, margé la définition précise et le régime juridique très stricte des SIEG qui est d'application *stricto sensu* (sens stricte) et

non pas *lato sensu* (sens large) ne laisse pas pour autant les Etats membres démunis face à la prégnance dans le droit des SIEG des règles de la compétitivité. Il leur appartiendra comme cela sera développé dans la deuxième partie, titre 1 chapitre 1 de se dégager de cette applicabilité en sortant de leur cadre juridique à travers l'opportunité organisé par le droit européen dans l'exception du « *in house* » ou prestations intégrées de quasi-régie avec une implication essentielle des collectivités locales.

Conclusion partielle titre 2 :

85. **Un éclairage sémantique utile à la compréhension de la notion et du droit des SIEG** – L'étude des terminologies susvisées offre l'avantage d'aider à discerner les contours encore flou d'un droit des SIEG qui suppose un mode de financement dans lequel, voisinent ou coïncident les notions d'aide d'Etats et de compensation de service public qui ne renvoient pas forcément aux même désignations et réglementations juridiques. Les règles et implications juridiques des aides Etats ne sont pas identiques voire superposables à celles des compensations de service public. Or dans le droit des SIEG avant et après le « paquet Almunia », les notions d'aides d'Etat et de compensation de service public continuent de baigner dans une « obscure clarté »[929] qui nécessite qu'elles soient mieux cernées. D'ou le choix de les étudier séparément des terminologies juridiques susvisées avec lesquelles, elles formes le vocabulaires juridique du droit des SIEG.

86. **SIEG, terrain d'expression de la possibilité d'un idéologie de l'intérêt général économique en tant qu'un système cohérent et articulé d'une représentation de l'idéal social Union européen en élaboration** – Des développements précédents, en adhérant à l'estimation du professeur jacques Chevallier, l'analyse considère que « comme toute idéologie, l'idéologie de l'intérêt général se présente comme un système cohérent et articulé de représentations, destiné à inculquer la croyance dans le bien-fondé de l'ordre social et politique ; elle produit l'image d'une société – ou institution – une, dans laquelle les diversités et les particularismes sont dépassés, transcendés, intégrés, par un pouvoir oui est au service de la collectivité toute entière. Le concept d'intérêt général implique d'abord la possibilité de surmonter les antagonismes sociaux et de dégager un intérêt commun à l'ensemble des participants : ce qui unit les membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur-détermine leur identité singulière »[930].

87. C'est donc en tant qu'une idéologie particulièrement économique de l'intérêt général que, les SIEG se présentent comme un système cohérent et articulé de représentations, destiné à inculquer une nouvelle approche de la question d'intérêt général dans l'Union européenne.

Mais cette idéologie était déjà enchâssée[931] dans les termes de l'article 90-2 CEE et ne s'est donnée à apprécier qu'à partir de 1997 après l'entrée en scène des dispositions de l'article 86-2 CE (anciennement article 90-2 CE et devenu article 106-2 TFUE. C'est aussi en tant qu'une idéologie précise, de l'intérêt général que les SIEG réalisent la socialisation des règles de la concurrence en leur ôtant la saveur « amère (?) » d'une marchandisation(?) de l'humain, citoyen Union européen. Dès lors, se couplant aux termes de l'article 106 §2 TFUE, intérêt général et règles de concurrence réalisent le dytique haute qualité de prestations de SIEG fournies aux citoyens européens à des prix compétitifs.

88. **À travers les SIEG, le rêve est permis, ce qui unit les Union européen ira grandissant, faisant décroître conséquemment, ce qui les divise** – De plus, c'est également tant qu'une idéologie particulièrement économique de l'intérêt général que le concept de SIEG, pour devenir une notion juridique définissable à suivi une trajectoire de 1957(Traité CEE de Rome) à 2009 (Traité de Lisbonne) en passant par 1997 (Traité CE d'Amsterdam). Par la suite, avec les efforts intellectuels conjoints et, non concurrentiels de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne le concept à transcendé dans les décennies 1990, 2000 et 2010, les antagonismes sociaux et intérêts égoïstes des États membres afin de représenter une partie de l'intérêt commun à l'ensemble des citoyens européens.

89. De plus, l'érection des SIEG en valeur commune de l'UE par l'article 16 TCE devenu article 14 TFUE, avec le renforcement de la base juridique de cette stature par le Protocole 26 sur les SIG annexé aux traités UE et FUE de Lisbonne de 2009, ces missions d'intérêt général économiques opèrent dorénavant comme étant dotés de la capacité à réaliser la cohésion socio-économique et territoriale de l'UE. Dès lors, l'on s'aperçoit qu'à travers les SIEG, cette cohésion, une fois réalisée, pourrait unir les citoyens européens au point **de permettre l'affirmation qu'il existe dans l'Union européenne, une vérité selon laquelle, « ce qui unit [ses] membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur-détermine leur identité singulière »**[932].

90. Dans ce sens, l'idéologie de l'intérêt général que véhicule les SIEG ne pouvait que servir d'adjuvant à la définition de la notion de SIEG proposée à partir des idéologies

juridiques découlant des termes de l'article 106 TFUE. L'analyse à travers sa proposition d'une définition de la notion de SIEG à mis au jour le fait que les termes de l'article 106 FUE contenaient depuis 1957, tous les ingrédients d'une construction idéelle. En 1957 à Rome, les rédacteurs des termes de l'article 90 TCEE devenu article 106 TFUE n'ont pas seulement créé un concept, ils ont enchâssé[933] dans ces derniers, une idéologie juridique nouvelle de l'intérêt général.

91. **La notion de SIEG ne nous semble plus être parmi les nombreuses notions du droit qui comme celles de la pauvreté, et de l'intérêt général[934] en droit public français sont réputées indéfinissables** – À cette considération s'ajoute celle selon laquelle, notre définition de la notion de SIEG s'inscrit également dans la logique d'aider à mieux cerner le régime juridique des SIEG et ses vertus de protections juridiques d'une part. Et, d'autre part, elle participe de la réflexion sur le modèle social Union européen.

Conclusion première partie

92. **Le droit européen de la concurrence et les SIEG, des pièces maitresses de la construction économique de Union européenne transcendant l'économique par sa forte dose sociale** – Il est vrai indéniablement, « l'Union européenne se construit à travers une adhésion affirmée et renouvelée à l'économie libérale » mais cela ne fait pas d'elle uniquement qu'un vaste marcher où les agents économiques peuvent à leur guise commercer. Un tel cas de figure constituerait l'un des errements (?) de l'édifice lors même qu'en vertu du premier membre de phrase de l'article 2 du traité, « la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire … », il n'y est pas dit que le marché commun est son objectif. Dès lors, la concurrence et le droit de la concurrence interprété de manière téléologique, et les SIEG deviennent selon la belle formule des professeurs Robert Kovar et Vlad Constantinesco, des « "pièces maitresse" de la "constitution économique" de la Communauté »[935] tenant compte du social et de la morale.

93. D'ailleurs, dans la période allant de 1957 à la fin de 1996, la droit communautaire de la concurrence n'a pas visé l'établissement d'une logique concurrentiel, équivalent ou rivalisant avec l'*antitrusts* mercantile américain. La logique européenne de la concurrence véhiculée par le droit communautaire de la concurrence de 1957 à 1996 ne peut donc être appréhendé qu'à l'aune des dispositions de cet article 2 du traité CEE.

94. **Lecture téléologique du droit primaire Union européen, une nécessité pour comprendre l'esprit et les textes des traités de l'UE depuis 1957** – L'approche téléologique du contenu de ce texte et du droit européenne de la concurrence permet de se convaincre de l'idée des pères fondateurs de l'Union européenne qui ressort des articles 81, 82, 90, 101 et 105 du traité fondateur de la Communauté économique européenne. Elle consistait à faire du respect des règles de la concurrence, un moyen de la réalisation de l'objectif fondamental précédemment souligné dans l'article 2 du traité CEE. Ainsi, il ne faudrait pas se méprendre sur la compréhension du prédicat de la fin des termes de l'article 90 §2 TCEE (article 106 §2 TFUE) qui concerne des SIEG. Il vrai, *In fine*, les rédacteurs des termes du deuxième paragraphe de l'article 90 TCEE ont mentionné que « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ». Mais

une telle affirmation, nonobstant son importance, ne saurait être considéré comme l'essence, encore moins elle ne traduit une quelconque finalité de l'édifice Union européen. De même, l'unique économie générale des termes des articles 81, 82, 85 et 101 qui est de prohiber les actes anticoncurrentiels (monopole, entente …) pour instaurer dans le cadre du marché intérieur européen, une concurrence pure, parfait efficace doit être interpréter de manière téléologique c'est-à-dire en tenant compte de l'ensemble des dispositions du traité fondateurs de la CEE. L'analyse relève ici que malgré les nombreuses révisions du traité CEE de 1957 à la dernière de 2009 (traité de Lisbonne de 2009), les termes de ces cinq textes qui permettent de mieux comprendre la philosophie de la concurrence dans l'UE restent inchangé. Seule un changement logique de leur numérotation peut être rapporté de la sorte que l'article 81 CEE est devenu article 101 TFUE, l'article 82 CEE correspond à l'article 102 TFUE, le très important article 85 CEE du droit de la concurrence européenne est dorénavant l'article 127 TFUE let enfin, l'article 101 CEE devenu article 116 TFUE. Loin d'être le fruit d'une simple commodité ou d'une quelconque paraisse rédactionnelle, le maintien de ces textes tient au fait qu'il reflète une logique précise dans la construction de l'Union européenne, la philosophie de la concurrence est d'en faire le moyen d'atteindre le marché commun, lequel doit participer à la réalisation du vivre ensemble UE attestant une cohésion socio-économique des États membres.

95. **Dans le contexte européen, la concurrence a donc des allures économiques très peu surprenantes** – Ce constat n'étonne guère eu égard la construction européenne « à travers une adhésion affirmée et renouvelée à l'économie libérale [où] la notion de « marché commun » correspond à un espace économique commun à plusieurs États dans lequel les échanges s'effectuent dans les mêmes conditions que le marché intérieur. Elle implique la disparition de tous les obstacles aux mouvements de marchandises, de personnes, de services et de capitaux, ainsi que l'établissement d'un régime où la concurrence n'est pas faussée »[936].

96. **Finalités et objectifs de l'Union européenne et mission des SIEG clairement exprimé par les droits primaire[937] et dérivé UE** – En admettant que le traité CEE de Rome est suffisamment claire sur la finalité de l'édifice (voir notamment article 2 du traité CEE

précité) et également très précis sur le rôle[938] de la concurrence et sur le droit de la concurrence dans l'Union européenne (article 81, 82, 85 et 101 TCEE), l'analyse considère enfin que dans la période allant de 1957 à 1996, la logique européenne de la concurrence était davantage économique que concurrentielle au sens de l'*antitrusts* américain.

97. **La démonstration de la construction progressive de cette logique a été faite par l'analyse** – En effet, consacrée à l'étude de l'élaboration de la notion juridique de SIEG, cette première partie de notre recherche a d'abord révélé entre autres, un processus progressif à partir de la lente et sage mise en pratique du concept juridique SIEG depuis 1957. Puis elle a permis aussi de découvrir que le traité CE d'Amsterdam de 1997, a mis au jour, la logique que portait le concept de SIEG. C'est cette logique qui est chargée de réaliser la fonction des SIEG, vecteur du développement socio-économique de l'UE et du partage de son partage par toutes les collectivités territoriales de l'espace géographique UE. De ce point de vue, l'on peut affirmer que le traité d'Amsterdam de 1997 a eu raison d'élever les SIEG au rang des valeurs communes de la Communauté. Il est vrai, des obstacles sur le chemin de l'acceptation et de la concrétisation de cette logique n'ont pas manqué. Peut-être que d'autres écueils surgiront à en croire la précision de la définition de la notion d'entreprise faite en 2016 par le Conseil Constitutionnel français dans sa décision Cons. conso. n° 2015-510 QPC, 7 janv. 2016. En effet, par cette décision, l'on devra dorénavant entendre en droit commercial français, par entreprise visée par l'article L.464-2 du Code de commerce, les « personnes constituées selon l'un des statuts ou forme juridique propres à la poursuite d'un but lucratif »[940]. Or le droit commercial est le terrain de prédilection de l'application par principe des règle du droit UE de la concurrence dans lesquelles, la précision de l'arrêt Höfner de la CJCE a établi en 1991 que la notion d'entreprise désigne toute entité indifféremment de la raison sociale tirée de ses statuts et de son but lucratif. Devenue de jurisprudence constante, la précision ou définition *Höfnérienn*e de l'entreprise se voit ainsi désormais concurrencée par celle du Conseil constitutionnel français à tout le moins, en rupture claire avec elle. Que retiendra-t-on en droit français des SIEG concernant la notion entreprise ?

98. La réponse conforme au droit UE des SIEG serait certainement celle de la CJCE dans son arrêt Höfner. Mais cette évidence pour les spécialistes de cette matière, ne suffit pas lever le flou qu'instaure la décisions ci-dessus citée du Conseil constitutionnel français. Cela est un peu étonnant surtout que l'on sait que la limpidité de la sémantique du droit ne s'accoutume que très mal avec la coexistence dans le même système juridique de deux concepts qui remplissent essentiellement la même fonction ou divergent. « [Le] **principe d'économie des notions étant un impératif logique de tout système juridique, un système juridique ne peut accepter la coexistence de deux concepts ou règle qui remplissent essentiellement la même fonction ou divergent à propos d'une situation, aussi infime que soit cette divergence** »[illegible] (C'est nous qui le soulignons).

99. **En définitive, une fois définie, la notion de SIEG « en tant qu'idéologie juridique[942], l'intérêt général s'impose également comme le fondement et la limite du droit de l'Etat** »[943] mais, également comme le sous-bassement du modèle social UE auquel s'intéressera l'analyse après avoir étudié le régime juridique des SIEG en mettant au jour, ses vertus protectrices du consommateur des prestations qu'ils fournissent.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

DEUXIÈME PARTIE :
RÉGIME JURIDIQUE DES SIEG VERTUS PROTECTRICES ET AXIOLOGIQUES DU MODÈLE SOCIAL UNION EUROPEEN

DEUXIEME PARTIE : LE REGIME JURIDIQUE DES SIEG

La définition de la notion de SIEG proposée par l'analyse dans sa première partie (titre 2, chapitre 2, section 2) peut être considérée comme une proposition issue d'une construction mentale. Il s'agit donc du résultat d'une démarche intellectuelle. Elle n'est pas une donnée de la jurisprudence – même si de part son large pouvoir d'interprétation des traités elle aurait pu en formuler une –, encore moins elle n'est fournie par le législateur dont la définition est au demeurant attendue. Cette construction intellectuelle a mobilisé entre autres, d'importants facteurs historiques et socio-juridico-démocratiques qui permettent de retenir que la notion de SIEG s'avère être un ferment démocratique de l'Union européenne. Cependant, cette œuvre intellectuelle ne saurait occulter les difficultés que soulève l'épineuse maitrise du dynamisme des effets de l'application du régime juridique des SIEG. Il faudrait donc en étudiant le régime juridique des SIEG, prendre en compte toute la problématique de la maîtrise des conséquences de son application. Prenant en compte cette dimension, l'étude du régime juridique des SIEG sera une analyse des règles juridiques qui régissent ce domaine au sens d'un droit positif. Or le droit positif est un « ensemble de règles juridiques en vigueur dans un Etat ou dans une communauté internationale, à un moment donné, quelle que soit sa source ; c'est le droit « posé », le droit tel qu'il existe réellement »[944].`

De manière plus directe, il est possible de retenir que l'intérêt de l'étude du régime juridique des SIEG réside dans l'analyse de sa composition et de son évolution avant et après le « paquet Almunia » (**Titre 1**), afin d'en dégager les vertus protectrices qui ne sont que faiblement voire presque pas mises en valeur par la jurisprudence et/ou la doctrine universitaire du droit des SIEG. Pour autant, le régime juridique des SIEG offre d'une part, une protection aux opérateurs économiques et aux consommateurs finaux des services prestés dans le cadre de leurs missions. Et d'autre part, il permet de comprendre la valeur axiologique du modèle social Union européen que pourrait revêtir les SIEG (**Titre 2**).

Titre 1 :
REGIME JURIDIQUES DES SIEG AVANT 2012

Titre 1 : Régime juridique des SIEG en 2005 et 2012

Dans le droit des SIEG, on le sait et cela est aussi valable pour divers domaines du droit européen, la Cour de justice de l'Union européenne a effectué et continue son importante œuvre de clarification terminologique. Ces clarifications terminologiques jurisprudentielles réalisent avec des fortunes diverses, des conciliations entre les différences culturelles juridiques des États membres notamment en matière de services publics. En effet, « *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 considérations*** »[945] (soulignée par nos soins).

Une présentation analytique du régime juridique des SIEG se fera suivant deux périodes choisies en fonction des deux paquets « *Monti-Kroes* »[946] de 2005 et « *Almunia-Barnier* » de 2011, communément appelé « *paquet Almunia* ». Nous dégagerons donc d'une part le régime juridique des SIEG avec le « *paquet Monti-Kroes* » (**chapitre 1**) et d'autre part ledit régime juridique avec le « paquet Almunia » qui succéda au premier à partir de décembre 2011 (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Régime juridique des SIEG de 2005

Avant décembre 2011, année de l'adoption par la Commission européenne du « paquet Almunia », il a existé un régime juridique pour les services d'intérêt économique général. Ce régime était composé d'un ensemble de règles de droit de plusieurs natures. Certains textes sont issus des traités de CEE de Rome (1957)[947] et CE d'Amsterdam (1997)[948], d'autres sont des décisions[949] de l'administrateur de l'UE qu'est la commission européenne (« *Paquet Monti-Kroes* ») et des fameux quatre critères jurisprudentiels dégagés par la CJCE dans la désormais célèbre affaire *Altmark Trans*[950] de 2003. Cet ensemble de règles de droit formait l'arsenal ou le régime juridique des SIEG d'avant 2011 à présenter et expliciter. Dans le régime juridique des SIEG, une exception générale existe et elle est de construction jurisprudentielle puisqu'elle procède de la décision de la CJCE du 18 novembre 1999 dans l'espèce *Teckal*[951]. Il s'agit des contrats de type « *in house* ». La notion du « *in house* » ou prestations intégrées de quasi-régie impliquant essentiellement les collectivités locales est une construction jurisprudentielle du « principe de neutralisation des règles de la concurrence dans le domaine des marchés publics »[952]. Ceci est d'autant plus vrai que c'est dans l'affaire *Teckal* sus-citée que la CJCE a dégagé les critères régissant l'exception du « in house ». Nous y reviendrons plus tard en dégageant son impact dans le régime juridique des SIEG.

Mais concernant cet ensemble composite de règles qui forment le régime juridique des SIEG, force est de constater qu'il a souvent été utilisé suivant le mécanisme d'un faisceau d'indices. Ce mécanisme de lecture et utilisation combinée desdits éléments est souvent apparu inévitable dès lors que l'on a convenu qu'aucun d'eux ne peut fonctionner isolément des autres surtout que seule, une partie de ces règles ne couvrait qu'insuffisamment les aspects de la création, de l'organisation et du financement des SIEG. Cependant, il faudrait souligner que ces trois aspects de la vie des SIEG sont à distinguer de leur fonctionnement ; dans la réalité, ces trois aspects ne sont que les trois étapes de la mise en place d'une mission de SIEG dans lesquelles, l'ensemble des règles qui régissent le régime juridique des SIEG

fonctionne ou y est utilisé de manière complémentaire. C'est donc en retenant le procédé de lecture complémentaire desdites dispositions normatives que seront présentés et analysés les composants majeurs du régime juridique des SIEG incluant le « *paquet Monti-Kroes* » de 2005 suivant un choix méthodologique certes discutable mais ici dicté par la préoccupation d'en faciliter la compréhension au dépend d'une option scolastique soumise à une application rigoureuse d'une catégorisation juridique tributaire de référentiel préétablit. Mais avant, disons tout de suite que le texte juridique fondamental du droit des SIEG est issu du traité de Rome de 1957 instituant la Communauté Economique Européenne (CEE). Il s'agit de l'article 90 CEE qui deviendra en 1997, l'article 86 CE et constitue aujourd'hui l'article 106[953] du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après, TFUE). Pour sa valeur fondatrice du concept de SIEG, l'article 106 TFUE (ex-article 86 CE, ex-article 90 CEE) sera étudié comme le premier élément textuel du régime juridique des SIEG.

Relevons d'ores et déjà que l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE et bien avant ex-art.90 CEE), a été rédigé de manière très complexe car il renvoie à au moins trois autres article du Traité fondateur de la Communauté économique européenne. Sa lecture s'impose comme devant être complétée par celles des dispositions de tous les autres texte auxquels il renvoie. N'ayant donc pas choisi de simplifier leur rédaction, les auteurs de ces dispositions en ont fait un langage d'initiés du droit communautaire, ce que ne sont pas tous les pouvoirs publics étatiques, nationaux, régionaux et locaux des pays-membres.

Par la suite, on le sait, ce texte qui en ce qui concerne le financement des SIEG est tributaire de la force restrictive des dispositions de l'article 92 CEE (devenu après modification article 87 CE et puis depuis 2007 article 107 TFUE), relatives aux aides d'État dans ce secteur économique des services d'intérêt général a été complété en 2005 par le « *Paquet Monti-Kroes* » suscité. C'est donc cet ensemble d'éléments juridiques hétérogènes qui forme, la base légale textuelle du régime juridique des SIEG. Toutefois, afin de mieux l'expliciter, le « *Paquet Monti-kroes* » de 2005, l'un des éléments textuels majeurs du bloc légal susvisé du régime juridique des SIEG sera aussi présenté et analysé séparément. Néanmoins, cette logique quelque peu pédagogique pour les destinataires premiers des règles du régime juridique des SIEG que sont les pouvoirs publics des pays-membres de l'UE n'enlève rien au fait que c'est bien cet ensemble de règles composites qui forme le bloc textuel légal du régime juridique des SIEG d'avant le « *paquet Almunia* » suscité (**Section 1**).

Toutefois, le régime juridique des SIEG d'avant l'année 2011 n'est pas composé que desdits éléments textuels. L'on y retrouve des données jurisprudentielles. Ainsi, nous avons les précisions jurisprudentielles des arrêts *Sacchi Como*[954] (1974), *Corbeau*[955] (1993) et *Commune d'Almelo*[956] (1994) suivis des quatre critères « *Atlmark* »[957] (2003). L'ensemble de ces importantes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne forme le bloc jurisprudentiel du régime juridique des SIEG qui sera étudié en abordant en dernier développement l'exception du « in house » et son rôle de facilitateur de la résistance nationale audit régime juridique ainsi qu'aux règles de la concurrence. (**Section 2**)

[illegible]

Le bloc textuel du régime juridique des SIEG est composé d'éléments hétérogènes que l'on peut regrouper en deux catégories. D'une part l'on peut aisément distinguer les dispositions des traités qui s'articulent autour de l'article 106 TFUE (ex-article 86 CE et ex-article 90 CE) (**§1**). D'autre part, nous avons le « paquet Monti-Kroes » (**§2**)

§1 : Article 106 TFUE fondement du droit des SIEG

Aujourd'hui connu sous la numérotation 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'article 90 CE a instauré de manière très imprécise le concept de SIEG dans le paysage juridique Union européen (**A**). Sa lecture est encore moins facile eu égard à la structuration[958] complexe de certains de ses paragraphes en l'occurrence le deuxième. Il en découle donc des difficultés de lecture des dispositions de l'article 106 TFUE qui ne peuvent être passées sous silence (**B**).

A- L'article 90 CE (article 106 TFUE) naissance des SIEG

Il ne fait l'ombre d'aucun doute et la doctrine du droit européen en général en convient, que c'est le Traité CEE de Rome de 1957, qui pour la première fois introduit le concept d'intérêt économique général dans le paysage juridique de la Communauté (**1**). Mais il s'est agit pour le moins que l'on puisse en dire, d'une œuvre imparfaite entretenant le flou conceptuel (**2**).

[illegible]

1- Article 90 CEE : nouveau concept de service public

C'est en 1957 à Rome que pour la première fois, les rédacteurs de l'article 90 du Traité de CEE vont introduire un nouveau concept juridique, à effet transformateur dans le paysage des services publics dans les États membres. En effet, bien avant ce Traité CEE, pour ceux des pays membres dont la France qui avait une tradition construite et établie du service public depuis le célèbre arrêt Blanco de 1875, les notions de puissances publiques (PP) [959] , de

service public (SP)[960], de service public administratif (SPA)[961] et de service public industriel et commercial (SPIC)[962] étaient largement connues et structurées à la fois dans les droits et vocabulaires de ce domaine public. L'on y retrouvent de manière très prononcée avec un marqueur juridique exceptionnel, d'autres notions qui leurs sont attenantes dont celles de prérogatives exorbitantes et de puissance puissance publique. Toutes ces notions en droit français renvoient à des définitions et régimes juridiques patiemment construits qui ont même fait école dans le droit des anciennes colonies françaises. C'est dire que ces constructions juridiques n'y sont pas banales avec dans cette formidable œuvre, l'intervention d'un acteur majeur qui est le Conseil d'[illegible] juge incontournable de l'administration. Laquelle administration, en devenant une justiciable selon la belle formule consacrée par l'*arrêt Blanco* susvisé, a perdu une grande partie de sa toute puissance et la totalité de son statut d'actrice de droit public non punissable pour des dommages causés par les services publics.

On le voit, il y a dans certains États membres de l'UE, une grande tradition jurisprudentielle solidement ancrée qui au demeurant continue d'être en vigueur encore aujourd'hui. En France cela se fait toujours sous le regard vigilant du juge du Conseil d'État, dernière instance juridictionnelle en matière de service public. Dans d'autres pays de l'UE, il n'existe pas la même tradition du service public mais des terminologies voisines qui n'en sont pas. Des synonymes ont existé et demeurent dont le *public utility* anglais. Ce paysage juridique ainsi décrit va connaître un début de bouleversement avec l'arrivée de la nouvelle terminologie inventée par les rédacteurs de l'article 90 CEE dont il conviendra de rappeler intégralement les dispositions des deux premiers paragraphes. Soulignons au passage que cet article ne contient que trois paragraphes. Selon les rédacteurs desdites dispositions, « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus »[963].

[illegible]

Jusqu'ici tout va bien serait-on tenté de conclure. Il n'y a rien de bien nouveau sous le soleil puisque dans le droit de plusieurs États membres, la notion d'entreprise publique est connue par opposition à celle dite de droits privés ou entreprise privé. Mais une première question surgit très vite lorsque dans le même paragraphe par la suite de la désignation d'entreprises publiques, les rédacteurs desdites dispositions visent « les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs ». De quelles entreprises s'agit-il cette fois ci ? La réponse a été donnée dans nos précédents développements sur la nature publique et/ou privée des entreprises opérant dans le secteur des SIEG. Nous ne pouvons que renvoyer à ces précisions susvisées en rappelant brièvement ici, qu'il pourrait dans l'accomplissement d'une mission de SIEG s'agir valablement et dûment, d'une entreprise publique ou privée. Cela ne pose aucun problème particulier et le juge du plateau de Kirchberg luxembourgeois a aidé à clarifier cette indifférenciation dans la nature de l'entreprise chargée de prester une mission de SIEG. La précision de la CJCE s'est faite dans le cadre de ses pouvoirs d'interprétation des traités que lui confèrent les dispositions de l'article 177 CEE. L'arrêt *Giuseppe Sacchi* de 1974[964] a été l'occasion qui lui a été offerte à cet effet par rapport aux dispositions du paragraphe 1er de l'article 90 CEE qu'il a interprété dans ce sens.

En revanche, la navigation dans le fleuve juridique du paragraphe 2e de l'article 90 CE devient de moins en moins évidente à la lecture des dispositions de l'article 90 CEE. En effet, les mêmes rédacteurs avancent que « les entreprises chargées de la gestion de **services d'intérêt économique général** ou présentant un caractère de monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur ait impartie (…)» (C'est nous qui le soulignons).

Ce deuxième paragraphe d'une densité exceptionnelle en termes juridiques demande éclaircissement et force est de convenir qu'en 1957, il n'était absolument pas évident de distinguer ce qu'ils désignaient par « (….) services d'intérêt économique général (…) »[965]. C'est donc normal qu'après l'entrée en jeu de l'article 86 §2e du traité d'Amsterdam de 1997, qui a repris dans les termes identiques le second paragraphe de l'article 90 CEE, la doctrine s'emballe et s'emploie à aider les premiers destinataires desdites dispositions que sont les pouvoirs publics des États membres à distinguer lesdits services publics particuliers car

économiques qui à ce jour continuent d'attendre leur définition par les instances décisionnelles (Le Conseil et la Commission de l'UE) interprétatives (la CJUE). En attendant cette définition appelée[966] par la doctrine du droit européen admettons qu'il s'est agit d'une étonnante instauration terminologique tant elle est imprécise.

2- Un concept imprécis de service public

Le moins que l'on puisse dire au sujet de la lecture du second paragraphe de l'article 90 CEE c'est, qu'il est très imprécis dans la désignation ce que l'on devrait entendre par « (….) services d'intérêt économique général (…) »[967]. Certes cette terminologie renvoie sans nul doute à un type de service public d'intérêt général de type économique. En revanche, s'agit-il d'activité d'intérêt général économique clairement identifiable à la date de la rédaction des dispositions susvisées ? Rien n'était moins sur, sauf l'admission du fait que la terminologie se rapportait à un ensemble de services publics de type économique accomplis par des entreprises qui dans ce cadre « sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie (…) ».

Mais de quelle catégorie de services publics s'agit-il par opposition à ceux déjà existants ou devraient-ils être créés ? Autant de questions qui fondent l'imprécision de la catégorie de « (..) services d'intérêt économique général (…) » introduite par le l'article 90 CEE §1er et 2°. Cette imprécision demeurera de 1957 à 1971 où la CJCE dans l'arrêt Muller, commencera l'identification des activités économiques pouvant relever de mission de SIEG. Il s'agira entre autres de l' « exploitation d'un port fluvial »[968], de la

«production d'émission de radiotélévision »[969] , du « transport par chemin de fer »[970], des « services de distribution d'eau »[971], des services de « télécommunication »[972], des « activités de pompes funèbres »[973], de l'« activité de placement de personnel »[974], des « services postaux »[975], de « la fourniture d'énergie électrique »[976], du « transport de voyageurs »[977], de « exploitation de lignes non rentables pour des raisons d'intérêt général»[978], de « la gestion d'un port de commerce »[979], de « la Fixation d'un "prix de référence" pour la fourniture du gaz naturel »[980], etc.. On le voit, la liste est longue et loin de pouvoir être limitativement arrêtée. Cette impossibilité de catégorisation définitive tient au fait que fidèle à sa décision de 1974 dans l'affaire *Sacchi Como*, pour la CJUE, l'intervention de l'entreprise chargée d'une mission de SIEG doit être sur « un marché de bien ou service »[981] C'est ainsi qu'en 1993, dans l'affaire Poucet c/Pistre où dans le point 7, la Cour de justice décidera qu' « il résulte de la jurisprudence de la Cour (voir notamment, arrêt du 23 avril 1991, *Hoefner* et *Elser*, C-41/90, Rec. p.I-1979, point 21), que, dans **le contexte du droit de la concurrence**, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant **une activité économique**, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. »[982] (C'est nous qui le soulignons). Il ressort de cette décision que ce qui doit être pris en compte dans l'identification de l'activité économique, c'est la prégnance du caractère concurrentiel. Sur marché donc, l'offre de bien et/ou de service faite dans un contexte concurrentiel est une activité économique ce qui est largement le cas des services prestés dans le cadre des missions de SIEG. La spécificité de l'intérêt économique général de l'activité économique ne sera retenue dans ledit contexte que par rapport à d'autres activités de la vie courante économique. L'exclusion d'office d'un type d'activité du vaste éventail de celles qui peuvent être revêtues

[illegible]

, *Arrêt GT-Link*, Affaire C-242/95, [illegible]

du caractère d'intérêt économique général n'était donc pas aisée à la lecture des dispositions de l'article 90 CEE de 1957.

Dès lors, l'on pouvait en déduire que la terminologie services d'intérêt économique général renvoyait à une large gamme d'activité. Certains auteurs estiment même que « **"le service d'intérêt économique général" vise, a priori, aussi bien les services publics nationaux que les services publics locaux** »[983] (C'est nous qui le soulignons).

La grande activité jurisprudentielle de précisions et de reprécisions à la fois de notions dont celle de l'activité économique que peut couvrir une mission de SIEG touche aussi bien la détermination que la délimitation de ce concept instauré par l'article 90 CEE. Soulignons encore une fois que le concept de service d'intérêt économique général a été instauré en 1957 par le Traité CEE sans être accompagné d'un « manuel explicatif d'usage » contenant une définition de la terminologie elle-même. Cette absence de « manuel explicatif d'usage» a permis et entretenu pendant longtemps des confusions et des allers et retours entre les dispositions susvisées de l'article 90 CEE et celles contenues dans d'autres articles notamment l'article 73. Plusieurs suppositions ont donc pu être faites, - dont celle de Jean-François Auby et Olivier Raymundie - qui ont admis que « selon cet article (73 CEE), " sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public" »[984]. Nous partageons largement leur constat car l'introduction sans aucune définition précise – et surtout l'entretien d'un flou définitionnel –, d'une nouvelle donnée juridique très importante comme celle des SIEG qui s'avèrera transformatrice du domaine du service public est difficile à concevoir. Le nouveau concept véhiculant une nouvelle conception du service public a pu bouleverser certains construits juridiques dans ce domaine. En effet, l'application de l'article 90 CEE de 1957 a mis en cause la conception française du service public construite par une combinaison entre des constructions jurisprudentielles remarquables – dont les célèbres conclusions Romieu[985] sur l'arrêt Terrier

du Conseil d'État de 1903 –, et d'importants travaux doctrinaux de 1920 faits par les illustres Doyens Duguit (1903)[986], Hauriou (1910)[987] et le Professeur Jèze (1904[988], 1926[989] et 1930[990]).

Le domaine du service public dans les pays membres de l'UE, on le sait, est marqué par diverses approches comme cela a été constaté dans la proposition de résolution du Conseil présentée par la Commission en 1992 selon laquelle, « il existe en France une mystique

républicaine du service public qui ne se retrouve d'aucune manière dans les conceptions utilitaristes développées à Bruxelles »[991]. A la suite de certains auteurs, force est de reconnaître que ce constat laisse transparaître deux notions du service public qui « ne coïncident donc pas complètement puisque l'une est indifférente aux moyens employés pour atteindre les objectifs donnés (le service universel), alors que l'autre tend à considérer que la poursuite des mêmes objectifs exige le recours à des moyens spécifiques (le service public) ».

Dans la lecture première des dispositions de l'article 90 CE, la référence à la notion de service public n'est pas directe, elle est « incidente, dans un domaine technique de surcroît » où l'approximation ne devrait pas être tolérée. On le voit, le ver confusionnel était dans le fruit et le professeur Jean-Yves Chérot pourra donc affirmer en 1996 que « **les dispositions actuelles du traité de Rome (c'est-à-dire essentiellement l'article 90) sont insuffisantes** dans la mesure où elles ne retiennent les exigences du service public et des politiques publiques qu'en dérogation exceptionnelle aux règles de concurrence qui constituent la base de la constitution économique de l'Europe communautaire et qu'elles placent les services publics en situation défensive »[992]. Ajoutons que jusqu'au traité CE d'Amsterdam, les dispositions de l'article 90 §2e étaient aussi insuffisantes qu'imprécises au point de favoriser l'immense activité jurisprudentielle susvisée des années 1970, 1990 et 2000.

De ce qui précède, l'on aurait pu en déduire que la Cour de justice a largement éclairé la lecture des dispositions de l'article 90 CEE. Toutefois, l'analyse des débats qui ont suivi l'entrée en jeu des dispositions de l'article 86 CE du Traité d'Amsterdam qui ne sont ni plus ni moins qu'une reprise textuelle de celles de l'article 90 CEE va surprendre par la persistance de zones floues. Il se dégage une étonnante méprise ou mauvaise lecture voire une véritable incompréhension des principes et dérogations contenus dans le paragraphe 2e de l'article 86 CE par les pouvoirs publics locaux.

B- Article 86 CE : difficultés de lecture ?

L'article 86 CE du traité d'Amsterdam de 1997 comporte trois paragraphes. Il est assez frappant voire étonnant que la réception des dispositions des trois paragraphes ne soit absolument pas la même. Alors que les 1er et 3e paragraphes qui contiennent des dispositions

aussi importantes que celles du 2e, seules ces dernières ont fait l'objet de débats intenses dans la doctrine. Pour une analyse quasi-complète de l'ensemble des dispositions des trois paragraphes dudit article, commençons par celles des paragraphes 1er et 3e qui semblent avoir reçu un meilleur accueil par les acteurs du droit dans les États membres (**1**).

Concernant les dispositions de l'article 86 §2 CE susvisé, il ressort de l'analyse des avis de la Commission européenne dont celui de 2002[993] et de l'abondante doctrine développés depuis « son entrée scène »[994], que l'on peut s'autoriser le constat suivant : il existe deux manières assez tranchées de les lire. Il y a d'un côté celle des spécialistes du droit européen en général et tout particulièrement de ceux qui sont très avertis de la science juridique du droit public économique européen. Ceux-ci semblent avoir perçu le fonds de la pensée des rédacteurs desdites dispositions et surtout ce qu'ils ont entendu exprimer. Messieurs Jean François Auby et Olivier Raymundie résument assez parfaitement cette perception de la manière suivante :

> « globalement, deux concepts sous-tendent la lecture européenne du service public. Le premier est celui de "service d'intérêt économique général" fixé à l'article 86 du traité qui constitue le soubassement de l'appréhension européenne du service public. Le second, celui de " service universel", est emprunté au vocabulaire juridico-économique américain (…) apparu plus tardivement avec les politiques de libéralisation des télécommunications et de la poste ».[995]

De ce constat largement partagé, il ressort que pour les spécialistes il est clair et évident que les dispositions du second paragraphe de l'article 86 CE posent d'abord un principe assorti d'une dérogation. Cette perception est moins évidente pour les acteurs nationaux du droit des SIEG pour qui cette compréhension est étonnamment difficile (**2**)

De l'autre côté, il y a ceux très nombreux qui en réalité en sont les premiers destinataires c'est-à-dire les pouvoirs publics des États membres. Dans la mise en œuvre des dispositions susvisées du paragraphe 2e de l'article 86 CE, ce sont ces acteurs de droits qui apparaissent attirés par le régime dérogatoire, gage de plus d'avantages que la soumission au principe. En effet, la dérogation à l'application par principe des règles de la concurrence à l'ensemble des

SIEG est attrayant voire incitatrice à des qualifications détournées de services d'intérêt général en SIEG (**3**).

1- Article 86 § 1er et 3e : une lecture aisée

Les dispositions de l'article 86 CE § 1er imposent des obligations aux États membres qui ont la large latitude d'affecter à des entreprises des missions de services d'intérêt général économique. Ce sont les deux précisions importantes contenues dans ledit paragraphe (**a**). Par la suite, celles du paragraphe 3e sont très affirmatives sur le fait que « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ». Il faut entendre par ce pouvoir de veille, une dévolution par le traité à la Commission européenne, d'un pouvoir de contrôle de la qualification d'un intérêt général en mission de service d'intérêt économique général (**b**). Des deux séries de dispositions susvisées découlent d'importants pouvoirs et implications qui sont assez bien reçus par les pouvoirs publics dans les États membres à qui leur appréhension ne semble poser aucune difficulté spéciale (**c**).

[illegible]

Aux termes des dispositions de l'article 86 CE §1er, les États membres doivent s'empêcher d'édicter ou de maintenir « en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux exclusifs aucune mesure contraire aux règles du présent traité notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus »[996]. Il s'agit en réalité d'interdictions qui se rapportent à des obligations. Mais de quelles formes d'obligations s'agit-il en réalité. Le texte n'ayant pas donné leur forme, il est revenu à la Cour de justice d'en donner la précision d'autant que ce droit lui est dévolu par les traités fondateurs. Elle ne s'y est pas dérobée puisqu' « en effet, comme l'a souligné la Cour, même si cet article présuppose et donc admet l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux ou exclusifs, **il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux ou exclusifs sont nécessairement compatibles avec le traité** »[997] (C'est nous qui le soulignons).

Il y a donc un besoin de clarification de ce que renferme la notion susvisée de « mesures » que les États dans ce domaine ne peuvent ni prendre ni maintenir. Sans nul doute, cette terminologie renvoie plus précisément à des dispositions prises de manières unilatérales

[illegible]

comme en droit administratif français où de telles décisions ne pourraient émaner que de pouvoirs publics ou puissances publiques et non pas de personnes de droit privé pour la création d'un service public. La création ou la définition – les deux termes désignent la même et seule opération juridique de qualification juridique –, d'un SIEG ou l'affectation d'une d'une mission de SIEG ne peut que procéder d'une décision des pouvoirs publics étatiques. Concernant lesdites mesures, certains auteurs soutiennent à raison puisque cela est pertinent que « **les mesures visées par cette interdiction peuvent revêtir des formes variées**. Il peut s'agir **aussi bien de dispositions législatives, réglementaires ou administratives unilatérales ».** Il en revient à en exclure les actes bilatéraux ou multilatéraux mais il certain que **« quelles qu'en soient leurs formes, il doit s'agir de mesures étatiques et non pas de comportements adoptés, de leur propre initiative, par les entreprises concernées,** ces comportements étant susceptibles de relever des seuls articles 81 ou 82, et non pas de l'article 86 »[998] (C'est nous qui le soulignons).

Ici et selon l'économie des dispositions susvisées, le caractère unilatéral doit rimer à la fois avec l'expression d'une volonté souveraine étatique et l'élément légal. C'est ainsi que la Cour de justice dans sa décision du 14 juillet dite « Ministère public Luxembourgeois contre Mme Muller » sur laquelle il serait nécessaire de revenir plus tard, elle retiendra que « peut relever de cette dernière disposition[999] une entreprise qui, jouissant de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est **légalement** chargée (…) »[1000] (C'est nous qui le soulignons). En convenant que la terminologie pouvoirs publics étatiques identifie les autorités publiques des États membres, il est à souligner que selon l'économie des dispositions du paragraphe 2e de l'article 86 CE susvisé, elles « seules peuvent déléguer un service d'intérêt économique général. [Dans la mesure où] **elles sont, en effet, les seules entités à avoir compétences initiale d'organisation d'un service d'intérêt économique général**. [Et de manière plus détaillée, précisons que] les autorités publiques visées concernent les différents États membres, les États fédérés (dans le cadre d'un État fédéral), les collectivités locales, leurs groupements… »[1001] (C'est nous qui le soulignons). Dans le point 33 de son arrêt Bodson du 4 mai 1988, la CJCE a estimé concernant l'article 86 §1er (ex-

article 90 CE) qu' « en effet, cette disposition régit les obligations des États membres, notion qui inclut, dans ce contexte, les autorités publiques aux niveaux régional, provincial ou communal, au regard d'entreprises « auxquelles ils accordent des doits spéciaux ou exclusifs »[1002].

C'est donc à cesdits pouvoirs publics qu'incombent le respect des obligations susmentionnées qui, quelles qu'en soient leurs formes, doivent être compatibles avec l'ensemble des dispositions du traité, la règle de la transparence requise par l'application du droit de la concurrence, l'ensemble des règles de la concurrence et respecter aussi les principes d'égalité et de non-discrimination entre les entreprises.

C'est bien dans ce sens que l'apport en précision de l'arrêt Bodson[1003] de la Cour a été en 1989 très apprécié. En effet, dans cette espèce, la Cour a vérifié la légalité des mesures étatiques. Concernant les entreprises publiques et assimilées en tenant compte d'un ensemble large de texte du traité, de principe de non-discrimination et des règles de la concurrence. Les points 12, 15 16 et surtout 26 in fine de l'arrêt sont sur ce point assez instructifs. Dans le point 26 *in fine* de l'arrêt, la Cour a décidé qu' « il résulte également de la jurisprudence que l'application de l'article 86 n'est pas exclue par le fait que l'absence ou la limitation de la concurrence est favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires ».

En définitive l'on peut ici retenir que la définition, l'organisation et le financement des SIEG qui conformément aux habilitations des dispositions du paragraphe 1er de l'article 86 CE sont souverainement faites par les pouvoirs publics étatiques des pays membres doivent obéir aux obligations susvisées qui incluent le respect d'un ensemble de règles du droit européen transcendant les énumérations qui en ont été faites. L'obligation non négociable de se soumettre aux règles de la concurrence sauf si leur respect empêche l'accomplissement de la mission de SIEG figure au nombre de celles qui s'imposent aux États et autres pouvoirs publics étatiques. Les règles plus strictes de l'octroi des aides d'États qui se résument dans les quatre critères dégagés par la jurisprudence *Altmark* sont aussi concernées par lesdites obligations. Si les obligations qui incombent aux États membres sont comprises comme susmentionnées alors il ne reste plus qu'à identifier le plus clairement possibles, les entreprises qui peuvent êtres chargées de missions de SIEG.

Selon les termes des dispositions susvisées du paragraphe 1er de l'article 86 CE, deux types d'entreprises peuvent être des opérateurs économiques dans les missions de SIEG « à savoir d'une part, les entreprises publiques et, d'autre part, entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs ».

En ce qui concerne l'entreprise publique, elle s'intègre totalement dans la conception générale large et autonome que le droit européen s'est forgé de la notion d'entreprise. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice développée depuis l'arrêt *Sacchi Como* précité de 1974 que la Cour a retenu une approche large de la notion d'entreprise rentrant dans le cadre de la disposition susvisée. La doctrine en retiendra que « la Cour de justice des communautés européennes considère que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement [en relevant] (…) que c'est donc l'effet sur le marché qui est déterminant pour la Cour ». Donc l'extension jurisprudentielle de la notion d'entreprise ne saurait surprendre quand dans certains de ces arrêts, la Cour de justice la reconnaît aux Pompes Funèbres[1004] ou aux activités de placement[1005] etc., cette qualité en matière de SIEG.

Cette conception large de l'entreprise dans le droit des SIEG est bien différente de celle en vigueur en droit interne français. La notion d'entreprise en droit européen est une notion autonome qui ne subit pas les contingences des distinctions entreprise publique et privée comme c'est le cas dans certains droits internes aux États membres. Le constat peut donc être fait de ce qu'en droit européen, « il importe peu que les moyens mis en oeuvre pour l'exercice de son activité relèvent, dans le système national concerné, du droit public ou du droit privé »[1006].

Cette conception spéciale et autonome de l'entreprise par le droit européen dans le domaine des SIEG ne saurait étonner puisqu'elle rentre dans le cadre du principe de neutralité posé par l'article 295 du traité en vertu duquel « les entreprise publiques comme privées en charge de la gestion de services publics peuvent revendiquer le bénéfice de l'article 86-2, l'essentiel étant qu'elles interviennent dans le marché même si elles sont dépourvues de

personnalité juridique indépendante et quel que soit leur mode de financement »[1007]. C'est donc à juste titre que la Cour dans les points 18 à 20 de son arrêt du 20 mars 1985 a jugé malgré l'usage de moyens réglementaires, en l'occurrence « l'article 28 du *Post Office Act* de 1969, puis l'article 21 du *British Telecommunications Act* de 1981, – le pouvoir conféré à BT de prendre des règlements se trouve strictement limité aux seules dispositions visant à fixer le tarif et autres modalités et conditions des prestations qu'elle fournit aux usagers – ; (…) dans ces conditions, les règlements visés par la décision attaquée doivent être regardés comme faisant partie intégrante de l'activité d'entreprise de BT » [1008]. Partant, la *British Telecommunication* (B.T) est bien une entreprise au regard de l'article 86 CE. Conformément à cette large conception, la Cour de justice a reconnu dans son arrêt du 16 juin 1987, « Commission c/ République italienne »[1009] le statut d'une entreprise au sens de l'article 86 CE, à un service en régie d'une collectivité publique nonobstant l'absence d'une personnalité propre.

En revanche, au sujet des entreprises auxquelles les États reconnaissent des droits spéciaux ou qui sont titulaires de droits exclusifs, le droit européen n'en autorise pas une détermination aussi large que susvisée. Elles sont l'une et l'autre assez clairement et limitativement désignées. Ainsi il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice et plus précisément de l'arrêt Bodson précité qu' « une entreprise est titulaire d'un droit exclusif lorsque la loi accorde à cette dernière, et à aucune autre, le droit d'exercer une activité déterminée ». Tandis qu' « une entreprise est titulaire de droits spéciaux lorsque l'exercice d'une activité économique est réservé par la loi à un nombre limité d'entreprises, et non à une seule, comme c'est le cas pour une entreprise dotée de droits exclusifs ».

2- Principe et dérogation posés par l'article 86 TCE

C'est en se plaçant résolument du côté des pouvoirs publics étatiques notamment des décideurs des collectivités territoriales que force est de reconnaître que la lecture et l'appréhension des dispositions du second paragraphe de l'article 106 TFUE (ex-article 86 §2[e)] est beaucoup moins évidente qu'elle ne paraît. C'est la raison pour laquelle, assurément, ils apprécieraient une aide pédagogique juridique, ce que le professeur Pierre Yves Monjal n'a pas manqué de relever avec grande pertinence dans son ouvrage « Droit européen des

collectivités locales »[1010] de 2010. En effet, l'on peut convenir avec une partie de la doctrine du droit européen que « **l'article 86 paragraphe 2 est « (…) une disposition de structure complexe** »[1011](C'est nous qui le soulignons). En revanche, cette complexité structurelle n'empêche pas que celle-ci soit bien appréhendée. En effet, une bonne lecture de celle-ci permet de reconnaître que l'article 86 CE §2e pose d'abord et avant tout un principe**,** celui qui soumet tous les SIEG à l'application des règles de la concurrence **(a).**

Puis et enfin, toujours selon les termes de la même disposition, les règles de la concurrence deviennent inapplicables si et seulement si leur application fait échec **« à l'accomplissement en droit à la mission qui leur a été impartie »[1012].** Il s'agit là de la dérogation au principe susvisé (**b**)

[illegible]

« **Par principe**, comme le prévoit la première phrase de cette disposition, les entreprises chargées de la gestion d'un tel service ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont bien soumises aux règles du traité CE et, en particulier, aux règles de la concurrence »[1013] (C'est nous qui le soulignons). C'est donc le principe de la soumission des SIEG aux règles de la concurrence qui est d'abord et avant tout posé par l'article 86 §2 CE. L'application de ce principe ne devrait pas souffrir d'entraves injustifiées et non encadrées par le traité. Il ressort de ce principe, une exigence majeure, celle de soumettre d'office tous les services d'intérêt général aux règles de la concurrence d'autant que celles-ci font partie du patrimoine commun ou intérêt commun des pays membres de l'Union européenne.

Le fondement économique de la construction européenne serait mis à rude épreuve si le droit de la concurrence au nom duquel s'est réalisé le marché intérieur intégré pour faciliter la libre circulation des personnes, des marchandises et des services devrait être remis en cause. Il s'agit donc d'une priorité pour le droit européen et pour l'ensemble de l'œuvre de la construction européenne que cette exigence soit très bien perçue et respectée. Mais cela n'entame aucunement le fait que l'UE se construise et s'affermisse avec une très bonne dose

[illegible]
P.-Y [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

de social donnant forme humaine à cette entreprise souvent à tort taxée de déshumanisante car trop économique. Soucieuse de dépasser des positions d'emblée tranchées d'une Europe mercantile qui sacrifie tous les aspects sociaux pour n'être qu'un monstre économique et celle très optimiste et fondée sur le traité d'Amsterdam qui replace le social et l'humain au cœur de l'édifice, la Cour de justice a le 23 octobre 1997 tenté de « concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instruments de politique économique ou fiscale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de la concurrence et à la préservation de l'unité du marché »[1014].

L'application par principe des règles de la concurrence ne se limite pas qu'aux seules dispositions du paragraphe 2 de l'article 86 CE. Le paragraphe 1er y renvoi aussi en ce qu'il ressort de ses dispositions que « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des doits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus »[1015].

En se rapportant aux termes de l'article 12 du traité, on le sait, c'est le principe de la non-discrimination qui est visé. La forme d'insistance y est très claire en ce sens que « dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité »[1016]. Ceci est valable pour les personnes, les marchandises et pour les services aussi bien que pour les entreprises chargées de mission de SIEG.

En revanche, l'on ne pourrait passer sous silence, la double exigence dans le même article 86 CE de respecter les règles de la concurrence. En effet dans le second paragraphe, les rédacteurs soulignent que seul l'échec en droit et fait de l'application desdites règles de la concurrence peut justifier leur inapplication. Il le font également deux fois, dans le premier paragraphe. D'abord en indiquant l'interdiction d'édicter et de maintenir « **aucune mesure contraire aux règles du présent traité** »[1017] – règles parmi lesquelles figurent celles de la concurrence –, c'est la première expression de cette exigence à les voir forcément respectées.

Puis, à la fin du même premier paragraphe, les rédacteurs reviennent sur les mêmes règles de la concurrence pour une deuxième fois en visant « notamment (…) celles prévues par les article 81 à 89 inclus » dans lesquelles se retrouvent l'intégralité des dispositions de l'article 86 TCE.

En définitive, en additionnant arithmétiquement les exigences d'applicabilité par principe des règles de la concurrence, par trois fois donc, les rédacteurs ont marqué le caractère obligatoire desdites règles à l'égard des entreprises concernées par ledit article du traité CE d'Amsterdam. Cela n'est donc pas superflu de réaffirmer que « c'est dire que les règles communautaires relatives à la concurrence sont, par principe, applicables aux entreprises de service public de la communauté »[1018]. Surtout si l'on entend comme cela se conçoit dans notre pensée que service d'intérêt général économique s'identifie ici au service public de la communauté. C'est donc peu dire que d'affirmer que l'on ne devrait pas pavoiser si l'on n'appliquait pas sans motif valable[1019] les règles de la concurrence même si l'on admet que « l'histoire du traité atteste de la recherche d'un équilibre entre ces intérêts »[1020] susvisés que tente de concilier la Cour de justice de l'Union européenne depuis son arrêt suscité de 1997, année du traité d'Amsterdam dont est tiré l'article 86 CE (ex-article 90 CEE).

Les exigences du marché intégré[1021] suppose la mise en œuvre des règles du droit européen de la concurrence qui entre autres, vise la plus grande satisfaction des besoins des citoyens européens désignés dans le cadre des SIEG comme des consommateurs des services prestés par lesdites missions. Les consommateurs des services d'intérêt général prestés dans le cadre des missions de SIEG sont à divers égards assez concernés par la compétitivité. Nous y reviendrons plus amplement dans nos prochains développements.

Dans un soucis pédagogique ou d'aide à la bonne lecture des dispositions de l'article 86 CE susvisées, il ne serait pas inutile par exemple de rappeler aux États membres – s'ils

l'ignorent véritablement et rien n'est aussi moins sûr –, que la première phrase du paragraphe 2e dudit article pose au préalable un principe qui n'admet aucun détour. Ce principe s'impose à tous les services d'intérêt général que les pouvoirs publics étatiques des pays membres de l'UE auraient choisi de définir de SIEG suite à une opération juridique dite de qualification juridique. Le résultat de cette opération intellectuelle est aussi juridique. Il s'agit d'une « **définition de SIEG par qualification juridique** »[1022]. (C'est nous qui le soulignons).

Dans sa mise en pratique force est de constater que ce principe ne peut pour l'instant en aucun cas faire l'objet du libre choix de l'accepter ou pas. Il s'impose donc à eux et à tous leurs démembrements ayant la qualité de pouvoir public et habilités à définir par qualification juridique un SIEG, de sacrifier dans un premier temps à l'observance de l'instauration de ce principe avant de rechercher secondairement à se prévaloir de sa dérogation et cela nonobstant le grand attrait que pourraient représenter les bienfaits de ladite exception. Il ne faudrait donc pas ni explicitement, ni implicitement monter des artifices politiques et juridiques aux fins des bénéfices de la dérogation par quelque « malheureuse » fausse qualification opérée pour faire rentrer ce qui est de l'ordre d'un SIG dans le cadre juridique très fortement contingenté[1023] des SIEG, sorte que, quelques détours que l'on puisse envisager de passer pour s'octroyer les bénéfices du régime dérogatoire de l'article 86 §2e CE, seule une voie est juridiquement soutenable, celle de choisir l'application de l'entièreté des

dispositions de l'article 86 CE et ne pas se focaliser sur la seule partie du second paragraphe. C'est bien dans ce sens que la remarque de Monsieur le Professeur Pierre-Yves Monjal est transposable dans le droit européen à savoir que lorsque l'on décide de « **ne pas appliquer le droit européen de la concurrence c'est encore appliquer le droit de … l'Union** »[1024] (C'est nous qui le soulignons).

C'est donc dans le respect strict des dispositions susvisées de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE) que l'opérateur économique chargé de prester une mission de SIEG se retrouvera de manière tout à fait logique dans la situation qui par principe est celle d'une entreprise soumise à l'application des règles de la concurrence sauf dans l'hypothèse où le respect de celles-ci fasse « (…) échec à l'accomplissement en droit et en fait à la mission impartie »[1025].

En revanche, le bénéfice du régime dérogatoire aménagé à l'applicabilité aux SIEG par principe des règles de la concurrence reste ouverte et possible.

"Néanmoins, **(son) paragraphe 2, prévoit immédiatement une exception à ce principe :** les règles du traité ne sont applicables à de telles entreprises que dans les limites où cela ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait à la mission particulière qui leur a été impartie**"[1026] »** (C'est nous qui le soulignons). Le principe susvisé est bel et bien assorti d'une dérogation prévue par les mêmes dispositions du paragraphe 2 de l'article 86 CE.

L'effet majeur d'une qualification réalisée correctement par les pouvoirs publics locaux, n'est pas d'ouvrir immédiatement et de manière inéluctable le bénéfice de l'exception ou de la dérogation de l'application des règles du droit européen de la concurrence prévue par l'article 86 §2. C'est d'abord de créer un service d'intérêt général de type économique devant offrir aux consommateurs des services donnés. Par la suite, cette définition de SIEG par qualification juridique implique que le régime juridique qui régit cette catégorie de service

public européen ou SIG soit appliqué. Enfin, c'est et seulement si l'application desdites règles fait échec en droit et en fait à la mission de SIEG que s'ouvre le bénéfice du régime dérogatoire qui au demeurant est strictement réglementé – fort heureusement –, car la tentation serait grande chez certains États membres de mettre tous les SIG au plan social dans la catégorie « privilégiée » des SIEG afin de réaliser sans les entraves européennes Bruxelloises, leurs objectifs de politiques économiques.

Il faudrait ici noter que le principe que dégage le paragraphe 2 de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE) – dispositions maintes fois visées dans nos développements –, est l'application des règles de la concurrence et pas autre chose. Sauf s'il y a un cas d'ouverture de l'application de l'exception qu'autoriserait la seconde partie des dispositions du même paragraphe. Dans cette partie du même paragraphe, les rédacteurs ont expressément décidé que cette exception n'est valable qu'à la seule et unique condition que l'application des règles de la concurrence « (….) fait échec à l'accomplissement en droit et en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »[1027] .

Il en ressort que lesdites règles ne peuvent et ne doivent souffrir d'inapplication que si et seulement si, lorsque la qualification de SIEG est valable et bien opérée, il y a empêchement en droit et en fait de l'atteinte de la mission d'intérêt économique générale poursuivit du fait de celle-ci. Nous y insistons car cela doit être ainsi perçu et pas autrement par les décideurs des collectivités territoriales et autres pouvoirs publics étatiques des pays-membres de l'UE.

En revanche, lorsqu'un SIG est maladroitement qualifié de SIEG, cela emporte des conséquences qui vont au delà du droit européen de la concurrence. Cette erreur d'appréciation des textes de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE), peut donner lieu à une intervention de la CJUE par la prise d'une décision juridictionnelle de rectification ou de requalification. Il n'est pas nécessaire de s'attarder davantage sur cette intervention éventuelle de la CJUE, puisqu'elle devrait être rare. Mais si une telle hypothèse devait « malheureusement » advenir autrement que de manière « accidentelle » il conviendrait d'interroger les circonstances et raisons de sa survenance. C'est dans cette investigation que se situerait un quelconque attrait pour les bienfaits de la dérogation au principe sus-décrit.

3- Attrait du régime dérogatoire de l'article 106-2 TFUE

Le régime dérogatoire du droit de la concurrence que vise la bonne interprétation du §2 de l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE) ne veut et ne peut pas être entendu lato sensu au point de consister en une occasion de laisser-faire, laisser-aller. Le reproche de manque de sécurité juridique pour l'opérateur formulé par certains États membres est un prétexte pour cacher la résistance à la réglementation des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur public. Dès lors qu'une paralysie voire une inapplication des règles du droit européen de la concurrence se produit conséquemment à une bonne qualification de SIEG, la mauvaise qualification opérée ne peut être tolérée. Si la mauvaise qualification a une telle conséquence, elle devient intolérable dans la mesure où elle affecte dans une mesure contraire, l'intérêt de la Communauté. Lorsque dans son paragraphe 1er, l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE) prescrit que les « États membres, (…) n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus »[1028], il formule une série d'interdictions aux États membres qu'il ne faudrait pas perdre de vue quant l'on regarde de près l'inapplication du droit de la concurrence qui découle de la mauvaise qualification susvisée. En somme, il est indiqué de les résumer dans ce sens, que « l'article 86 paragraphe 1, du traité interdit aux États membres, dans leurs relations privilégiées avec les entreprises concernées, d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles du traité ». Ceci reviendrait de ranger dans la catégorie intolérable, toutes mesures prises dont l'intention avouée ou inavouée est de réaliser une situation juridique incompatible, avec l'ensemble du droit européen. Toutefois, l'intention des pouvoirs publics locaux en matière de SIEG est difficile à déceler sauf à leur prêter une mauvaise foi, même si la conséquence de leur mauvaise qualification était un moyen détourné d'atteindre une fin intolérable de non application des règles de concurrence en réalisant un contexte anticoncurrentiel. Aux lieu et place d'une anesthésie juridique momentanée, se réaliserait donc une amputation sans anesthésie d'un service public donné à la catégorie de ceux d'entre eux soumis à la concurrence.

C- Confirmation des acquis de l'article 86 CE par l'article 106

En matière de SIEG, les Traités se suivent et se ressemblent depuis 1957, serait-on tenter d'affirmer, tant les dispositions des articles 90 CE, 86 CE et 106 TFUE traduisent une fidélité mot pour mot des rédacteurs à l'idée qui tendra dès le Traité d'Amsterdam et tout particulièrement dans son protocole 26 à devenir une idéologie européenne du service d'intérêt général ou service public. Ainsi, l'affirmation que l'article 106 TFUE, reprenant textuellement les dispositions de l'article 86 CE, ne procède pas d'un simple copier coller mais de la volonté des institutions européennes de sauvegarder les acquis des Traités CEE de 1957 et CE de 1997. En se dotant d'un protocole 26 sur les services d'intérêt général les rédacteurs du Traité de Lisbonne ont entendu consolider la place importante accordée au SIEG depuis le Traité CE d'Amsterdam de 1997. Ils l'expriment et cela mérite d'être intégralement repris.

« Les Hautes parties contractantes, souhaitant souligner l'importance des services d'intérêt général, sont convenues des dispositions interprétatives ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. **Article 1er** : Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent :

- le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;
- la diversité des services publics d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ;

Article 2 :
Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général »[1029].

De ce qui précèdent, deux remarques majeures peuvent se dégager :

La première remarque est que le traité de Lisbonne se situe exactement dans la continuité du traité CE d'Amsterdam de 1997 au point de ne pas détruire tous les acquis jurisprudentiels et textuels, dont le « paquet Monti-Kroes ». Mieux, il encense les SIEG en en faisant la prunelle des yeux des Hautes parties contractantes, et les institutions européennes

devront travailler à ce que l'importante mission de réalisation du développement social et d'une cohésion sociale soit atteinte. Si ce protocole est bien lu et placé dans son contexte d'après l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 CE, il n'est pas faux d'affirmer à Lisbonne que les Hautes parties contractantes ont magnifié en reconnaissant sa valeur, le travail complémentaire de la CJUE et de la Commission européenne dans la construction de l'idéologie – valeurs communes de l'UE des SIEG qui en tenant compte des données socio-culturo-juridico-économiques différentes des utilisateurs des pays-membres doivent leur offrir à un niveau élevé de qualité, de sécurité, à prix abordable et avec égalité de traitement, des services d'intérêt général de type économique tout en promouvant l'accès universel et en protégeant leurs droits. Vaste et beau programme de société serait-on tenté d'avouer à la lecture analytique de l'article 1er du protocole n°26 susvisé. Oui il s'agit bien d'un projet de société, celui de l'UE que formulent les Hautes parties contractantes dans ce protocole.

La seconde remarque est on ne peut plus claire ; c'est une mise en garde voilée aux pays membres : les hautes parties ne vous dénient pas vos compétences traditionnelles qu'elles vous encouragent à continuer à exercer en matière de service d'intérêt général mais ne touchez pas aux SIEG. Telle devrait être comprise l'unique phrase dense de deux lignes de l'article 2 du protocole n°26 dit sur les services d'intérêt général.

N'ayant donc pas fait passer sur l'autel sacrificiel, les acquis textuels et jurisprudentiels d'avant lui, le traité de Lisbonne a maintenu le régime juridique en vigueur des SIEG qui comprenait les deux blocs susmentionnés. Le bloc textuel susmentionné, du régime juridique des SIEG comporte deux séries de textes. La première est tirée des traités que représente l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE donc ex-art.90 CEE) ci-dessus analysé. La seconde est un ensemble de règlements de la Commission européenne dénommée « Paquet » dont le premier pour le droit des SIEG est « Paquet Monti-Kroes » qui sera remplacé par un nouveau paquet dit le « Paquet Almunia-Barnier » entré en vigueur dans le premier trimestre de l'année 2012.

§ 2 : Le «paquet Monti-Kroes »

Le « paquet Monti-Kroes »[1030] baptisé ainsi car portant les noms des commissaires européens chargés de la concurrence à l'époque de l'élaboration dudit paquet ne peut être étudier sans un bref rappel du contexte juridique dans lequel il est intervenu. En effet, pour arriver au « Paquet » susmentionné, le cheminement juridique a été marqué par plusieurs saisines de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) au sujet des aides d'États en matière de SIEG. Ainsi, de 1980 à 2001, plusieurs contentieux ont été portés devant ladite Cour aux fins de la voire trancher ces affaires portant sur des compensations d'obligation de service public (COSP) sur un fond de mise en péril de l'application des règles de concurrence d'autant que lesdites compensations pouvaient dans une certaine mesure fausser[1031] le jeu de la concurrence en matière de SIEG. Dans la période sus-indiquée, à travers ses décisions, CJCE va entretenir un flou sur les notions voisines de compensation et d'aides d'États. La Cour de justice fera relever ou pas les COSP du régime des aides d'État selon les prescriptions – assez longues et difficiles à appréhender –, de l'article 87 CE[1032]. Sur l'une des questions tranchées par la CJCE, cette dernière n'aura pas une position claire. Elle fait du rattrapage dans le point 29 de son arrêt dans l'affaire *Ferring* [1033] *SA contre ACOSS* du

22 novembre 2001 où elle jugea que « l'article 92 CEE (devenu 87 CE) doit être interprété en ce sens qu'une mesure telle que celle prévue à l'article 12 de la loi n°97-1164, du 19 décembre 1997, de financement de la sécurité sociale pour 1998, en ce qu'elle grève uniquement les ventes directes de médicaments réalisées par les laboratoires pharmaceutiques, ne constitue une aide d'État aux grossistes répartiteurs que dans la mesure où l'avantage qu'ils tirent du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de services public qui leur sont imposées par la règlementation nationales ». C'est dans ce contexte juridique d'oscillation jurisprudentielle et de recherche d'une position stabilisée de la CJCE qu'interviendra deux année après l'espèce *Ferring SA* suscité, l'arrêt confirmatif Altmark de 2003 dans lequel, le juge du plateau Kirchberg Luxembourgeois dégagera quatre critères cumulatifs d'octroi des aides d'États en compensation d'une obligation de service public. L'intervention de la Commission européenne se fera à la suite de la jurisprudence *Altmark* à travers le « Paquet Monti-Kroes » qui reprendra très largement les critères Almark au point qu'une partie de la doctrine le dénommera le «paquet Altmark »[1034] dénonçant ainsi la réalisation d'un copier-coller ».

Nous reviendrons amplement sur les quatre critères cumulatifs Almark dans nos développements ultérieurs. En attendant, il importe donc à présent de mieux cerner le « paquet Monti-Kroes » en en donnant d'abord la composition (**1**) puis en en relevant certaines spécificités dont l'élargissement du domaine d'intervention des missions de SIEG (**2**) et enfin en l'analysant dans le sens d'en dégager les forces et faiblesses (**3**).

1- Composition du «paquet Monti-Kroes »

C'est en 2005 que la Commission européenne, suite à son rapport COM (2002) 636 final de 2002, relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'États liées aux services d'intérêt économique général dans lequel, elle indiquait vouloir attendre que « la jurisprudence de la Cour [soit] consolidée », qu'elle a donné les signes annonciateurs de son positionnement à la suite de l'affaire Altmark. Il faut noter d'une part que ces trois affaires pendantes devant la Cour de justice des Communautés européennes au moment du rapport susvisé concernaient les questions de compensation des obligations de services publics (COSP) et les aides d'États. Et d'autre part, l'affaire Almark figurait parmi ces trois

espèces dont la cour était saisie et sur lesquelles elle statuait et la Commission en attendait ses décisions. Est-il anodin de relever que dans ce rapport de 5 pages, le mot « compensations » apparaissait 10 fois mais 11 fois celui de « surcompensation » tandis que les « aides d'États » y est mentionné 6 fois ? Nous pensons que non, ces deux notions semblaient être au cœur du dispositif juridique en cours de préparation et qui selon la Commission dans son rapport ne pouvait valablement être élaboré qu'à l'issu des décisions de la CJCE dans les trois affaires susvisées. Toutefois, deux remarques importantes peuvent être dégagées à la lecture dudit rapport, qui permettront de comprendre le pourquoi du contenu du « paquet Monti-Kroes » qui verra le jour en 2005, soit 3 ans après le rapport ci-dessus indiqué.

La première remarque vient du fait que la commission y souligne les divergences d'appréhension des COSP par les Avocat généraux Léger et Jacobs pour justifier une nécessité d'une position tranchée de sa part sur la question. C'est ce qui ressort de son affirmation au point 5 portant sur le financement du service public où la Commission de l'UE indique que « quelle que soit l'évolution de la jurisprudence sur les compensations de service public, il est établi que les éventuelles surcompensations sont susceptibles de constituer des aides d'État. Il est donc important de préciser les méthodes de calcul des compensations afin d'éviter les surcompensations » [1035] . Point n'était besoin d'attendre les décisions jurisprudentielles sur ces questions, serait-on tenté de dire, puisque tout compte fait, la Commission par là, annonçait ce quelle entendait mener comme action et surtout ne pas s'entendre liée par les positions de la CJCE sur ces points.

La deuxième remarque réside dans la demande d'un formalisme juridique clair et transparent des pouvoirs adjudicateurs[1036] dans l'attribution aux entreprises d'une mission de

SIEG. La commission voyait dans ledit formalisme un gage d'égalité et de sécurité accru pour les opérateurs économiques d'une part et d'autre part, elle indiquait que l'affectation de ladite mission pouvait faire l'objet d'un « contrat »[1037].

En se plaçant dans l'état d'esprit de la Commission qui transparaît de son rapport susvisé, il devient un peu plus aisé de comprendre pourquoi le « paquet Monti-Kroes » était formé par un ensemble de trois textes. Une décision de la Commission 2005/842/CE du 28 novembre 2005 portant application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensation de services publics octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (a). Puis, de la décision dite « encadrement communautaire 2005/C du 28 novembre 2005 (b). Enfin de la « directive « transparence » 2005/81/CE du 28 novembre 2005 (c).

Décision de la Commission 2005/842/CE du 28 novembre 2005 portant application article 86 §2e CE aux aides d'États sous forme COSP de SIEG – C'est par cette décision que la Commission a résolu de préciser la catégorie de compensations de services publics (CSP) pouvant être considérées comme des aides d'États compatibles avec le

marché intérieur mais dont la notification à la Commission n'est pas exigée. Il s'agit de type de CSP bénéficiant d'une exemption de l'obligation de notification qui incombe aux États membres pour ce type de d'aides d'États.

La condition sine qua non pour que qu'une CSP échappe à la qualification d'aides d'États réside uniquement dans le fait que soient remplis, les quatre critères cumulatifs dégagés par la jurisprudence Altmark. Si la compensation de service public se situe dans ce cas de figure alors, elle n'est pas concernée pas la décision 2005/842/CE du 28 novembre 2005 portant application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2 du traité CE aux aides d'État. Les critères Altmark devant être amplement exposés dans nos développements ultérieurs, il n'est pas ici, nécessaire de les rappeler. Nous renvoyons donc à la rubrique qui y est consacrée.

En revanche, lorsque les CSP s'inscrivent en dehors de ce champ et donc ne remplissent pas les critères Altmark, elles peuvent être des aides d'État compatibles avec le marché commun dont le bénéfice de l'exemption de l'obligation de notification à la Commission européenne n'est ouvert que si elles se situent dans l'une des cinq catégories suivantes :

- l'attribution de la compensation par les pouvoirs publics étatiques et locaux des pays-membres sous la forme d'une aide d'État doit avoir pour bénéficiaire, une entreprise dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes (HT) est inférieur à 100 millions d'euros sur les exercices des deux années la précédant et dans ce cas, le montant annuel de la compensation ne doit en aucun cas dépasser 30 millions d'euros ;
- l'entreprise bénéficiaire de l'octroi de la compensation doit être un hôpital ou une entreprise de logement social ;
- la compensation doit être octroyée à une ou des entreprises assurant des liaisons aériennes ou maritimes avec les îles ayant transporté un nombre de passagers strictement inférieur à 300 000 durant les deux années précédant l'octroi de ladite compensation ;
- l'attribution de la compensation doit être faite à un port ou un aéroport n'ayant pas atteint pendant les deux années précédant son octroi ;
- l'octroi de la compensation est fait à une entreprise du secteur des transports terrestres dans lequel l'attribution de compensation d'obligation de service public fait l'objet d'une réglementation propre.

Toutefois, être dans l'une des cinq catégories susmentionnées n'est pas suffisante pour que s'applique immédiatement la dérogation à la compatibilité avec le marché et l'exemption de la non notification à la Commission européenne. Encore faut-il que quatre critères soient nécessairement respectés. Ce sont :

1- L'affectation par les pouvoirs publics étatiques et/ou locaux des pays membres de l'exécution de la mission de SIEG, doit faire l'objet d'un acte officiel en l'occurrence un mandat[1038]. C'est une formalité qui n'est pas anodine, loin s'en faut ; elle implique clairement que les missions de SIEG soient des contrats de services publics. Ce mandat doit comporter certaines mentions dont :

- **la nature et la durée des obligations** de services publics (OSP). Dans la définition d'une OSP, les pouvoirs publics susvisés doivent sacrifier à une large consultation qui inclue les utilisateurs ou usagers-citoyens ou encore les consommateurs ;
- **le territoire et les entreprises** concernés par la mission de SIEG ;
- **la nature des droits exclusifs ou spéciaux** attribués ;
- **les paramètres de calcul, de contrôle et de révision** de la compensation. Le rapport entre le montant de la compensation à consentir et les coûts supportés par l'entreprise est ici important en ce sens que les compensations octroyées ne puissent pas être supérieures à ce qui est requis et nécessaire pour la couverture des coûts supportés par l'entreprise. Les facteurs recettes relatives et bénéfices y sont pris en considération.
- Enfin, **les modalités de remboursement d'éventuelles surcompensations** doivent figurer sur le mandat. Dans son rapport susvisé de 2002, la Commission laissait transparaître une certaine méfiance face à la notion de surcompensation dans les SIEG. Ainsi avança-t-elle que « quelle que soit l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur la qualification des compensations de services

publics, **il est important de préciser les conditions dans lesquelles d'éventuelles surcompensations peuvent constituer des aides d'État. Un document de la Commission** »[1039] (C'est nous qui le soulignons). Cette formalité va plus loin, en exigeant que soient mentionnées les modalités de remboursement d'éventuelles surcompensations. Lesquelles compensations, selon la Commission européenne devraient être temporaires et non pas permanentes, ajouterait-on.

2- **Le mandat ne peut et ne doit concerner qu'une mission de SIEG**. Certes dans le cadre de la définition et de l'organisation d'une mission de SIEG, les États membres, conformément aux termes de l'article 86 CE §1er disposent d'un pouvoir considérable d'appréciation sur les circonstances. En revanche, la Commission de par les habilitations de l'article 86 CE, paragraphe 3, la Commission européenne contrôle le processus surtout afin qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne fasse qualifier abusivement un SIG de SIEG. Elle vérifie donc que la définition de SIEG ne soit pas le résultat d' « une erreur manifeste d'appréciation »[1040].

3- La mission de SIEG doit-être justifiée par **un caractère nécessaire** dont dépend sa création. Il s'agit d'une exigence du caractère d'une nécessité qui va avec le fait que l'exception qu'emporte la création du SIEG doit prendre en compte la double condition d'être à la fois nécessaire et proportionnelle à la mission assignée à l'entreprise. En d'autres termes, il faut l'existence d'une nécessité prouvée pour valider l'opération de définition par les autorités publiques étatiques et locales d'une mission de SIEG.

4- La quatrième et dernière condition se rapporte à la concurrence et sa protection. **La définition d'une mission de SIEG ne doit pas affecter les échanges intracommunautaires**. Cette quatrième condition nécessite quelques précisions. D'abord il faut indiquer que conformément aux règles communautaires d'encadrement des aides d'États, il revient aux États membres de contrôler le fait que les entreprises ne soient pas bénéficiaires de surcompensations. Le cas échéant, ils doivent veiller à ce que les entreprises qui en ont bénéficié en fassent le remboursement aux autorités qui les ont consenties. En revanche, cette surcompensation peut faire l'objet d'un

report sur l'année suivante lorsque son montant est inférieur à 20% du montant annuel de la CSP pour les entreprises de logement social, et à 10% du montant annuel de celle-ci pour toutes les autres catégories d'entreprises. Cette « petite faveur » ou clémence de la part de la Commission n'est-elle pas une sorte d'excuse de la surcompensation qu'elle semble combattre comme cela ressort du point 4.2 de son rapport COM (2002) 636 final susvisé ? Quelle que soit la réponse que l'on puisse donner à cette interrogation, elle devra tenir compte du fait que dans les rapports entre les institutions européennes et les États membres, il ne semble par transparaitre une guerre larvée, c'est plutôt à un dosage savant entre fermeté et conciliation que l'on assiste.

De ce qui précède, il ressort que ce premier texte du « paquet Monti-Kroes » - et surtout en tenant compte des esquisses de solution que la Commission a fait dans son rapport COM (2002) 636 final susvisé - fait l'éloge de la jurisprudence Altmark de la CJCE dont il en valorise les quatre critères cumulatifs. La Commission y étend son pouvoir de contrôle sur les compensations et réaffirme sa volonté de veiller à ce que les compensations ne faussent pas le jeu de la concurrence dans les échanges intracommunautaires. C'est dans ce sens qu'il faudrait entendre le fait que la Commission puisse à tout moment requérir des États membres que lui soient communiquées les informations dont elle juge avoir besoin pour exercer son contrôle de la compatibilité au marché intégré des systèmes de compensation.

Dans le but de continuer l'extension de son pouvoir de contrôle susvisé sur les octrois étatiques des compensations, les surcompensations et les aides d'État, le deuxième texte semble être utile et inévitable. Son contenu qu'annonce sa dénomination « encadrement communautaire 2005 (…) des aides d'État sous forme de compensation » est dès lors prévisible et peu étonnant puisque dans la suite logique du texte 1 sus-analysé.

[illegible]

Le second texte du « paquet Monti-Kroes » est la décision dite « encadrement communautaire 2005/C 297/04 du 28 novembre 2005 des aides d'État sous forme de service public. Cet encadrement communautaire des aides d'État octroyées sous la forme d'une compensation de service public avait une validité de six ans et devait donc prendre fin en 2011, année qui verra l'adoption du « paquet Monti-Kroes ». Cette durée de six ans

présageait-elle de l'adoption d'un nouveau paquet rectificatif du « paquet Monti-Kroes » ? En 2005, il était difficile de répondre par l'affirmative à cette question mais le changement survenu en 2011 semble avoir été prévu en tenant compte de cette donnée.

En ce qui concerne le contenu de l'encadrement, il faudrait relever que la Commission s'est arrogé un pouvoir accru concernant les compensations d'obligations de services publics ou COSP. Ceci d'autant plus qu'il ressort de l'analyse du contenu que même les compensations OSP situées en dehors du cadre de la décision 2005 donc du premier texte, sous certaines conditions, peuvent tout de même êtres compatibles avec le marché intérieur. Il reste entendu que, quel qu'en soit le cas de figure, ce type de compensation est soumis à l'obligation d'une notification à la Commission européenne à laquelle revient la décision importante de déclarer si oui ou non ces COSP sont effectivement compatibles avec les exigences du marché intérieur. Dans le cadre du contrôle de l'encadrement des aides d'État, la Commission est libre d'assortir sa décision, suite à cette vérification de compatibilité, de certaines conditions et obligations. Il en découle donc un accroissement de son pouvoir de contrôle. Imprégné de cette réalité, l'on peut mieux lire et comprendre l'encadrement européen des aides d'État tel qu'il ressort de ce deuxième texte du « paquet Monti-Kroes » qui admet néanmoins que deux secteurs n'en soient pas concernés et sans préjudice des règlementations sectorielles déjà en vigueur. Il s'agit des seuls secteurs des transports et celui de la radiodiffusion. Excepté ces deux secteurs, tous les autres secteurs de SIEG où les pouvoirs publics étatiques et locaux des pays-membres entendent octroyer des aides d'État ou des aides d'État sous forme de COSP, demeurent soumis au présent encadrement. Ainsi est-il que les aides d'État sous forme de compensation de service public en arrivent à être compatibles avec le marché intérieur si et seulement si lesdites compensations s'avèrent nécessaires au fonctionnement des SIEG et si le développement des échanges intracommunautaires n'en sont affectés.

En revanche, pour être reconnues compatibles au marché intérieur, les aides d'État compensatoires d'obligation de service public doivent remplir nécessairement trois conditions cumulatives puisque respecter une seule d'entre elle ne saurait suffire. Il s'agit :

1- **l'activité économique doit être un réel service d'intérêt économique général** :

Dans ce cadre, le pouvoir de décision des États membres n'est pas négligeable puisqu'il y est large en ce qui concerne l'appréciation de la nature des services qu'ils peuvent conformément aux termes des dispositions combinées des article 86 CE, paragraphe 1er et 2e

[1041] définir en qualifiant de SIEG. Cette définition bien que souveraine de la part des pouvoirs publics étatiques est au demeurant soumise au contrôle de la Commission tel que cela ressort de l'article 86 CE, paragraphe 3e. « La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[1042]. C'est bien dans ce cadre que la Commission de l'UE veille à éviter que suite à une « erreur manifeste d'appréciation »[1043], les autorités publiques des pays-membres ne donnent maladroitement la qualification de SIEG à une activité économique d'intérêt général qui n'en est pas une.

2- **L'exigence d'un acte qui porte la précision des obligations de services publics ainsi que les modalités de calcul de la compensation** :

C'est conformément aux prescriptions des dispositions de l'article 86 CE, paragraphe 2 que dans l'encadrement des aides d'États, la Commission européenne considère les missions de SIEG sont particulières. En effet, elles sont d'intérêt général particulièrement économique. Partant, les entreprises qui en sont chargées doivent se retrouver dans la situation exacte d'être investies de missions somme toutes particulières. Toutefois, de l'économie générale des dispositions de l'ensemble des dispositions de l'article 86 CE, il ressort que les pouvoirs publics étatiques jouissent d'une véritable liberté pour déterminer les cadres juridiques, critères et conditions qui régissent la prestation des mission de SIEG. Surtout, la fixation du cadre juridique n'est pas tributaire de la nature[1044] privée ou publique de l'entreprise prestataire. Il peut donc s'agir d'une entreprise publique, privée, d'une association, d'un réseau, puisque les SIEG peuvent êtres des services fournis en réseau[1045]. Le choix du prestataire s'y effectue indifféremment du mode de marchés publics ou autres.

En revanche, la détermination de la responsabilité de la gestion des SIEG obéit à des moyens ou de plusieurs actes officiels si un seul est insuffisant avec une marge de pouvoir laissé à l'État membre qui décide de leur forme. Néanmoins dans l'acte ou les actes, Certaines mentions sont requises dont :

- Comporter la précision de la nature et de la durée des obligations de services publiques auxquelles l'opérateur économique est assujetti ;
- Dans la détermination ou définition des OSP, les pouvoirs publics étatiques et/ou locaux se doivent d'attester qu'ils ont respecté les exigences d'une large et vaste consultation auprès des consommateurs finaux ou utilisateurs ou usagers-citoyens.
- Faire figurer les entreprises et territoires concernés ;
- Le cas échéant, la nature des droits exclusifs ou spéciaux octroyés ;
- Et enfin les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation
- et en cas de surcompensations éventuelles, en indiquer les modalités de remboursement.

Les exigences sont à ce niveau aussi précises que strictes dans la mesure où, il est proscrit que le montant des compensations soit supérieur à ce qui est requis pour couvrir les coûts supportés par l'entreprise avec la prise en considération des facteurs de recettes relatives et d'un bénéficie raisonnable. Il est à noter que le montant de la compensation englobe tous « les avantages accordés par l'État ou sur ses ressources, peu en importe les formes »[1046]. La concession d'un local à l'opérateur économique chargé d'une mission de SIEG est un avantage consenti par les pouvoirs publics et de ce fait doit être évalué dans ce montant. En revanche concernant les coûts à intégrer dans ce montant, il s'agit de ceux liés au fonctionnement du SIEG. Toutefois, peuvent en faire partie, les coûts liés aux investissements dans les infrastructures si ceux-ci ont une incidence sur le fonctionnement adéquat de la mission de SIEG. Concernant les recettes, sont intégrées à ce montant, toutes celles qui sont tirées de la réalisation de la mission de SIEG.

Dans l'hypothèse où l'entreprise prestée des SIEG se voit octroyer quelques droits spéciaux ou exclusifs dans la gestion du SIEG qui génèrent des bénéfices dépassant le seuil du bénéfice raisonnable ou encore lorsque l'opérateur économique du SIEG a fait l'objet de la part de l'État d'une attribution d'un quelconque avantage, celui-ci doit être inclus dans le décompte du montant. On le voit, la fixation du montant de la compensation sous l'égide de la décision d'encadrement est non seulement d'une précision digne d'un plan aérien de vol, mais il englobe aussi plusieurs paramètres. L'analyse de cette base de calcul et de la manière de le réaliser semble vouloir empêcher que par des détours, les missions de SIEG ne soient l'occasion « royalement » offerte aux États membres d' « utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou fiscale »[1047]. Si une telle situation advenait, elle serait préjudiciable comme l'indique la CJCE dans son arrêt du 23 octobre 1997, Commission c/ France, « à l'intérêt de la Communauté, au respect des règles de la concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun »[1048].

La Commission ne se voulant pas omnipotente dans son pouvoir de contrôle sur les aides d'États au titre de cet encadrement, reconnaît tout de même qu'il revient aux États membres d'effectuer la vérification devant établir si oui ou non il y a eu surcompensation. Lorsque cela s'avère vrai, alors il doit aussi œuvrer à ce que l'entreprise qui en a bénéficié s'acquitte du remboursement au pouvoir qui lui en a fait l'octroi. Comme dans le cadre de la première décision du « paquet Monti-Kroes », des aménagements ont été faits à ce remboursement en tenant compte d'une part du montant de ladite surcompensation. Si elle est inférieure à 10%, du montant total annuel de la compensation, le montant de la surcompensation peut faire l'objet d'un report d'exercice sur l'année suivante ; et d'autre part, il peut s'avérer qu'une surcompensation supérieure à 10% soit nécessaire au fonctionnement adéquat et efficient des SIEG pendant certaines années. Dans un tel cas de figure, la Commission peut admettre ce montant de surcompensation à la condition que les pouvoirs publics lui en apportent la ou les justifications. On le voit, la Commission ne fait pas de l'encadrement des aides d'État sous forme de surcompensation une règle rigide et figée voire immuable. Elle peut comme dans l'hypothèse susvisée faire preuve de flexibilité si les raisons lui en sont données par les États membres. Mais le principe reste, de surveiller strictement, l'octroi des surcompensations d'OSP de SIEG. Concernant les surcompensations, il faudrait retenir aussi que dans le cadre

de l'encadrement susvisé, elles peuvent être affectées au financement d'un autre SIEG si celui-ci est exploité par la même entreprise.

En revanche, dans une telle hypothèse, force est de respecter les principes de l'encadrement des aides d'État sous forme de service public avec l'obligation de la ou de les faire figurer dans la comptabilité de l'entreprise et de sacrifier aussi à l'obligation de notification à la Commission. Il reste tout de même une occurrence à éviter qui est celle qui reviendrait à donner à titre gratuit à une entreprise, une surcompensation en se basant sur le motif quelle soit une aide d'État compatible avec le Traité. La surcompensation doit être remboursée et ne pas être consentie à titre gratuit même si elle intervient dans le cadre par exemple de la matière de l'environnement ou lorsqu'elle a été octroyée à une petite et moyenne entreprise (PME) ou encore qu'elle soit faite à l'occasion même d'une aide à l'emploi. Le domaine des SIEG, ne pouvant être listé de manière exhaustive et définitive car sujet à des fluctuations dépendantes de la conjoncture socio-politico-économique qui préside à la définition et à l'organisation des SIEG d'une part. Et d'autre part, en tenant compte du fait susmentionné que dans certaines hypothèses, la surcompensation puisse devenir nécessaire au bon fonctionnement desdites missions, l'on ne peut pas non plus donner de manière limitative une liste exhaustive des cas de figure où, elle est irrecevable et inacceptable parce qu'inadmissible. Dans ce cas, il ne pourrait s'agir d'une surcompensation entrant dans le cadre du présent encadrement qui suppose qu'une surcompensation doive être remboursée en matière de SIEG

En définitive, une bonne analyse de ce qui précède permet d'admettre à la suite du Professeur Pierre-Yves Monjal que l'encadrement des aides d'État favorise l'idée que le « paquet Monti-Kroes » a instauré une exception *Almark*. Ceci est d'autant plus vrai que comme l'estime à raison le Professeur Monjal, « schématiquement, une compensation « Altmark » ne constitue pas une aide d'État si les quatre critères retenus dans la décision de 2003 et confirmés dans la décision 2005/842 [paquet Monti-Kroes, texte 2] sont remplis. Il s'agit :

- l'entreprise a été expressément chargée d'obligations de service public clairement définies ;
- des paramètres objectifs de calcul de la compensation ont été établis avant son versement ;
- cette compensation n'occasionne pas de surcompensation ;

une mission de service public a été confiée à l'entreprise à l'issue d'une procédure de marché public ou, en l'absence d'une telle procédure, le niveau de la compensation repose sur une analyse des coûts que pourrait réaliser une entreprise moyenne, bien gérée » [1049].

La précision chirurgicale de la rédaction des textes de l' « encadrement » fait transparaitre à la fois aussi bien, une véritable recherche d'objectivité dans l'octroi des compensation d'aide d'État sous forme de COSP, qu'une « imposition » de transparence dans l'octroi des missions de SIEG et des éventuelles aides et/ou compensations d'aides d'État. Dans un tel état d'esprit, la directive « transparence » 2005/81/CE paraissait inévitable.

La directive transparence est rédigée dans le but de pallier à la défaillance principale des critères *Altmark.* Que l'on découvre dans la décision de la CJCE de 2003 dite *Altmark* quatre critères cumulatifs, cela ne semblait poser aucun problème. En revanche, la réunion desdits critères à la fois n'était pas le gage avéré pour conférer directement ou non la qualification d'aide d'État à une compensation octroyée dans n'importe quel service public. Il y a là un problème d'utilisation dans le sens positif qui ne leur sied pas puisqu'une fois réunis, ils offrent plutôt l'avantage de dire qu'une compensation n'est pas une aide d'État. C'est donc le sens de la négation que la CJCE a retenu aux lieu et place d'une définition et détermination de ce qu'il conviendrait de nommer CSP sous la forme d'une aide d'État. La Cour de justice n'a donc pas défini ces critères qui permettent de faire d'une compensation d'une obligation de service publique, une aide d'État au sens du paragraphe 1er de l'article 107 TFUE (ex-art.87 §1er CE). Par la suite, la CJCE a ajouté deux caractères qui dans la pratique sont difficilement vérifiables. Il en résulte qu'il ne s'est pas opéré dans la formulation des critères Altmark, une distinction avec une frontière étanche des COSP et des aides d'État proprement dites en matière de SIEG. Les pouvoirs publics étatiques des pays-membres pouvaient dès lors décider d'octroyer une COSP mais c'est seulement dans la confrontation de sa nature aux critères *Altmark* qu'elle pouvait ou non être une aide d'État ou une compensation d'une obligation de service public sous forme d'aide d'État. L'on se retrouve réellement dans un clair obscur que complexifie les ajouts de caractères ou critères du « bénéfice raisonnable » et d' « entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée »[1050]. Pour la Commission européenne, cette

fiction jurisprudentielle ne pouvait être satisfaisante dans la mesure où l'on s'y perdait dès lors qu'à cette frontière poreuse entre les deux notions s'ajoutait l'établissement d'une distinction beaucoup plus difficile entre elles et les surcompensations de SIEG. Dans ce sens, l'avis de la Commission dans son rapport de 2002 susvisé apparaissait comme une prise de position, d'autant plus qu'elle transparaîtra clairement dans le contenu de la directive « transparence » du « paquet Monti-Kroes ». En affirmant donc que « quelle que soit l'évolution de la jurisprudence sur les compensations de service public, il est établi que les éventuelles surcompensations sont susceptibles de constituer des aides d'État »[1051], elle avouait ne pas s'arrêter aux critères jurisprudentiels. A cet égard, cela ne pouvait plus être étonnant de constater que sa directive « transparence » ait pu transcender et modifier profondément le contenu du quatrième critère Altmark au point de fausser complétement l'affirmation d'un « copier-coller » dans les termes identiques des critères *Altmark*. Pour maintenir le rapprochement étroit entre les critères Almark et le « paquet Monti-Kroes », l'on ne peut postuler que pour un « copier-coller » *mutatis mutandis*[1052], dans la mesure où comme nous venons de le relever, le « paquet de 2005 » a considérablement amendé le quatrième critère jurisprudentiel suscité.

En revanche, même malaisée, la distinction entre COSP, surcompensation et aides d'État dans le droit des SIEG ne pouvait pas paraître inutile, mieux elle s'impose comme nécessaire d'autant plus que « **lorsqu'une entreprise, au sens communautaire du terme, est chargée par une collectivité publique d'un SIEG, elle perçoit généralement de cette dernière une compensation (une subvention) et selon le cas, cette compensation va être constitutive, ou non, d'une aide d'État** »[1053] (C'est nous qui le soulignons). Ce caractère quasi-inévitable de l'octroi de « subvention » ou en d'autres termes une aide d'État compensatoire d'une OSP implique qu'une procédure plus transparente soit mise en place et suivie pour l'octroi des aides d'État dans les SIEG. Ce surplus de transparence est apporté selon la directive « transparence » 2005/81 CE : l'encadrement du régime des aides d'État à travers une distinction de trois types de compensations de service public, en l'occurrence :

1- **Celles qui remplissent les quatre critères cumulatifs Almark qui de ce fait ne sont pas des aides d'État au sens de l'article 87 CE.**

C'est le lieu d'indiquer que la directive « transparence » implique que soit respectée la règle de la tenue d'une comptabilité séparée pour toutes les activités réalisées par une entreprise dans le cadre de l'accomplissement de mission de SIEG. Cette exigence permet de distinguer lesdites activités régies par l'article 86 CE de celles qui restent dans le domaine normal de la concurrence. Il ne s'agit en rien d'un formalisme supplémentaire inutile sans but précis puisqu'elle vise à faciliter le contrôle par la Commission européenne des financement des entreprises chargées de missions de SIEG en vertu des disposition de l'article 86 paragraphe 3 CE.

2- **Celles qui bien qu'étant des aides d'États jouissent d'une présomption de compatibilité avec le marché commun et s'inscrivent donc dans le cadre juridique des dispositions de l'article 86 §2e CE**.

C'est à ce niveau que le « paquet Monti-Kroes » innove en visant directement les compensations d'un montant de 30 millions d'euros dont pourrait bénéficier une entreprise de SIEG ayant un chiffre d'affaires inférieur ou égal à 100 millions d'euros. L'innovation réside dans le fait que le « paquet Monti-Kroes » isole et « privilégie » certaines entreprises du fait de leur secteur d'activité notamment les hôpitaux, celles agissant dans les transports (maritimes et aériens) à destinations des îles ou le domaine du logement social. Ces secteurs limitativement désignés bénéficient d'une exemption d'office de l'obligation de notification à la Commission européenne.

3- **La troisième et dernière catégorie est celle des aides d'État qui bien que telles, demeurent sous l'obligation de notification préalable à la Commission européenne** et donc dans le champ du plein exercice du pouvoir de contrôle qui lui a été dévolu par les dispositions de l'article 86 paragraphe 3[1054] CE. Sont concernées les aides d'État d'un montant élevé ou celles octroyées à certaines entreprises reconnues grandes entreprises. Le sort de cette catégorie d'aide d'État dont l'octroi fait l'objet d'une notification préalable à la Commission est suspendu à la décision souveraine de cette dernière qui peut les rejeter purement et simplement ou les accepter.

À la suite de la présentation susvisée de la composition du « paquet Monti-Kroes » de 2005, l'on peut souligner qu'il s'est opéré dans ce cadre, une extension du domaine juridique des SIEG dont il faudrait indiquer en quoi elle a consisté.

2- Extension du « Paquet Monti-Kroes » des SIEG au SSIG

L'analyse de la nature juridique des services d'intérêt général de la troisième catégorie de la directive « transparence » catégorie d'aides 2005/81/CE du 28 novembre 2005 susvisée et la prise en compte de l'encadrement des aides d'État dans les services publics européens permet de s'apercevoir que les services sociaux d'intérêt général (SSIG) sont concernés par le régime juridique des SIEG. Il suffit pour s'en convaincre de citer les seuls secteurs du logement social et des hôpitaux. En effet c'est par la « faveur » accordée par la Commission européenne que les entreprises intervenant dans ces secteurs qui bénéficient d'une aide d'État voient cette aide exemptée de l'obligation préalable de notification à la Commission. Certes, la Commission a voulu dans le « paquet Monti-Kroes » étendre son pouvoir de contrôle sur l'octroi des aides d'État dans les SIEG en vertu de l'article 86 paragraphe 3. Cela semble à première vue compréhensible dès lors qu'elle permet d'aller un peu plus loin que les critères *Altmark* qu'elle ne s'est pas contenté de préciser. Elle les a transcendés en traitant à la fois les questions de compensations, de surcompensations et d'aides d'État octroyées par les pouvoirs publics à l'occasion des SIG. Mais elle est allée beaucoup trop loin au point qu'en englobant dans l'application du régime juridique des SIEG construit autour des dispositions de l'article 86 CE, les services sociaux d'intérêt général elle menace l'existence et la poursuite de certains types de SSIG dont ceux de l'aide aux plus vulnérables, la formation. Cette extension est donc exagérée et le « *paquet Monti-Kroes* » en conditionnant rigoureusement l'exemption de notification des aides d'État provoque la réduction du nombre de ces services sociaux et prête le flan aux pourfendeurs de la logique trop libérale de l'Union européenne. Peut-être qu'elle avait pris la mesure du danger lorsqu'elle a assorti la validité et l'application de l'encadrement des aides d'État à six années afin certainement de tirer les conséquences d'une telle extension. La fin du « paquet Monti-Kroes » était programmée à compter de six ans d'application de cette audacieuse extension des prérogatives de contrôles dévolues à la Commission par l'article 86 CE paragraphe 3[1055] serait-on tenter d'avancer. Au bout de cette

analyse, il semble que l'avènement du nouveau paquet Almunia » fasse partie du processus mis en place par la Commission pour arriver à mieux maîtriser l'application par principe des règles de la concurrence au vaste secteur des services d'intérêt général (SIG) ou service public à l'européenne.

Cette extension a aussi été suivie d'un retour des compensations dans la catégorie des aides d'État prenant ainsi le contre-pied de la logique jurisprudentielle sous l'arrêt Altmark précité à plusieurs reprises.

[illegible]

Certains auteurs ont estimé à raison qu'« en adoptant les 3 textes (susvisés), la Commission "reprend la main" puisqu'elle fait à nouveau rentrer les compensations dans le registre des aides d'État et donc dans ses compétences d'appréciation de leur compatibilité »[1056]. Il s'est agit de l'extension du contrôle de la Commission telle que prévue par l'article 106 §3 (ex-art.86 §3). En effet, en ramenant les compensations dans la catégorie fortement contingentée en droit des SIEG des aides d'États, la Commission se donne les moyens de vérifier la compatibilité aux règles de la concurrence dans le segment de marché donné, de l'opportunité nationale de l'octroi d'une aide d'État en compensation d'une obligation de service public. C'est un moyen détourné d'agir sur l'expression d'une souveraineté nationale en ce sens que de manière indirecte, à travers le « paquet Mont-Kroes », la Commission fonde une nouvelle règle dans l'application des disposition des paragraphes 1er et 2e de l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE). Cette nouvelle règle qui n'est pas expressément dite est la suivante. « Même si et cela ressort de l'économie des dispositions des paragraphes 1er et 2e de l'article 106, les pouvoirs publics sont compétents de manière discrétionnaire pour définir, organiser et financer des missions de SIEG sur leur territoire, il n'en demeure pas moins que l'exercice de ces compétences reste soumis au contrôle de la Commission européenne, surtout si des deniers publics y sont manipulés en compensation d'une obligation de service public ». On le voit, la Commission semble postuler que soit immédiatement admis son contrôle dès lors que le financement des SIEG fait intervenir une

[illegible]

aide d'État. Cela peut se comprendre dans la proportion de la menace que l'octroi d'une aide sous la forme d'une COSP) peut fausser le jeu de la concurrence.

3- Forces et faiblesses du «paquet Monti-Kroes »

Pour un besoin de clarté et de facilité d'appréciation, il est indiqué de distinguer les forces du paquet Monti-Kroes » (a) de ses faiblesses (b).

La première force du « paquet Monti-Kroes » est aussi ce qui en fera sa faiblesse principale. Il s'agit de son audace à vouloir aller plus loin que la jurisprudence Almark dont il s'est inspiré sans la délicatesse et la prudence voire la prudence de la CJCE. C'est par une véritable audace que la Commission européenne en se basant sur les avancées permises dans le régime juridique par la jurisprudence Altmark à aller plus loin que les acquis du régime juridique des SIEG grâce à ladite jurisprudence. En effet en se fondant sur le fait que « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[1057], l'administrateur de l'UE a rédigé un « paquet Monti-Kroes » audacieux.

L'audace étant de clarifier au millimètre près le processus d'octroi des aides d'États sous la forme d'une compensation d'obligations de services publics dans les SIEG. Ceci constitue la seconde force, d'autant que les COSP y sont presque inévitables voire fréquentes[1058] et qu'il était important de procéder à une objectivation de leurs attributions. En cela, l'audace a été une bonne initiative.

Le deuxième avantage du « paquet Monti-Kroes est la « reprise en main » par la Commission de la surveillances de l'octroi des COSP dans les SIEG en y ramenant dans les catégorie des aides d'État, les compensations donnant ainsi une base légale qui en réalité existait déjà et qu'elle n'a fait qu'en étendre l'applicabilité. La Commission pour ce faire, rajoute des compétences à son pouvoir de contrôle prévu par l'article 86-3 CE. Se basant sur cette extension, et sur le fait de rendre objectives les conditions d'octroi des aides d'État, en matière de COSP, la Commission réglemente de manière beaucoup plus stricte, le régime de surcompensation en les considérant comme des aides d'État. Ce faisant, elle les met toutes, sous son pouvoir d'appréciation souverain et se permet d'estimer que ceux sont ses décision

2005/842CE, son encadrement communautaire 2005/C 297/04 et sa directive « transparence » 2005/81CE qui forment tous les trois, le « paquet Monti-Kroes ». Remarquons que tous ces textes ont été construit « sur la base de l'article 86-3 CE »[1059].

L'on peut y ajouter que non seulement cet article lui a servi de fondement légal mais, c'est aussi et surtout, pour se doter de plus de pouvoir dans ce cadre sur le contrôle de l'ensemble des aides d'État octroyées dans les SIG qu'elle a donc poussé son audace décisionnelle.

La troisième force du « paquet Monti-Kroes » c'est la limitation des « camouflages » des pouvoirs publics des pays membres qui seraient tentés de décider que sont compatibles aux aides d'État, celles qui n'en sont pas car étant d'un montant élevé ou octroyées à de grandes entreprises « qui n'en n'ont pas besoin ».

Le quatrième avantage est la modification significative du quatrième critère Altmark. Il est dépouillé de la difficile prise en compte de l' « analyse des coût qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement ». Il est remplacé par un nouveau paramètre plus aisé et plus objectif, « ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public » de l'entreprise de SIEG.

Le cinquième sixième avantage majeur est l'instauration de plus de souplesse à l'égard des surcompensations concerne son remboursement. L'entreprise pouvait désormais avoir la possibilité non négligeable, sur report sur l'exercice de l'année suivante.

Une sixième force qui ne maquera pas de poser, aussi des difficultés aux pouvoirs publics des États membres est, la précision mêlée de durcissement de la première condition Altmark par l'exigence notamment d'un « mandat ». Ce formalisme qui s'inscrit dans le cadre de plus de transparence de la part des pouvoirs adjudicateurs nationaux comporte, un gain en de sécurité juridique pour les opérateurs économiques qui en tirent aussi, un surcroît d'égalité entre eux dans l'accès à la commande publique de SIEG. Ce mandat est un dépassement des prescription de la CJCE qui s'est contentée dans la jurisprudence Altmark d'exiger que l' « obligation de ce formalisme soit clairement » respecté. Toutefois, la Commission en requérant que le mandat comporte une série de

mentions est allée, beaucoup plus loin que la Cour de justice dans la rigidité du formalisme et des exigences procédurales. Non seulement pour le mandat mais également pour l'octroi des compensations d'obligations de services publics sous formes d'aide d'État et de manière plus contingentée, mais également que l'octroi des surcompensations qui au demeurant devrait être ponctuelle – éventualité – mais de non pas fréquentes. Cette dernière exigence ouvre grandement la porte à quelques confusions qui ne manquent pas d'affaiblir le « paquet Monti-Kroes » de 2005.

b) Les faiblesses du paquet Monti-Kroes

Comme précédemment mentionnée, la première force du « paquet Monti-Kroes » en fait aussi la première faiblesse en ce qu'il a été trop audacieux en ramenant d'une part, les compensations dans la catégories des aides d'État. Un dépassement du critère Almark sur ce point. Puis en rendant les quatre critères Altmark cumulatifs a réussi à distinguer les COSP avec tout de même une zone d'ombre. Certes la frontière entre les aides d'États pures et les compensations des obligations de services publics de SIEG est moins évidente qu'il n'y paraît. Une compensation d'OSP pouvant être octroyée sous la forme d'aide d'État, il n'est donc guère évident de les distinguer de manière tranchée. En revanche en qualifiant la surcompensation d'une aide d'État remboursable intégralement, la porte est grandement ouverte aux débats juridiques de définition et d'élaboration d'un régime juridique sur les deux notions.

Enfin une dernière faiblesse importante du « paquet Monti-Kroes » a été la confusion totale des régimes juridiques des SSIG et des SIEG qui effleure la grande catégorie des SIG. Peut-être qu'il fallait faire preuve de patience puisque quelques années après 2005, en 2009, le traité de Lisbonne va faire évoluer la situation des SIG, SIEG, SSIG et SIGNE vers une telle considération à travers l'article 14 TFUE et le Protocole 26 sur les SIG annexé au traité de Lisbonne. En effet, sur le fondement de ces deux textes, sauf si le service d'intérêt général est régaliens, il ne peut se soustraire de l'applicabilité par principe au règle de la concurrence que sous certaines conditions laissées à l'appréciation souveraine de la Commission ou si l'Etat membre opte pour l'exception du « *in house* » précédemment expliqué par l'analyse.

Ayant distingué les éléments textuels de ceux jurisprudentiels pour une clarté de la présentation et de l'analyse et non pour en faire des catégories isolées – cela est impossible

puisqu'ils sont complémentaires –, il convient à présent de relever les éléments jurisprudentiels du régime juridique des SIEG.

§ 1 : Décisions jurisprudentielles majeures de 1974 à 2003

Dans les données jurisprudentielles du droit des SIEG, quelques décisions ou arrêts peuvent être recensés sur la période allant de l'année 1974 - date de la première affaire visant spécifiquement la matière - à 2003, année de la célèbre affaire Altmark. Ces décisions jurisprudentielles sont à relever pour leur rôle important dans la construction du droit des SIEG (**§1**). Le droit des SIEG contient une grande exception dite « la gestion intégrée ou le « [1060]in house » que l'on peut classer dans les données jurisprudentielles car elle a été construite par la CJCE qui en a donné les critères dans l'arrêt *Teckal*[1061] du 18 novembre 1999 (**§2**).

Au plan jurisprudentiel, le régime juridique des services publics européens d'intérêt économique général ou SIEG a enregistré au moins quatre interventions majeures de la Cour de justice à travers deux séries d'arrêts. La première série composée de trois arrêts date de la décennie 1970 avec les arrêts du 14 juillet 1971 « Ministère public luxembourgeois c/ Mme Muller »[1062], du 21 mars 1974 « BRT c/ SABAM »[1063] et à l'occasion de l'affaire du 30 avril 1974 dite « Giuseppe *Sachi »*[1064] (**A**). La seconde série de décisions jurisprudentielles est intervenue dans décennie 1990 avec les célèbres affaires *Paul Corbeau* et *Commune d'Almelo* (**B**) connues par la CJCE. C'est aussi dans cette décennie qu'a été signé en 1997 le Traité CE d'Amsterdam d'une importance capitale pour le droit des SIEG. Un autre apport jurisprudentiel majeur dans l'élaboration du régime juridique des SIEG est la formulation par la CJCE des quatre critères dans l'arrêt *Almark* en 2003 (**C**). Enfin, la relation entre la jurisprudence Almark et le « *paquet Monti-Kroes* » est à souligner pour sa valeur constructive et représentative d'une complémentarité réussie entre acteurs juridiques juridictionnel (CJCE) et non-juridictionnelle (la Commission européenne) dans le droit des SIEG (**D**).

A- Les arrêts CJCE « Muller » de 1971, « BRT c/SABAM » et « Giuseppe Sacchi » de 1974

De manière chronologique, les apports jurisprudentiels essentiels dans la construction du droit des SIEG au cours de la décennie 1970 se retrouvent dans les portées des arrêts « *Muller* » de 1971 (**1**) et « *Giuseppe Sacchi* » de 1974 (**2**).

1- L'arrêt « Muller » de 1971 dans le droit des SIEG

C'est à la décision de la Cour de justice dans l'affaire « *Ministère public luxembourgeois c/ Mme Muller* »[1065] *dite* « arrêt Muller » du 14 juillet 1971 que le droit des SIEG doit sa première précision jurisprudentielle dans la mesure où elle est véritablement la première espèce connue par la CJCE dans cette matière. En effet, dans les points 10 et 11 de son arrêt, la Cour de justice a jugé que « les paragraphe 2 de [l'article 86 CE] prévoit que les entreprises qui sont chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises à ces règles, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces prescriptions ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie (…). Que peut relever de cette disposition une entreprise qui, jouissant de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement chargée et entretenant à cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics, assure le débouché le plus important de l'État intéressé pour le trafic fluvial »[1066]. De cette décision découle quatre précisions jurisprudentielles majeures concernant l'entreprise chargée de prester une mission de SIEG. La première c'est sa soumission par principe aux règles de la concurrence. La seconde tient au fait qu'une entreprise accomplissant ladite mission peut jouir de privilège octroyé (aide d'État ou compensation d'OSP sous la forme d'une aide d'État par exemple) par l'État membre surtout si elle a été légalement chargée (mode de définition par qualification juridique d'une mission de SIEG) d'une telle mission.

Puis, la troisième clarification réside dans l'exigence d'un lien étroit entre cette entreprise mandataire et le mandant qui est l'État membre (pouvoirs publics étatiques ou la collectivité territoriale locale…). Pour terminer, cet arrêt indique qu'une activité de gestion du trafic fluvial peut être déclaré par un État intéressé comme une mission de SIEG. Nous avons en cette affaire le début d'un listing non exhaustif des activités éligibles selon la Cour de justice comme une activité économique susceptible de faire l'objet d'une qualification de SIEG. Le large pouvoir de décision des autorités publiques des États membres est protégé par

les termes de l'article 106 TFUE §1er (ex-art.86CE §1er). En revanche, cet important pouvoir national n'échappe pas à un recadrage jurisprudentiel par la CJCE pour erreur manifeste de qualification de SIEG.

2- L'arrêt « Giuseppe Sacchi » et le droit des SIEG

Dans cette décision, du 30 avril 1974 dite « *Giuseppe Sacchi* »[1067], la Cour de Justice des Communautés européennes donne six précisions importantes dont nous ne retiendrons ici que cinq. Le premier élément à souligner sur ces cinq points retenus est l'élévation d'une émission de télévision au rang de l'intérêt général au point que les États membres puissent à ce niveau là en tenant compte de ce caractère avoir une certaine marge de manœuvre, d'autant que la Cour de justice estime que « l'émission de message télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telles, des règles du traité relatives aux prestations de service »[1068]. Ces prestations de service, si elles sont déclarées de cette nature, peuvent s'accommoder d'une situation monopolistique en ce sens que « la circonstance qu'une entreprise d'un État membre bénéficie de l'exclusivité des messages publicitaires télévisés n'est pas, en tant que telle, incompatible avec la libre circulation des produits dont ces messages tendent à promouvoir la commercialisation »[1069]. Cependant, cette situation de monopole devient inacceptable au regard des traités « si le droit d'exclusivité était utilisé pour favoriser, au sein de la Communauté, certains courants d'échanges ou certains opérateurs économiques par rapports à d'autres ». On le voit, il s'agit d'un droit d'exclusivité qui ne saurait se confondre avec une permissivité à toutes formes de discrimination contre d'autres opérateurs économiques.

À lecture de cinq des six points susvisés de la décision, la remarque générale est qu'ils sont aussi importants les uns les autres. Néanmoins, les trois derniers semblent être à nos yeux la triple portée de l'arrêt pour le droit des SIEG. La première portée de la décision découle du point 3 ou la Cour de justice a jugée que « l'article 37 du traité vise les échanges de marchandises et ne peut concerner un monopole de prestations de service »[1070]. En clair, la CJCE admet ainsi que dans le cadre des SIEG, un monopole de prestation de service peut exister. Dès lors, la seconde portée de cet arrêt n'étonne guère puisque se situant dans la suite logique de cette pensée. Il est donc « normal » pour la Cour de Justice que dans ce sens, il

puisse exister « un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde, au sens de l'article 90, des droits exclusifs, ou l'extension de ces droits, consécutifs à une intervention nouvelle de cet État , n'est pas, en tant que tel incompatible avec l'article 86 du traité »[1071]. Dans cette appréhension *lato sensu* des droits exclusifs et de situation de monopole, la Cour fait fort et même très fort au point d'entretenir le flou qui animera le débat doctrine post-traité d'Amsterdam de 1997 lorsqu'enfin entre en jeu de manière significative et effective l'ensemble des dispositions de l'article 86 entrainant la mise à l'épreuve de situations monopolistiques issues de ces droits exclusifs avec les actes anticoncurrentiels. L'admission de circonstance « anticoncurrentielle » comme compatible avec le traité est une véritable ouverture de boîte de Pandore dans le droit des SIEG. Sur ce point, la décision a une portée quelque « douteuse » pour le droit des SIEG.

En revanche, concernant les justiciables, l'arrêt Giuseppe Sacchi est un gain de plus value lorsque la Cour y a jugé dans le 5e point de sa décision que «Même dans le cadre de l'article 90, les interdictions de l'article 86 ont **un effet direct et engendrent, pour les justiciables, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder** ». La Cour de justice en 1974, en décidant de reconnaître aux interdictions de l'article 86 CE à la fois un effet direct et leur invocabilité par les justiciables devant les juridictions nationales donnait ainsi aux opérateurs économiques un moyen d'ester en justice contre un pouvoir public étatique et local s'ils estimaient que dans le cadre des SIEG, un tort leur était fait, notamment s'ils se sentaient discriminés. (en raison de leur nationalité par exemple).

B- Les apports jurisprudentiels majeurs de la décennie 1990

Pour la structuration des droit et régime juridique des services d'intérêt économique général, la décennie 1990 pourrait être baptisée la décennie de l' « or jurisprudentiel ». En effet, au cours des années 90, l'on dénombre au moins neuf décisions majeures de la Cour de justice des Communautés européennes prises dans le cadre des SIEG qui constituent des apports de clarification d'une grande importance. Ces apports méritent d'être relevés en donnant pour le droit des SIEG, la portée juridique de chacun des arrêts CJCE sélectionnés et rapportés ci-après. Ainsi, en tenant compte de la date de chacun d'eux, les deux premières affaires sont de l'année 1991 où la Cour de justice des communautés a connu et tranché par

ses arrêts du 23 mars 1991 l'affaire « *Höfner et Elser c/ Macrotron* »[1072] et celui 10 décembre 1991, l'affaire « *Merci Convenzionali Perto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli* »[1073] (**1**). Le second et le troisième sont de la même année aussi : 1993. Il s'agit des arrêts du 17 février 1993, « *Poucet et Pistre* »[1074] et celui du 19 mai 1993 dite affaire « *Paul Corbeau* »[1075] (**2**). Les quatrième, cinquième et sixième arrêts datent aussi de la même année : 1994. L'un du 19 janvier 1994 dit arrêt *SAT Fluggesellschaft c/Eurocontrol*[1076] communément dénommé arrêt Eurocontrol et celui non moins célèbre du 27 avril 1994 *« affaire Commune d'Almelo »*[1077] et le troisième du 17 mai 1994 : « *Corsica Ferries Italia* »[1078] (**3**). Le sixième arrêt de la CJCE est celui du 16 novembre 1995 : « *Fédération française des sociétés d'assurances* »[1079] (**4**). Enfin, le dernier arrêt majeur de ladite décennie est celui du 18 mars 1997 : « *Diego Cali et Figli* »[1080] (**5**).

1- Les arrêts CJCE de 1991 : Affaires « Höfner et Elser c/ Macrotron » et « Merci Convenzionali Perto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli »

Les apports jurisprudentiels au droit des SIEG se retrouvent à travers les portées des arrêts majeurs de 1991 qui ont concerné cette matière. Nous soulignerons successivement la portée de la décision de la CJCE dans l'affaire « Höfner et Elser c/ Macrotron » (**a**). Puis et enfin dans l'espèce « Merci Convenzionali Perto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli » (**b**)

a- L'affaire « Höfner et Elser c/ Macrotron »

C'est par sa décision du 23 mars 1991 dite « *Höfner* »[1081] que la Cour de justice des Communautés européennes a consacré sa conception large de la notion d'entreprise en matière de SIEG. C'est en se basant sur les dispositions de l'article 86 CE (ex-article 90 CEE) que la CJCE a dégagé cette conception lato sensu selon la doctrine réputée consolidée dans la

mesure où *« afin de consolider une définition la plus large possible, la Cour s'est arrêtée finalement sur une formule générale énoncée dans l'arrêt de principe « Höfner » de 1991 et désormais acquis : "Il y a lieu de préciser, dans le contexte du droit de la concurrence, que .... **La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement"** »*[1082](C'est nous qui le soulignons).

Cette conception est d'autant plus admise comme telle que dans une autre affaire du 10 janvier 2006, dite « *Casa di Risparmio di Finrenze* » la CJCE la considérera de jurisprudence constante. La décision de la CJCE dans cette affaire « *Casa di Risparmio* » fait de la conception très originale de l'entreprise agissant dans le domaine des SIEG, une donnée juridique pour l'heure indiscutable. Dorénavant, les opérateurs économiques chargés de prester des missions de SIEG peuvent être des entreprises des secteurs public ou privé. Pour la CJCE, les choses sont au demeurant on ne peut plus claires à ce sujet puisque « selon une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (voir, notamment arrêt du 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, et du 16 mars 2004, AOK Bundesverband e. a., C-264/01, C-306/01 et C-355/01, Rec. P.I-2493, point 46) »[1083].

Pour plus de développements sur cet apport jurisprudentiel, nous renvoyons à nos précédents développements sur la notion d'entreprise dans notre partie « terminologie des SIEG » susvisée.

La CJCE dans le but d'aider le droit des SIEG à évoluer dans un langage juridique plus clair, n'a pas hésité à apporter plus d'éclairage sur la position dominante qu'une entreprise chargée d'une mission de SIEG puisse tirer du bénéfice d'une position légale de monopole. Ainsi estimera-t-elle dans sa décision du 10 décembre 1991 dite *« Merci Convenzionali »*[1084] qu'il est aussi *« **de jurisprudence constante** qu'une entreprise qui bénéficie d'un monopole*

légal sur une partie substantielle d'un marché commun peut-être considérée comme occupant une position dominante au sens de l'article 86 du traité » (voir arrêts du 10 décembre 1991, Merci Convenzionali porto di Genova SpA, point 14, C-179/90 , Rec.p.1-5889, et du 13 décembre 1991, RTT, p17, C-18/88, Rec.p.I-5941) » (soulignée par nos soins).

2- Les Arrêts « Poucet et Pistre » et « Paul Corbeau »

Dans l'arrêt « Corbeau » où le secteur postal est directement visé, la Cour de justice a adopté une nouvelle orientation plus favorable au SIEG en admettant que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général peuvent échapper aux règles de concurrence dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence de la part d'autres opérateurs économiques sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui leur est impartie »[1085].

Il s'agit bien d'une évolution de la position jurisprudentielle que l'on retrouve aussi dans l'arrêt « *Commune d'Almelo* »[1086] de 1994 bien que ces deux affaires n'aient pas concerné le même secteur d'activité. Ce qu'il importe de souligner dans le cadre de l'apport jurisprudentiel à la construction du droit des SIEG c'est que « ces deux arrêts font apparaître un assouplissement de la jurisprudence dans la justification de l'admission de la dérogation prévue à l'article 86-2 du traité (…) [Mais pour autant, il faudrait] qu'il existe un obstacle à l'accomplissement du service, soit parce que le fonctionnement du service devient matériellement impossible, soit parce que l'équilibre financier du service d'intérêt général se trouve menacé par la concurrence ; La charge de cette preuve incombe à l'entreprise de service public»[1087]. On le voit, la manipulation ou l'application des dispositions de l'article 86-2 CE est sous haute surveillance car dans la réalité pratique, c'est du côté de la protection de l'application par principe des règles de la concurrence qu'il faudrait toujours placer le curseur et non pas du côté de la réunion des conditions pour bénéficier de la dérogation.

Concernant l'espèce « *Poucet et Pistre* » du 17 février 1993, il apporte principalement au droit des SIEG un éclaircissement dans le sens d'une appréhension quelque peu large de la notion d'entreprise. C'est ainsi qu'elle a jugé aux points 19 et 20 de son arrêt qu'« il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité. (..) il y a

lieu de répondre à la juridiction nationale que la notion d'entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité, ne vise pas les organismes chargés de la gestion de régimes de sécurité sociale, tels que ceux décrits dans les jugements de renvoi »[1088], à savoir « les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale ». La cour dans cette décision s'est fondée essentiellement sur les caractères de solidarité et d'absence de poursuite de but lucratif pour refuser la qualification d'entreprise au sens des dispositions des articles 85 et 86 du traité. Pour elle, une telle activité ne peut donc pas bénéficier du statut de SIEG puisque l'élément économique lui fait défaut. L'impossibilité de bénéficier de la qualification d'entreprise a dans certains secteurs d'activité a connu une autre exemplification sous l'arrêt *Eurocontrol* de 1994 sur lequel nous reviendrons. En combinant les solutions des arrêts « Eurocontrol » et « Poucet et Pistre » l'on parvient a un éclairage supplémentaire en droit des SIEG puisque l'on admet désormais que le « domaine de la règle peut être précisé par rapport à la nature des activités. L'on sait qu'au début des années 90, procédant par exclusion, la Cour a surtout indiqué que n'étaient pas des activités économiques les prérogatives typiquement de puissance publique et les fonctions exclusivement sociales »[1089].

3- Les arrêts CJCE de 1994 : « SAT Fluggesellschaft c/Eurocontrol », « Commune d'Almelo » et « Corsica Ferries Italia »

L'année 1994 enregistre trois décisions importantes dans la matière des SIEG. Selon leur date d'intervention, l'arrêt du 19 janvier 1994, « *Eurocontrol* »[1090] est le premier des trois importantes décisions prises cette année là par la CJCE. Force est de reconnaître que c'est par sa décision dans cette espèce dite « *Eurocontrol* »[1091], que la Cour de justice a admis pour la première fois, une exception à la qualification d'entreprise même si cette exception « a d'autant moins l'occasion d'être retenue que la Cour [y a] adopté une conception restrictive des prérogatives de puissance publique, qui semble limitées au prérogatives régaliennes »[1092]. L'illustration de cette conception restrictive est donnée par la Cour elle même lorsqu'elle a jugé que « Les articles 86 et 90 du traité doivent être interprétés en ce sens qu'une

organisation internationale comme Eurocontrol ne constitue pas une entreprise au sens de ces articles »[1093]. Or on le sait, ces articles renvoient à l'applicabilité des règles de la concurrence.

Dans la seconde affaire importante pour les SIEG du 27 avril 1994, dite *« Commune d'Almelo »*, la Cour de justice a, en plus de l'apport susvisé, procédé à davantage de clarification sur la lecture de l'article 86 paragraphe 2e TCE. Cette seconde affaire participe donc avec l'arrêt *Eurocontrol* de la même année, à l'éclairage jurisprudentiel sur l'application de paragraphe 2 de l'article 86 et rejoint ainsi à cet titre, les précisions de la Cour de justice dans sa décision sur l'arrêt *« Corbeau »* de 1993. En effet, dans l'affaire *« Commune d'Almelo »*, la CJCE a estimé que pour qu'une restriction de la concurrence puisse être dûment acceptable, il faudrait tenir « compte des "conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coût qu'elle doit supporter et des réglementations particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise"[1094]»[1095]. Cette position est quelque peu avant-gardiste par rapport au « paquet Monti-Kroes » dans lequel c'est seulement en 2005 soit 11 années après la CJCE que la Commission européenne arrive au point de la reconnaissance de la particularité de certains secteurs (environnement, santé) alors que la Cour de justice l'avait au préalable perçue. C'est le lieu de relever une sorte de hiatus entre les lectures que font les deux acteurs majeurs de l'application du droit des SIEG. Leurs prises de positions sur les dispositions des articles 106 TFUE (ex-art. 86 CE) et 107 TFUE (devenu après modification ext-art. 87 CE) autorise la question non illogique du niveau de compréhension des textes des traités. Sont-ils sur la même longueur d'onde ?

Répondre par l'affirmatif est très difficile si l'on en croit les divergences entre les deux acteurs de droits sur les questions de compensations, de surcompensations et d'aides d'États ou de COSP en matière de SIEG. Le temps d'un dialogue juridique entre les deux instances décisionnelles est peut-être arrivé. Le droit des SIEG ne pourrait que tirer une plus value de cette harmonisation nécessaire des points de vues sur les mêmes textes du ou des traité.

La troisième décision jurisprudentielle majeure de 1994 pour les SIEG est l'arrêt « *Corsica Ferries Italia* »[1096] qui n'a pas été une affaire pendante devant la CJCE puisque

c'est le Tribunal de première instance de la Communauté Européenne (TPICE) qui l'a tranchée. Dans son jugement, ledit tribunal aux points 278 à 283, indique le procédé de calcul des montants de l'aide à consentir pour la restructuration d'une entreprise en tenant compte de certains facteurs. D'abord, le montant de l'aide doit être strictement proportionnel aux besoins de l'opération. Puis et enfin, ledit montant, doit faire obligatoirement l'objet d'une évaluation par la Commission. Cette précision jurisprudentielle fonde le professeur Laurence IDOT à estimer que « sur les difficultés de calcul du montant de la compensation, on renverra à l'affaire de la SNCM »[1097] ou « *Corsica Ferries* ». Admettons que si l'on parvient à mesurer les difficultés rencontrées lors de ce calcul, c'est bien parce que le TPICE en donne un procédé.

4- CJCE arrêt *Fédération française des sociétés d'assurance (1995)*

L'apport jurisprudentiel principal au droit des SIEG dans l'arrêt du 16 novembre 1995 dit « Fédération française des société d'assurance » est d'admettre des restrictions à la solution de la CJCE dégagée dans l'espèce « Poucet et Pistre » précitée. En effet dans cet affaire, la « Cour a estimé que la solution dégagée par « Poucet et Pistre » ne pouvait être étendue à un régime complémentaire de retraite c'est-à-dire plus précisément au régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse des personnes non salariées des professions agricoles (Coreva).

5- L'arrêt CJCE du 18 mars 1997 : « Diego Cali et Figli »

L'arrêt « *Diego Carli* »[1098] pour certains auteurs, entretient le flou concernant la qualification d'entreprise d'autant plus que dans cette affaire de 1997 « à propos des activités de lutte contre la pollution, (..) l'on ne sait pas très bien si la qualification de SIEG donnée à l'organisme chargé et le jeu de l'article 86, §2 CE se situe au stade préalable de la qualification d'entreprise ou comme dérogation »[1099]. En revanche, l'on ne peut dénier à la décision de la Cour de justice sa prise de position concernant l'application des articles 81 CE et 82 CE aux activités de puissances publiques. En effet par son arrêt « Diego Carli »[1100] de

1997, elle a décidé la non application des dispositions desdits articles aux activités de puissances publiques. Le caractère souverain de l'usage de la puissance publique semble avoir été davantage pris en compte par le juge du plateau de Kirchberg Luxembougeois et dès lors qu'une activité est reconnue de cette catégorie, il importe que le la Cour soit plus vigilante dans son contrôle sur l'octroi de la qualification SIEG. Notons tout de même ici que si pour nous, il est appréciable que la Cour puisse retenir de temps à autre une approche restrictive de la qualification de SIEG lorsqu'il s'agit d'activités accomplies avec des prérogatives de puissance publique, cet avis est diversement partagé par la doctrine. Une partie de la doctine considère même que l'arrêt Diego Carli est mal rédigé1101. Car « il faut néanmoins signaler l'arrêt Diego Carli du 18 mars 1997, qui à première vue, paraît en retrait. La Cour semble dénier la qualité d'entreprise à l'organisme chargé de la lutte contre la pollution dans le port de Gêne en considérant qu'il s'agit d'une prérogative de puissance au sens de la jurisprudence Eurocontrol ».

Il nous semble que la décision de la Cour a été fondée sur le fait qu'à l'évocation de l'activité de prérogatives de puissance est lié le plus souvent le bénéfice de la dérogation du principe de l'application des règles européennes de la concurrence. C'est à notre avis de ce côté là qu'il convient de placer le curseur pour mieux accepter la vigilance que recouvre cette décision jurisprudentielle et non pas du côté de l'entreprise chargée d'accomplir une mission de SIEG qui peut bien sûr être une activité de lutte contre la pollution. C'est dans ce sens que l'arrêt *Diego Carli* est intéressant et que sa portée est importante puisqu'elle voudrait éviter un certain mélange de genre pour anesthésier les règles de la concurrence au nom et derrière

une qualification de SIEG. Il est à souligner aussi qu'à la suite de la décision « *Diego Carli* », dorénavant, « un service en régie d 'une collectivité publique, c'est-à-dire non doté de la personnalité morale, peut être également considéré comme une entreprise ».[1102] Pour le droit des SIEG et plus spécifiquement pour celui des collectivités territoriales, cette partie de la décision de la CJCE est intéressante vu le nombre croissant de missions de SIEG définies à cet niveau local de la prise en charge de l'intérêt général économique.

De tout ce qui précède, il ressort que dans toutes ses décisions susvisées, la CJCE a visé de manière audacieuse la levée des équivoques nuisibles au droit des SIEG. Cette audace, il la poursuivra sous l'espèce Altmark qui n'a pas encore cessé de faire couler de l'encre même s'il date d'une décennie car prise en 2003. Au sujet de l'apport jurisprudentiel dans la construction du droit des SIEG de 1971 à 2003, en plus de l'espèce *Altmark Trans* largement évoquée et sur lequel nous reviendrons encore sous peu, il faudrait aussi souligner deux arrêts susvisés de la décennie 90 que sont les affaires « Paul Corbeau » et « Commune d'Almelo » ci-dessus rapportées. L'insistance sur ces deux arrêts réside dans le double fait que d'un part « **les deux arrêts apportent un premier enseignement : les entreprises visées à l'article 86-1 peuvent bénéficier d'une protection contre la concurrence seulement pour ce qui concerne le service de base ou universel[1103]** »[1104] (C'est nous qui le soulignons). Et d'autre

part, ils font apport essentiel qui est celui « de considérer que, **dorénavant, la Cour examine si les restriction à la concurrence sont nécessaires à l'accomplissement de la mission d'intérêt économique général par l'organisme qui en a la charge** »[1105] (C'est nous qui le soulignons).

C- Les critères « Altmark » et les SIEG

Largement visé par les développements dans la partie susvisée sur le « paquet Monti-Kroes », la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes a construit quatre critères à remplir par les COSP pour ne pas figurer dans la catégorie fortement contingentée par les dispositions de l'article 87 CE des aides d'État octroyées par les autorités publiques à une entreprise chargée de prester des services d'intérêt économique général. Les quatre critères seront énoncés (1) avant d'insister sur leurs aspects cumulatif, rigide et difficile à remplir à la fois (2).

1- Les quatre critères « Altmark »

D'abord l'énoncé des quatre critères *Altmark* (**a**) puis et enfin l'appréciation globale desdits critères en attestant qu'ils forment une sorte de « boîte à outils juridiques» (**b**) pour les pouvoirs adjudicateurs États membres de l'UE.

[illegible]

Dans sa décision du 24 juillet 2003 dans l'affaire *Altmark trans*[1106], la Cour de justice décide audacieusement de faire avancer le débat portant sur la question de l'octroi des aides d'État dans le financement des compensations de services d'intérêt général. Elle visera directement les compensations d'obligations de services publics de SIEG qui ne seront considérées comme des aides d'État que si et seulement si leur octroi remplit de manière cumulative et indispensable quatre conditions. Ainsi, en a jugé la CJCE dans le point 2 de sa décision avant de donner la formulation de ce qui deviendra les critères Altmark. Il s'agit pour

[illegible]

la CJCE de « la condition d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE) selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre États membres et ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transports fournis ou l'importance du domaine d'activité concerné ».[1107] Ainsi les le financement des compensations d'obligations de services publics des secteurs suscités par la CJCE, sous la formes d'une aide d'États vont directement être visées par les dispositions de l'article 92 paragraphe 1er devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE à la seule condition d'apporter la preuve à la Commission qu'il s'agisse bien de subventions particulières.

La particularité donc découlera du fait qu'elles entrent dans la catégorie de « subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de cette disposition dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les

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

des recettes y relatives ainsi que d'**un bénéficie raisonnable** pour l'exécution »[illegible] (C'est nous qui les soulignons).

L'analyse rapide de l'énoncé des quatre critères susvisés laisse apparaître que les subventions de SIEG de transports urbains et suburbains ne sont aucunement définies. Néanmoins, les pouvoirs publics adjudicateurs disposent de critères qui par le raisonnement par négation leur permet d'aboutir à la conclusion que la subvention qu'ils entendent octroyer en compensations d'OSP de transports publics urbains et suburbains, ne seront pas des aides d'État si et seulement si elles n'entrent à la fois dans aucune des spécifications ou conditions susmentionnées. Ils disposent au moins désormais par la décision des juges de la CJCE d'une belle boîte dans laquelle des outils peuvent être essayés pour trouver ce qui convient pour échapper aux conditions drastiques des dispositions de l'article 92 CEE devenu après modification article 87 CE. Le tout est de savoir utiliser avec délicatesse et dextérité les quatre outils qui s'y trouvent pour que la « boîte » des quatre critères Altmark les aide à ne pas tomber sous l'appréciation négative de la nature de la subvention octroyée à une entreprise de SIEG du secteur des transports publics urbains ou suburbains par la Commission européenne qui en cas de doute persistant pourrait saisir la CJCE sur le fondement d'une « erreur manifeste d'appréciation » de la nature de la subvention pour une vérification jurisprudentielle de compatibilité ou non aux règles du traité. Cette boîte à outil s'appliquera au-delà des deux secteurs susnommés dans la mesure où « il est très vite apparu : - que la quasi-totalité des financements des obligations de service publique actuellement en place dans l'Union européenne devaient être considérés comme des aides d'État, car ne répondant pas à l'ensemble des 4 critères et en particulier le quatrième »[1109].

Comme sus-précisé, au demeurant, la réunion des quatre critère est difficile voire impossible puisque trop rigide. En revanche, l'œuvre jurisprudentielle en mettant le financement des SIEG par compensation d'OSP à l'épreuve[1110] des aides d'État visées par l'article 107 TFUE §1er (ex-art 87 CE §1er, donc ex-art. 92 CEE) ne demeure pas moins une avancée notable puisqu'elle donne des indicateurs pour distinguer COSP des compensations

[illegible]

simples et des aides d'État proprement désignées et attribuées comme telles. Les régimes juridiques étant sensiblement différents et tributaires de leur nature, cette distinction était importante même si elle créait une catégorie de subventions qui échappe à la rigueur du contrôle de la Commission européenne sous l'égide des dispositions du paragraphe 3 de l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE donc ex-art. 90 CEE).

2- Caractère cumulatif et rigidité des critères Altmark

A la lecture de la décision de la Cour de justice des communautés européennes du CJCE 24 juillet 2003 dans l'affaire *Altmark* précitée, l'on s'aperçoit que le juge européen du plateau de Kirchberg Luxembourgeois a été le plus clair et précis possible au sujet du caractère cumulatif des quatre critères, qu'il exige expressément qu'ils soient tous réunis par l'expression « la réunion ». Dès lors, il s'agit quatre critères cumulatifs (**a**) qui ne manquent pas à la pratique d'être difficiles à remplir à la fois donc ils sont aussi rigides (**b**).

[illegible]

Le caractère cumulatif est proclamé par la Cour de justice des communautés elle même par l'expression « la réunion » qu'elle emploie dans sa décision avant d'énumérer lesdits quatre critères. La CJCE n'entretient aucune ambiguïté au sujet de ce caractère puisqu'elle dit expressément qu'«aux fins de l'application de ce critère, **il incombe** à la juridiction de renvoi de **vérifier la réunion** des conditions suivantes : (…) »[1111] (C'est nous qui le soulignons).

[illegible]

La rigidité du 4e critère et la difficulté pour une compensation d'obligation de service public sous forme d'aide d'État à remplir cumulativement les quatre critères susvisés ressortent de l'analyse de la jurisprudence de la CJCE d'après le 2003, année de ladite affaire. En effet, le Professeur Laurence Idot en fait à raison le constat en estimant qu'en pratique, « les conditions sont tellement rigoureuses qu'elles ne sont pratiquement jamais satisfaites. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner la jurisprudence et la pratique décisionnelle postérieures à l'arrêt Almark »[1112]. Il semble que la Cour de justice se soit rendu compte de la difficulté à remplir cumulativement ses quatre critères *Almark* dans la mesure où elle va se montrer un peu plus souple seulement quatre mois après cette décision dans une autre espèce

[illegible]

[illegible]

dite GEMO du 27 novembre 2003 en admettant que « le fait que l'activité, gratuite pour certaines catégories d'usagers, soit exercée par des entreprises privées ne saurait mettre en cause l'éventuelle qualification d'aide d'État, puisque les pouvoirs publics sont à l'origine du régime en cause »[1113]. Cette décision a le mérite principal de marquer une certaine flexibilité de la CJCE dans son application de ses cumulatifs *Altmark*. Dorénavant, la CJCE pourrait « laisser tomber » l'exigence du bénéficiaire direct de l'avantage qui en l'espèce sont les entreprises d'équarrissage et viser plutôt ceux indirects que sont les éleveurs et abattoirs en privilégiant le fait que pour ceux-ci, l'aide consentie, implique un «allègement des charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise ».

Cette curieuse vérification de son premier critère Altmark est à n'en point douter, un véritable affranchissement par la CJCE de ses propres critères et emporte de sa part, une reconnaissance tacite leur rigidité. Cette souplesse dans l'application des critères cumulatifs *Altmark* n'échappera pas à la doctrine dans la mesure où le professeur Idot la fera remarquer en estimant que « dans le cas particulier du système français de taxes à l'équarrissage, il était dès lors nécessaire de distinguer la situation des entreprises d'équarrissage qui, exécutant des obligations de service public, pouvaient être financées par l'État sans que l'on conclue à l'existence d'une aide, alors que les éleveurs et abattoirs, pour lesquels la collecte des carcasses était gratuite, bénéficiaient quant à eux d'une aide. Cette analyse vient d'être reprise plus récemment par la Commission

D- La jurisprudence Altmark et le « Paquet Monti-Kroes »

Le débat doctrinal sur le rapport entre les quatre critères dégagés par la jurisprudence Almunia et le « paquet Monti-Kroes » fait ressortir deux approches pas totalement éloignées l'une de l'autre. D'un côté il y a les tenants de la thèse du « copier-coller » pour lesquels le « Paquet Monti-Kroes » ne fait rien d'autre qu'un copier et coller simplement au niveau des décisions de la Commission européenne. De l'autre côté, il y a une formulation avec une terminologie plus juridique qui est celle de la codification. En effet, pour certains auteurs dont

Madame Le Professeur Laurence Idot, le « paquet Monti-Kroes » « codifie »[1116] les quatre critères jurisprudentiels Altmark. La question retenue ici n'est pas celle de savoir laquelle des deux positions l'emporte, si une analyse approfondie est faite dès lors que lesdites postures aboutissent presqu'au même constat, celui du lien étroit entre les critères que la Cour de justice des communautés européennes a formulés dans l'affaire Altmark en réponse à un besoin de clarification sur les conditions de l'octroi des aides d'États dans le domaine des SIEG. Que l'on retienne le « copier-coller prêt à fonctionner » ou plutôt la terminologie « juridiquement correcte » de la codification de critères savamment dégagés par le sage juge du plateau de Kirchberg luxembourgeois pour qualifier la reprise à son compte par la Commission européenne des quatre critères jurisprudentiels susvisés, force est de reconnaître qu'il s'est agit dans cette démarche de l'administrateur de l'UE d'une normativité par processus de validation d'acquis de la jurisprudence. Il y a donc forcément un lien étroit entre la création jurisprudentielle faite dans l'espèce Almunia et le « Paquet Monti-Kroes » qui témoigne de ce que des acteurs du droit européen – la CJUE, acteur juridictionnel et la Commission de l'Union européenne, actrice non-juridictionnel – puissent avoir une collaboration fructueuse dans la normativité européenne. Si le droit des SIEG à partir de l'arrêt *Arrêt Alkmark Trans* de 2003 a inspiré la Commission dans sa rédaction du « *Paquet Monti-Kroes* » afin que le droit des SIEG dispose à partir de 2005 d'un régime juridique beaucoup plus précis dans l'octroi dans aides d'États, nul ne saurait valablement décrier cette collaboration féconde qui aide à mettre fin à une confusion qui desservait grandement l'octroi des aides d'États dans le cadre des SIEG.

De cette coopération normative se dégagent deux éléments à souligner. L'apport de la CJUE dans la création des droits européens des SIEG et des marchés (**1**) d'une part. Et d'autre part la double portée normative des rapports entre la jurisprudence Altmark et le « paquet Monti-Kroes » (**2**).

1- Rapport Almark et « Paquet Monti-Kroes »

Il est vrai que le propos est essentiellement basé sur le pouvoir d'interprétation dont jouit la Cour de justice de l'Union européenne. Partant, il ne peut donc pas être non plus celui de la reprise et/ou de la poursuite des débats qui ont eu lieu sur cette notion et sur le mode d'interprétation des traités. Seule la mise en exergue de ce qu'il convient de qualifier

d'excellente participation de la Cour de justice des Communautés européennes à travers sa désormais célèbre jurisprudence Altmark Trans précitée est à ce niveau de la recherche, le point focal. Mais ce formidable travail de construction jurisprudentielle des quatre critères cumulatifs Almark ne peut être dissocié de l'activité judiciaire de production intellectuelle et de sens juridique que suppose le pouvoir d'interpréter que confère l'article 267 (ex-234 CE lui-même ex-art.177 CEE). Le propos ici, laissera donc délibérément de côté l'étude des modalités de l'interprétation des traités européens par la CJUE qui a fait l'objet d'abondants[1117] développements dans la doctrine du droit européen. Le pouvoir d'interpréter les traités ou droit primaire européen ainsi dévolu par les dispositions de l'article l'article 267 (ex-234 CE lui-même ex-art.177 CEE) à la Cour de justice de l'Union européenne (ex-CJCE) est un pouvoir judidiciaire majeur exercé semblable à celui des juridictions supérieures dans le cadre des traités internationaux.

Dans le cadre juridique de l'UE, il n'apparaît pas superflu, loin s'en faut, de préciser que la Cour de Justice ne l'exerce pas au mépris des techniques dites structuralistes et/ou téléologiques. Bien au contraire, le juge européen n'opère pas dans une logique découlant d'un langage juridique extraterrestre[1118]. Dans son interprétation du droit primaire, il se réfère à certaines préconisations des traités fondateurs de 1957, aux principes généraux de droit (y compris ceux dégagés et appliqués par les États membres) et au droit international. Ceci constitue en un alliage de sources qui donne du sens juridique à l'interprétation judiciaire et qui a justifié qu'à l'époque de l'existence des trois Communautés, la Cour ne déniait à aucun des traités qui les ont institués la valeur de référence. Mieux, « dans la mesure où la Cour reconnaît le principe de l'unité fonctionnelle des trois Communautés, on peut également

considérer comme un principe général du droit communautaire une règle qui explicitement ou implicitement, se dégagerait des trois traités »[1119]. En plus de cette logique établie pour ses sources d'interprétation, la Cour dans le début de la construction du droit économique européen, a opté pour l'usage de certaines conceptions de la valeur de la jurisprudence comme une source subsidiaire du droit comme ont pu l'affirmer des auteurs.

« "la jurisprudence est le commentaire vivant et progressif des lois ; il n'est rien comme la précision des jugements et arrêts, précision qui tient à ce qu'ils appliquent la règle à des cas particuliers, pour corriger le vague inévitable des formules législatives. Il en est aussi le complément nécessaire ; elle dégage incessamment les conséquences directes ou indirectes des formules en les appliquant aux incidents indéfiniment variables de la vie réelle, où tout arrive, où il faut toujours compter avec l'imprévu". On peut ajouter que, plus encore que les lois traditionnelles, les règlements économiques ont besoin d'un tel complément. ***Le droit économique, en gestation dans les Communautés, doit enfermer dans les normes impératives, une réalité économique et sociale extrêmement complexe ; exprimer, par des règles des lois expérimentales. Il ne peut prétendre avoir prévu toutes les situations possibles, et donné au juge une balance rigoureuse*** *»*[1120] (souligné par nos soins).

La place et le rôle du juge de la CJUE dans l'histoire de la construction du droit européen ont été tributaires de certaines circonstances qui ne les excusent pas mais les fondent. Ainsi, ajoutant les impératifs de réalisation du marché intérieur intégré européen à l'état de gestation embryonnaire du droit économique européen de 1966, la Cour ne pouvait qu'intervenir en donnant des définitions dans le domaine des marchés. Le pouvoir d'interprétation judiciaire qu'elle détient, lui offrait cette possibilité qui se comprend parfaitement dans le sens où « la Cour a fait sienne la conception selon laquelle il conviendrait de se référer à ses jurisprudences[1121] précédentes citées sous la forme « il est de jurisprudence constante … »[1122].

La source jurisprudentielle, on le sait, est en droit européen une source subsidiaire. Mais dans le début de l'élaboration du droit des SIEG, elle se présentera comme la principale, face

aux grandes imprécisions que contenait la formulation de l'article 90 CEE du traité de Rome. En effet, en 1957, écrire que des « (…) **entreprises (pouvaient être) chargées de la gestion de services d'intérêt économique général** (…) » (C'est nous qui le soulignons) pouvait signifier tout et rien de précis à la fois. Surtout que c'est avec les rédacteurs des dispositions de cet article que pour la première fois, la terminologie de « services d'intérêt économique général »[1123] sera introduite dans le droit communautaire. Ce faisant, pour le droit des SIEG, l'année 1957 est un tournant décisif.

Par la suite, on le sait et nous l'avons sus démontré, il s'est agit d'une œuvre juridique entachée d'imprécision congénitale et non pas d'irrégularité formelle – puisqu'elle est le fait d'un des deux Traités majeurs de Rome-, c'est donc un vice de définition et de renvoi à une catégorie juridique existante. La pensée juridique depuis les fondamentaux érigés par les Doyens Léon Duguit, Maurice Hauriou et Georges Vedel pour ne citer qu'eux, est tributaire sinon prisonnière de son renvoi « maladif » à des référentiels éprouvés. Cette dépendance des référentiels a parfois pour conséquence de faire du droit positif, un droit en quelque une sorte frappé de la maladie de la carence d'une base doctrinale solide que l'on ne peut éviter qu'en déclarant certaines de ses constructions hasardeuses ou tout simplement artificielles. C'est dans cette logique que la construction jurisprudentielle de la catégorie de services industriels et commerciaux ou SPIC par l'arrêt dit Bac d'Eloka[1124] a été taxée d'articulaire ou de fiction[1125] juridique. Cette carence d'objectivité et de base doctrinale qui dure dans le temps, est à éviter à toute normativité objective du droit. Le droit positif est regardé par la doctrine comme entaché voire entamé par la subjectivité du juge dans le traitement des faits. Surtout si le droit est perçu comme le préconise le Doyen Duguit à savoir que « **tout peut et doit être remis en question, confronté avec les faits. Ce qui résiste est solide et durable. C'est la partie à conserver »[1126].** Or la règle juridique doit être objective et demeurer la référence majeure du droit à laquelle se confrontent nécessairement les faits sociaux. La rencontre entre la règle de droit et les faits devrait attester de la solidité de ladite règle alors qu'au détour d'un changement de jurisprudence l'on aboutit à la fin à un droit positif. Si le droit positif est pour ainsi dire une issue d'une normativité inférieure et carente, que faire dans les situations où la

loi et/ou un traité contient de grandes imprécisions et lacunes ? On le sait, de telles situations ne sont pas rares en droit d'autant que dans la matière des SIEG, le traité constituant la CEE a introduit imparfaitement cette notion, comme sus démontré. La CJUE devrait-elle rester inactive lorsqu'elle est « placée devant certaines lacunes des traités, ou même parfois devant des textes sibyllins »[1127]. Nous pensons que non, elle se devait d'agir et d'aider à clarifier les terminologies et les régimes juridiques imprécis créés par le législateur européen et/ou « récupérés » par l'administrateur de l'UE comme cela a été le cas en reprenant les quatre critères Almark dans le « paquet Monti-Kroes ». Les lacunes et les vacuités du droit de même que les sous-entendus voire les silences « volontaires » du droit primaire européen sont des occasions offertes à la Cour de justice de l'Union européenne de « créer »[1128] du droit et même d'aller *« **plus loin encore : recherchant le droit applicable, elle a érigé en source subsidiaire du droit toute une série de règles, de textes et de pratiques, empruntés tant au droit écrit qu'au droit non écrit, au droit international qu'au droit national** »*[1129] (C'est nous qui le soulignons).

Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'interprétation judiciaire des traités, elle ne pouvait donc conséquemment appliquer « une conception restrictive (qui) aurait conduit la Cour à l'application des seules règles formellement instituées par les traités »[1130]. La CJUE a souvent été amenée dans le cadre des SIEG à aller loin voire audacieusement plus loin dans le droit des SIEG d'abord en 1971 dans l'affaire Muller [1131] où elle a décidé d'une conception large de l'activité économique pouvant faire l'objet d'une mission de SIEG. Puis elle ne s'est pas privée fort heureusement dans les jurisprudences *Giuseppe Sacchi* [1132] de 1974, *Corbeau*[1133] de 1993 et *Commune d'Almelo*[1134] de 1994 d'aider le droit des SIEG à avancer en se clarifiant et en se structurant au mieux autour de notions et terminologies juridiques qu'il mobilise nécessairement. Et enfin, c'est donc dans cette logique d'« aller toujours un peu plus loin si le besoin se présente pour le bien du droit des SIEG», qu'elle a distingué les compensations d'obligations de services publics des aides d'États proprement désignées

comme telles à travers sa formulation audacieuse et pertinente des quatre critères cumulatifs Altmark susvisés. On voit donc, à l'issue de cette affaire Altmark que pour les SIEG, restreindre ou empêcher l'activité normative jurisprudentielle de la CJUE aurait été contre-productif et puis, « les exigences de l'interprétation, particulièrement dans le domaine des conventions économiques, ne le permettent guère, cependant »[1135].

C'est donc tout à fait acceptable de comprendre que l'activité définitionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le droit des marchés publics en général et tout particulièrement dans celui des SIEG s'est réalisée dans le sens que *« la méthode d'interprétation judiciaire trouve son expression dans les motivations des décisions de justice. Il est à remarquer que, dans les intentions du juge, la motivation joue en réalité un double rôle. Elle sert d'abord, et c'est là sa fonction première et nécessaire, à justifier la décision prise ; (...) Mais en même temps, et tout juge en a conscience, la motivation est plus que cela. Elle constitue une contribution à la formation de la jurisprudence »*[1136].

Soulignons aussi que la motivation première dans son interprétation judiciaire qui a aidé à construire les définitions appliquées dans le domaine des marchés en général et particulièrement en élaborant la notion de SIEG, a comblé des lacunes dans les textes et d'aider à la mise en place cohérente et opérationnelle d'un marché intérieur européen. Ceci était un objectif prioritaire qui ne pouvait admettre des entraves par l'absence d'une définition juridique adéquate. Son activité définitionnelle ici visée, n'est pas à craindre car nulle part dans sa jurisprudence, ne se signale la motivation de la Cour à procéder seule à la réglementation du droit des marchés européens, et la délicatesse des questions économiques lui imposait prudence et diligence. La science juridique que pratique la Cour de justice de l'Union dont les animateurs principaux, juges et avocats généraux sont sélectionnés parmi les meilleurs juristes des États membres ne pouvait s'accoutumer et s'encombrer des approximations méthodologiques. Ceci est valable aussi bien pour la CJUE que pour tout juriste car *« en fait, tout juriste connaîtra l'arsenal des moyens disponibles : la « lecture » des textes, l'argument de système, l'argument téléologique, y compris les procédés techniques servant à leur mise en œuvre. Tout praticien sait combien facilement ces procédés sont*

[redacted]

interchangeables »[1137]. Partant, qu'elle soit éclectiste ou téléologique ou une combinaison réussie des deux, l'interprétation judiciaire du juge européen offre une jurisprudence respectable dont des chercheurs ont pu extraire trois cent définitions rien que pour les marchés européens. La réussite de cette œuvre de définition qualifiée d'« immense activité »[1138] justifie quelle ne soit pas mal perçue d'une part et que d'autre part elle se soit étendue au domaine des SIEG. Cette activité, qu'elle soit qualifiée d'immense numériquement ou qualitativement et/ou d'envergure transformatrice, est un produit juridique de nature jurisprudentielle qui procède en partie[1139] de l'exercice du pouvoir d'interprétation[1140] des traités dont pour l'instant, la Cour européenne détient le monopole. Ce monopole est synonyme d' « une centralisation entre les mains du juge Communautaire de la compétence interprétative, destinée à assurer l'uniforme application du Communautaire »[1141]. Toutefois, c'est dans l'article 267 TFUE qui faudrait aller chercher ce sur quoi[1142] la question préjudicielle peut porter. En substance, aux termes des dispositions de cet important article, les domaines exposés au pouvoir d'interprétation de la CJUE doivent être entendus le plus largement possible. Il en découle que son activité définitionnelle susvisée perde effectivement son caractère de logique juridique « étonnant».

En définitive sur cette question, l'on ne peut valablement et de manière pertinente soutenir, avec un raisonnement juridique solide que l'activité définitionnelle de la Cour de justice s'est pas réalisée sur le fondement d'une usurpation de pouvoir. D'autant qu'à ce jour, il n'est nullement relevé nulle part, dans la jurisprudence de la Cour qu'elle s'était autosaisie pour créer une seule des définitions qu'elle a offertes au domaine des marchés. Il devient alors inconcevable de craindre que dans cette normativité au demeurant d'excellente qualité

puisqu'elle a aidé considérablement à l'établissement du marché intégré européen, il ne s'est pas produit, une situation embarrassante pour la pratique démocratique institutionnelle au point de suggérer qu'elle soit rattrapée. Les seules craintes qui ne résistent d'ailleurs pas à une analyse conséquente de l'apport de cette activité définitionnelle et de son cadre réel d'exercice, ne peuvent découler que du fait que ce « pouvoir » dont a usé le juge européen, aurait servi à décider tout seul de la régulation d'un secteur névralgique comme celui des marchés publics européens. Fort heureusement, dans la jurisprudence et la doctrine à ce jour, rien de pertinent n'a pu être démontré montrant que soit ce pouvoir a été usurpé, soit qu'il ait été abusivement employé. Bien au contraire, l'analyse approfondie des activités définitionnelles de la Cour de Justice permet d'affirmer qu'elle contribué valablement a solidifier, à préserver les acquis juridiques communautaires et à éclairer la pratique du droit européen ainsi que la compréhension des dispositions des traités qui ne sont pas toujours d'un accès facile pour tous les citoyens.

Le dernier bastion de la méfiance contre « un gouvernement européen des marchés publics, des SIG et des SIEG » par le juge de la CJUE ne résiste pas non plus au fait que dans leurs conclusions, certains avocats généraux ont souvent interpellé le législateur européen et la Commission européenne sur la nécessité de mettre à la disposition des acteurs juridiques, des textes clairs sur certaines questions des marchés. Ainsi est-il qu'en 1975, l'avocat général Alberto Trabucos dans ses conclusions sur l'affaire Anita Cristini contre SNCF s'adressera à eux en ces termes : « vous devez maintenant donner une directive de fond qui élucide l'interprétation en vue de l'application des garanties effectives reconnues à la libre circulation des travailleurs ».[illegible]

Certes comme l'indique monsieur le Professeur Philippe Maddalon, « pourtant, nous avons recensé près de trois cents définitions créées par la CJCE »[illegible]. Il est vrai, ce chiffre est non négligeable dans la mesure où pour « mesurer l'ampleur du phénomène, on peut relever par comparaison que le Code civil en contient un peu plus d'une centaine »[illegible]. Le « *paquet Monti-Kroes* » abusivement et excessivement appelé le « *paquet Almark* »[1146] atteste à lui seul

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

du fait qu'il ne soit pas surprenant que « la Cour assume donc, par la création de définitions, un rôle législatif qui en fait l'organe privilégié de compréhension de la norme marchande »[illegible]. Elle le peut et son intervention est au regard de son pouvoir d'interprétation que lui permet le mécanisme de renvoi préjudiciel pertinent, voire d'en faire une logique juridique acceptable et recevable.

L'importante participation de la CJUE dans la construction normative du droit des SIEG est pour le moins que l'on puisse en dire élégante quand on analyse la reprise intégrale que fait la Commission européenne dans le « paquet Monti-Kroes » des critères formulés par la jurisprudence Altmark. Toutefois, cette participation jurisprudentielle de première qualité ne semble pas être assez bien valorisée par la doctrine sinon qu'elle n'y est qu'insuffisamment soulignée. L'on y rencontre souvent beaucoup plus, la fâcheuse manie humaine à faire « feu de tous bois » sur l'échec et à minimiser la réussite. Le droit, sa science, sa pratique et sa doctrine surtout universitaire sont parfois en passe de devenir les maîtres de la mise en pratique de ce genre de traitement peu valorisant. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les commentaires acerbes sur les écarts et « errements » de la jurisprudence et le peu d'insistance sur ses réussites, oh ! Combien nombreuses sont-elles, dans la doctrine. L'on oublie même parfois que bien souvent, la Cour de justice ne suit pas les conclusions de ses avocats généraux[1148]. Fort heureusement et cela est aussi l'une des garanties offertes aux justiciables d'avoir un traitement rigoureux de leur cause devant la CJUE qui n'est pas liée par l'avis de ses avocats généraux. L'on peut même sans aucune forme d'exagération y voir aussi un gage de l'équilibre entre les parties en présence devant ladite Cour en ce que l'avocat général qui le cas échéant serait beaucoup trop favorable à une partie dans ses conclusions, peut les voir rejetées totalement ou partiellement suivies par les juges qui y siègent dans une totale indépendance avérée. Toutefois, bien évidemment, nous ne ferons pas « feu de tous bois » sur toute la doctrine du droit européen puisque nous y retrouvons les signes précurseurs de notre plaidoyer.

Partant, relever le lien réel entre la jurisprudence de la CJUE et la rédaction du contenu de certaines dispositions de certains traités, directives … est aussi une forme de valorisation

[illegible]

[illegible]

de la contribution de la normativité judiciaire à la construction du droit européen des marchés et de l'économie. Toutefois, la mise en exergue de l'important apport jurisprudentiel dans la construction du droit des SIEG n'est pas le seul élément du rapport entre la l'arrêt Altmark de la CJCE et le « paquet Monti-Kroes » de la Commission européenne. De ce rapport découle aussi une double portée normative qui ne peut être passée sous silence.

2- La double portée du rapport Almark et « *Paquet Monti-Kroes* »

C'est en se situant dans le cadre spatio-temporel de l'après *Altmark Trans.* que l'on pourrait dégager premièrement la double portée normative du rapport entre cette décision de la CJCE et le *«* Monti-Kroes *»* (**a**). Et deuxièmement c'est aussi dans ce repère de temps que le « paquet Monti-Kroes » apparaît comme une belle illustration de l'importance de l'activité normative incontournable de la CJUE dans les domaines très techniques du droit européen dont ceux des SIEG et des marchés publics (**b**).

[illegible]

L'on pourrait reconnaître dans le rapport [1149]entre la jurisprudence *Altmark* précitée de 2003 et le « Paquet Monti-Kroes » qui l'a suivi seulement après deux petites années, une double portée normative.

La première étant le fait que la CJCE ait réussi à dégager clairement et solidement une brillante argumentation juridique, dans le point 2 de sa décision dans l'affaire Altmark précitée, quatre critères importants régissant désormais l'octroi des aides États dont le processus était dans une regrettable impasse. D'autant que le cadre de l'accomplissement des missions de SIEG, les aides État, dans plusieurs cas, pouvaient s'avérer nécessaires[1150] pour éviter une cessation de la prestation du service public appelée à être fournie dans la continuité[1151] comme cela est bien connu dans la doctrine du droit administratif français.

[illegible]

La seconde portée a déjà été soulignée à savoir la confirmation d'une normativité par processus de validation par la Commission européenne d'une norme de droit dégagée par la jurisprudence. Mais cette deuxième portée pose avec pertinence la question de la valeur de l'activité normative jurisprudentielle qui est favorisée par les habilitations de l'article 177 CEE (devenu 234 CE puis 267 TFUE). En effet, aux termes des dispositions dudit article, la Cour de justice de l'Union européenne participe pleinement à la fois à travers son monopole d'interprétation du droit primaire – droit issu des traités –, et de par ses décisions dans les affaires dont elle est saisie, à l'activité normative du droit européen. Partant, il conviendrait de nuancer le constat fait par certains auteurs selon lequel l'on devrait s'étonner d'« une immense activité normative » de la CJCE qui a construit « trois cent définitions » [1152] pour le seul domaine du droit européen des marchés. Même si la très respectée haute juridiction a formulé pas moins de 300 définitions dans ledit domaine, son activité définitionnelle ainsi visée ne peut valablement pas être taxée d'usurpée puisque l'économie de l'article 234 CE devenu 267 sous le traité de Lisbonne de 2007 lui en donne les pleins pouvoirs.

[illegible]

Le raisonnement ici, est volontairement orienté contre la fâcheuse manie humaine de faire feu de tous les bois sur l'échec et à minimiser la réussite. Le droit, sa science, sa pratique et sa doctrine surtout universitaire sont maîtres de la mise en pratique de ce genre de traitement. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les commentaires acerbes sur les écarts et « errements » de la jurisprudence et le peu d'insistance sur ses réussites, oh ! Combien nombreuses sont-elles, dans la doctrine. L'on oublie même parfois que bien souvent, la Cour

[illegible]

de justice ne suit pas les conclusions de ses avocats généraux[1153]. C'est là aussi l'une des réussites qui portent assurance aux justiciables devant ladite Cour.

Toutefois, bien évidemment, nous ne ferons pas feu de tous les bois sur toute la doctrine du droit européen puisque nous y retrouvons les signes précurseurs de notre plaidoyer. Plusieurs auteurs se sont intéressés à la jurisprudence *Altamrk Trans* en la commentant. Parmi eux l'on peut retenir Madame Le Professeur Laurence IDOT qui s'est interrogée sur la nature juridique de la reprise par la Commission européenne dans le « Paquet Monti-Kroes » des quatre critères formulés par la CJCE dans l'espèce *Altmark Trans*. En d'autres termes, il semblerait que cette nourrissante réflexion soulève une double question inséparable à savoir si « Le paquet de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : [est une] « codification » de la jurisprudence Altmark ou [une] reprise en main de la Commission »[1154]. Dans la réalité, cette étude du professeur Laurence IDOT se présente davantage comme une double affirmation que d'une double problématique.

La première est qu'il y a dans ce paquet, une « codification » des quatre critères Almark. Cette position n'est pas singulière puisque partagée par une partie de la doctrine qui préfère être affirmative en dénommant le « paquet Monti-Kroes » de « paquet Altmark »[1155]. Pour les tenants de cette thèse, donc, le paquet Monti-Kroes » n'est qu'un Altmark bis » ou disons le tout simplement son un alias pas tout à fait semblable puisqu'il n'y a pas que lesdits critères dans le paquet ainsi visé. Un tel postulat ne renvoie qu'à une opération de copier-coller et n'est de ce fait pas le fruit d'une production intellectuelle propre à la Commission européenne. La seconde affirmation est beaucoup plus critique car elle vise « une reprise en main » par la Commission du contrôle des compensations d'obligations de services publics

sous la forme d'aides d'État. Dans un sens comme dans l'autre, ce jeu de mots va dans le sens d'une réalité toute simple à admettre dont la belle illustration est empruntée de la pensée selon laquelle, l'arbre ne saurait cacher la forêt surtout si celui-ci est situé dans celle-là. La forêt ici, c'est toute la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de marchés dont l'arrêt *Altmark Trans* est extrait. Cette décision jurisprudentielle aurait suscité l'intervention de la Commission européenne (acteur non-juridictionnel du droit européen) aux fins de l'expliciter voire de la rendre plus lisible par les États membres et par leurs juridictions internes. C'est ce à quoi s'applique dans un premier temps le « Paquet Monti-Kroes » qui en serait donc l'arbre. Cet arbre est extrait de la belle forêt jurisprudentielle « praticable » de la Cour de justice qui est aux antipodes d'une Amazonie de production judiciaire.

Dans cette veine, l'on pourrait se demander quel serait le contenu et quelle existence pertinente du « Paquet Monti-Kroes » si au préalable la Cour de justice n'avait pas su construire dans l'espèce *Altmark,* les quatre conditions cumulatives qui régissent les aides d'État en matière de marchés publics européens? Aucune réponse affirmative n'est aisée à une telle question. Surtout qu'à la suite de certains auteurs, force est d'admettre que la Commission a fait bien plus que prendre en compte l'apport de la jurisprudence de la Cour, qu'elle l'a valorisée en lui donnant une forme que Madame Le Professeur IDOT appellerait une « codification » de Altmark si l'on conçoit qu'elle s'était juste interrogée sur une telle hypothèse. Pour nous, cette action de « codification » est louable et constitue un traitement respectable d'une construction jurisprudentielle dans le droit européen des marchés. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau dans les cultures et pratiques de certains pays membres puisqu'à elle seule, la jurisprudence Terrier[1156] sus citée, marquée par les célèbres conclusions du Commissaire du gouvernement Romieu a élaboré la distinction des catégories de services publics administratifs et de services publics industriels et commerciaux qui deviendront des catégories de services publics du droit administratif français.

En définitive, que l'on retienne « paquet Almark » ou « paquet Monti-Kroes », l'on ne désigne qu'une seule et unique réalité juridique, soit en d'autres termes, un « *one act two names,* » ou deux noms pour un seul acte juridique comportant trois textes. Mais dans ce domaine délicat et exigeant du droit public économique européen, il apparaît que l'apport normatif de la Cour de justice est insuffisamment bien présenté. Elle aurait raté toute son activité normative ou l'aurait approximativement réussie qu'un véritable haro sur elle ne se

serait pas fait attendre. Stigmatiser des échecs judiciaires semble faire couler plus d'encre en alimentant les débats doctrinaux. Tandis que la valorisation de l'interprétation judiciaire réussie des traités connaît un mauvaise fortune. Parfois, l'on se contente de souligner insuffisamment d'ailleurs, que « la Cour de Justice en sage » et avisé acteur juridictionnel de l'Union a fait montre de telle ou bonne décision ou a dit bon droit.

Nous l'avons déjà relevé dans nos précédents développements que la Cour de justice a décidé d'inscrire sagement et avec pertinence dans la logique de la pensée juridique, par respect de la hiérarchie des sources, sa jurisprudence dans les sources subsidiaires du droit de l'Union européenne. Mais dans sa pratique de la science du droit, elle fait évoluer la conception du juge. Son professionnalisme, ses réussites dans les matières du droit des marchés et du droit économique de l'Union européenne sont des données majeures pour postuler en faveur d'une doctrine jurisprudentielle du droit à côté de la doctrine universitaire qui désormais dans l'espace juridique européen, ne peuvent plus s'ignorer. Le rythme de production[1157] des commentaires sur les arrêts de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, - peu en importe le domaine, et le nombre de recueils des grands arrêts de la jurisprudence communautaire - sont des signes qui fondent la nécessité d'une meilleure valorisation de l'apport de la CJUE dans la création du droit européen où selon le professeur Denys SIMON, « pour reprendre la jolie formule du professeur Maryse DEGUERGUE, il reste encore des cathédrales juridiques à construire »[1158].

La difficile et lente « gestation » d'un droit administratif européen et la pénible systématisation et stabilisation du droit public économique européen, malgré leur processus entamé depuis l'époque des Communautés, ne font que confirmer l'existence de vastes chantiers juridiques ouverts dans le droit européen. Pour réaliser tous ces chantiers, il faut compter avec la Cour de justice dans les décisions depuis les célèbres arrêts fondateurs

□□□□ □□ □□□□□[1159] et *Costa c/ Enel*[1160]qui marquent son avance et son attitude visionnaire avisées. La Cour protège la démocratie dans l'Union en surveillant, la pratique démocratique institutionnelle. Elle protège les États, les opérateurs économiques et les consommateurs finaux[1161] des prestations des services publics dans le domaine des marchés publics. Elle est donc une institution dont la contribution jurisprudentielle et normative quel qu'en soit le mode d'expression (interprétation judiciaire des traités à travers le mécanisme de renvoi préjudiciel, arrêts, avis etc.).

Pour ce faire, la mise en exergue des implications d'*Almark* et sa suite peut être aussi envisagée comme précédemment souligné mais cela mais ne saurait suffire. Un peu plus de valorisation de la jurisprudence de la Cour de justice ne nuirait pas à l'importance de l'activité de la doctrine universitaire. C'est tout le contraire.

La seconde affirmation est plutôt le résultat d'une analyse un peu plus approfondie qui permet d'admettre que dans le « *paquet Monti-Kroes* » il s'est aussi agit d'une « reprise en main de la Commission ». Cette reprise en main de la Commission ne saurait étonner dans la mesure où elle s'inscrit parfaitement dans les pouvoirs de contrôle sur le financement des entreprises chargées de prester des missions de SIEG qui lui sont dévolues par les termes du paragraphe 3e de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 §3 CE). Mais le fait caractéristique de la reprise en main de la Commission ne s'opère que lorsque dans le « paquet Monti-Kroes », l'administrateur de l'UE fait rentrer à nouveau dans la catégorie des aides d'États les compensations des obligations de services publics (COSP) alors que dans l'arrêt *Ferring SA* de 2001 précité, la CJCE les en avaient sorties. L'on sait qu'aux termes des dispositions du paragraphe 3e de l'article 106 TFUE, sur les aides d'États, la Commission dispose d'un réel pouvoir d'appréciation de leur compatibilité. C'est donc une véritablement « reprendre en main » du contrôle des aides d'États à titre compensatoire des obligations de services publics de SIEG que la Commission a ainsi opéré d'autant plus que l'enjeu est et reste d'éviter que ces CSOP ne puisse fausser le jeu de la concurrence dans le segment de marchés publics où les pouvoirs publics étatiques et/ou locaux des pays-membres ont souverainement défini et organisé des missions de SIEG. Cette seconde affirmation emporte l'érection d'une nouvelle règle en matière de COSP qui s'étend à l'ensemble du mécanisme d'octroi des aides d'État

[redacted]

dans le domaine des SIEG. En effet, en ramenant les compensations d'obligations de services publics dans sa sphère de contrôle, la Commission, dans le « paquet Monti-Kroes », semble d'abord reprendre la main sur l'octroi des COSP en appréciant la compatibilité à l'ensemble du droit européen dont font partie les règles de la concurrence qui ont un caractère inviolable par principe dans les SIEG sauf si une dérogation est dûment accordée. Ensuite et enfin, l'administrateur de l'UE dans le « paquet Monti-Kroes » par ce retour desdites COSP dans cette la catégorie des aides d'État semble envoyer un message au législateur de l'UE. Celui de bien vouloir assortir immédiatement de son contrôle, l'exercice par les pouvoirs publics étatiques et locaux des pays-membres de leur pouvoir d'octroi de toutes formes d'aides d'États sans qu'une seule ne puisse en échapper surtout pas les COSP dotées d'une capacité à nuire au jeu de la concurrence si elles ne sont pas « sévèrement » encadrées. En étendant son pouvoir d'appréciation de l'octroi des aides d'État aux COSP dans les SIEG, le « paquet Monti-Kroes » esquisse une nouvelle règle qui serait la suivante : « dès lors qu'un État membre, un quelconque pouvoir public qui en a la capacité décide d'octroyer une COSP à une entreprise chargée d'une mission de SIEG, l'exercice de cette faculté doit déclencher *ipso-facto* voire de *ure*, la vérification de la Commission européenne car la ligne rouge a été franchie ». Cela revient en d'autres termes à admettre que COSP et aides d'État c'est blanc bonnet, bonnet blanc en matière de SIEG. On le voit, le « paquet Monti-Kroes » a de ce fait rouvert le débat sur la distinction et la clarification des notions d'aides d'États et de compensations par un pas en arrière sur l'avancée jurisprudentielle dans lesdites matières. Ceci est d'autant plus vrai que pour la Commission européenne à travers le « paquet Monti-Kroes » sont visées par les dispositions de l'article 107 TFUE (ex-art. 87 CE) et par les quatre critères cumulatifs *Altmark Trans,* à la fois les aides d'États et les compensations des obligations des services publics.

Il ressort de la démarche susvisée de la Commission européenne que c'est du côté de l'effet déstabilisateur des COSP sur le jeu de la concurrence qu'il conviendrait de se placer pour les apprécier et non pas sur le plan de leur nature juridique. Ce faisant, elle semble préférer museler l'exercice de la faculté étatique de les octroyer que d'attendre de voire se produire lesdits effets au demeurant redoutés. Mais son appréciation de l'octroi des COSP s'étend à une vérification de l'opportunité nationale de la faculté d'octroi qui est intrinsèquement liée à l'exercice d'un pouvoir souverain et partant pourrait déclencher de la méfiance voire susciter des conflits d'intérêts généraux sur le terrain à la frontière poreuse entre un intérêt dit nationalement général et celui communément général aux pays-membres.

On le voit, de ce qui précède, il ressort que le « *paquet Monti-Kroes* » en dépassant le cadre de la « codification » non honteuse des quatre critères cumulatifs *Altmark* a ramené la nécessité de clarification notionnelle entre les aides d'États et les compensations. Il aurait peut-être fallu en rester à cette opération de « copier-coller », et le besoin d'analyser les forces et les faiblesses dudit paquet n'aurait pas été justifié.

§2 : L'exception du « *in house* » une résistance nationale

Pour pouvoir mesurer sa valeur de moyen de résistance nationale à la fois au droit des SIEG et aux règles européennes de la concurrence (**B**), il faudrait au préalable appréhender ce que représente la gestion intégrée ou le « in house » (**A**)

A- L'exception du « in house »

La gestion intégrée ou le « *in house* » a été défini par la CJCE dans son *arrêt Teckal*[1162] du 18 novembre 1999 où la Cour de justice des Communautés européennes en a dégagé les principes directeurs (**1**). Mais ces principes ne resteront pas figés puisqu'ils seront aménagés par la CJCE à travers divers arrêts successifs (**2**).

1- Définition et principe de la gestion intégrée ou le « in house »

Emanant principalement de la décision de Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire Teckal précitée, la notion du « *in house* » ou gestion intégrée est essentiellement une construction jurisprudentielle puisque c'est dans cette espèce que le juge européen du plateau de Kirchberg Luxembourgeois en a formulé les critères fondamentaux. En effet, la gestion intégrée ou le « *in house* » régit les services d'intérêt général prestés par un organisme étroitement lié à la collectivité publique avec une notion de dépendance directe en ce sens que le prestataire dépend directement du pouvoir adjudicateur qu'est le pouvoir public.

Il ressort de la Communication 2000/C 121/02 §4[1163] de la Commission que la délégation qui s'opère dans le cadre du « *in house* » est intra-organique c'est-à-dire qu'elle ne sort pas du cadre du pouvoir administratif de la collectivité publique (pouvoir adjudicateur).

C'est dans ce sens qu'il importe de relever que « **si les directives marchés ou règles fondamentales du traité** s'imposent aux collectivités locales lorsqu'elles contractent avec une entité distincte d'elles, **ces mêmes règles sont rendues inapplicables dès lors que la personne publique, pour répondre à ses besoins, fait appel à une entité qui, bien que dotée de la personnalité juridique, constitue en application des critères cumulatifs son prolongement administratif** »[1164] (C'est nous qui le soulignons). Même s'il ressort de ce constat que dans l'application des règles qui régissent la gestion du « *in house* » l'on doive tenir compte de l'ensemble du droit européen, force est de reconnaître que l'espèce Teckal susvisée est incontournable pour ce régime dérogatoire du droit européen de la concurrence. En effet, comme le relève à juste titre le professeur Pierre-Yves MONJAL, c'est dans le point 50 de sa décision dans cette espèce que la Cour de justice s'est voulue quelque peu plus précise sur la définition et les critères en estimant que « [les règles communautaires commandant la passation des marchés publics sont applicables si] le marché [est] conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement [non-application des règles communautaires] que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sus ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »[1165]. On le voit, la définition jurisprudentielle de la gestion « *in house* » est bel et bien *stricto sensu* et non *lato sensu*.

Cette définition restrictive assortie d'un mécanisme fortement encadré sera confirmée dans deux autres espèces. D'abord, et cela suivant un raisonnement par le négatif, par l'arrêt de la Cour de justice du 11 janvier 2005 dit « *Stadt Halle* »[1166] dans lequel elle a jugé que le fait qu'un associé privé détienne des parts dans le capital d'un organisme (société) dont une collectivité est actionnaire, cette dernière est de ce fait dans l'impossibilité d'exercer sur ledit organisme, un contrôle analogue à celui qu'elle exercerait sur ses propres services dans la mesure où cette relation ne pouvait pas être qualifiée valablement de gestion interne ou de « *in house* ». Par la suite, par sa décision du le 6 avril 2006 dans l'affaire « *ANAV* » la CJCE limite le « *in house* » aux organismes détenus à 100% par une collectivité locale.

Revenant sur les deux « critères Teckal » susmentionnés, il semblerait que les présenter de manière plus détaillée permettrait entre autres de mieux les appréhender d'une part, et d'autre part, d'insister sur l'approche stricte ou lecture *stricto sensu* que la Cour de justice en a fait dans certaines affaires. Mais avant, il faudrait souligner qu'ainsi qu'en a jugé la Cour, l'on doit entendre par règles fondamentales du traité, les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence et de publicité comme cela ressort clairement de l'arrêt de la Cour du 6 juin 2006 dite « ANAV contre Commune de Bari »[1167]. Il n'est pas non plus inutile de relever ici aussi que pour la Cour de justice, dans certaines circonstances, notamment lorsque certains critères qui régissent la gestion « *in house* » sont réunis, le droit communautaire en général et principalement conformément à la directive relative à la passation des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se passer de la procédure de l'appel à la concurrence. Il donc important de connaître avec beaucoup plus de précision, ce que renferment les deux « critères Teckal susvisés ».

Le **premier critère** est celui de l'existence d'un **« contrôle analogue »** qui implique que le (ou les) pouvoir (s) public(s) adjudicateur(s) exerce(nt) effectivement un contrôle réel sur l'opérateur. Ce contrôle doit être identique ou analogue à celui que la ou lesdites autorités publiques exercent sur leur propres services. Les éléments permettant la détermination d'un tel contrôle sont :

- le niveau de représentation de la collectivité publique au sein de l'organisme ;
- la direction ou le degré de surveillance de l'organisme (les précisions à ces sujets doivent être le plus clair dans la statuts) ;
- l'indication de la propriété (pourcentage de parts détenues)[1168]de l'organisme ;
- enfin, des précisions sur l'influence effective exercée sur l'organisme et les décisions stratégiques et individuelles dudit organisme.

Le **second critère** tient à la réalisation de l'activité : le délégataire[1169] ou concessionnaire ou encore l'opérateur qui doit effectuer la majorité voire l'essentiel de son

activité pour le compte ou auprès de l'autorité qui lui en a fait la délégation ou avec elle. Celle-ci doit même détenir cette activité comme cela a été jugé par la CJCE dans l'*arrêt Teckal* précité.

On ne le dira pas assez, ces deux critères sont cumulatifs en ce sens qu'un seul des deux ne saurait suffire à fonder la gestion « *in house* » et c'est « si [et seulement si] ces deux critères cumulatifs sont réunis, [que] le marché ou la concession est dit de quasi-régie. On parle [dans ce cas] aussi de contrat *in house ou in house-providing* (contrats-maisons ou de prestations intégrées). **Cela signifie que les marchés en cause doivent être regardés comme des « contrats avec soi-même »**[1170] (C'est nous qui le soulignons). Certes il ressort de la bonne compréhension des « critères Teckal » que le mécanise du « in house » produit comme conséquence majeure de neutraliser les règles de la concurrence dans le secteur des marchés publics.

En revanche, bien que les précisions jurisprudentielles importantes de l'espèce *Teckal*[1171], et dans les affaires qui ont suivi depuis 2005 aient permis des avancées notables dans la stabilisation du régime du « *in house* », certaines interrogations demeurent inadéquatement ou insuffisamment abordées. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre en compte les constatations largement partagées du professeur Pierre-Yves MONJAL selon lequel, « C'est dans la décision *Teckal*, à propos d'un marché public de fournitures, que la Cour de justice a posé le principe de la neutralisation des règles de la concurrence dans le domaine des marchés publics. Les conditions et le champ de cette suspension desdites règles ont été précisés depuis lors par la Cour au point d'atteindre aujourd'hui un certain degré de maturité profitable aux collectivités. Cependant, quelques interrogations demeurent quant au statut idoine de ces cocontractants des pouvoirs adjudicateurs liés au titre de l'exception de

« in house »[1172]. La pertinence des réponses qu'apporte le professeur MONJAL sur ce statut idoine est telle que nous n'allons pas reprendre l'étude de la question surtout que nous y adhérons totalement, raison pour laquelle, sur cette question, nous renvoyons à ses développement dans les pages 182-191 de son ouvrage sus cité «Droit européen des collectivités locales »[1173]. Nous limiterons donc nos développements sur cette question en soulignant que dans l'état actuel du régime du « *in house* », pour que soit valable et inscrit dans le cadre juridique du « in house » le recours des collectivités locales, aux cocontractants de type sociétés entièrement publiques ou à travers une mutualisation issue de la création d'organismes, se présente comme les deux seules solutions crédibles.

Un retour sur certains aménagements jurisprudentiels post-Teckal de 2005 au régime du « *in house* » semble nécessaire de par les enseignements juridiques qui s'en dégagent.

2- Aménagement et précisions jurisprudentiels du « in house »

Rappelons si cela est encore nécessaire – la répétition n'étant que pédagogique –, que étant d'origine jurisprudentielle comme sus-rapportés, les critères et le mécanisme de la gestion « *in house* » dégagés par l'espèce *Teckal* précité, se sont affinés au travers de plusieurs jurisprudences. Dans cette série jurisprudentielle de précisions et d'aménagements, nous n'en retiendrons que trois en raison des enseignements qui en ressortent. D'abord *l'arrêt « ANAV »* du 6 avril 2006 (**a**). Puis l'espèce CJCE du 30» (**b**) et enfin l'affaire CJCE du 17 juillet 2008, dite « Commission c/ Italie » (**c**).

[illegible]

Il n'est pas superflu de souligner que c'est par cet *arrêt ANAV*[1174] que le 6 avril 2006, la CJCE confirme sa définition restrictive du « *in house* »[1175] en ne la limitant rigoureusement qu'aux seules sociétés dont le capital est détenu à 100% par la collectivité locale adjudicatrice de manière à ce que le lien de dépendance soit fort, que le critère du contrôle analogue soit non négociable. Si par la suite, cette définition stricto sensu du « *in house* » a pu atteindre le statut d'une jurisprudence constante en droit européen, c'est bien tout simplement parce que cette espèce « *ANAV* » l'a confirmé et non pas infirmé. Si aux lieu et place d'une confirmation, il s'était opéré dans l'espèce « *ANAV* » un revirement jurisprudentiel, ce qui

[illegible]

n'est pas notre avis. Si c'était le cas alors ce revirement aurait concerné l'arrêt CJCE Teckal[1176] du 19 novembre 1999. Nous ne pensons donc pas que l'espèce ANAV réalise un quelconque revirement de jurisprudence car pour nous, il s''est agit d'un arrêt de précision de l'arrêt *Teckal*. Cette éventualité, si elle s'était produite, aurait eu pour la regrettable conséquence de mettre sérieusement à mal le processus de maturation du régime du « *in house* » qui de ce fait aurait pris du plomb dans l'aile.

Concernant l'affaire « *ASEMFO* »[1177] dans laquelle, la CJCE a reconnu le statut de marchés publics « *in house* » aux marchés passés par l'État membre de l'UE qu'est l'Espagne à travers certaines de ses communautés autonomes (espagnoles) avec la société de droit public Tragsa, une entité dont le capital est détenu à 99% par l'État espagnol et à 1% par les quatre communautés autonomes concernées, il faut dire qu'elle témoigne qu'un léger assouplissement de l'appréciation rigoureuse du premier critère Teckal qui comme susvisé requiert une possession à 100% du capital. Le facteur qui a joué à nos yeux est le facteur de communauté autonome « publique » sous l'autorité tout de même de l'Espagne qui en répond devant la Cour de justice. Mais soulignons que la décision de la CJCE dans cette espèce n'est pas isolée puisque le 11 mai de la même année 2006 soit seulement moins de trente jours après l'espèce « *ASEMFO* », la Cour récidivait dans sa décision dans l'affaire « *Carbotermo* »[1178] où elle a jugé que lorsqu'une entreprise est détenue par plusieurs collectivités, lorsque celle-ci a l'essentiel de ses activités avec l'ensemble desdites collectivités, l'exigence de la condition du contrôle analogue s'en trouve remplie.

Pour l'affaire pendante devant la CJCE à la date du 17 juillet 2008 dite « Commission contre Italie »[1179], elle reflète l'application assez remarquable des deux « critères Teckal » en ce sens que d'une part, la Cour y a estimé que la Commune de Mantoue « avait la faculté d'influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes d'ASI, société bénéficiaire du marché »[1180]. En cela, pour la Cour, à raison, la

première condition tenant au contrôle analogue se trouvait remplie. Et d'autre part, la Cour a aussi jugé que la société ASI en réalisant ses activités, les effectue « non pas uniquement en faveur de la commune de Mantoue mais pour toutes les collectivités qui la détiennent ». De ce fait aussi, la Cour est plus que pertinente à considérer que la seconde condition était aussi réunie et partant, estime que ces « activités peuvent être considérées comme étant consacrées essentiellement aux dites collectivités »[1181]. Il est donc bien fondé en fait et en droit que la Cour de justice ait d'abord tout logiquement rejeté le recours en manquement de la Commission européenne contre l'État d'Italie. Puis et enfin, en tirant les conséquences logiques de cette affaire a donné l'enseignement selon lequel, ne constitue pas un manquement de la part d'un État membre le fait qu'une de ses communes puisse attribuer directement et sans obligatoirement passer par la procédure de la publication d'un avis de marché au JOCE, l'entièreté des gestion, maintenance et le développement de ses services informatiques à une entreprise privée quand le pouvoir adjudicateur qu'est la commune exerce sur ladite société un contrôle analogue à celui quelle exerce sur ses propres services et surtout si l'entreprise visée effectue l'essentiel de son activité pour le compte de la ou des communes qui la détiennent.

De ce qui précède, il ressort que sous l'impulsion jurisprudentielle, le régime du « in house » a atteint « aujourd'hui un certain degré de maturité profitable aux collectivités »[1182] pourvu qu'elles le perçoivent et s'en servent pour le bien-être des citoyens et résidents européens de leur ressort territorial afin de donner du sens et de l'utilité à cette possibilité de neutralisation des règles de la concurrence en réussissant leur sortie « momentanée » organisée, contrôlée par le droit européen du champ économique en sachant que le contrat de gestion interne ou « *in house* » demeure pendant son existence sous la surveillance de la Commission européenne et des États membres. Surtout, les collectivités locales devront retenir qu'il est de jurisprudence constante que les deux « critères cumulatifs Teckal » du « *in house* » ne doivent aucunement disparaître tout au long de la durée du contrat qui bénéficie de ce statut juridique. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux affaires « *ANAV* »[1183] précitée et « *Coditel Brabant* »[1184] du 13 novembre 2008.

B- « In house » : résistance aux règles de la concurrence (?)

Pour se rendre compte qu'il existe une résistance organisée synonyme d'une autocensure que s'est prévalue du droit communautaire, encore faut-il que comme le souligne le professeur Pierre-Yves MONJAL après avoir fait le constat que « toutes les collectivités et leurs groupements sans exception vont être dorénavant confrontés à la question du financement de leur SIEG [voir notamment CAA de Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris c/ Préfet de la Région Ile-de-France, Préfet de Paris, req. N°07PA02380]. **Or, il n'est pas du tout assuré que ces acteurs locaux aient pris l'exacte mesure** à la fois de la portée des nouvelles règles européennes en la matière mais aussi **des marges de manœuvres qu'offre ce droit européen dans ce domaine** »[1185](C'est nous qui le soulignons). La résistance nationale n'est donc pas le fruit d'un acte de désobéissance aux prescriptions du droit européen encore moins celui d'un acte d'État récalcitrant.

Il s'agit de moyens légaux organisés de manière jurisprudentielle par le régime juridique des SIEG pour permettre aux collectivités territoriales et à leurs groupements de disposer d'une marge de manœuvre non moins importante pour recourir aux compensations de service publics. Pour s'en prévaloir encore faut-il que le « régime européen de ces dernières [soit] parfaitement compris et maîtrisé par les collectivités. [Surtout] que le financement des SIEG est indissociable de la question générale des aides d'État. [Et] le droit des aides d'État repose en effet sur des principes très spécifiques contenus à la fois dans le traité et la jurisprudence de la Cour »[1186]. Il est donc important pour les pouvoirs publics des pays membres de savoir qu'il existe une variété [1187]d'aides publiques qui « constitue un outil

d'intervention public à la disposition des collectivités ou de leurs groupements loin d'être négligeable »[1188]. Il s'agit d'une panoplie de « cadeaux » à eux offerts par le droit des aides d'État pour résistance à la rigidité et à la rigueur du droit européen de la concurrence au nom pour le compte duquel les dispositions de l'article 107 TFUE (devenu après modification ex-art.87) sont très strictes. Une bonne compréhension des possibilité laissées aux pouvoirs publics étatiques dans le cadre du « *in house* » équivaut à utiliser à bon escient, la variété d'aides publiques « manipulables » par eux dans le cadre des financements des missions de SIEG qui s'insèrent dans le cadre juridique englobant le droit européen des aides publics. D'autant que « c'est dans cet environnement que fonctionne le droit du financement des SIEG ». Toute la question dont la réponse passe par une nécessaire didactique sur le droit des européens aux des aides publiques est de savoir comment peuvent-ils se prévaloir de ces « cadeaux royaux » s'ils en ignorent l'existence et le mécanisme ?

À grands traits, il faudrait que les collectivités locales ou leurs démembrements comprennent d'abord qu'il existe deux critères d'identification de la gestion intégrée ou « in house ». Puis, qu'elles s'approprient l'exigence du caractère cumulatifs desdits critères, en s'assurant également d'opérer le bon choix du cocontractant ou opérateur économique pour rentrer effectivement dans le cadre de l'exception du « *in house* ». Et qu'enfin ils s'habituent à l'idée qu'il existe une variété de compensations de services publics qui dans le cadre de la gestion intégrée ou du « *in house* » sont légalement utilisables. Ces conditions, une fois réunies, leurs permettent de résister dûment - car c'est le but de cette construction jurisprudentielle du « *in house* » - à la rigueur des règles de la concurrence. Ne pas accepter de résister sainement et de manière juridiquement organisée comme sus-décrit aux règles de la concurrence alors même que l'exception du « *in house* » le leur permet, s'est s'automutiler ou s'auto-flageller en demeurant faussement dans la logique selon laquelle, les collectivités locales n'ont pas de marge de manœuvre face au droit de l'Union européenne ; Or « les collectivités locales, contrairement à une idée largement répandue et souvent politiquement entretenue, ne sont pas totalement désarmées face au droit de l'Union européenne »[1189]. C'est même dans leur intérêt que la Cour en combinant ses solutions dans les affaires « Paul

Corbeau » et « Commune d'Almelo » précitée, a pu admettre « (…) qu'une entreprise de service public puisse compenser " entre les secteurs d'activités rentables et les secteurs moins rentables", et dès lors, exclure ou limiter toute concurrence au niveau des secteurs économique rentables »[1190]. Autant de « beaux privilèges » consentis par le droit européen aux collectivités locales ou à leurs démembrements. Certes, le droit de la concurrence s'applique par principe dans le domaine économique et si elles y interviennent, cela va de soi qu'elles s'y soumettent mais les moyens de sortir de ce champ existent et il leur faudrait donc légalement se situer en dehors « afin de retrouver une pleine liberté d'action [même si agissant ainsi, elles se placent parfaitement dans le schéma] de la neutralisation du droit européen de la concurrence »[1191]. Il n'y aucun coup mortel porté au droit européen de la concurrence puisque c'est la Cour de justice[1192] et le « droit de l'Union [lui-même] qui offre toutes les ressources suffisantes pour permettre aux collectivités ou à leurs groupements de suspendre sa propre application »[1193].

Il est vrai que les conditions de neutralisation donc de la résistance nationale « autorisée» ne sont pas aisées fort heureusement puisqu'il s'agit d'une dérogation à la règle et en droit et l'on sait qu'une exception à un principe doit toujours être rigoureusement organisé pour ne pas invalider totalement ledit principe. Pour autant, la difficulté à réunir les deux conditions cumulatives susvisées et autres exigences pour se prévaloir des « privilèges du « *in house* » ne doivent pas décourager les velléités nationales à sortir légalement du champ économique. Admettons ici que « la difficulté ou l'obscurité d'un sujet n'est pas une raison suffisante pour le négliger »[1194] et « mieux vaut rater sa chance que de ne pas l'avoir tentée » [1195].

Surtout que pour une fois, c'est le droit lui-même qui « encourage » sa non application ; alors il ne s'agira donc pas de « casser de l'eau »[1196] que de se mettre hors du champ d'application du droit européen de la concurrence par la seule vertu de l'exception du « *in*

house ». En droit des SIEG, concernant l'applicabilité des règles de la concurrence (article 106 TFUE), toutes les lignes ne sont pas droites comme les mathématiques l'on prétendument soutenu pendant longtemps. Dans l'univers, il n'y a pas que des lignes droites et penser le contraire signifierait que je « casse de l'eau »[1197]. Se priver de s'en prévaloir devient illogique et déraisonné. Toutefois, la mise en œuvre de la suspension ou neutralisation ne doit pas emporter disparition totale de la règle elle-même puisqu'elle signifierait ipso facto la fin de la dérogation qui doit son existence et sa valeur que par rapport à ladite règle.

Le mécanisme de l'exception du « *in house* » organisé par la Cour de justice dans son fonctionnement autorise à affirmer à la suite du professeur Pierre-Yves MONJAL que « ne pas appliquer le droit de la concurrence, c'est encore appliquer le droit ….de l'Union »[1198].

Chapitre 2 : Régime juridique des SIEG à partir de 2012

Pris isolément, la fin du texte « encadrement », deuxième texte du « *paquet Monti-Kroes* » était programmé car la Commission européenne en 2005, lui avait prévu une durée de vie limitée à seulement six année. Ceci instaurait une obligation de modification dudit « paquet » au moins en ce qui concerne ce deuxième texte faisant partie des trois qui le composait en 2005 comme sus-rapporté. Aussi pouvait-on s'attendre tout le moins à quelques aménagements du « paquet Monti-Kroes » six années après son adoption. Mais aux lieu et place que légers ou profonds amendement, le 20 décembre 2011, la Commission a décidé d'adopter un nouveau paquet en remplacement du précédent. L'on pourrait se demander si le sort du « *paquet Monti-Kroes* » n'était pas volontairement et expressément lié à celui de son second texte dit « encadrement » ? La réponse affirmative à cette interrogation suscite une autre question qui est celle d'une naissance aussi « programmée » ou non du nouvel ensemble de texte en remplacement de celui qui était avec les autres composants textuels et jurisprudentiel susvisés le régime juridique des SIEG d'avant 2011. Cette question et sa réponse peuvent être vues comme le premier effet direct issu de la volonté de la Commission européenne, institution administratrice de l'UE de substituer, au terme de la période de six années susmentionnée, à un paquet, un autre. Dès lors, la première conséquence de l'acte de l'administrateur Union européen sera celle de provoquer de nombreuses interrogations qui iront du pourquoi à ce pour quoi la Commission a prise une telle décision aux contours et envergures juridiques nécessitant une étude approfondie inévitable. Mais avant, c'est le lieu d'indiquer que le régime juridique des SIEG contenant le « *paquet Almunia*» reste fondamentalement composé comme celui avec le précédent paquet c'est-à-dire d'un bloc textuel et d'un autre jurisprudentiel articulé suivant la logique de la combinaison et non pas d'un fonctionnement isolé car seul aucun des deux ne peut régir valablement et suffisamment les trois étapes de la vie d'un SIEG que sont la définition, l'organisation et le financement. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre les analyses précédentes sur les autres éléments, ce qui revient à centrer la réflexion sur le « paquet Almunia » d'en faire ici, le point focal des développements. Mais avant, il conviendra de relever d'abord l'importance du traité de Lisbonne pour le droit des SIEG (**section 1**). Par suite, après une présentation analytique de la composition du « Paquet Almunia » ses apports au régime juridique des SIEG seront soulignés en distinguant ses forces de ses faiblesses aux (**Section 2**). Enfin, il faudrait relever que le « *paquet Almunia* » bien qu'intervenant principalement en rectification des défaillances des précédents « paquet Monti-Kroes » et du régime juridique des SIEG lui-même taxé de ne

protéger qu'insuffisamment les opérateurs économiques, n'a toutefois pas résolu toutes les imprécisions encore moins il n'a apporté toute la clarté souhaitée et attendue. Il laisse subsister des zones d'ombres même s'il aide à mieux cerner les enjeux et dangers de la « manipulation » des pouvoirs publics du régime juridique des SIEG. De ce constat se dégage un besoin de mieux cerner les enjeux et dangers qui ont pour point névralgique, la question de la maitrise des effets juridiques du régime juridique des SIEG (**section 3**).

□□□□□□ □ □□□ □□□□□ □□□□ □□ □□□□□□□ □□□□ □□□□□□□ □□□

Le traité de Lisbonne a complété la base juridique de l'érection des SIEG en valeurs communes de l'UE (article 16 TCE) repris par l'article 14 TFUE auquel s'ajoute dorénavant, le Protocole 26 sur les SIG adossé aux TUE et TFUE de Lisbonne de 2009. Mais c'est l'importance de l'article 14 TFUE qu'il faudrait davantage mettre en lumière car il se lie de manière conjuguée avec d'autres dispositions du TFUE dont l'article 106 TFUE (§2). Par ailleurs, le paquet Almunia de la Commission entré en vigueur en janvier 2012 donne plus de visibilité et de lisibilité au contenu de l'article 106 TFUE au point de donner du sens à ce que certains auteures dénomment les « lois de Rolland européennes » (§2).

§1 : Importance de l'article 14 TFUE pour les SIEG

Article 14 TFUE, plus de précision par rapport à l'article 16 TCE – La lecture des dispositions de l'article 14 TFUE (ex-article 16 TCE) fait apparaître une précision de la fin des dispositions de l'article 16 TCE. Il s'agit précisément de la dernière partie de la première phrase. Notons que dans sa formulation initiale, l'article 16 TCE ne comportait qu'une seule et longue phrase. En revanche, l'article 14 TFUE complète l'article 16 TCE par une deuxième phrase dont l'importance sera soulignée ultérieurement. Ici, il s'agit de deuxième membre de la phrase unique de l'ancien article 16 TCE qui est reprise presque dans les mêmes termes sauf qu'il enregistrement un complétement de précision marqué par « notamment ». En effet, la nouvelle formulation de ce membre de la phrase est : « (…) l'Union et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, [Jusqu'ici tout reste identique mais le changement vient avec] **notamment économiques et financières**, [par la suite reste encore inchangée] qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». Pour une meilleure compréhension des dispositions de l'article 14 TFUE, elles doivent être lecture de manière

combinée avec d'autres article du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de Lisbonne de 2009.

Lecture combinée inchangée des articles 14, 93, 101 à 109 TFUE – D'ore et déjà, et cela sans une véritable gymnastique intellectuelle très spéciale, l'on peut admettre qu'une lecture combinée des dispositions des articles 14[1199] (ex-article 16 TCE) et 106[1200] TFUE (ex-art. 86 CE) s'impose de manière inévitable pour deux raisons.

La première est tirée de la pratique car de l'article 92[1201] CEE (1957) à l'article 106 TFUE de 2007 en passant par l'article 86 CE du traité d'Amsterdam de 1997 – Durant et après cette période, de nombreuses jurisprudences ont mis en pratique la lecture combinée des dispositions de l'article 14 et 106 TFUE comme cela est prescrite par les renvois exprès au dispositions de l'un et l'autre des deux textes. Ainsi, depuis l'arrêt *Giuseppe Sacchi*[1202] précité du 30 avril 1974 à l'arrêt *Federutility*[1203] de 2010 sur lequel l'on reviendra assez largement dans la deuxième partie de l'étude, pour peut admettre que Cour de Justice n'a point réalisé un *Ultra jure*[1204] *ou un* abus de son droit monopolistique

d'interpréter[1205] les traités, encore moins qu'elle a accordé un *Urtra petita*[1206] parce qu'elle aurait accordée au-delà la demande faite par le droit primaire dans l'appréhension desdits

textes. Il s'est agit d'une méthode de lecture dont la juridicité est simplement tirée des prescriptions susvisées des traités. L'on peut donc valablement considérer que la lecture combinée des textes susmentionnés est dorénavant une *us* du droit des SIEG. La pratique de la lecture combinée susvisée offre aussi une base légale supplémentaire à l'intervention du Parlement et du Conseil en matière de SIEG. En revanche, elle ne manque pas de questionner la logique d'une séparation réelle des compétences dans la création et la supervision des modes de financement des SIEG dans la mesure où une clarification supplémentaire de celle-ci ne pourrait pas apparaître inutile voire superflue.

Lecture combinée des articles 14 et 101 à 106 TFUE, us et coutume du droit des SIEG depuis 1957 – Selon le professeur Mustapha MEKKI, de manière générale, dans plusieurs disciplines du droit, la notion d'intérêt général est le « résultat d'une combinaison entre les intérêts en présence »[1207] . Si l'on peut largement partager ce constat, il nous semble qu'il soit possible en apporter quelques nuances. En effet, l'auteur dans sa brillante thèse qui a obtenu toutes les félicitations du jury a dans ce sens pu estimer que « **l'intérêt général est le dernier maillon de la chaîne**. **Il est justification *a posteriori* d'un certain équilibre entre les intérêts**. [Il poursuit son constat en ajoutant qu'] en droit administratif [estimation de Didier TRUCHET[1208]], en droit constitutionnel [en citant D.M. D. LINOTTE[1209]] ou en droit communautaire [par renvoi à D. HONORAT[1210] et à l'arrêt du 5 octobre 1994 dit « Allemagne contre Commission »[1211]], **l'intérêt général se présente souvent comme le**

[illegible]

[illegible]

[illegible]

résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts. Les intérêts hiérarchisés sont de différentes natures »[1212] (C'est nous qui les soulignons).

Nous convenons que d'une certaine manière, l'intérêt général intra Etats membres de l'UE puisse revêtir de telles caractéristiques. En revanche il nous semblerait que le constat susvisé puisse être nuancé sur trois points dans le cadre du droit des SIEG.

La première nuance nous semble venir de l'existence de rapports de tensions[1213] entre les intérêts en présence dans l'articulation de réponses à un besoin local dans un Etats membres dans le domaine des SIEG – Le préalable est de reconnaître que le droit des SIEG ne s'accoutume pas d'une représentation de l'intérêt général comme le résultat d'une hiérarchisation entre des intérêts en présences. Le besoin général local est identifié comme unique – transport public défaillant, fourniture de gaz, d »électricité, levée d'ordure ménagères, fixation d'un prix de référence de fourniture de gaz, gestion des sites funéraires, etc.… –, il faudrait une réponse des pouvoirs public à celui-ci. La réponse est apportée à travers la définition par qualification juridique d'une mission de SIEG. Cette mission devient un intérêt général économique conformément à l'économie des dispositions de l'article 106 TFUE. Cet intérêt général économique (ci-après IGE) n'est pas le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts en présence surtout que dans chacune des hypothèse ci-dessus citée, il n'y a pas plusieurs intérêts. Il n'y a qu'un seul à satisfaire. Toutefois, cela ne reviendra pas à ignorer les rapports de tensions entre l'usage des SIEG comme moyen juridique pour élaborer une réponse à ce besoin d'intérêt général. L'intérêt général ici étant définit par l'acte juridique pris par les pouvoirs publics territoriaux en vertu des habilitations de l'article 106 § 1er TFUE. Cette définition de la mission de SIEG par qualification juridique est du seul ressort des pouvoirs publics des Etats membres, ce qui suffit à battre en brèche, toute représentation dans ce cadre de l'intérêt général comme « **le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts** ».

Il est vrai, dans le domaine des SIEG, des tensions existantes entre les instances de l'UE, singulièrement la Commission européenne et les Etats membres – nos développements précédents en attestent –, résident principalement dans la différence de vue entre l'Union et ses Etats membre sur l'usage de ce service public en plein essor. Entre ces deux entités juridiquement indissociables du fait de la force du lien de leur droit primaire, et intimement liées par leur destin commun, il existe malheureusement, une différence voire une opposition de visions et de finalités assignées aux SIEG. Ce constat n'est que regrettable, eu égard à l'érection des SIEG au rang des valeurs communes de L'UE par les traités de CE d'Amsterdam de 1997[1214] et de Lisbonne[1215] (2009). Le regret réside également et surtout dans le fait qu'un tel constat met à mal, la mission de réalisation de la cohésion du développement socio-économique de l'Union que ces deux traités assignent à ces services publics de type particulier créé par le droit communautaire en 1957. Cette divergence de perception des SIEG nous semble découler du hiatus entre ce que les rédacteurs du traité CEE, fondateur du concept, ont retenu comme objectifs et finalités des SIEG à travers les traités CEE de Rome (1957 : article 92 CEE) et ce que les pouvoirs publics des Etats membres veulent en faire. Les précisions apportées par les traités CE d'Amsterdam (1997 : article 86 CE) et de Lisbonne (2007 : Article 106 TFUE) ne peinent à décourager voire à annihiler, les velléités égoïstes de des décideurs publics des Etats membres à poursuivre forcément leurs « objectifs économiques » propres[1216] à travers les SIEG. Ces rédacteurs ont assignés aux services publics spéciaux que sont les SIEG car étant des intérêts généraux économiques alors que bien souvent, les Etats membres veulent atteindre des objectifs[1217] de

programme politico-économique par les activités de SIEG. Ainsi, l'on découvre que là où l'UE vise un niveau élevé de satisfaction des besoins des consommateurs de SIEG à moindre coût donc à un prix concurrentiel, les Etats membres veulent de la gratuité pour « mieux paraître » s'occuper « grandement » de leur citoyens au demeurant des citoyens européens concernés par la logique des SIEG.

Deuxièmement, le constat susvisé de l'auteur sur l'intérêt général est difficilement applicable au droit des SIEG bien qu'il soit une partie intégrante du droit communautaire dont il ne peut s'affranchir – Précisons ici que l'ensemble du droit européen ne contredit pas le constat en ce qu'il fait montre d'une coexistence d'intérêts généraux[1218] étatiques avec ceux dits communs aux Etats membres qui sont une forme d'intérêt général supra-étatique puisqu'il leur est commun[1219] aux vingt huit Etats qui y sont unis.

En revanche, la lecture combinée des dispositions de l'article 14 TFUE et de celles du protocole 26 sur les SIG annexé au TFUE fait des SIEG, un type économique d'intérêt général et non pas une addition entre intérêts privés qui pourraient éventuellement entrer en conflit. Aux termes de l'article 14, l'on retient d'abord qu'« eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, **L'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans le champs d'application des traités**, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières qui leur permettent d'accomplir leur missions »[1220] (C'est nous qui le soulignons). Les missions sont de la nature

unique d'intérêt économique général même si la variabilité des activités les rend pluriel dans leur unique catégorie de SIEG. L'économie globale des dispositions de l'article 106 TFUE précise entre autres qu'il s'agit de la « gestion de services d'intérêt économique général (…) soumises aux règles des traités, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Toutefois, la définition et l'affectation de la gestion des SIEG par les collectivités territoriales et/ou autres pouvoirs publics des Etats membres se font sous le regard vigilant de la « Commission [qui] veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres »[1221]. L'intérêt général économique est unique lorsqu'il est définit par qualification juridique de SIEG par les pouvoirs publics. Ce ne sont donc pas des SIEG pluriels ni dans leur définition, ni dans leur finalité.

C'est en cela que réside le troisième et dernier point qui montrent que dans le droit des SIEG, l'affirmation générale de l'auteur sur l'acception de l'intérêt général en droit public soit nuancée. Notons que dans sa réalité, le domaine des SIEG n'admet pas que l'intérêt général puisse être une somme arithmétique voire « une combinaison d'intérêts privés et d'intérêt publics [encore moins] une hiérarchisation entre intérêts publics »[1222]. Il s'agit purement et simplement d'intérêts publics de nature économique qui autorisent l'appellation de service d'intérêt économique général. La distinction de l'association ou addition d'intérêt privés ou encore hiérarchisation des intérêts publics n'est pour l'instant pas applicable au domaine des SIEG.

Toutefois, ces petites nuances et précisions qu'exige la particularité de l'intérêt général dans les SIEG qui économique par nature d'activité, n'enlèvent rien à la suite du constat de l'auteur qui peut largement partagé quand il estime qu' « en droit public, l'intérêt général ne peut être défini de manière substantielle ou organique en raison de la dispersion des acteurs et de la diffusion de son domaine d'application. (…) **Il est paradoxalement [parfois], à la fois le résultat d'une hiérarchisation entre les intérêts publics et/ou privés en présence, et le fondement légitimant le caractère raisonnable de cette hiérarchie** »[1223] (C'est nous qui le soulignons). Malgré la large adhésion à cette autre articulation du constat susvisé de l'auteur, il n'en demeure pas moins vraie que la fin de cette partie appelle une autre

réserve imposée par la particularité économique de l'IG en droit public tel qu'il est ainsi présenté. Ainsi, est-il nécessaire de souligner encore une fois qu'en ce qui concerne le droit des SIEG, si l'on veut s'autoriser de parler d'hiérarchie – ce qui est objet de débat et certainement sujet de controverses -, celle-ci devrait se situer entre intérêt général économique marchands et non marchand pour prendre en compte les services sociaux d'intérêt général (ou SSIG) qui à l'instar des logement sociaux peuvent intégrer les SIEG ou être à l'intersection de la catégorie de SIEG et celle de SSIG proprement dite. Cela constitue le troisième et dernier élément discutable de la conception de l'auteur de l'intérêt général en droit public. Les développements de la première partie, titre 1er, chapitre 1er y ont consacré un intérêt certain qui permet de se limiter à cette remarque rapide.

On le voit, de ce qui précède, la lecture n'est non seulement pas inventée par le paquet « *Almunia* » de 2011, elle lui a préexistée car préconisée par les traités CEE, CE et TFUE qui ont été signés et sont entrés en vigueur avant son avènement. Même si le nouveau paquet de 2011 ne dit pas expressément qu'elle maintient ce procédé de lecture juridique des dispositions des articles 4, 14 et 101 à 109 TFUE, il ne dit pas non plus qu'il s'y oppose. La lecture combinée susvisée reste donc inchangée avec le paquet Almunia surtout qu'elle découle de la bonne compréhension de l'économie de l'ensemble des textes susvisés.

En définitive, cette méthode de lecture pratiqué depuis la naissance du concept de SIEG à travers le traité CEE de Rome de 1957 permet d'éviter l'écueil de la mauvaise perception de l'intérêt général dans le droit des SIEG, le chapitre 1er du titre 1er de la première partie y reviendra. Mais avant, il faudrait souligner que les deux précisions susvisées attestent suffisamment du risque inutile à courir que de changer une telle approche juridique. L'on ne voit pas pour quelle raison pertinente, il faudrait désorganiser une équipe football de jeux ou sa manière de jouer tant que ces deux éléments sont le gage de la victoire. La lecture combinée susmentionnée reste fort heureusement inchangée avec le paquet « Almunia ». A ce constat s'ajoute le renforcement du paquet Almunia par les « « Lois de Rolland européennes » »[1224] .

§2 : « *Lois de Rolland » européennes* » dans les SIEG

Depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997 précité, force est de reconnaître que les SIEG ont gagné en importance au point d'acquérir le rang de « valeur commune de l'Union » conformément aux dispositions de l'ancien article 16 CE devenu sans modification article 14 TFUE avec le Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union Européenne ou TFUE sus-indiqué. Toutefois, il importe de relever à la suite de certains auteurs, un constat largement partagé selon lequel, « le Traité de Lisbonne les a encore renforcé en ajoutant un protocole 26 intitulé « sur les services d'intérêt général « qui précise le sens de l'expression de « valeur commune « en reconnaissant aux différentes autorités nationales et locales un pouvoir discrétionnaire sur leur création et leur organisation, une adaptabilité selon les situations géographiques, sociales ou culturelles, un niveau élevé de qualité et une égalité de traitement (…) Ces « lois de Rolland » européennes »[1225] ont un caractère cumulatif et continuent sont d'application maintenue dans le régime juridique des SIEG avec le paquet « Almunia ».

À l'instar des taraudeuses d'Emile Zola qui « (…) taraudant les boulons et leurs écrous »[1226], il semble inévitable de tarauder pour répondre à la double questions presqu'inévitable à l'accueil le 20 décembre 2011 du nouveau « paquet Almunia ». Par tarauder, il faut ici entendre « creuser, percer (une matière dure) pour y pratiquer un filetage, à l'aide du taraud ou d'une machine »[1227]. En ne se détachant pas de la logique du fil d'Ariane susvisée qui permet de naviguer dans les huit labyrinthes ci-dessus identifiés pour l'étude de la notion de SIEG, ce sixième labyrinthe met au jour une antichambre d'une importance majeur pour le régime juridique de cette catégorie de service public à l'européenne. Ce pan des SIG dit SIEG a enregistré l'entrée d'un nouvel instrument juridique créé par la Commission européenne en décembre de 2011 des « cendres » ou pour être plus approprié à la suite d'importants aménagements et modifications que l'administrateur institutionnel de l'UE apporté à son précédent paquet dénommé «paquet « Monti-Kroes » de 2005 largement sus-analysé. D'ores et déjà, il faut admettre que certains auteurs ont débutés avec netteté l'étude du paquet « *Almunia* » au point que l'on puisse partager le constat fait par le

professeur Pierre-Yves Monjal de la limpidité[1228] des analyses des professeurs Michael Karpenchif, Gregory Kalflèche et de Monsieur Jean-Gabriel Sorbara. Mais bien que ces analyses seront largement sollicités dans les développements qui suivront, l'on ne peut toutefois pas les considérer comme ayant vidé cette démarche analytique de tout l'intérêt à se poursuivre. Ceci est d'autant plus vrai qu'à leur lecture et relecture, l'on ne peut s'empêcher bien sûr à leur suite de se poser un double interrogation.

La première est celle de savoir pourquoi un nouveau « paquet » le 20 décembre 2011 alors même que le précédent n'avait que six ans ? En d'autres termes, l'on se demande réellement ce pour quoi la Commission européenne remplace le paquet « Monti-Kroes » de 2005 par un autre après seulement six années de mise en pratique. Etait-il entaché de malformation congénital ou s'est-il montré très vite désuet ou inapproprié au point de nécessiter son emplacement presqu'illico presto ?

Puis une deuxième question qui semblerait prématurée puisqu'elle attrait au sort du nouveau né. L'on peut donc à la suite de la première interrogation se demander le sort qui sera réservé à ce nouveau paquet quand l'on sait que le précédent a été peu utilisé dans certains Etats membres de l'UE notamment en France. Cette faible utilisation suscite un certain étonnement dans la mesure où à son adoption en 2005, le précédent paquet « *Monti-Kroes* » la Commission européenne son auteur n'avait pas manqué d'indiquer qu'il était destiné à « faciliter le financement des SIEG en Europe »[1229]. , il vient [précipitamment ? Comme si des aménagements réels n'auraient-ils pas été suffisants], d'être remplacé le 20 décembre 2011 » ?

Autant d'interrogations qui pour obtenir quelques réponses pertinentes exige que le fil d'Ariane qui guide la recherche sur la notion de SIEG ne soit pas perdu. À cette autre étape de la démarche, « Que Métis, déesse de l'intelligence, rusée, éclaire nos débat ! [Car] comme

> vous le savez peut-être, il y a quelques années, Métis a été l'inspiratrice de sauveteurs fort démunis lorsque, dans la grotte de Gortyne (..) ils se lançaient à la recherche d'un enfant qui s'y était perdu. (…) Ils finirent épuisés par leurs tentatives anarchiques de sonder l'antre obscur. Réfléchissant à un meilleur plan de bataille, ils eurent enfin l'idée de recourir à la ruse ancestrale du fil d'Ariane. C'est ainsi que l'enfant fut retrouvé dans ce réseau alambique : Vous conviendrez que, **sans méthode**, **les sauveteurs risquaient eux-mêmes de s'égarer** ! »[1230](C'est nous qui le soulignons).

Le droit et sa science sont le fruit de la méthode, se nourrissent de méthode, en survive et raisonnement par elle. Etudier la notion de SIEG a demander que l'on cherche premièrement à en construire une définition en déterminant les invariants et intrant qui l'ont promise. Ce fut la première étape de la méthode de la recherche sur la notion de SIEG. Puis il s'ensuit à présent la deuxième étape à deux volets qui est celle de l'étude du juridique des SIEG. Après avoir parcouru non moins sans crainte le premier labyrinthe car « nul ne sait de quels enchevêtrements est formé le labyrinthe particulier où se distille la pensée[1231] de chacun »[1232] des acteurs du droit des SIEG sauf après l'avoir vaincu et en avoir mis au jour les ressorts comme ce fut le cas du régime juridique des SIEG avec le « *paquet Monti-Kroes* », l'esprit, le notre allait s'en aller chercher quelque repos quand soudain arriva la date du 20

décembre 2011 où la Commission européenne décida de remplacer « Monti-Kroes », paquet « infortuné » mais combien instructeur de par ses enseignements jurisprudentiels nous obligea à nous rasseoir devant notre page blanche à nouveau. Nous étions tout de même persuadé que notre intuition allait suffire, mais quel impuissance … alors nous nous décidons de rechercher une méthode, oui encore de la méthode pour progresser dans notre recherche qui a ce niveau devenait plus délicate car seulement peu d'experts avisés ont abordé la question du « *paquet Almunia* » peut-être parce qu'il serait trop tôt de le faire et puis, le droit selon les maitres du temple de Thémis n'exige-t-il pas la patience ? Oui de la « patience » - denrée rare -, dans un monde de smart phone » où nous optons pour le fait que c'est du côté de la vielle intuition crétoise qu'i faudrait nous diriger pour ne pas nous perdre et rester dans la suite de notre démarche. Mais assurément, le régime juridique des SIEG avec le « paquet Almunia » susvisé, est un tout autre labyrinthe « ordinaire » pour les chercheurs avisés et consommés pour les débutant ou en passe de débuter, même « persuadé que l'intuition crétoise du fil donne une réponse à la question omniprésente : **comment explorer un labyrinthe ?** [Pour être plus précis], ou, ce qui revient peut-être au même : **comment, du chaos intuitif de notre esprit, extraire une pensée linéaire** ? »[1233] (C'est nous qui le soulignons), pensée qui permette aux premiers destinataires du régime juridique de SIEG de ne plus s'y retrouver dans un labyrinthe qui soit pour eu un carcan inextricable ? Pour y réponde, un seul et unique mot nous guide, la méthode, encore la méthode et toujours la méthode pour naviguer dans le régime juridique des SIEG avec le « paquet Almunia » en remplacement de précédent. Concernant ce nouveau paquet, trois éléments importants sont à souligner. Premièrement, il s'agit d'indiquer la composition du nouveau paquet de la Commission européenne pour le financement des SIEG dit « *paquet Almunia* » (**§1**). Deuxièmement, à l'analyse des composants dudit paquet il faudrait pouvoir répondre clairement et de manière très précise à la question de savoir si véritablement, ce paquet fait des apports réels au point de justifier subséquemment la décision de la Commission de remplacer le précédent paquet ? C'est en dégageant les forces et faiblesses que sera ou seront mis au jour les apports éventuels du paquet Almunia (**§2**). Troisièmement enfin, de manière générale, force est de reconnaître que le nouveau « paquet Almunia » opère dans le régime juridique des SIEG, à la fois une réduction et une clarification du domaine juridique des SIEG qui ne suffisent pas empêcher qu'un post-Almunia soit envisagé (**§3**).

§1 : « *Paquet Almunia* » et Paquet « *Monti-Kroes* »

Le 20 décembre 2011 soit seulement[1234] six années après le « paquet Monti-Kroes » dont le deuxième texte dit « encadrement » était assortit d'une telle durée de vie, la Commission européenne a opté pour un remplacement du précédent paquet par un autre qui comme son prédécesseur porterait d'abord les noms des Commissaires européens Almunia et Barnier en charge de la concurrence avant de n'être plus désigné que du seul nom du commissaire européen Almunia, vice-président de ladite Commission. Ainsi, sa communication 2012 C8/01-04[1235] relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État dont l'objectif principal est résumé par Joaquím Almunia, vice-président de la Commission en charge de la concurrence comme suit : « Le **nouveau paquet SIEG fournit** aux États membres **un cadre plus simple, plus clair et plus souple** qui les aidera à fournir à leur citoyens des services publics de grande qualité, plus nécessaires que jamais en ces temps de crise. La Commission se droit bien entendu de veiller à ce que les entreprises qui assurent des services d'intérêt économique général ne bénéficient pas d'une surcompensation, afin de préserver la concurrence et l'emploi et d'assurer une utilisation efficace des maigres ressources publiques. »[1236] Faudrait-il aller chercher ailleurs que dans cette déclaration du Haut fonctionnaire, commissaire et vice-président de la Commission au demeurant, à la date du 20 décembre est chargé de la concurrence, les clefs de lectures du nouveau « paquet

Almunia » qui porte son nom ? Il est tout à fait malaisé de ne pas répondre non ! Auquel cas, il faudrait trouver un meilleur interprète que lui pour expliciter le but principal assigné au « paquet Almunia ». Trois clefs de lectures ressortent de cette déclaration : **« un cadre plus simple, plus clair et plus souple » telles sont à nos yeux,** les clefs « Almunia » de lecture du « paquet Almunia ». Mais soulignons le de suite, le fait de les prendre en considération dans l'analyse du dudit paquet ne signifie aucunement en être lié. Une véritable liberté de s'en détacher voire de s'en affranchir par endroit feront partie de la méthode d'appréciation critique retenue pour dégager du « *paquet Almunia* », les forces et faiblesses afin d'en souligner les apports éventuels au régime juridique des SIEG qui à partir du 20 décembre 2011vont inclure le nouveau en remplacement du précédent (**B**). Mais avant, présentons-en la composition et insistons sur le fait qu'il ne réalise pas la politique de la terre brûlée dès lors qu'il ne fait pas passer par le bûcher, les acquis du régime juridique des SIEG avec le « *paquet Monti-Kroes* » de 2005 (**A**)

A- Composition du «paquet Almunia »

Annoncé par le commissaire européen Joaquim Almunia le 20 décembre 2011, le « *paquet Almunia* » qui porte son nom qui modifie profondément le précédent texte « encadrement des aides d'Etat » aux entreprises chargées de mission de SIEG, deuxième texte du précédent « paquet Monti-Kroes » a été adopté le 31 janvier 2012. Il est composé de quatre textes dont la publication ne s'est pas faite au même moment. Les trois derniers textes ont été publiés avant le premier dit « encadrement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public » qui concernera assez largement les associations (petites et moyennes) sur divers point qui seront analysés au moment de la présentation de chacun d'eux. C'est finalement en avril 2012 que le premier texte susvisé sera publié. Contrairement au précédent « paquet Monti-Kroes » qui ne comportait que trois textes, son successeur s'est doté d'un quatrième et est composé de « quatre textes t 'intensité normative variable » qui selon la Commission européenne dans son communiqué de presse référence IP/11/1571visant l'événement du 20/12/2011, « s'appliqueront à l'ensemble des pouvoirs publics (nationaux, régionaux et locaux) accordant des compensation pour la fourniture de SIEG. Si les destinataires des quatre textes du « paquet Almunia » sont ainsi connus et précisé par le communiqué de presse, il n'en demeure pas moins utile d'en connaître la composition. Ainsi est-il qu'il faudrait relever que dans le but de remplacer le paquet « *Monti-Kroes* » de 2005, le 20 décembre 2011, la Commission a adopté un ensemble de quatre textes composé composant le nouveau paquet de décembre 2011 ou paquet

« *Almunia* ». Ce paquet entré en vigueur le 1er janvier 2012 s'identifie comme la décision 2012/21/UE, n° C8/01-04 précitée, Les quatre textes sont :

- **une décision de la commission** « relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE 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 » (ci-après : la « **décision** »[1237]) (**1**) ;
- **une communication** « relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général »[1238] (ci-après : **« la communication »**) (**2**) ;
- **une communication « encadrement »** de l'Union Européenne des aides d'Etat sous forme de compensation de service public (ci-après : « **l'encadrement** »[1239]) (**3**) ;
- et enfin **un règlement dit « de *minimis* »**pour visant les aides de faible importance en matière de SIEG (ci-après : **« le règlement de minimis »**[1240]) (**4**).

Aujourd'hui, tous les quatre textes sont adoptés. Ceci n'était pas le cas à la date du 20 décembre 2011 où seulement les trois premiers textes l'ont été. Le dernier portant « le règlement de minimis » adopté le 25 avril 2012 [1241] avait son adoption prévue pour la fin du premier trimestre 2012.

1- « La décision »

Par sa **décision** du 20 décembre 2011, « relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyée à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général », la Commission entend apporter davantage de précision sur le nombre de service dont l'aide reçue peut faire l'objet d'une exemption d'une notification. Ainsi, « cette décision étend, au-

delà des hypothèses d'Altmark, le nombre de services dont l'aide est exemptée de notification, notamment pour ce qui concerne les services « sociaux » d'intérêt général »[1242].

En admettant que l'adage bien connu selon lequel, l'argent est le nerf de la guerre, cette décision de la Commission prise en remplacement de la « décision » du *paquet « Monti-Kroes »* est le centre névralgique du nouveau paquet Almunia. Ceci d'autant plus vrai que l'histoire récente du cheminement vers le paquet Monti-Kroes dans un premier temps et par la suite l'adoption du paquet Monti-Kroes semblent représenter pour la Commission, une progression dans une suite logique, celle d'éviter à la fois l'usage abusif des compensations d'obligations de service public sous forme d'aides d'Etat et la mauvaise attribution des surcompensation. Elle n'a pas manqué d'affirmer dans son avis de 2000 susvisé, sa position ferme à l'égard les surcompensations qui doivent être éventuelles et ne sont que des aides d'Etats « quelles que soit l'évolution de la jurisprudence [Altmark] sur les compensations de service public »[1243]. A la lecture de l'ensemble des quatre textes que comporte le paquet du 20 décembre 2011, cela n'étonne guère de se rendre compte que « cette décision, au cœur du paquet Almunia » d'une part et que d'autre part, qu'elle ne soit plus facile à comprendre et à utiliser qu'en la combinant nécessairement avec le troisième texte qui est l' « encadrement » des aides d'Etats. Deux des quatre textes du paquet Almunia porte sur les aides d'Etat. Cela suffit pour comprendre la préoccupation de la Commission d'aboutir à une meilleure régulation de l'usage desdites aides d'Etat dans le domaine des SIEG.

2- « La communication »

Le deuxième texte du paquet « Almunia » est désigné par la « communication relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général »[1244]. Comme son nom l'indique, c'est une « communication » et l'on sait qu'en droit européen, les communications de la Commission européenne précisent le sens des décisions jurisprudentielles. « Elle reprend donc pour l'essentiel, comme c'est le rôle des communications, les éléments posés par la jurisprudence de la CJUE »[1245]. À première vue, la présente communication a un effet lexical réel puisqu'elle reprend et précise selon l'entendement de la Commission européenne,

ce que renferme des notions posées par la jurisprudence *Altmark* qu'en 2002, la Commission avait déclaré suivre de près en attendre les développement notamment sur la clarification des notions de compensations et surcompensations. Il n'est donc guère étonnant que « la communisation » apporte « sa » clarification des notions présentes dans ladite espèce à savoir une entreprise, l'activité économique, l'autorité publique, l'effet de commerce, les marchés publics, etc. Elle n'y manque pas d'élucider l'application du régime d'exemption.

3- « L'encadrement » des aides d'Etat

Le désir affiché depuis son avis précité de 2002 d'encadrer voire de mieux réguler l'utilisation des aides d'État dans le domaine des SIEG trouvera une nette expression dans le troisième texte du paquet Almunia dit « l'encadrement des aides d'État »[1246]. En effet « l'encadrement de l'UE des aides d'État sous forme de compensations de service public »[1247] a pour « objet de préciser les hypothèses dans lesquelles des aides sont compatibles avec le marché intérieur sans pour autant être visées par la décision de la commission. [L'encadrement] précise notamment la façon de calculer les compensations et les incitations visant à une amélioration de l'efficience du service (avec pour objectif que les opérateurs économiques n'aient plus besoin d'aides à l'avenir) »[1248]. Cet texte qui remplace le précédent encadrement desdites aides dans le paquet Monti-Kroes dont on le sait la durée de vie était limité à seulement 6 ans, permet de comprendre que dans l'année 2012, la Commission européenne entreprenne de faire la réforme de la réforme à travers sa « modernisation » du contrôle des aides d'État dont des principaux objectifs est de décourager le recours « intempestif » auxdites aides pour compenser les obligations de services publics dans le cadre notamment des SIEG. Néanmoins, de manière officielle, il est à retenir que « l'**un des objectifs de la modernisation est tout d'abord d'appliquer des principes communs pour l'appréciation des aides**, ce qui implique de revoir un certain nombre d'encadrements et de lignes directrice. (…) »[1249].

4- « Le règlement de minimis »

Adopté le 25 avril 2012 donc après les trois premiers textes adopté le 20 décembre 2012, le dernier élément ou « pilier » selon les termes de la Commission européenne est bien

le quatrième composant dit du « paquet Almunia » « règlement de minimis ». Pour sa présentation et sa bonne lecture, il semblerait que le communiqué de presse de la Commission européenne daté du 25 avril 2012qui en annonce l'adopte en soit au delà de la terminologie de « pilier » porte des indications importantes. En effet, dans ledit communiqué de presse semble comporter quelques indications dans la lecture et l'appréciation des objectifs assignés par la Commission à ce règlement de minimis. « Bruxelles, le 25 avril 2012 – La Commission européenne a adopté **un règlement exemptant des règles de l'UE relatives aux aides d'Etat les aides d'un montant maximum de 500 000 □par entreprise accordées sur une période de trois ans en compensation de la prestation de service d'intérêt économique général** (SIEG). **Une compensation** de cet ordre est jugée non problématique car elle est **trop faible pour affecter les échanges et la concurrence.** Il s'agit là du dernier pilier d'un nouvel ensemble de règles en matière d'aides d'Etat applicables aux SIEG, dont l'essentiel a été adopté en décembre 2011 (voir IP/11/1571 et MEMO/11/929) [illegible]

B- Préservation des acquis « Monti-Kroes »

Le paquet « *Almunia* » ne fait pas passer les acquis par le de son prédécesseur par le buché (**2**). Bien au contraire il les conserve mais d'importantes leçons ont été tirées de la mise en pratique du Paquet « *Monti-Kroes* » (**1**) dont les insuffisances justifient amplement la décision d'instauration dudit nouveau paquet.

1-□Valorisation des acquis du Paquet « Monti-Kroes »

Intervenant dans un contexte juridique plus apaisé que son prédécesseur qui a été accueilli dans le tourbillon de l'adoption ratée de la Constitution de l'UE, le paquet « Almunia » n'a pas détruit tous les acquis juridique du droit des SIEG. Mieux, il en tire d'importantes leçons qu'il faudrait souligner. La première remarque est que « l'architecture globale du nouveau « paquet », comme les objectifs qu'il sous-tend, restent substantiellement les mêmes qu'en 2005 ». (C'est nous qui le soulignons). C'est la traduction claire de ce que le paquet « *Almunia* » élève les « murs » juridiques sur les fondements de son prédécesseur. Avant donc de discuter ses apports pour en révéler son « une obscure clarté »[1251] fort

[illegible]

discutable, force est de reconnaître que le nouveau « paquet » peut être vu comme comportant à la fois un ensemble de « confirmations et de consolidations »[1252] des acquis du paquet « Monti-Kroes »[1253] de 2005.

Concernant les confirmations, au moins trois peuvent être dénombrées suivant le constat largement partagé du Professeur Michael Karpenschif qui est rapporté ci-après.

> « **Tout d'abord**, **pour éviter un flot de notification à la gardienne des traités et l'obligation de standstill[1254] qui en découle** (conformément à ce qu'impose l'article 88 §3 du TCE, devenu 108 §3 du TUE), **la Commission va considérer comme étant compatibles de plein droit avec le traité, les aides qui**, « sous forme de compensations de service public accordées à des entreprises pour la prestation de service d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE « , **entrent dans l'une des catégories de l'article de la décision du 20 décembre**. **Ainsi donc et à l'image de sa devancière** (la décision n°2005/842/CE [paquet Monti-Kroes], **la Commission prédétermine les secteurs (art.2) et les conditions (art.4 et 5) dans lesquels les financements publics alloués aux SIEG sont présumés compatibles avec le traité et son exemptés de l'obligation de notification préalable**. [De ce point de là, rien de nouveau sous le soleil des SIEG pourrait-on dire].
>
> **Ensuite**, et tout comme en 2005, **la décision est insuffisante pour embrasser toutes les hypothèses du financement public des SIEG car, rappelons-le, l'exemption de notification n'est ouverte que dans les cas où les quatre critères de l'arrêt Altmark sont réunis** (…) [Il y a donc un maintient en l'état de nombre de données qui font

permette de postuler un] (…) **un retour au « droit commun » des aides d'Etats, où fleurissent les textes hors nomenclature guidant le pouvoir d'appréciation de la Commission sans jamais l'annihiler, que répondent les encadrements de novembre 2005 et de décembre 2011**.

Enfin, l'emploi juridiquement contestable de l'expression « *aides d'État sous forme de compensation de service public* » (qui n'avait pour seule utilité que de requalifier les COSP en aides d'État et permettre, ainsi, à la Commission de « reprendre la main » et d'exercer un contrôle effectif sur les modalités et l'intensité du versement des financements publics aux SIEG) **est reprise par la décision du 20 décembre 2011** »[1255] (C'est nous qui le soulignons).

À la lecture de ce pan de constat dont la consultation de l'intégralité ne peut être que recommandée[1256], la question que l'on n'est tentée de se poser est de savoir si sur les éléments sus-rapportés, le paquet « *Almunia* » pouvait vraiment innover ?

La réponse à cette interrogation est mitigée en ce qui concerne la première série de constations. En effet, sous la réserve unique de faire mieux, il semblerait logique que soit maintenue le filtre des notifications afin de distinguer les vraies des vrai-fausses notifications découlant d'une mauvaise compréhension du dispositif de la décision de 2005 sur ce point. Le point 28 de l'avis du Comité des régions du 30 juin-juillet 2011[1257] sur la « Réforme des règles en matière d'aides d'État applicables aux services d'intérêt économique général » est révélateur d'une justification de la mauvaise compréhension dudit dispositif juridique. Selon cet avis, l'« (…) une des raisons pour lesquelles la décision de la Commission de 2005 a été peu appliquée par les collectivités territoriales, outre le coût de la transaction qu'elle induit, réside dans la difficultés à inscrire les réalités territoriales dans les concepts et les notions communautaires véhiculés par cette décision, notamment les notions peu opératoires « d'activités de nature économique « , « d'entreprise « , « d'affectation des échanges intracommunautaires « , « d'avantage économique « , « de mandat « , « d'entreprise moyenne bien gérée et adéquatement dotée en moyens de transport « ou encore « de bénéfice raisonnable » »[1258]. On le voit à travers cet avis que la Commission et les premiers destinataires de la décision susvisée n°2005/842/CE dit paquet « *Monti-Kroes* » n'étant pas sur le même niveau de sa compréhension. Dès lors, comment les collectivités pouvaient procéder à de vraies notifications dans une compréhension difficile de ce dispositif juridique

au contenu flou sur des notions importantes susmentionnées dans cet avis, dont les caractères inappropriés et inadéquats semblent ainsi être indirectement soulignés par ledit avis du comité des régions ?

Dans un tel état d'esprit, l'on comprend que l'affirmation de la circulaire du 4 juillet 2008 n'ait pas pu convaincre les collectivités territoriales de certains Etats membres dont la France, à admettre qui relève que « (…) la réglementation communautaire Monti-Kroes représente une opportunité de mettre en conformité un certain nombre d'interventions économiques des collectivités territoriales au regard du droit de la concurrence communautaire, dont il est important qu'elles se saisissent »[1259].

La réponse négative est par contre très aisée concernant le fait que les « manœuvres » de la Commission européenne tendant à mieux contrôler le recours aux des aides d'États sous forme de compensations d'obligations de services publics dans les SIEG, qui ont abouties comme sus-indiquée à sa « reprise en main » dans la décision n°2005/842/CE, et relevée par la doctrine[1260] soit confirmées par le nouveau paquet « *Almunia* » ou décision du 20 décembre 2011. Ceci n'a rien d'étonnant car depuis son l'avis de 2002[1261] suscité concernant la suite de la jurisprudence Altmark, la Commission entendait accroître son contrôle sur l'usage desdites aides d'Etat sous forme de CSOP afin que celles-ci n'aient le redoutable effet d'annihiler la concurrence ou d'empêcher l'application des règles communautaires de la concurrence dans les SIEG.

Fort heureusement, comme l'indique le constat susvisé, le nouveau « paquet » ne fait pas que confirmer des acquis d'une part. Et d'autre part, ce qui est quelque peu regrettable de reprendre aussi comme cela est le cas dans les deuxièmes et troisièmes éléments de confirmation susmentionnés, les faiblesses de son devancier. Lesdites faiblesses seront amplement présentées et discutées dans les développements à venir bien qu'elles n'enlèvent rien aux importants apports du paquet « *Almunia* » au régime juridique des SIEG. À cet

égard, l'on peut sans se tromper, convenir que « **contrairement à la décision de novembre 2005, celle de 2011 jouit d'une base juridique incontestable, premier élément de consolidation du dispositif** »[1262] (C'est nous qui le soulignons).

C'est le lieu à présent d'aborder les consolidations qu'opère le paquet « *Almunia* » ou la décision de la Commission européenne du 20 décembre 2011.

2- Paquet « Almunia » une valeur ajoutée aux SIEG

Au moins deux des acquis majeurs du paquet « Monti-Kroes » ont été conservés. Il s'agit d'une part du maintien de l'applicabilité des quatre critères cumulatifs dégagés par la jurisprudence Altmark précité (a). Et d'autre part du traitement rigoureux du recours aux aides d'État dans les SIEG qui à l'analyse se présente comme une attitude conforme à l'esprit des pères fondateurs en matières de recours auxdites aides d'État dans le domaine des SIEG (b).

[illegible]

S'agissant des quatre critères dégagés par la jurisprudence Almark de 2003 de la Cour de justice des Communautés européennes, une double position de la Commission européenne est clairement exposée dans le paquet « Monti-Kroes » du 28 novembre 2005. Premièrement, la Commission « se les appropries » dans la mesure où il ressort de sa décision 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 compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général » que les critères Altmark permettent de déterminer celles desdites compensations qui ne sont pas des aides d'État. En effet, en 2005, dans les points 4 à 6 de sa décision susvisée, la Commission précise d'abord que « dans son arrêt rendu dans l'affaire *Altmark Trans GmbH* et *Regierungsprädidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (« *Altmark* »)[1263], la Cour de justice a indiqué que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 87 du traité pour autant que quatre critères cumulatif soient remplis »[1264].

[illegible]

Puis, elle poursuit en soulignant dans le point 5 de la même décision que « lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État, et les dispositions des articles 87 et 88 du traité ne s'appliquent pas. Lorsque les États membres ne respectent pas ces critères et que les critères généraux d'applicabilité de l'article 87, paragraphe 1, du traité sont réunis, les compensations de service public constituent des aides d'États soumises aux dispositions des articles 73, 86, 87 et 88 du traité. **La présente décision ne devrait donc s'appliquer aux compensations de service public que dans la mesure où elles constituent des aides d'État** »[1265] (C'est nous qui le soulignons). La Commission européenne détermine ainsi le champ d'application de sa décision du 28 novembre 2005 ou paquet « *Monti-Kroes* » qui n'est nul autre que celui de ce type de compensation. Toutefois, dans le point 6 de ladite décision, elle prend le soin d'indiquer que « l'article 86, paragraphe 3, du traité autorise la Commission à préciser le sens et la portée de l'exception prévue à l'article 86, paragraphe 2, du traité, ainsi qu'à établir, en tant que de besoin, des règles visant à permettre un contrôle efficace du respect des critères énoncés à l'article 86, paragraphe 2. Il convient par conséquent de préciser sous quelles conditions certains systèmes de compensation sont compatibles avec l'article 86, paragraphe 2, et ne sont pas soumis à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité »[1266].

On le voit, au delà de cette pédagogie de lecture des dispositions des articles 86, 87 et 88 du traité CE qu'offre la décision du 28 novembre 2005 dite paquet « Monti-Kroes », la Commission n'a pas manqué d'indiqué au préalable l'applicabilité des quatre critères cumulatifs Almark en faisant donc un acquis incontournable du droit des SIEG en matière de compensations sous forme d'aide d'État. Cette donne juridique posée en 2005 ne sera pas contredite par le paquet « *Almunia* » du 20 décembre 2011 même si l'œuvre de précision et de reprécision des critères Almark se sont poursuivies à cette occasion. Les critères *Altmark* au demeurant cumulatifs sont donc toujours d'actualité dans le droit positif des SIEG nonobstant le fait qu'à travers le nouveau paquet, les notions de mandat, de compensations d'OSP et d'aides d'État sont toujours à l'épreuve d'une recherche de plus de clarification de la part de la Commission qui comme susmentionnée, s'y attèle en vertu des pouvoirs que lui confèrent les dispositions de l'article 86, paragraphe 3, CE devenu article 106, paragraphe 3, TFUE

sous le traité de Lisbonne de 2007. Ainsi, la Commission dans le paquet « *Almunia* » du 20 décembre 2011 part d'un rappel, celui selon lequel, « concernant les conditions auxquelles les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État »[1267], il faut entendre l'application des « critères établis par la Cour de justice »[1268]. Dans sa décision dite paquet « *Almunia* » la Commission ajoute même que « la première condition établie par l'arrêt Altmark prévoit la définition de la mission d'un SIEG. **Cette exigence coïncide avec celle de l'article 106, paragraphe 2, du traité**[1269] ». Cette précision et quelque peu surabondante puisque l'on sait que c'est en premier lieu en vertu de l'économie générale de l'ensemble des dispositions des article 86 et 87 CE que la Cour de justice a rendu son célèbre arrêt Almark précité de 2003. Toutefois, l'on pourrait admettre que la Commission procède à cette insistance pour en faire le fondement de son affirmation à savoir qu' « il résulte de l'article 106, paragraphe 2, du traité que les entreprises qui assument la gestion des SIEG des entreprises chargées d' « une mission particulière ».

En règle générale, une « une mission de service public particulière » implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la mesure ou dans les mêmes conditions[1270]. Les États membres ou l'Union peuvent soumettre ce type de services à des obligations spécifiques en vertu d'un critère d'intérêt général »[1271]. La recherche de la Commission à inscrire les actes des acteurs juridictionnels et/ou non juridictionnel du droit des SIEG dans la stricte conformité des traités autorise à rechercher si son attitude à vouloir depuis son paquet « Monti-Kroes » dont elle ne transige pas dans celui de décembre 2011 est aussi conforme à la fois auxdits traités voire à l'esprit des pères fondateurs quant elle encadre « trop » rigoureusement le recours aux aides d'État dans la matière des SIEG.

Du paquet « Monti-Kroes » à celui du 20 décembre 2011, il s'avère indiscutable que des doutes et des zones d'ombres subsistent concernant la définition de la notion de compensation et sa différenciation claire et nette de celle d'aides d'Etats octroyées sous la forme d'une compensation d'obligation de service publics. Toutefois, l'attente d'une telle clarification qui fait du paquet « *Almunia* » un rendez-vous partiellement manqué sur ce point n'enlève rien au fait que ce nouveau paquet s'inscrire parfaitement dans la pensée des pères fondateurs qui ont très vite pris la mesure de ce que pouvait représenter l'usage démesuré des aides d'Etat en matière de SIEG. En effet, « si les pères fondateurs, conscients des **enjeux liés au contrôle de l'interventionnisme étatique, ont clairement affiché, dès 1951, leur volonté d'interdire « les subventions ou aides accordées par les Etats… sous quelque forme que ce soit »**[1272], les signataires du traité de Rome, **tout en réaffirmant avec force l'interdiction de principe, ont néanmoins prévu des dérogations, tantôt potentiellement invocables tantôt obligatoirement recevables, permettant aux Etats membres d'allouer des soutiens publics en toute légalité »**[1273].

La perception et l'appropriation de la préoccupation d'interdire par principe l'usage ou le recours intempestifs aux aides d'Etats sous quelque forme que ce soit a été perçu dès 2000 par la Commission européenne qui n'a pas hésiter à considérer que surcompensation d'OSP et aides d'Etat c'est du pareil au même dans la mesure où affirme dans son avis suscité de 2000 sur la suite de la jurisprudence *Almark*[1274] que « quelles que soit l'évolution de la jurisprudence sur les compensations de service public, il est établi que les éventuelles surcompensations sont susceptibles de constituer des aides d'Etat »[illegible]. La position de la Commission européenne n'était donc pas un saut d'humeur juridique tenant à son aversion propre du recours des aides d'Etats dans les SIEG. L'administratrice a pour le moins que l'on puisse en dire bien compris que la tolérance zéro était de mise dans l'usage desdites aides dans le domaine des SIEG. Toutefois, le paquet « *Monti-Kroes* » n'a pas abrogé la dérogation

surtout que seul un traité peut par parallélisme des formes opérer un tel changement majeur. C'est donc en restant dans la logique de la pensée des pères fondateurs que la Commission européenne est resté conforme aux prescription de l'article 92 paragraphe 2e CEE devenu 106 § 2e TFUE. La Commission européenne dans son paquet « Almunia » du 20 décembre 2011 n'a opéré aucun revirement de position sur cette donnée juridique réputée acquise en droit communautaire. Cette lecture des dispositions de l'article 106 paragraphe 2e était consacrée par le paquet « Monti-Kroes » de 2005 peut être vue comme définitivement acquise car réaffirmée par la Commission dans le paquet de 2011 qui n'y change rien. Le principe de l'interdiction du recours aux aides d'Etats assortit d'une dérogation n'est donc pas l'œuvre isolée de la Commission européenne si l'on a une bonne appréhension de l'esprit des rédacteurs du traité fondateur de la CEE. Cette perception juridique est de loin ce qu'il y a de plus conforme voire logique aux dispositions de l'article 92 paragraphe 2e CEE devenu 106 paragraphe 2e TFUE.

Aux termes desdites dispositions, l'on peut convenir avec MM. G. Druesne et G. Kremlis dans leur étude sur la politique communautaire à l'égard des aides d'Etat, « … que le système communautaire (est) hostile, d'une manière générale, à la notion même d'aide d'Etat. Car soucieux d'établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussé dans le Marché commun parce qu'il y voit un facteur essentiel du progrès économique, il exige des entreprises qu'elles abordent le marché par leurs propres moyens, en fonction de la stratégie qu'elles ont elles-mêmes déterminée. Les aides publiques ne peuvent donc que perturber cette logique, en provoquant des distorsions de concurrence qui favorisent certains opérateurs économiques par rapport aux autres, qu'ils soient établis dans le même ou dans un autre Etat membre, et compromettent la meilleure allocation des facteurs de production à l'intérieur de la Communauté »[1276] ». Cette logique au demeurant prescrite par le traité fondateur de la Communauté n'est pas de son fait car découlant de la logique de société qui transparaît de la pensée des pères fondateurs. D'où vient alors le fait que l'on puisse imaginer que les SIEG sont une maladie virale de type fièvre Ebola pour les services publics français ? Les considérations qui précèdent ne fondent absolument pas la peur de la « SIEGpathie »[1277], cette

espèce de maladie redoutable qui atteindrait les services publics français et/ou de d'autre pays-membres de l'UE à leur colonne vertébrale qui est l'usage des aides d'Etats serait si elle devrait exister, une pathologie congénitale pour la Communauté européenne. C'est à notre avis plus d'une nostalgie pour la logique de service public déjà essoufflée en France depuis les années 1950 où la doctrine du droit administratif avait reconnu qu'en France, la notion de service public était en crise[1278]. La trame de fond de pensée qui préside à l'idéologie de la régulation du recours aux aides d'Etat dans les SIEG peu en importe la forme – compensation d'OSP, surcompensation ou aides d'Etat proprement dites –, n'est donc pas une véritable frilosité comme nous l'avons soutenue plus haut. Nous nuançons donc notre affirmation précédente face à la recherche soutenue de la Commission européenne de mieux « encadrer » comme dans les textes « encadrement »[1279] du paquet « *Monti-Kroes* » et la décision « encadrement »[1280] des aides d'Etat de celui dit « *Almunia* » de décembre 2011.

§ 2 : Les apports « *paquet Almunia* » au droit des SIEG

L'actualité juridique dans la doctrine du droit européen s'est saisie de la question des services d'intérêt économique général au lendemain immédiat de l'adoption du « paquet Almunia ». Ainsi, dans la revue mensuelle Europe consacré à l'actualité du droit européen de janvier à décembre 2012, au moins six numéros mensuels ont renfermé des études[1281], commentaires[1282], focus[1283] et autres repères sur la question des SIEG allant du paquet

Almunia lui-même à l'épineux sujet des aides d'Etats dans cette matières. Cela atteste que la doctrine universitaire ne laisse pas hors de sa vue cette question qu'elle semble surveiller comme du lait sur le feu. Son aide dans la structuration dudit droit est précieuse puisqu'elle peut apporter plus d'éclaircissement dans l'« obscure clarté »[1284] du « paquet Almunia » sur la question des compensation de service public alors même qu'une « simplification et une clarté »[1285] ont été annoncées comme objectifs premiers dudit paquet le commissaire européen Joaquim Almunia, en charge de la concurrence dans non discours annonciateurs de cette composante du régime juridique des SIEG en remplacement du « paquet Monti-Kroes ». L'étude du « paquet Almunia » semble donc intéresser au premier plan les juristes spécialistes des droits européens de la concurrence et des marchés publics. Le « paquet Almunia » ne peut donc que retenir une attention soutenue de la recherche sur la notion de SIEG puisqu'il est l'un des éléments de l'arsenal du régime juridique.

Son appréhension d'impose et bien avant d'en relever les apports qui, en font ses forces (**A**), force est de reconnaître que comme toute œuvre humaine, il ne peut que comporter une marge de d'imperfection qui en sont des faiblesses (**B**). En outre, il apparaît éclairant pour souligner les implications de la mise en pratique du « paquet Almunia » qu'il soit mis en rapport avec la communication du 8 mai 2012 (COM (2012) *209 final*) de la Commission concernant la modernisation de son contrôle des aides d'Etat. Les liens entre cette modernisation du contrôle sur les aides d'Etats et le paquet « *Almunia* » sont réels et suscitent des remarques après un bilan d'étape d'une année après ladite communication (**C**). Enfin, les défis d'Almunia dont la cohabitation entre le contrôle des aides d'Etats et la casuistique comme de décision étatique en droit des SIEG (**D**).

A- Insuffisances du « paquet Almunia »

L'emploi de la terminologie insuffisance aux lieu et place de la faiblesse prend ici le contre de la logique classique analytique qui consiste à opposer mécaniquement : forces et faiblesses. Cette logique formelle de présentation des analyses que l'on rencontre régulièrement dans la science juridique semble s'inscrire davantage dans le sens de

l'antinomie[1286] dont elle s'est à tort ou à raison accoutumé. Par cette pratique conceptuelle formelle, le raisonnement juridique semble s'imposer une certaine bipolarité selon laquelle, lorsque l'on voudrait mettre en exergue les forces d'un outils ou d'un mécanisme juridique, l'on ne puisse pas passer sous silence les faiblesses éventuelles de ce dernier. L'on pourrait même en déduire qu'il s'agit d'un postulat d'analyse qui implique que toutes les études ou réflexion juridiques sur une notion donnée qui éventuellement révéleraient beaucoup plus de force que de faiblesse ne soit possible qu'en adoptant ce procédé analytique. Mais il peut arriver que le terme de faiblesse comporte une forte dose péjorative pouvant mettre de l'eau au moulin des pourfendeurs du droit des SIEG qui exulteraient de voir que seulement deux années de mise en pratique du nouveau (20 décembre 2011 – 20 décembre 2013) ont suffi amplement, à en faire ressortir que voire davantage d'incohérences que de points positifs. C'est la raison pour laquelle le terme d'insuffisance est ici préféré à la terminologie de faiblesse. Par insuffisance, l'on entend ici, « ce qui ne suffit »[1287] pas. Insuffisance n'est donc pas à employé ce niveau de l'analyse comme l'équivalence de la de la faiblesse qui elle désigne un « manque de force, de résistance »[1288].

Certes, le nouveau paquet comme toute œuvre humaine – perfection sur terre reste un idéal inatteignable –, présente quelques insuffisances[1289] dont deux principalement (1). Mais il semble comporter des avancées significatives dans la structuration et la stabilisation du régime juridiques des SIEG. L'on pourrait donc valablement évoquer les forces du nouveau paquet au demeurant est perfectibilité (2)

1- Les insuffisances du paquet « Almunia »

Seulement deux années d'application du paquet Almunia ne semblent pas suffisantes pour le reléguer aux rangs des calandres grecques. Agir ou simplement penser ainsi signifierait mal faire. Il s'agirait d'une sentence prononcée beaucoup trop rapidement avant même qu'il ne se soit écoulé le temps nécessaire pour que le nouvel instrument juridique se confronte à des hypothèses et éléments factuels qui en relèverons les forces et/ou incohérences. L'on entend par temps écoulé, le sens de la temporalité juridique selon le Doyen Duguit comme elle est rapportée par le professeur Gaston JÈZE. Chez l'illustre Doyen, seule la confrontation d'une règle de droit aux double épreuves du temps et des faits en révèle la solidité[1290]. C'est dire que la soumission du paquet « Almunia » à cette redoutable épreuve est inévitable. Il s'y soumet depuis son entrée en vigueur en janvier 2012. En attendant les résultats de cette épreuve observée comme du lait sur le feu par les experts du droit européen comme en témoigne la rapidité des analyses susmentionnées qui sont à juste titre jugées limpides, l'on peut relever deux séries d'insuffisances. Il est à préciser que la mise en exergue de ces d'insuffisances découle de la simple lecture analytique et non pas de la confrontation du paquet « Almunia » aux faits dans le temps. Il s'agirait donc d'insuffisances conceptuelles liées aux nombreuses attentes suscitées par le passage au tamis du paquet « Monti-Kroes » de 2005. Autrement dit, ces deux séries d'insuffisances sont constaté à la lecture et non à l'issu de sa confrontation aux faits que les jurisprudences postérieures à son entrée en vigueur permettront de souligner.

Pour une clarté de la présentation l'on regroupera d'une part les insuffisances liées aux attentes suscitées et à la reprise des points d'ombres du paquet « *Monti-Kroes* » que l'on qualifierait de rendez-vous manqués ou de leçons insuffisamment tirées de la mise en pratique du précédent paquet. Et d'autre part, l'on procédera à l'identification des insuffisances qui résident dans le fait que le paquet « *Almunia* » du 20 décembre 2011 suscite à sa lecture, quelques questions qui ne peuvent être passées sous silence.

Cette clarification terminologie nécessaire étant faite, il peut être admis à suite de la lecture du nouveau complément de la Commission européenne au dispositif qui constitue le régime juridique des SIEG, l'on peut admettre deux séries d'insuffisances. D'une part l'audace inaboutie ou symphonie inachevée dans la régulation des compensations des

obligations de services publics de SIEG (a-1). Et d'autre part, les interrogations que le paquet suscites lorsque l'on le lit et le relit attentivement (a-2).

Lorsque l'on s'exerce à une analyse attentive du paquet « *Almunia* », force est de reconnaître à la suite de professeur Michaël Karpenschif que la lecture des quatre textes qui composent le paquet « Almunia » de 2011 une série de questions se pose. L'auteur les a toutes identifiées clairement et l'adhésion totale à la formulation qu'il en fait permet de les reprendre intégralement en les inscrivant dans une autre approche analytique. C'est ainsi que l'étude retient une subdivision de la première série d'insuffisances en trois : les subsistances de zones d'ombres, puis l'absence d'un courageux changement de logique concernant le recours aux COSP sous forme d'aides d'État et enfin l'absence de réorientation efficace et expresse de l' « exception du in house ». Chacune de ces trois insuffisances nécessite une présentation à grand trait.

En dégageant premièrement, la subsistance des zones d'ombres mis en exergue par l'analyse critique de la mise en pratique du précédent paquet dit « *Monti-Kroes* », l'on ne peut que s'en étonner dans la mesure ou celui-ci a été passé au crible par les spécialistes. L'élaboration effectué dans une contexte de large[1291] consultation qui aurait suffit à pointer lesdites zones d'ombres pour surtout éviter leur reconduction. Le maintien de ces zones d'ombre suscite diverses interrogations dont celle que l'on ne peut éviter de se poser à la lecture du deuxième texte dit de l' « encadrement de l'UE aux aides d'États sous forme de compensation de service public » ou tout simplement « l'encadrement ». S'agit-il d'une nouvelle conception du recours aux aides d'État en matière de SIEG ? L'on peut le supposer dans la mesure où celui-ci se présente comme une nouvelle approche de la notion de compensations des obligations de services publics de SIEG. L'on peut admettre que le texte n'est point ambigu sur le fait qu'il instaure une nouvelle vision du recours aux aides d'États sous forme de compensation de service public. Le précédent texte du paquet de 2005 ayant provoqué de la méfiance et surtout partant du fait qu'il a été jugé imbuvable car très peu

précis sur cette question, la Commission européenne ne pouvait pas tergiverser dans sa rédaction du texte qui devrait le remplacer en palliant ses lacunes. Pour y parvenir, la Commission a réalisé une prise de position inévitable car l'on sait qu'en matière économique, les gouvernants des Etats tout comme les décideurs de l'usage des deniers publics s'obligent à des choix. La création de la monnaie comme instrument d'échanges de biens entre les humains a été un choix. Sur cette question de choix économique du recours aux aides d'États sous forme de compensation de service public est une question assurément hautement sensible car la décision de les décourager ou à l'inverse de les encouragement est purement une option entre deux approches différentes voire antagonistes. Quelque soit le sens dans lequel s'opère le positionnement de la Commission les critiques et questions sont inéluctables. Surtout que dans le monde économique en générale et tout particulièrement, dans celui des fiances, des anthropologues économistes n'hésite pas à trancher que trente années de pratique du néolibéralisme constitue un véritable échec comme le souligne le professeur Jean-Michel Servet dans son analyse dénommée « les monnaies du lien»[1292].

Dans cette réflexion fort intéressante, l'auteur ne manque pas de fustiger l'attitude des juristes qui rédigent des lois ou « liens » qui brideraient les relations de partages entre les humains, Nous osons nuancer cette affirmation car le travail du juriste et surtout de la science juridique n'est pas de rédiger des lois, cet acte est plutôt l'apanage du législateur qui édicte la loi. L'auteur voudrait-il viser la doctrine du droit ? En supposant que tel soit le sens de son propos susvisé, l'on ne peut s'empêcher d'indiquer que l'économicité de la vie sociale ou en d'autres termes, la marchandisation des liens sociaux à travers la monnaies vient de l'évolution des *habitus* des humains qui à un moment donné de leur vie sociale ont ressentie le besoin de frapper la monnaie pour en faire l'instrument du commerce brisant ainsi à tors ou à raison, la simple logique du troc que dans son ouvrage le brillant économiste français semble magnifier et appeler à y revenir. Ce retour serait un miracle tant les monnaies se diversifient et deviennent électronique dans un monde en pleine globalisation[1293] des marchés.

Les transactions entre Pekin (Chine, Asie) et Niamey (Niger, Afrique) pourraient-celles se faire autrement que par la monnaie fiduciaire ou par des virements ou autre lettre de changes ? La conception juridique de la monnaie qui la fait remonter au latin *moneta*, « surnom de Junon dans le temple duquel on fabriquait la monnaie [dans le sens où celle-ci est] un instrument légal des paiements pouvant avoir, suivant les systèmes monétaires, une base métallique ou une base fiduciaire, le plus souvent par combinaison des deux (souvent nommée monnaie de paiement) »[1294] n'est pas moins un lien de social de partage. Mais il s'agit ici de la saisie théorique par le droit de ce lien social en lui attribuant une valeur légale qui permet qu'une autorité étatique par exemple en détienne le monopole de la frappe et de sa régulation de sortes à canaliser des usages détournés et peu recommandable de cet instrument utile aux commerces donc aux échanges de biens.

En admettant que l'argent ou la monnaie soit le nerf de la guerre, en réguler les excès qui nuisent forcément à l'acte de commercer aujourd'hui utile à vie en société humaine devient inévitable. Dans presque tous les pays du monde, le législateur a rendu la monnaie légale dans le sens qu'elle serve comme un lien social dénommé instrument de paiement. Cette réalité pourrait aller en se renforçant surtout dans le contexte de la mondialisation[1295] des services et prestations de services doivent nécessairement être payés parce ce paiement en est la juste contrepartie. En cela, les SIEG et la logique de qui les sous-tend qui permettent de

satisfaire les besoins souvent vitaux (garderie des enfants[1296], fourniture de gaz[1297] et d'électricité, transport urbain, etc) à moindre prix mais de qualité peuvent être vues comme un excellent moyens d'humaniser le liens social que le tout économique dévalorise. En restant dans la conception juridique de la monnaie, cet instrument légal de paiement en contrepartie du service rendu n'est pas détestable mais le législateur européen comme le droit européen des SIEG recevra assurément la nouvelle forme de la compensation du coût du service presté qui serait encore plus humaine que celle-ci. Les SIEG sont un lien social comme cela sera démontré dans la deuxième partie, titre 2e, chapitre 2e.

En attendant l'avènement d'une monnaie qui reflète véritablement la pensée susvisée de l'économiste à savoir une monnaie, lien de partage social, l'on pourrait au niveau Union européen continuer de pratiquer la SIEGnomie. L'on considèrera ici, la SIEGnomie comme une forme de lien car visant une cohésion[1298] sociale, elle est aussi un moyen de partage du niveau de développement socio-économique à tous les échelon de l'organisation collective territoriale à travers ces services publics spécialement économique. C'est du « jeu de la balance »[1299] réussi, entre service d'intérêt général et compétitivité que les consommateurs

des services prestés dans le cadre des SIEG tirent le maximum de profit en ayant l'assurance de la qualité.

Par ailleurs, en supposant que dans le reproche voilé fait aux juriste d'avoir donné une juridicité à la monnaie en la définissant comme un instrument légal de paiement au lieu de lui conserver sa valeur simple de lien social, le brillant économiste et anthropologues économiste français ne manque pas de reconnaître au droit sa force créatrice de logique sociale de vie. Il s'est agit d'un choix comme cela se révèle dans la réflexion sur « les idées économiques sous la révolution – 1789-1794 »[1300] . En matière de logique économique, les Etats comme les particuliers sont contraints d'opérer des choix. L'évitement du choix ne semble pas une option crédible donc dans les choix politique et surtout en matière de logique de service public. Aussi important que soit l'intérêt général, sa gestion et mode par lequel les pouvoirs publics des États membre apportent des solutions aux besoins que cet intérêt génère est le fruit d'un choix. Les SIEG sont le fruit du choix de l'article 90 CEE (devenu article 106 TFUE) de créer ce concept nouveau semble avoir été dicté par la prise de conscience dès 1957 de l'existence d'un type d'intérêt général particulièrement économique nécessitant une autre approche que celle dite classique de service public des États membres. C'est ce qui transparait d'une analyse approfondie des dispositions de l'article 106 TFUE (ex-art. 90 CEE) précité. Les paragraphes 1er et 2e sont sans équivoques, « **les États membres**, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils **accordent** (…) [Une deuxième précision aussi importante est que] Les entreprises **chargées** de la gestion de services d'intérêt économique général ou **présentant le caractère d'un monopole fiscal** … »[1301] (C'est nous qui les soulignons).

On le voit, que ce soit le fait d'accorder à une entreprise « des droits spéciaux ou exclusifs »[1302] ou de la charger de gérer[1303] une mission de SIEG ou encore de la placer dans une situation « présentant le caractère d'un monopole fiscal »[1304], seuls les pouvoirs publics des États membres, posent ces actes. De même, ce sont les États membres qui allouent à titre compensatoires d'obligations de services publics de SIEG, des aides États. Dès lors, importait que les zones d'ombres qui rendaient difficile la notion de compensation d'OSP et le recours

aux aides États que le paquet « *Monti-Kroes* » de 2005 n'a pas pu dissiper soient mieux traitées par son successeur ou remplaçant du 20 décembre 2011. Ne l'ayant pas réalisé et surtout en les maintenant, l'on pourrait admettre que le paquet « Almunia » est une révolution ratée ou une réforme inaboutie de l'«endrament »[1305] du recours aux aides d'Etat en compensations des obligations de services publics dans les SIEG. Dans ce sens, à la lecture du deuxième texte du paquet « Almunia » qui instaure véritablement une nouvelle approche du recours aux aides d'États sous forme de compensation de service public l'on ne peut s'empêcher de se demander « en premier lieu, [si] cette nouvelle approche du financement des SIEG ne fait (…) pas trop la part belle à l'analyse économique, à la recherche d'une rationalité économique et financière au détriment de l'amélioration et de la qualité des services rendu ? »[1306].

Par la suite, en analysant ce texte à la lumière de la modernisation du contrôle des aides d'États qui initiée par la Commission européenne en 2012 donc au lendemain de l'adoption du paquet « Almunia », l'on s'aperçoit que le but véritable de l'administrateur attitré de l'UE est de décourager le plus possible le recours aux aides d'États comme compensation des OSP.

L'audace à nos yeux aurait donc pu être poussée pour aboutir à instaurer un principe, celui du non recours COSP sous formes d'aides États. Ce principe serait assortie de l'exception selon laquelle, ce recours n'est permis que si et seulement si il se présente comme l'unique solution pour empêcher l'arrêt des prestations de SIEG voire pour enrayer la menace de la disparition ce type particulier de service d'intérêt général du droit européen. Cet donc à cet égard que l'on considère le deuxième texte dont l'adoption ne s'est pas faite au même moment que les trois autres car très sensible est une audace inaboutie qui mérite d'être reprise et poursuivie surtout que l'instauration du principe assortie d'une exception rigoureusement organisée ne diffère pas de la pratique des dérogations dans le droit des SIEG instaurée par les rédacteurs de l'article 106 TFUE (ex-article 86 CE) qui ont délicatement inséré dans le paragraphe 2e dudit article, une dérogation. Même si cette audace pourrait attester de ce la véracité de la maxime latine du droit *dura lex, lex dura*, cela ne sait être nouveau que la loi soit dure mais qu'elle n'en demeure pas moins une loi. En analysant les buts visés par la modernisation du contrôle de l'usage des aides d'Etats initié par la Commission européenne, il semblerait que le choix d'un virage à 180° soit inévitable. Souhaitons la poursuite de cette audace de la régulation de recours aux compensations d'obligations de services public sous la

forme des aides d'États, dans une extrême sagesse sur une véritable base de concertation qui lui donne un fondement démocratique indiscutable. La création du concept de SIEG en 1957 à travers le traité CEE fût un choix. L'érection des SIEG aux rangs des valeurs communes de l'Union Européenne a aussi été une option courageuse surtout qu'à ce même niveaux se retrouve – à une place de choix -, l'application des règles de la concurrence. Aboutir au principe assortie d'une exception strictement articulée sera aussi un choix tout comme celui fait dans le traité ce d'Amsterdam de 1997 et réaffirmé dans le protocole 26 annexé au traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'UE. Ni la construction d'ensemble de l'UE, ni l'élaboration et la stabilisation du droit des SIEG ne peuvent se passer de choix. C'est même l'idée de choix permanent qui ressort de la pensée des pères fondateurs qu'illustre parfaitement la formule de Robert Schumann à savoir, « la construction de l'UE ne se fera pas d'un seul coup mais dans une solidarité de fait » un pas après l'autre serait-on tenté d'ajouter.

En se posant la question ouverte à ce niveau de nos développements de savoir si la Commission européenne pourrait pour longtemps ruser avec ce choix sauf à décider de construire « une notion juridique spéciale de la compensation »[1307], l'on peut poursuivre l'énoncée des autres interrogations que suscite presqu'inévitablement la lecture intégrale du paquet « Almunia ».

Une deuxièmement série d'insuffisance réside dans le simple fait de susciter quelques questions inévitables alors même que les acteurs nationaux du droit des SIEG en attendaient beaucoup de réponses se couplant avec la large consultation qui a été réalisée dans son élaboration est en soi une insuffisance importance. En effet, pour les acteurs nationaux, le

précédent paquet de 2005 ou paquet « Monti-Kroes »[1308] était incompréhensible donc difficile à mettre en œuvre. Il n'est donc pas étonnant que les règles de ce paquet « soient restées étrangère à la pratique des collectivités locales »[1309]. Cette incompréhension est liée selon le Comité des régions dans son avis du 30 juin au 1er juillet 2011 au fait que certaines notions du précédent paquet signifiaient tout et rien de très précis à la fois.

Par la suite, l'on s'étonne et s'interroge sur la reprise des zones d'ombres du paquet « Monti-Kroes » par son remplaçant qui intervient après six années de mise en pratique insatisfaisante de son prédécesseur. Comment justifier le fait que « malgré les efforts de cohérence par rapport au paquet Monti-Kroes, fonder [uniquement] ce droit sur l'arrêt Altmark [puisse devenir] une sorte de péché originel qui ne permette pas une lisibilité suffisante »[1310] alors même avec un tantinet plus d'audace, la Commission aurait apporté davantage de clarté chez les premiers destinataires du droit des SIEG que sont les pouvoirs publics locaux ? Faire l'économie de cette interrogation aurait été possible dans la mesure où plusieurs auteurs constatent à raison que l'élaboration du paquet « Almunia » s'est fait « après une concertation importante » contrairement à son prédécesseur qui lui a été « pris sur une base textuelle faible et dans un le cadre d'une instabilité jurisprudentielle »[1311].

Ensuite, comment justifier poursuite de la logique prétorienne « amorcée par les juges du plateau du Kirchberg dès le milieu des années 1980 et achevée par le désormais célèbre arrêt Almark qui a consacré la notion d'obligation de service public [ou COSP] »[1312] alors même que cette logique a montré ses insuffisances ? N'est-ce pas pour pallier à celles-ci et surtout « pour éviter que cet arrêt ne mette à mal un certain nombre de SIEG, [que] la Commission a dû en, en 2005, prendre des textes expliquant, en dehors des cas concernés par l'arrêt Altmark, les conditions et méthodes de ces compensation : le « paquet Monti-Kroes » »[1313] ? Il est donc surprenant de reprendre ce qui n'a pas apporté d'amélioration dans la mesure où le paquet 2005 semblait avoir pour objectif principal de régler cet état d'illisibilité et d'inapplicabilité aisée des quatre conditions Altmark suscités. La Commission a-t-elle une mystérieuse compréhension de la notion d'obligation de service public ou est-elle sous le charme de la construction jurisprudentielle Almark qui pour autant, comme sus-démontrée, a montré ses limites ?

A ces interrogations, il convient d'ajouter l'intégralité des trois autres relevées par le professeur Michaël Karpenschif qui sont largement partagées.

« En premier lieu, cette nouvelle approche du financement des SIEG ne fait-elle pas trop la part belle à l'analyse économique, à la recherche d'une rationalité économique et financière au détriment de l'amélioration et de la qualité des ervices rendus ?

(…) [Puis, deuxièmement], les collectivités locales vont-elles réussir à s'approprier les règles du paquet Almunia, là où celles du paquet Monti-Kroes sont généralement restées étrangères à la pratique des collectivités locales ?

(…) [Enfin] en dernier lieu, les modalités de sélection des opérateurs en charge des SIEG et d'attribution des aides sous forme de COSP sont-elles suffisamment claires et contraignantes pour garantir la transparence des procédures et l'égal accès des entités à la gestion d'un SIEG ? »[1314]

En définitive, toutes les questions susvisées montrent que la question de l'usage des aides d'État est centrale pour une bonne articulation du droit des SIEG. Trancher clairement la notion de compensation de SIEG par un droit réel des compensations se pose alors comme une nécessité qui augmenterait assurément la luminosité du paquet Almunia. S'y refuser c'est continuer la navigation entre une pénombre et une clarté de faible intensité qui autorise que pour certain auteurs, « les compensations de service public soient passées des paquets « Monti-Kroes » au paquet « *Almunia* » des ténèbres à « (..) une obscure clarté »[1315].

L'attente est claire sur ce point, comme le droit français des obligations s'est attelé à se doter d'une définition de la notion de compensation qui établit une logique compensatoire[1316] basée sur le rétablissement d'un équilibre qui n'aurait pas dû être rompu de

la sorte que l'on y désigne par compensation, « l'extinction de deux dettes réciproques de même nature, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives [comme cela ressort des articles 1289 et suivants du code civil]»[1317], la Commission se doit de mettre fin au bricolage notionnel juridique de cette notion par un positionnement claire et sans équivoque. Ce qui est loin d'être réputé pour acquis à la lecture du deuxième texte du paquet « Almunia » dit « encadrement de l'UE aux aides États sous forme de compensation de service public »[1318]. Toutes ces questions qui auraient pu être éviter en tenant compte des données susvisées d'une large concertation dont le paquet « Almunia » a fait l'objet dans son élaboration autorisent l'admission de la perfectibilité dudit paquet.

2- La perfectibilité du paquet « Almunia »

Certes, l'on peut l'admettre à la suite de certains auteurs que le paquet « Almunia » est en soi un perfectionnement de l'approche de la Commission sur certains points dont la clarification des terminologie de « recette » et de « bénéfice raisonnable » mais n'en demeure

pas moins perfectible sur les point soulevé ci-dessus dans la rubrique des interrogations suscitées par la lecture analytique du paquet « Almunia ». En effet, comme le constate le professeur Michaël Karpenschif, « **le perfectionnement** de l'approche suivie par la

> Commission depuis 2005 apparaît lui, clairement à la lecture de l'article 5 de la décision du 20 décembre 2011 et, de manière plus symptomatique encore, à l'analyse du nouvel « *encadrement de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public* ». L'article 5 (dont les alinéas 1, 2 et 3 sont quasiment identiques aux articles 5-1 et 5-2 de la décision n°2005/842/CE) s'arrête dans ses alinéas suivants sur les « recettes » à prendre en compte par le gestionnaire du SIEG aidé, ainsi que sur les outils devant permettre aux États membres de déterminer au mieux le droit à un « bénéfice raisonnable » auquel peut prétendre le gestionnaire du SIEG. **Ainsi, alors que l'ancienne décision restait sur ce point relativement vague, les nouvelles dispositions s'attèlent à fixer des indices et/ou des ratios économiques précis afin de réduire l'incertitude qui était de mise en la manière** »[1319] (C'est nous qui le soulignons).

On le voit, la Commission européenne fait montre d'efforts réels de clarification terminologique et de méthode de calcul du bénéfice raisonnable. Le constat susvisé qui est largement partagé d'où sa reprise textuelle sur ces deux points indique que le paquet « Almunia », fort heureusement ne fait pas que susciter des questions, il comportes de apports qui en font indiscutablement des forces que n'entame absolument pas sa perfectibilité sur la notion de recours « aux aides d'États sous formes de compensations d'obligations de services publics »[1320].

B- Forces du « paquet Almunia »

Trois apports majeurs sont faites au régime juridique des SIEG par le paquet Almunia – Ils constituent pour certains auteurs qui estiment à raisons que ce sont des avancées dans la compréhension et la mise en pratiques par les premiers destinataires du droit

des SIEG que sont les pouvoirs publics locaux des Etats membres. Il s'agit premièrement de la simplification du régime des compensations dans les SIEG (**1**). Deuxièmement, le « Paquet Almunia » opère une clarification entre les notions et mécanismes des compensations et des aides d'Etats (**2**). Puis et enfin, troisièmement, le nouveau paquet simplifie significativement les procédures administratives dans l'octroi des compensations de service public et renforce également la sécurité juridique dans la sphère des SIEG (**3**).

1- Simplification du régime des compensations

Le droit communautaire et le droit interne n'accordent pas la même place encore moins une importance égale à l'usage des aides d'État en matière de SIEG. Ainsi, pour les États membres et leur droit de l'intérêt général, l'octroi d'aides d'États pour compenser les obligations supplémentaires auxquelles font face les entreprises qu'ils chargent d'accomplir des missions d'intérêt général économique s'inscrirait dans l'ordre normal des choses dans leurs droit et pratiques du service public. Pour les entreprises qui offrent des prestations de SIEG dans les États membres, les recours fréquents aux compensations de leurs obligations de services publics sous formes d'aides d'États ne semblent pas mal perçus puisqu'il s'agit d'une certaine « normalité ». C'est donc en tenant compte de cette conception de l'attribution des compensations d'OSP sous formes d'aides d'Etat qu'en observant la réalité, l'on se demande bien comment sans leurs offrir de véritables solutions de rechanges, ces recours aux aides d'États puissent être évité. Surtout si l'on admet à la suite du professeur Pierre-Yves Monjal que « schématiquement, une compensation « Altmark « ne constitue pas une aide d'Etat si les quatre critères retenus dans la décision de 2003 et confirmés dans la décision 2005/842 [paquet Monti-Kroes, texte 2] sont remplis, [d'une part]. [Et d'autre part, dans le domaine des SIEG les compensations d'obligations de service public sont quasi-inévitables car très fréquentes. Et enfin], toutes les collectivités et leurs groupements sans exception vont être dorénavant confrontés à la question du financement de leur SIEG [voir notamment CAA de Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris c/ Préfet de la Région Ile-de-France, Préfet de Paris, req. N°07PA02380]»[1321]. En définitive, selon ce constat largement partagé, il semblerait que trois éléments puissent se dégager de l'approche des COSP par Etats membres. Premièrement, même en matière de SIEG, toutes les aides d'Etats ne sont pas systématiquement des compensations d'obligations de services publics puisque pour revêtir cette nature, les quatre

critères « *Altmark* »[1322] susmentionnés dans la partie concernant le paquet « *Monti-Kroes* » doivent être cumulativement réunis.

Deuxièmement, les COSP sont quasi-inévitables et constituent même des moyens de pressions des Etats membres sur les entreprises auxquelles ils confient des missions de SIEG. Enfin, troisièmement, le financement des SIEG est depuis l'arrêt CAA de Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris c/ Préfet de la Région Ile-de-France, Préfet de Paris précité, à l'ordre du jour. Mais il l'est davantage à la suite de l'adoption du paquet « Almunia » qui le vise directement comme cela ressort des préoccupations de bonne lecture et d'une meilleure compréhension dudit paquet dans les présents développement qui s'y consacrent.

À l'opposé de la conception sus-décrite que beaucoup d'État membres – hormis les Royaumes Unis où l'on parle de *public utility*[1323] –, qui préconise le recours « naturel » aux CSOP sous formes d'aides d'États, se trouve la perception communautaire. Pour le droit communautaire des SIEG en général et tout particulièrement pour la Commission européenne, la logique qui transparait doit-être celle d'un recours par *Ultima subsidium*[1324] c'est-à-dire si et seulement si aucun autre moyen financier de compensation des obligations supplémentaires d'OSP ou de règlement de la difficulté rencontrée par l'entreprise dans l'accomplissement des missions de SIEG n'existent. Il y a donc visiblement deux positions presqu'antagonistes qui à l'analyse sont inévitables car elles dérivent des regards portés par les deux parties sur l'impact de l'usage des aides dans les financements et fonctionnement des SIEG. Alors que nombre

d'États membres trouvent « normal »[1325] d'octroyer des aides en compensations des obligations de services publics, le droit communautaire sur les fondements des articles 106 et 107 TFUE en font recours à éviter le plus possible sinon à en soumettre l'usage donc l'attribution à un contrôle stricte de la Commission européenne. Il n'est pas inutile de souligner ici, le caractère stricte de la surveillance de la Commission étant entendu qu'une bonne lecture des dispositions de l'article 106 TFUE § 3e permet de n'en déduire qu'il ressort de l'économie générale et des termes de ce texte, que « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et dresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[1326]. L'intervention de la Commission européenne vise à protéger l'une des valeurs communes importantes de l'Union qui est l'application par principe dans les SIEG des règles de la concurrence. Cette préoccupation du droit et des instances européennes se retrouve au niveau juridictionnel puisque « depuis l'arrêt du tribunal « Fédération Française des société d'assurance » on sait que le financement peut-être alloué par l'État sous forme de « compensation de service public », c'est-à-dire sous formes de ressources **venant rétablir le marché concurrentiel dont le cours avait été troublé par les obligations supplémentaires imposées** »[1327] (C'est nous qui le soulignons). Il ne faut donc pas s'y méprendre, le seul but de l'octroi autorisé par le droit communautaire est et doit être le rétablissement du marché concurrentiel. Toute autre finalité est réputé contraire à l'entendement du droit européen et déclencherait ipso facto la méfiance et le contrôle susvisé de la Commission dont la légalité est tirée de son fondement dans le paragraphe 3e [1328] de l'article 106 TFUE.

Mais l'appréhension du contrôle de la Commission en matière de SIEG n'ait pas très aisé et ses effets diffèrent selon qu'il se fait sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation – cas de la définition de SIEG par qualification juridique –, ou lorsqu'il porte sur l'octroi d'une

compensation d'OSP. Car s'il est vrai que selon la doctrine majoritaire, il faudrait entendre que le contrôle susvisé de la Commission porte sur la liberté qu'ont les États membres de définir par qualification juridique, d'organiser et de décider du financement des SIEG, il n'en demeure pas moins vrai que la nature de ce contrôle soit nécessairement précisé. En effet, pour la Commission de l'Union européenne, « la liberté de définition des États membres signifie que ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant des services d'intérêt économique général sur la base des caractéristiques spécifiques des activités. La **seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste** »[1329] (C'est nous qui le soulignons). Ici, la nature du contrôle semble être celle d'un contrôle a posteriori souple[1330] de la définition de SIEG par les pouvoirs publics. La Commission européenne dans ses livres blanc et vert susvisés mais plus explicitement dans le second a pu estimer que c'est sur la base du principe de subsidiarité que « les institutions communautaires n'interviennent que lorsqu'elles sont mieux placées que les États membres pour atteindre un objectifs. Cette subsidiarité se rencontre, selon la Commission, à trois niveaux : ceux de la qualification de service d'intérêt général, des modalités de fourniture du service et enfin de son financement »[1331].

Cette perception du principe de subsidiarité par la Commission européenne semble conforme à, l'économie de l'ensemble des trois paragraphe de l'article 106 TFUE selon lequel en premier lieu, « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités. [Toutefois, à tous les trois niveaux de la définition, de l'organisation et du financement des SIEG], la Commission veille à l'application des dispositions du présent article (…)»[1332]. Il découle donc de la bonne lecture des dispositions de l'article 106 TFUE que sur le fondement du principe de subsidiarité sus-défini dans la première partie notamment dans les terminologies des SIEG, que dans ce domaine de service public le traité fondateur de la CEE qui a son article 90 devenu 106 TFUE entendu répartir les compétences. L'on peut donc comprendre cette répartition de compétence

dans le sens qu'aux niveaux de la création et de l'organisation des SIEG, « les Etats on une liberté totale : celle de ne pas qualifier une activité de service d'intérêt économique général. Ainsi, « une activité peut être considérée comme d'intérêt économique général dans certains États membres et pas dans d'autres » »[1333]. La qualification de SIEG d'une activité d'intérêt général faite par un pays membres de l'UE ne lie donc pas forcément les autres qui restent libres[1334] de l'adopter ou pas.

En revanche, cette liberté totale dont jouit l'État membre de l'UE en matière de SIEG sur le fondement du principe de subsidiarité s'estompe, lorsque l'on se retrouve dans le niveau du financement de ces services d'intérêt général. En effet, l'étroitesse et la rigidité du contrôle susmentionné de la Commission sur le financement des SIEG permet de déduire que l'erreur manifeste n'y joue aucun rôle. Car à se niveau, les restrictions au recours à l'aides publiques comme compensation des obligations de services de SIEG permettent d'y voir la logique des feux tricolores.

Avant le paquet « *Monti-Kroes* »[1335], l'on pouvait penser que les compensations d'OSP sous formes d'aides d'États avaient un feu vert. Sous le paquet de 2005 ou « *Monti-Kroes* », les voyants passent à l'orange à travers leur « encadrement » pendant six ans. Depuis 2011, le paquet « *Almunia* » semble avoir placé le recours auxdites aides en compensations d'OSP sous un feu rouge la Commission européenne met tout en œuvre pour décourager leur octroi qui est devenu beaucoup trop rigoureusement encadré dans le texte dit « l'encadrement de l'UE aux aides d'États sous forme de compensations de service public »[1336]. Il est même

spécialement frappant que tous les quatre textes du paquet « *Almunia* » ne concerne que les compensations d'OSP et l'usage des aides d'Etats sous la forme de compensations d'OSP. L'on pourrait renommer le paquet « *Almunia* » en le déclarant tout simplement paquet « *Almunia* » découragement des recours aides d'Etats dans les SIEG » pour être plus précis en clarifiant ainsi sa finalité. Surtout qu'il semble de par son architecture textuelle que la simplification qui découle du paquet « *Almunia* » se présente de ce point de vue davantage plus en affinement du « mécanisme général des limites aux interdiction des aides d'Etats » en matière de SIEG qu'une véritable facilitation du processus de leur octroi. Le Commissaire européen Almunia a pris le soin d'affirmer lors que la présentation du paquet qui porte son nom que « le **nouveau paquet SIEG fournit** aux États membres **un cadre plus simple, plus clair et plus souple** qui les aidera à fournir à leur citoyens des services publics de grande qualité, plus nécessaire que jamais en ces temps de crise »[1337] . C'est nous qui le soulignons).

À la première lecture, cela ne fait l'ombre d'aucun doute que le souci de clarification et de régulation du mécanisme des aides d'Etats dans les SIEG est visé par le nouveau paquet. Mais lorsque l'on relit l'ensemble des quatre texte, force est de craindre que le véritable effet escompté de la mise en pratique de ce nouveau paquet ne soit véritablement de décourager reconnaître le recours compensations d'obligations de services publics sous la forme d'aides d'Etats car c'est à cette finalité que fait penser la suite du discours introductif et de présentation du paquet « *Almunia* ». Le Commissaire européen Joaquim Almunia n'a-t-il pas poursuivit son discours précité en soulignant bien entendu que « **La Commission se doit bien entendu de veiller à ce que les entreprises qui assurent des services d'intérêts économique général ne bénéficient pas d'une surcompensation, afin de préserver la concurrence et l'emploi et d'assurer une utilisation efficaces des maigres ressources publiques** »[1338] . Ce membre du discours et l'analyse de l'ensemble des quatre textes du paquet de 2011 permettent de relever une continuité de la logique du précédent paquet qui celle de surveiller les compensations afin qu'elles ne deviennent pas des compensations d'une part. Et que d'autre part, l'attribution des compensation d'OSP sous formes d'aides d'Etats sous le plus rare possible en ces temps de crise soutint-il, l'usage des « maigres ressources publiques » doit être l'un des plus justifié et rigoureux d'où la mise en place d'un mécanisme de « filtre » à leur entrée dans les SIEG. De ce point de vue, certains auteurs ont raison, il

s'agit en réalité clarification faussée puisque la « mise en œuvre des exceptions [faussement] clarifiée par le paquet Almunia. [Surtout que] la question de la compatibilité avec le droit de l'Union se pose (…) localement, et c'est bien à une grande complexité qu'étaient confrontées les collectivités avec le paquet Monti/Kroes. L'un des objectifs du paquet Almunia était donc de renforcer l'application locale du droit en renforçant la lisibilité des dispositions applicables. [Or] le droit de l'Union utilise la présence d'un « mandat » c'est-à-dire d'un acte créant le service sans lequel aucune compensation ne peut être reconnue. Ce mandat peut prendre n'importe quelle forme qui conviendrait au droit de l'Etat membre (contractuel ou unilatéral notamment). Conscient de l'importance de ce mandat comme acte justificateur des atteintes à la concurrence, le Paquet Almunia (…) pour en préciser le contenu [indique qu'] ils doivent en effet mentionner la nature et la durée des obligations de service public, l'entreprise et le territoire concerné, la nature du droit exclusif ou spécial et le mécanisme de la compensation avec es paramètres de calcul et les modalités de remboursement des surcompensations. **Le droit de l'Union ne fait qu'encadrer cette liberté locale**. C'est en effet dans cette unique mesure qu'elle limite la durée du manda et, surtout, le calcul des compensations »[1339].

Ce constat que nous partageons soulève l'existence d'un foisonnement normatif visant la protection de l'applicabilité des règles de la concurrence que le paquet Almunia n'a pas comme son prédécesseur clarifié encore moins simplifié. L'état de confusion par rapport à la notion de mandat continue sous le paquet Almunia puisque le guide français des SIEG récemment publié en France par la le Secrétariat général des affaires européenne (SGAE) ne manque pas se relever « qu'en droit national, le mandat prend différentes formes. La décision de la Commission européenne du 20 décembre 2011 [paquet Almunia] exige seulement que le « mandat » ait la forme d'un ou plusieurs actes délivré par les autorités publiques compétentes en droit national. Les États membres disposent donc de toute la latitude pour déterminer la forme de ce mandat »[1340] Cette latitude telle que l'entend le SGAE français est-elle réellement conforme à l'esprit du paquet « Almunia » concernant la forme du mandat ? La réponse valable à cette question que l'on s'autorise face à l'indétermination et à l'imprécision de la terminologie du mandat employé par le paquet du 20 décembre 2011, ne peut être

donnée que par la Commission. En attendant, comme en France, ce manque de clarté dans la terminologie du mandat autorise l'Etat à en admettre une large conception dans laquelle, elle peut faire renter celles selon lesquelles, « pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la délégation de service public, seul peut être assimilé à un mandat, le contrat de marché public passé en application de la délibération de la collectivité territoriale et on la délibération elle-même »[1341]. Cette règle procédurale française de passation de marché public n'a aucune entrave claire découlant du paquet Almunia dans la mesure où le flou de la terminologie de mandat que comporte ledit paquet le permet son application. Par ailleurs, toujours dans le cadre français, l'imprécision de la terminologie du mandat du droit communautaire, admet des positions selon lesquelles, « la réglementation européenne relative aux aides d'Etat n'impose pas, elle-même, le recours à la procédure de passation de marchés publics. Par conséquent, lorsqu'on est hors du champ de la commande publique, l'octroi d'une compensation de SIEG n'impose pas le recours à une procédure de marché.

La notion de mandat est suffisamment flexible pour intégrer les hypothèses dans lesquelles la collectivité publique approuve et finance, par une subvention, les propositions émanant du secteur associatif dont elle reconnaît qu'elles répondent à une finalité d'intérêt général. L'attribution d'une subvention doit se conformer aux règles de droit national. L'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les administrations et, pour les collectivité territoriales, le Code général des collectivités territoriales fixe le cadre légal. Celui-ci prévoit une série de dispositions permettant aux communes, département, régions et à leur établissement publics d'attribuer des subventions aux associations dans le respect de l'intérêt local et de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État. Il s'agit des articles L2121-29, L2251-3, L2251-3-1, L2311-7 pour les communes, L2573-38 pour la Polynésie, L3231-3, L3211-1, L3231-3-1, L3312-7 pour les départements, L42-21-1, L4253-5 et L4311-2 pour les régions. (…). **Au regard de la réglementation nationale relative à la commande publique, la subvention caractérise la situation dans laquelle la collectivité apporte son concours financier à une action initiée et menée par une personne publique ou privée, poursuivant des objectifs**

propres auxquels l'administration, y trouvant intérêt, apporte soutien et aide »[1342]. La latitude susvisé qui est une conséquence de l'application du principe de subsidiarité en matière de SIEG ne va-t-elle pas au delà ou l'encontre de la réglementation de l'Union européenne en matière de SIEG ? Le paquet Almunia gagne-t-il en clarté et en précision du domaine et du régime juridique des SIEG en entretenant un tel état normatif qui n'est que flou et permissif et quel efficacité attendre de l'application du paquet si la Commission n'intervient pas pour clarifier davantage les notions de mandat et compensation qui comme l'indique le guide français susvisé relatif aux SIEG sont étroitement lié ? Autant de questionnement que suscite les zones d'ombre qui obscurcisse la simplification et la clarté annoncé par le Commissaire européen Almunia au sujet du paquet du 20 décembre 2011. Ce qui paquet qui de plus, « (…) impose une transparence des conditions de création des SIEG en obligeant l'État à effectuer des publications « par internet ou tout autre moyen approprié », des éléments du mandat, et un rapport à la commission tous les deux ans et un contrôle des surcompensation tous les trois ans. **De la même manière que le paquet Monti/Kroes avait fait l'objet d'une circulaire de la DGCL du 4 juillet 2008, le Paquet Almunia aura à être précisé pour sa mise en œuvre** »[1343] (C'est nous qui les soulignons).

De ce qui précède, il ressort que concernant le mandat et les conditions d'octroi des compensations d'OSP le rendez-vous de clarté est quelque manqué. Force est donc d'admettre à la suite du professeur Gregory Kalflèche et de monsieur Gabriel Sorbara que la « mise en œuvre des exceptions [est faussement] clarifiée par le paquet Almunia »[1344]. Sur ce point précis, l'interpellation de ces deux auteurs peut-être partagée. Car « pour être complet sur l'application dans le temps, le règlement prévoit son application immédiate, y compris aux « aides accordées pour la prestation des SIEG avant son entrée en vigueur » si les conditions (plus favorables) de ce texte sont remplies. **Cela n'est pas sans poser de problème lorsque l'aide est accordée par contrat**. Au-delà de la circulaire d'application du paquet Monti-Kroes qu'il faudrait modifier, c'est aussi celle du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations qui fixe les règles concernant les subventions qui peuvent être accordées qui devra être réécrite »[1345]. Or force est de constater à la lecture du

guide français relatif à la gestion des services d'intérêt économique général (SIEG) du Secrétariat général des affaires européennes (SGAE), que non seulement aucune des deux circulaires n'est modifiée pour se conformer aux prescriptions du paquet « Almunia » sur ce point, mais elles y figures comme des applicables parce que selon ledit guide, « la décision de la Commission européenne du 20 décembre exige seulement que le « mandat » ait la forme d'un ou plusieurs actes délivré par les autorités publiques compétentes en droit national. Les Etats membres disposent donc de toute latitude pour déterminer la forme de ce mandat »[1346]. Le guide ne manque pas de préciser qu' « une doctrine a été formalisée dans la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations parue au JORF n°0016 du 20 janvier 2010 notamment dans l'annexe I »[1347] et y ajoute que « la notion de mandat est suffisamment flexible pour intégrer les hypothèses dans lesquelles la collectivité publique approuve et finance, par une subvention, les propositions émanant du secteur associatif dont elle reconnaît qu'elles répondent à une finalité d'intérêt général »[1348]. On le voit, la large brèche ouverte par l'imprécision du paquet « *Almunia* » sur ce point a été subtilement exploité par l'Etat français qui s'y est engouffré en alléguant que sa circulaire susvisée qui pose clairement problème au regard de l'économie de l'ensemble du paquet du 20 décembre 2011 lui est conforme. Pour éviter que d'autres Etats membres ne suive cet exemple, puisqu'il serait étonnant que de tels flous dans la « clarification » ne soient exploités, il conviendrait que la Commission éclaircisse davantage ce types de question le plus vite possible. Sortir de la pénombre est nécessaire.

Toutefois, malgré les questionnements qu'il suscite sur ce point, il n'en demeure pas moins vrai que par rapport au paquet Monti-Kroes de 2005, celui du 20 décembre 2011 apporte un léger plus valu dans la simplification processuelle dans le régime des compensations d'obligation des service public. Ceci est d'autant plus vrai qu'en clarifiant un peu plus « les différents critères de l'arrêt Almark ; il distingue alors trois hypothèses différentes dans lesquelles **l'octroi (direct ou indirect) de sommes d'argent est justifié, en application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE, parce que l'on accorde la qualification**

de « compensations de service public « »[1349] (C'est nous qui le soulignons). Les trois hypothèse ayant été largement sus-analysées, point n'ait besoin d'y revenir. Toutefois, l'on peut admettre que nonobstant le flou de la notion de « compensation de service public » qui demeure, malgré la bonne volonté de la Commission de l'éclaircir au risque même de marcher de le sens contraire à la jurisprudence Altmark qui elle ne semble pas redouter plus que cela l'usage des aides d'États dans les SIEG, sur le plan procédural, le mécanisme du recours auxdites aides d'État sort de la grisaille sous le paquet « *Almunia* ». Ainsi, « non content de sécuriser le cadre de juridique du financement des SIEG en Europe, **le paquet Almunia apporte [clarification procédurale] au travers d'une foultitude d'exemples jurisprudentielles**, [en rappelant d'abord] que **le droit des aides d'État ne s'applique qu'aux SIEG** (à l'exclusion des SIG dont les caractéristiques juridiques sont réaffirmées). [Ensuite, la Commission y] souligne **la primauté des critères matériels sur tous les éléments organiques et formels dans la mise en œuvre de cette réglementation**[1350] (…). [Enfin, le paquet « *Almunia* »] **revient sur le cadre juridique forgé par l'Union depuis l'arrêt *Altmark*** » (C'est nous qui les soulignons)[1351].

Dorénavant, à partir de l'article 5 du paquet « *Almunia* » il est possible de déterminer avec un peu plus de précision ce que l'on entend par les « recettes » à prendre en considération par l'entreprise gérant le SIEG de même que ce que renferme la notion du « bénéfice raisonnable ». Ceci est d'autant vrai qu'il est intéressant de remarquer que « l'article 5 (dont les alinéas 1, 2 et 3 sont quasiment identiques aux articles article 5-1 et 5-2 de la décision n°2005/842/CE) s'arrête dans ses alinéas suivants sur les « recettes « à prendre en compte par le gestionnaire du SIEG aidé, ainsi que sur les outils devant permettre aux États membres de déterminer aux mieux le droit à un bénéfice « raisonnable « auquel peut prétendre le gestionnaire du SIEG. **Ainsi, alors que l'ancienne décision restait sur ce point**

relativement vague[1352], les nouvelles dispositions s'attèlent à fixer des indices et/ou des ratios économiques précis afin de réduire l'incertitude qui était de mise en la matières »[1353] (C'est nous qui le soulignons).

Si de telles avancées ne sont pas des clarifications dans le régime des compensations d'OSP dans le droit des SIEG, il faudrait à notre avis trouver un nouveau sens étymologique[1354] à ce mot. En tout état de cause, au regard de ce qui précède sur ces éléments importants susvisés du droit des SIEG tout particulièrement, et concernant de manière général, l'ensemble du droit des SIEG, le paquet « *Almunia* » traduit manifestement, l'heureuse réalisation par la Commission d'« allégement du dispositif » des SIEG en matière de compensations d'OSP est belle et bien une **simplification**[1355] comme l'on souligné certains auteurs. L'on peut même voir – sans exagération aucune -, dans l'élaboration par la SGEA de la primature française et par la suite, sa mise à la disposition des collectivités territoriales françaises d'un « guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique »[1356] de 42 pages depuis septembre 2013 peuvent être mises au titre de la sortie du droit des SIEG des ténèbres à la lumières. Même s'il reste du chemin à parcourir pour que ce droit ne suscite plus d'innombrables questionnements, et qu'il ne soit plus taxé injustement comme l'application des règles européennes de la concurrence au secteur « protégé » et sensible du service public de lui « vouloir la peau », il faudrait que l'éclairage tende vers la lumière du jour, force est de reconnaître en tout cas sur les points susvisés que l'on est sortit de la gris clair pour rentrer dans la clarté à plus grande intensité.

Simplification amorcée du régime des compensations à poursuivre – En poursuivant la lecture et l'analyse des quatre texte du paquet du 20 décembre 2011, l'on peut s'apercevoir qu'en plus du régime des COSP de SIEG susvisé, deux autres notions ont retenues l'attention particulière de la Commission de l'Union européenne. Il s'agit des concepts de compensations et d'aides d'États dont la distinction dans le droit des SIEG pouvait plus se faire attendre.

2- Typologie des compensations et aides d'Etat de SIEG

Selon l'adage bien connu, l'argent est le nerf de la guerre. Dans le droit des SIEG en général et plus précisément dans leur mode de financement, cet argent peut compenser des obligations de service publics sous forme d'aides États à la seule condition qu'il y ait la réunion des quatre critères de la jurisprudence « Altmark » largement suscitée. L'on vise dans ce cas d'argent, deniers publics car les aides que les Etats membres consentent aux entreprises qu'ils chargent de prester des missions de SIEG ne sont rien d'autres que l'émanation de ces deniers. La compensation d'OSP sous forme d'aides États a été affirmé par le paquet « *Monti-Kroes* » de 2005 l'a affirmé. De cette affirmation, il découle le fait qu'une telle faculté d'octroi de telles compensations par les pouvoirs adjudicateurs devienne un acquis du droit des SIEG. C'est bien dans ce sens qu'il faudrait percevoir les compensations qui rentrent dans la catégorie de la troisième des hypothèses dégagées dans leur étude sur la clarté du paquet « *Almunia* » par le professeur Gregory Kalflèche et monsieur Jean-Gabriel SORBARA suscités. Pour ces auteurs, il s'agit donc des « COSP qui réunissent cumulativement les quatre critères de la jurisprudence Altmark et dont le régime est fixé par la communication 2012/C/02A, bien que [cette dernière] n'ajoute rien à l'état du droit positif »[1357]. Ce constat est partagé. Admettre adhérer à ce constat comme le fait la présente étude, c'est reconnaître des avancées dans la clarification terminologique de la notion de compensation de SIEG à travers le paquet du 20 décembre 2011. La dissipation de la « pénombre » notionnelle en matière de compensation permet de relever au moins deux précisions. D'une part, « comme la précédente, la décision fondée sur l'article 106, paragraphe 3 TFUE, prévoit une dispense d'obligation pour les compensation de services public accordées à certaines catégories de SIEG. **La dispense a été sensiblement élargie** »[1358] (C'est nous qui le soulignons). Il est bon que les décideurs des collectivités territoriales le sachent et se l'approprie. Ceci n'est pas encore gagné comme le constate le professeur Pierre-Yves Monjal[1359]. D'autre part, « en revanche, pour les autres SIEG, le seuil de notification a été ramené de 30 à 15 millions d'euros, afin de répondre aux préoccupations exprimées par certaines paries prenantes qui estimaient que le seuil précédent soustrayait à l'examen de la Commission des marchés considérables dans des domaines importants du marché intérieur. Les autres compensations accordées aux SIEG et non couvertes par la décision doivent, comme par le passé, être

notifiées à la Commission et peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur si elles satisfont aux critères définis dans le nouvel encadrement »[1360]. Si de telle précision ne concourent pas conséquemment à lever le « brouillard » épais sur la notion de compensation, l'on doit admettre que l'exigence doit être mise à une autre niveau que celui de rechercher que le droit des SIEG augmente les lumens[1361] de clarification des notions importante mobilisées dans ce domaine. Surtout qu'à la lecture du paquet « Almunia » l'on s'aperçoit clairement de l'objectif visé en matière de compensation qui est « notamment d'introduire une méthode plus précise pour déterminer le montant de la compensation, l'obligation, pour l'État membre, de prévoir, dans le mécanisme de compensation, des incitations en vue de la réalisation de gains d'efficience, l'obligation de respecter les règles de l'UE en matière de marchés publics et l'égalité de traitement des prestataires d'un même service lors de la détermination de la compensation »[1362]. Il y a dans cette constatation, autant de raisons qui fondent le fait que malgré des « réserves[1363], finalement peu nombreuses, **le paquet *Almunia* devrait (vite apprivoisé par les États et très vite utilisé par les collectivités) atteindre ses objectifs de simplification et de clarification des règles applicables au financement des SIEG** ; preuve, une fois n'est pas coutume, que les ambitions législatives annoncées ne sont pas nécessairement des chimères »[1364] (C'est nous qui le soulignons). Les compensations d'OSP de manière générale et tout particulièrement celles des SIEG qui sont octroyée aux termes des dispositions de l'article 106 TFUE, paragraphe 2 n'ont pas été traité avec légèreté par la Commission européenne. Surtout que sur le fondement de l'article 106 TFUE, paragraphe 3, et dans la droite ligne des constatations susvisées, le paquet « Almunia » comme l'a estimé à juste le professeur Laurence Idot permet à la Commission « d'exiger des États membres qu'ils adoptent des mesures afin d'atténuer les effets anticoncurrentiels de certaines compensations

comportant un risque particulièrement élevé de distorsion de la concurrence sur le marché intérieur »[1365] .

Il y a donc dans le paquet du 20 décembre 2011, en matière de régulation de l'octroi des compensations d'OSP de SIEG, une avancée en eau profonde. Cette avancée vient des clarification apportée à la notion de compensation et à son mécanisme d'attribution alors même que l'ensemble des quatre texte du paquet « Almunia » réalise aussi une simplification dans la procédure administrative de l'octroi des compensations d'OSP et en sécurité juridique soit exposé.

3- Simplification et renforcement de la sécurité juridique

Certains auteurs dont madame Le professeur L. IDOT estiment à raison que « **ce nouveau règlement représente une simplification majeure car il réduit considérablement la charge administrative liée à l'octroi d'une compensation de service public pour les SIEG de faible montant, tout en renforçant la sécurité juridique par la fixation d'un seul clair** »[1366] (soulignée par nos soins). En effet, la réduction de la charge administrative dans l'octroi des compensations de faible montant est un gain en temps, en procédure en simplification dans la réponse étatique à certains besoins pressant des opérateurs économiques pour poursuivre la prestation des missions de service d'intérêt général qui leur est assignées.

La réduction de la charge administrative pour la compensation de faible montant n'est pas l'unique gain en simplicité. Il y a aussi l'accroissement de la marge de manœuvre des pouvoirs publics locaux dans ce cadre puisqu'avec l'adoption du règlement de *minimis* spécifique, il y a une élévation du seuil en le fixant à 500 000 euros sur trois ans conformément à l'article 2 Commission Union européenne n°360/2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de *minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt des services d'intérêts économique.

On pourrait retenir ici que cette élévation du seuil est une « cadeau » de grande valeur offert aux pouvoirs publics étatiques dans l'octroi des aides compensatoires étant donnée que

« ce seuil est supérieur aux seuils de *minimis* généraux applicables aux aides d'Etat (200 000 euros en trois ans car on peut supposer que les mesures d'aides compensent au moins en partie les coûts supplémentaires liés à la prestations d'un service public »[1367] (soulignée par nos soins). Tous comptes fait, Ce règlement de *minimis* spécifique aide à améliorer la situation de l'aide compensatoire dans le régime juridiques des SIEG où la distinction entre aide d'Etat rigoureusement règlementé par les quatre critère de la jurisprudence *Altmark* et territoriaux et la compensation était moins évidente dans le « paquet Monti-Kroes ».

L'élévation du seuil du minimis représente aussi pour les opérateurs économiques chargés de missions de SIEG un gage de sécurité dans leur action dans la mesure en cas de besoin d'aide compensatoire d'un montant inférieur à 500 000 euros, ils sont assurés de ne pas courir le risque de la lourdeur de la charge administrative liée à l'octroi desdites aides d'une part. Et d'autre part, de ne plus s'exposer à l'impossibilité des pouvoirs publics locaux de ne plus pouvoir le leur offrir. Leur sécurité dans la poursuite de leurs prestations de services publics économiques en sort renforcé de même que cette décision de la Commission leur évite la grogne et la fronde des consommateurs finaux si des insuffisances advenaient dans leurs prestations de services pour des défauts d'octroi desdites aides compensatoires rendu par moment nécessaire par la conjoncture économique ou certains aléas ou imprévisions dont le fait du prince[1368] par exemple.

De ce qui précède, l'on devrait dans une certaine mesure s'attendre à ce que la tentation des pouvoirs publics internes aux Etats membres à faire rentrer quasi-systématiquement les missions de services publics d'intérêt économique dans le contexte ou l'hypothèse du bénéfice de la dérogation d'*Altmark* s'amenuise surtout que la CJUE a opté depuis cet arrêt Altmark précité, pour une logique[1369] compensatoire en y « [consacrant] la notion de

compensation d'obligation de service public »[1370] en matière de financement des missions de SIEG.

On peut donc ici retenir à la suite de certains auteurs qu'« **avec l'adoption d'un règlement de *minimis* spécifique aux aides à des SIEG, le « *paquet Almunia* » est complet** ». Toutefois, être complet ne rime pas ici avec une totale clarté puisque subsistent encore des zones d'ombres qui permettent à certains auteurs d'estimer que « les compensations de service public du Paquet Almunia, (restent dans) une obscure clarté »[1371]. Malgré que ce constat puisse être largement partagé, il ne suffit pas postuler pour une valeur très minime à accorder aux deux apports du susvisés du « paquet Almunia ».

C- Modernisation du contrôle des aides d'État

L'approche critique des rapports entre la modernisation du contrôle des aide d'État visé par la communication de la Commission européen du 8 mai 2012, (COM (2012) *209 final*) qui a reçu l'important appui du Parlement européen à travers sa résolution du 17 janvier 2013 (PE, Rés., P7_TA (2013)0026, du 17 janv. 2013) demande que soit dans un premier temps dressé un bilan d'étape une année après avoir été annoncé en début 2012 suivit de son lancement officiel le 8 mai susvisé (**1**). Dans un deuxième temps, ce bilan suscite une série de remarques qui intéressent toutes le « paquet Almunia » et dont certaines interrogent l'approche juridique globale actuelle du régime des aides d'Etats dans les SIEG (**2**).

1- Bilan modernisation du contrôle des aides d'Etat

Terminons ici en assurant de sortir avec le chant d'Ariane pourvu que le parcours de cet autre labyrinthe soit réussi. C'est à ce seul prix que cette chanson a tout sens à savoir : labyrinthe de l'étude du régime juridique des SIEG à partir du 20 décembre 2011 donc avec le « paquet Almunia » est battu et vaincu puisque l'on y a pu « **dérouler tant qu'on peut, rembobiner un peu** ! »[1372]. Surtout qu'à la fin du périple, nous en arrivons presqu'au même constat que le professeur Laurence IDOT sous la forme d'une question à laquelle elle répond sans détours.

« La modernisation des aides d'Etats, un an après [le paquet Almunia] ? » En d'autre termes, se premier bilan rapide après une petite année de mise en pratique révèle-t-il une atteinte de cet a-objectif majeur de modernisation recherchées des aides d'États dans les SIEG. Un an après son entrée en vigueur, le bilan de la « "modernisation" du contrôle des aides d'Etat est entrée dans une phase décisive avec l'ouverture le 8 mai 2013 d'une deuxième consultation sur un futur projet de RGEC. Il est vrai que la possibilité donnée à la Commission en 1998 d'adopter des règlements d'exemption par catégorie en matière d'aides avait été une véritablement révolution et que les le regroupement des différents textes existants dans ce règlement général (dit RGEC ou GBER) en 2008 avait été un élément important du PAAE lancé par la précédente commissaire. Cela étant, ce projet, à ce stade uniquement de la DG concurrence, fait suite à une multiplicité d'initiatives au cours des derniers mois, qui rend sans doute nécessaire de dresser i-un bilan d'étape…

L'**un des objectifs de la modernisation est tout d'abord d'appliquer des principes communs pour l'appréciation des aides**, ce qui implique de revoir un certain nombre d'encadrements et de lignes directrice. (…) A ce jour, "les lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit" constituent le premier texte définitivement adopté dans ce contexte (JOUE n°C25, 26 janv. 2013). (…)

La commission propose également d'introduire progressivement un registre des aides de *minimis*. La consultation sur ce projet a pris fin le 15 mai 2013, alors qu'une nouvelle consultation venait juste d'être lancée le 8 mai 2013 sur la modification du RGEC. **Le processus est long et complexe** (V. 1re consultation, septembre 2012). **(…)**

Ces modifications textuelles ne peuvent se faire sans une analyse de l'impact du contrôle des aides d'Etat. »[1373]

Le bilan d'étape d'une année susvisé dressé par le professeur Laurence IDOT est très riche en enseignements sur les implications et nécessité de réajustements de la « modernisation » du contrôle des aides d'Etat dans le paysage juridique européen. Néanmoins, il suscite des commentaires et remarques permettant de faire ressortir le lien étroit entre la modernisation susvisée et le financement des compensations d'obligations de services publics sous formes d'aides d'Etat visé par le « paquet Almunia ».

2- De la modernisation du contrôle des aides d'Etat

Comme sus-indiqué, le bilan détape susvisé d'une année après le lancement officiel de la modernisation du contrôle par la Commission européenne des aides d'Etat, objet de la Communication COM (2012) 2009 *final* appuyé par le Parlement européen (voir : résolution PE, résolution P7-TA (2013) 0026, du 17 janvier 2013) suscite des quatre remarques fondamentales.

La **première** étant le maître mot « simplification » qui a été employé par le commissaire Almunia en 2011 dans sa déclaration susvisée que l'on retrouve dans sa déclaration lors de l'adoption de 20 décembre 2011 du « paquet Almunia ». C'est même le premier objectif de la modernisation et qui peut aussi être entendu comme également comme celui du nouveau « paquet Almunia » dans la mesure ou dans sa déclaration susvisée concernant le « paquet Almunia », le commissaire européen et vice-président de la Commission a clairement indiqué que « Le **nouveau paquet SIEG fournit** aux États membres **un cadre plus simple, (…)** »[1374].

La **deuxième remarque** concerne le plafond du minimis qui a été fixé par le « paquet Almunia » à 200.000 euros sur trois ans. Le bilan d'étape d'une année susvisé de la modernisation du contrôle des aides d'État par la Commission (voir : COM (2012) 2009 *final* du 8 mai 2012 précité) souligne la volonté de la Commission à ne pas augmenter le montant de 200.000 euros. Cela est quelque peu surprenant dans la mesure où l'on se rend compte que ce montant est vite atteint par les collectivités publiques des États membres. Il s'avérera à la pratique assurément que la révision à la hausse dudit plafond sera inévitable tenant compte de la conjoncture socio-économique surtout si l'accomplissement et la poursuite des missions de SIEG se retrouvaient tributaires de plus d'aide d'États en compensation d'obligation de services publics.

La **troisième remarque** porte sur les prêts d'un montant de 1 million auquel se rapporte le bilan susvisé dressé par le professeur Laurence IDOT. Le professeur y précise que « le projet de règlement introduit **une sphère de sécurité pour les prêts inférieurs à 1 million d'euros d'une durée maximale de cinq ans ne nécessitant pas de calcul de l'équivalent** – subvention brut et s'appuie uniquement, pour la définition des « entreprises en difficulté », qui **doivent rester exclues du champ d'application du texte, sur des critères simples** » (C'est nous qui les soulignons). L'introduction de cette sphère de sécurité concernant ce type de près semble vraisemblablement être une incitation faite aux opérateurs économiques chargés de prester des missions de SIEG à davantage recourir à ce type de solution au détriment des CSOP sous la forme d'aide d'État. La « bataille » ou la frilosité de la Commission européenne face aux CSOP au demeurant quasi-inévitable dans les missions comme l'a indiqué à juste titre par le professeur Pierre-Yves Monjal dans son ouvrage précité

est-elle perdue d'avance ou donnera-t-elle lieu à plus de méfiance de la part des collectivités publiques des États membres ou de leurs démembrements ?

La parade trouvée par la Commission qui consiste à laisser aux États membres de l'UE de surveiller en leur sein l'octroi des CSOP sous formes de d'aides État ne suffira pas à désamorcer le fronde de leur part contre ce surcroît de contrôle des aides État en matière de SIEG subtilement baptisé « modernisation » du contrôle de la Commission. Derrière le vocable et la règle se cache un esprit de musèlement du mécanisme d'octroi des aides d'Etat qui par cette incitation implicite est appelé à être délaissé au profit de l'usage des « **prêts inférieurs à 1 million d'euros d'une durée maximale de cinq ans ».** Ceux-ci se présentant comme beaucoup plus facile d'accès, plus sécurisé juridiquement car moins « toxiques » pour le jeu de la concurrence. Sur ce point, tout semble être fait par la Commission pour protéger et toujours plus « l'application par principe [1375]» des règles de la concurrence selon les termes de l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE §2) aux SIEG.

La **quatrième et dernière remarque** est d'ordre générale concernant la difficile catégorisation ou l'établissement malaisé d'une typographie définitive des aides d'Etats. Le professeur Laurence IDOT en constatant qu'« **indépendamment des mesures propres à chaque catégorie d'aides couverte par le texte, les pistes suivantes sont ouvertes : accroissement des seuils pour les aides à la recherche, le capital risque et les aides à l'environnement, qui serait compensé par des mesures de sauvegarde en particulier pour les régimes d'aides, la principales innovation étant l'introduction d'une possibilité de retirer le bénéfice du règlement du règlement, comme en antitrust »[1376] soulève un véritable problème concernant le financement des SIEG.** L'usage à cet effet des aides d'État en compensation des OSP ne peut plus à notre avis durablement s'accommoder de solutions issues de calculs difficiles à qualifier. À la suite du professeur Grégory Kalflèche et de monsieur Jean-Gabriel Sorbara que le moment est venu doter le droit des SIEG d' « **un règlement général qui rationaliserait l'état actuel du droit applicable**. On y gagnerait une plus grande précision sémantique (notamment dans l'usage du terme d'aide ou de celui de compensation de service public qui ont plusieurs objets en l'état actuel des choses [le constat susvisé confirme cet état de chose], mais aussi **une plus grande rigueur de raisonnement** : [l'heure a véritablement de doter le droit des SIEG] **de véritables notions juridiques**

[**impliquant**] **un régime précis de notification ou non** »[1377] (C'est nous qui les soulignons). Tous les acteurs du droit et du secteur public des SIEG y gagneront, et la Commission européenne la première, de permettre au régime juridique des SIEG d'atteindre un tel niveau élevé d'exigence en mettant à disposition, un véritable référentiel sur les question importances de COSP et d'aides d'Etats surtout que « le droit européen des aides d'Etat s'invite [aussi] dans le contentieux des délégations de service public »[1378]. Les questions de distinction et de différenciation des COSP des surcompensations – au demeurant improprement qualifiées d'aides d'Etat par la Commission (voir avis de 2000 susvisé) –, des aides d'Etat proprement désignées comme telles concernent tous les acteurs des SIEG et touche par ramification tout le droit européen des aides d'Etats. Pour atteindre le noble objectif que la Commission européenne à travers son vice-président assigne au « *paquet Almunia* » à savoir fournir « aux États membres **un cadre plus simple plus clair et plus souple** qui les aidera à fournir à leur citoyens des services publics de grande qualité, plus nécessaires que jamais en ces temps de crise », une véritable normativité sur les questions des aides d'Etat doit avoir lieu. Celle-ci devra remplacer les solutions classiques de parer au plus pressé de la pratique s'inscrivant dans la droite ligne de la logique du « problème : solution » appliquée dans cette matière dans les époque *ex-anté* et *ex-post* «jurisprudence *Altmark* ». Ce n'est qu'en disposant d'un tel référentiel juridique conçu en observant les exigences normatives prescrites par la science juridique que la notion d'aide d'Etat dans les SIEG sortira définitivement du tourbillon dans lequel l'a replongé le « *paquet Monti-Kroes* » en ramenant les surcompensation dans les aides d'Etat nonobstant le caractère obligatoire d'un remboursement. En les y mettant, le *« paquet Almunia* » ne fait que poser avec acuité la nécessité d'un véritable droit européen des SIEG qui puisse habiliter sans aucune supputation possible, la « Commission [à accomplir son devoir] de veiller à ce que les entreprises qui assurent des services d'intérêt économique général ne bénéficient pas d'une surcompensation, afin de préserver la concurrence et l'emploi et d'assurer une utilisation efficace des maigres ressources publiques. »[1379] Ce besoin « **un règlement général qui rationaliserait l'état actuel du droit applicable**»[1380] (C'est

nous qui le soulignons), ou d'un référentiel européen du droit des aides d'Etat est d'autant plus réel que moins d'une année après l'adoption le 21 janvier 2012 du « *paquet Almunia* » dans une affaire dite « Doux »[1381] du 30 mai 2013, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé utile d'apporter des éclaircissement et précisions sur les notions de ressources de l'Etat et d'imputabilité à l'Etat dans le domaine des aides d'Etat en application des article 107 et 108 TFUE relatifs aux aides d'Etats.

D- Commission et les décisions étatiques en matière de SIEG

Appréciation lato sensu du pouvoir de contrôle dévolu à la Commission par l'article 106-3 TFUE – Affirmons le de suite, il ressort de nos précédents développements que le contrôle de la décision casuistique[1382] des Etats membres de définir, d'organisation et

de fiancer une compensations d'obligations de services de SIEG ne pose aucun problème de compréhension et d'admission car ainsi en dispose le paragraphe 3 de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE §3. En revanche, envisager une telle éventualité dans l'application spéciale à des domaines déterminée d'activité est difficile à concevoir. L'activité sportive européenne économique ou non est l'un de ces domaines où se pose une telle problématique. En effet, Dans son étude l'article 165 du TFUE : « Va y avoir du sport »[1383], monsieur Stéphane Rodrigues ouvre plusieurs piste de réflexions dont certaines semble poser la question fondamentale de la casuistique en droit des SIEG.

Bien que l'exemple de cette donnée d'une gestion jurisprudentielle « casuistique » soit pris dans le cadre d'un domaine particulier, celui du sport, il n'en demeure pas moins vrai que certaines articulations de cette problématique « sportive européenne » soient transposables

dans la matière des SIEG. En effet, lorsque l'auteur postule que « plus précisément, l'article 165 §1 TFUE énonce en son deuxième alinéa que " l'Union contribue à la promotion des enjeux européens du sport, tout en tenant compte de ses spécificité, de ses structures fondées sur le volontariat ainsi que de sa fonction sociale, éducative" »[1384], il semble viser le volet sport fait social distractif qui rapprocherait les individus et les peuples. Jusqu'ici, tout va bien et pas de difficulté majeure sauf celle de voir s'exprimer un volontarisme altruiste. Mais dès lors que dans son étude, l'auteur touche le second paragraphe même article 165 TFUE, les choses sans forcément se compliquer deviennent délicates dans la mesure où s'invite inéluctable dans la gestion de l'activité sportive la règle majeure que dégage le paragraphe 2 de l'article 106 TFUE (ex-art. 86-2 CE) à savoir que dans les SIEG, – cela a déjà été amplement sous-développé –, il y a une application par principe indiscutable des règles de la concurrence. Peut-il réellement en aller autrement si l'on considère – et nous marquons ici notre adhésion à ce qui suit –, que ce « second paragraphe (…) précise que l'action de l'Union vise "à développer la dimension européenne du sport, en promouvant l'équité et l'ouverture dans les compétitions sportives et la coopération entre les organismes responsables du sport, ainsi qu'en protégeant l'intégrité physique et morale des sportifs, notamment des plus jeune d'entre eux" »[1385].

Il y a dans cette précision, trois mots de trop qui ne peuvent pas éviter l'invité inattendu dans un cadre sportif, « le contrôleur européen » , gardien de l'application des règles et principes dégagés par les traités, de la régulation européenne et de l'ensemble du droit européen. Il s'agit d'abord du groupe de mot « en protégeant l'intégrité physique et morale des sportifs » suivit la « dimension européenne » et enfin un autre groupe de mots « en promouvant l'équité ». La combinaison de ces vocables très chargés en signification donne une implication qui dans son exécution ne manque pas de soulever des questions juridiques. Il y a inévitablement dans cette conjugaison « involontaire » en définitive voulu par le traité de Lisbonne, une élévation à l'échelle institutionnelle européenne du sport ou d'une certaine manière de la pratiquer qui fonde l'exercice du contrôle de la Commission. Mais les disposition de cet article ne contenant pas une indication expresse d'un tel pouvoir conféré à la Commission européenne comme cela est le cas dans le paragraphe 3 de l'article 106 TFUE, c'est donc par déduction que l'on arrivera un tel cas de figure du contrôle de la Commission sur les trois éléments susvisés. Mais c'est surtout au fait de l'admission de l'activité sportive

comme « objet d'application des règles du traité »[1386] qu'il faudrait accorder toute l'attention puisque c'est dans ce cadre que pour « sa part, la Cour de justice a entendu exclure (…) du champ du droit de l'Union toute "question intéressant uniquement le sport et, en tant que telle, étrangère à l'activité économique". [La notion d'une] « question intéressant uniquement le sport » [difficile à circonscrire est tout de même un], concept qui semble en quelque sorte fonder de que l'on pourrait appeler l'exception sportive[1387]. [Par suite, le champ s'ouvre sur le domaine des SIEG en ce que] faute de davantage de précision donnée par le juge, c'est une approche casuistique qui s'impose, étant entendu que les exclusions généralisées ne saurait être *a priori* admises »[1388]. La décision de qualifier une activité sportive dans un premier temps économique et en définitive d'intérêt général économique peut résulter d'une appréciation au cas pas cas donc d'une casuistique. Dès lors, l'on se retrouve dans une casuistique à apprécier par la doctrine universitaire.

Par la suite, l'éventualité de l'octroi d'une aide d'Etats, subséquente à une telle décision souveraine éventuelle des pouvoirs publics des étant d'une très forte probabilité, il faudrait envisager d'en étudier les implications pour le paquet « *Almunia* » qui en remplaçant le précédent paquet « *Monti-Kroes* » lui a aussi pris le témoin de la régulation du des financements des CSOP de SIEG sous la forme d'aides d'Etats ».

Enfin, au delà du cas de l'activité sportive économique qui tombe inévitablement dans la sphère d'application des règles de la concurrence et qui si elle est déclaré mission de SIEG est régit de ce fait pas le régime juridique qui leur est attenant, se pose le problème globale de la cohabitation « forcée » et le contrôle quasi-immédiat de la Commission. Un principe semble nécessaire pour clarifier davantage cette pratique consacré par le droit positif des SIEG.

« Paquet Almunia », une gestion inévitable des implications de la « casuistique souveraine » dans les SIEG – L'analyse de l'ensemble des quatre textes du paquet du 20 décembre laisse apparaître qu'entre son devancier dit paquet « Monti-Kroes » et lui-même, « le principe reste l'interdiction des aides, fondée sur le fait qu'elles sont par nature des atteintes à la libre concurrence. [Sans aucune difficulté de lecture, l'on en convient que] l'article 106, paragraphe 1 TFUE renvoie d'ailleurs aux articles 18 et 101 à 109 TFUE

inclus »[1389]. En revanche, lorsque l'on prend en considération les trois hypothèses formulées par le professeur Gregory Kalflèche et monsieur Jean-Gabriel Sorbara « dans lesquelles l'octroi (direct ou indirect) de sommes d'argent est justifiée, en application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE, parce que l'on accorde la qualification de "compensation de service public". **Le paquet Almunia apparaît donc comme un régime plus large qui dépasse l'arrêt Almark et en compense les critères réducteurs** »[1390] (C'est nous qui le soulignons). C'est donc en insistant sur la fin de ce constat qui révèle entre autre, un apport supplémentaire du paquet « *Almunia* » en clarté, ne serait-ce que dans les critères *Altmark* susvisés dans la deuxième partie au chapitre 1er que l'accent doit être mis sur l'élargissement de la notion de compensation à plus d'aides d'Etats que ne l'autorise la jurisprudence Altmark de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, le doyen Vedel a pu affirmer qu'en matière de droit constitutionnel, « le pouvoir judiciaire est, en fait, et beaucoup plus que le pouvoir gouvernemental, préposé à l'exécution des lois, puisque juger c'est, à l'occasion d'un différend, appliquer la loi à un cas d'espèce »[1391]. Dans le cadre de l'application du paquet « *Almunia* », l'on n'attendra pas la survenance d'un litige sur la notion de compensation pour interpréter la valeur, à l'aune dudit paquet de l'octroi par des collectivités publiques locales à une entreprise chargée d'une mission d'intérêt général d'une compensation sous forme d'une aide d'Etats. Dès lors que l'on est face à l'attribution d'une subvention sous la forme d'une compensation d'une obligation de service public, il va de soi que très vite, la Commission s'il y a eu notification apprécie *in concreto* celle-ci en tenant compte d'abord des quatre critères de la jurisprudence.

Puis dorénavant, elle ne pourra plus se borner à seulement les vérifier, puisque le paquet « Almark » ouvre l'hypothèse d'un dépassement desdits critères. C'est bien ce qui ressort de l'une des trois[1392] hypothèses que suscite le paquet « Almunia » chez les deux auteurs

suscités. « La deuxième hypothèse dans laquelle une aide n'est pas soumise au principe d'interdiction concerne celles qui, bien que qualifiées d'aides au sens de l'article 107, paragraphe 1 TFUE, sont compatibles avec le traité parce qu'elles sont des compensations de service public (COSP) définies à l'article 106, paragraphe 2 TFUE et n'ont donc pas à être notifiées. **Il s'agit des compensations de service public que la nouvelle décision [paquet Almunia] vient préciser en renforçant les exemptions de notification que l'on trouvait déjà dans le paquet Monti-Kroes**. (…) **A cela, il faut ajouter une augmentation du nombre de services publics qui, quel que soit le montant de l'aide, n'ont pas à être notifiés et que l'on peut regrouper sous l'intitulé de services sociaux d'intérêt général** »[1393] (C'est nous qui le soulignons).

Cette hypothèse que nous partageons, inscrit à nos yeux, le paquet « Almunia » inévitablement dans une gestion casuistique de la notion de compensation des obligations de services public en matière de SIEG même si cette précision semble davantage obéir à une spécialisation des services sociaux d'intérêt général (SSIG). Sous le paquet « Almunia », il redeviennent une catégorie à par entière dans les SIEG alors que cela n'était pas le cas sous le précédent paquet où ils étant tout simplement des services d'intérêt économique général ne jouissant d'aucune singularité encore moins d'un régime particulier. Mais cette distinction oblige dans la pratique à ne plus appliquer systématiquement les quatre critères cumulatifs Altmark. Il semblerait qu'un préalable puisse s'imposer à la suite du paquet Almark, celui d'identifier s'il s'agit ou pas d'un SSIG. L'application de l'exemption de notification de l'octroi de la compensation d'OSP par les pouvoirs publics semble en dépendre puisque les subventions de SIGS en bénéficient. On le voit, le paquet Almunia ne inscrit la Commission

dans une appréciation au cas par cas des subventions accordées par libres décisions quasi-souveraine dans le principe qui régit cette attribution, mais dont leurs valeurs en tant que compensations d'OSP est tributaire de leur conformité ou non au traité d'une part. Et d'autre part, le bénéfice de l'exemption de notification qui est arrimé à la nature du domaine (si SSIG alors pas de notification obligatoire), à leur montant (inférieur à 15 million d'euros : pas d'obligation de notification car faible et ne pouvant pas affecter le jeu de la concurrence ou enfin qu'elles remplissent les quatre critères cumulatifs Altmark.

Comment la Commission opérerait-elle son contrôle en vertu de l'article 106 TFUE paragraphe 3 en vérifiant la conformité des COSP sous formes d'aides d'Etats à l'ensemble du traité en général et particulièrement aux dispositions des articles 18 et 101 à 109 dans l'esprit du paquet du 20 décembre si ce n'est qu'en appréciant les subventions sous formes de COSP étatiques et/ou des collectivités territoriales si ce n'est au cas pas cas ? A nos yeux, seul l'appréciation *in concreto* est la procédure idoine à appliquer. Admise comme telle il se serait inutile de l'admettre tout simplement comme un principe du droit européen des SIEG fonctionnant d'une manière particulière qu'il faudrait préciser.

Maintien de la création casuistique contrôlée de mission de SIEG – L'analyse d'ensemble des développements précédents sur les consolidations, les reprises du paquet « Monti-Kroes », les insuffisances et les forces du nouveau paquet du 20 décembre 2011 met en exergue, entre autres que le nouveau dispositif qui a fait part belle à l' « encadrement des aides d'État en clarifiant des notions telle « le bénéfice raisonnable » et « les recettes » n'a pas réalisé la politique de la terre brulée l'égard de son prédécesseur. Mieux, il a conservé certaines pratiques du paquet « Monti-Kroes » au point de constituer sur ces points, une consolidation. C'est le cas notamment de sa prise de position claire à l'égard de la construction jurisprudentielle des quatre critères Altmark susvisé. Ainsi, l'on découvre

> « contrairement à la décision n°2005/842/CE, la Commission fait œuvre pédagogique [nécessaire et utile] et se conforme pleinement aux enseignements de l'arrêt Almark. [Dans ce sens donc et comme le] résume parfaitement le considérant n°5 de cette nouvelle décision : "Lorsque les États membres ne respectent pas ces critères (posés par la jurisprudence Altmark) et que les conditions générales d'applicabilité de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE sont remplies, les compensations service public constituent des aides d'État soumises aux dispositions des articles 93, 106, 107 et 108 TFUE. La présente décision ne s'applique donc pas aux compensations de service public que dans la mesure où elles constituent des aides d'États ". **L'ambigüité est donc levée** : **la décision de 2011 ne vise ni à réécrire la jurisprudence Almark, ni à la contourner**, elle offre simplement aux États membres un cadre sécurisé et rapide

(en l'absence de notification des projets) de financement public de SIEG[1394]» (C'est nous qui le soulignons).

Le renvoi exprès du considérant n°5 susvisé de la décision de décembre 2011 à l'entièreté des dispositions de l'article 106 permet d'affirmer qu'elle maintien les pratiques établies aux termes de cet important texte du traité. Le paquet « Almunia » sur ces points s'inscrivent donc dans la droite ligne des préconisations des trois paragraphes de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE). L'on le sait qu'aux termes de l'article 106 TFUE, paragraphe 1er, c'est au pouvoirs publics locaux qu'il revient le droit de définir par qualification juridique, que telle ou telle autre activités sera menée dans le cadre d'une mission de SIEG parce que les circonstances locales permettre de classer le ou les besoin(s) auxquelles répondront les services prestés dans ce cadre sont de la catégorie de l'intérêt général économique. Cette appréciation est totalement casuistique puisqu'elle fait au cas par cas suivant les réalités territoriales. Il s'agit donc d'une création casuistique souveraine des missions de SIEG par les pouvoirs publics locaux aux termes de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE), paragraphe 1er. Cette donnée importante du droit des SIEG qui préside à leur existence reste inchangée de même que le pouvoir de contrôle consacré par le 3e paragraphe du même article selon lequel, « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[1395]. Toutefois, l'on ne peut se contenter de constater simplement le maintien de cette casuistique pratiqués par les pouvoirs publics locaux en matière de création ou de définition par qualification juridique d'une mission de SIEG. En approfondissant un peu plus la réflexion sur cette pratique, l'on s'aperçoit qu'il y a une sorte de nécessité d'un principe de décision casuistique étatique assortie *ipso-facto* et de *ure* du Contrôle de la Commission dans le droit des SIEG qui découle d'un lecture combinée des dispositions des premier et troisième paragraphes de l'article 106 TFUE.

Cette nécessité de fonde sur le fait que dans la démarche de la Commission européenne, que cela soit en vue d'exercer son pouvoir ce contrôle dont elle dispose aux termes des dispositions du paragraphe 3 de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE §3) ou soit dans le cadre de sa surveillance de l'application correcte et stricte de celles des articles 107 et 108 TFUE, une et une seule logique semble commander ses interventions, ses avis, communications et décisions. Ànos yeux la logique serait : « **L'abus des dérogations au**

règles européenne de la concurrence est inadmissible sinon elles ne sont plus des valeurs communes de l'UE protégé par elle d'une part. Et d'autre part, il ne s'agit pas de prévenir, l'infraction, mieux vaudrait tout simplement l'empêcher ou à défaut orienter les potentiels contrevenants vers d'autres choix toujours dans le but d'éviter le mauvais usage des aides d'Etat dont la dangerosité pour les règles de la concurrence n'est plus à démontrer ».

Dans une telle logique, la place pour se préoccuper résolument de la satisfaction des usagers ou consommateurs des SIEG devient infime. Dans cette guerre sans merci de la Commission contre les « mauvaises aides d'Etat » – pas forcément détestable –, elle semble malheureusement, pour l'instant, ne pas prendre suffisamment en compte, le but principal de l'existence des SIEG qui est le service rendu au public. Des interpellations de l'administrateur européen à redresser son ou ses tire(s) contre les compensations ont commencé au lendemain de son adoption du « paquet Almunia ». Le comité de régions est la première a avoir fait entendre sa voix dans ce sens car elle « (…) s'oppose à l'introduction d'une évaluation de l'efficience économique des compensations de service d'intérêt économique général par la Commission (…) et affirme que la mesure de l'efficience économique ne (peut) être qu'une des composantes d'un cadre juridique plus général d'évaluation et de qualité des services public qui doit intégrer des indicateurs purement qualitatifs (accessibilité, continuité du service, délai de réponse, satisfaction des usagers (…) »[1396].

Une bonne lecture de cette interpellation de la Commission autorise deux remarques.

La première c'est que « la recherche d'une rationalité économique et financière [est depuis 2002 dans la logique d'être au] détriment de l'amélioration de la qualité des services rendus »[1397].

La deuxième remarque est que la Commission gagnerait à prendre en compte cette complainte du Comité des Région qui en réalité est aisée à intégrer dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle susvisés. Cette variable de la satisfaction des consommateurs n'est absolument pas antinomique ou préjudiciable à son pouvoir de contrôle conféré dans le cadre des SIEG par les articles 106 TFUE §3e, 107 et 108 relatifs aux aides d'Etat. Pour ce faire il s'agit tout simplement de recourir au droit en suggérant au Conseil de l'Europe de lui donner le moyen juridique approprié qui serait l'instauration claire d'un principe déjà expérimenté

avec succès dans le cadre de la Convention européenne sur les droit de l'homme (CESDH) où la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) a réussit à imposer qu'aux pouvoirs « exorbitants » des Etats membres d'appréciation des circonstances nationales permettant à ceux-ci d'imposer des restriction aux termes de l'article 10 de la CESDH soit assortis immédiatement son contrôle. En effet, la Cour EDH a jugé dans les point 48 à 50 de son arrêt du 7 décembre 1976 dit « *Handyside c/ Royaume-Uni* »[1398] que « l'article 10 par. 2 n'attribue pas pour autant aux Etats contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19), la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction " ou " sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10. La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité ". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante. »[1399]. S'inspirant de cette construction jurisprudentielle de la CourEDH, la Commission pourrait œuvrer à faire en sorte que les « excès » de la casuistique caressée dans le cadre du large pouvoir d'appréciation des pouvoirs publics locaux en matière de SIEG soit assortie systématiquement des contrôles exercés par elle-même et par la CJUE comme cela est déjà le cas pour la définition par qualification juridique d'une mission de SIEG. En affinant la règlementation, l'on pourrait même aboutir à faire adopter dans un traité que l'usage des aides d'Etats quelle qu'en soit la forme doit être un *Ultima ratio*[1400] *ou Ultimum remedium*[1401] signifiant l'ultime moyen.

En revanche, pour que cela soit véritablement un dernier recours, il faudrait que leur usage s'inscrive exactement dans la même logique que celle prescrite par le paragraphe 2e in fine de l'article 106 TFUE. De manière à faire en sorte que si ce le recours à l'aide d'État n'a pas lieu, les SIEG soient inévitablement dans une situation irréversible d'impossibilité de poursuivre les prestations desdits services. Dès lors, un préalable commanderait à la réussite

du franchissement de ce pas, c'est que d'autres recours comme le prêt de moins d'un million d'euros dont l'usage sécurisé au plan juridique doit connaître comme cela ressort de son projet d'un nouveau règlement relatif à l'application des articles 107 et 108 TFUE aux aides de minimis déposé en mars 2013. Si l'on admet avec monsieur Edgard Morin que des pas restent à franchir dans la construction de l'Europe au point que « **L'Effort décisif reste à faire** »[1402], alors il est possible que ce type d'effort soit requis pour un meilleur usage des larges pouvoirs d'appréciation laissés aux collectivités territoriales infra-Etats membres.

Atteindre de tel niveau de gestion de la casuistique dans le droit des SIEG, c'est dans une certaine mesure libérer la Commission de sa préoccupation qui peut paraître exagérée de protéger le respects de cette valeur commune de l'UE qui est le respect de l'application des règles de la concurrence. La preuve sera ainsi donnée de ce que l'abus de modération des règles de la concurrence dans les SIEG que pourrait créer l'usage intempestif des recours aux aides d'États même pour compenser les obligations de services publics est évitable par d'autres moyens.

D'ici là, le « paquet Almunia » peut continué d'être apprécier sous l'angle de ses forces en ce qu'il réalise une réduction doublée d'une clarté relative du domaine juridique des SIEG.

§3 : Perspective juridique des SIEG

Plaidoyer pour un arrêt de provocation de la CJUE – Rendre un arrêt provocateur pour faire évoluer le régime juridique des SIEG, ne sera pas une création du droit européen. En effet, les droits civil et administratif français ont déjà fait l'expérience du « coup de pouce » jurisprudentiel pour pousser le législateur à élaborer un texte pour combler la vacuité ou rectifier le dispositif juridique en des matière données. Ce fut le cas dans deux affaires, l'une de 1921 et l'autre plus récente de 1982. Dabs les deux cas, la doctrine a par la suite admis que ces arrêts furent provocateurs de la réaction attendue du législateur. La première affaire dite « *Bac d'Eloka* »[1403] a été jugée par le Tribunal des conflits (TC) tandis que la seconde qui a fait l'objet de l'arrêt « *Desmarres* »[1404] est l'œuvre de la Cour de cassation. Les attitudes jurisprudentielles provocatrices de la réaction du législateur adoptée par l'une et

l'autre juridiction aident à justifier l'utilité pour le droit des SIEG d'un arrêt de provocation de la CJUE (1). Par la suite, l'on pourrait exposer les arguments complémentaires militant en faveur de notre plaidoyer pour un véritable arrêt CJUE de provocation de la CJUE (2). Enfin une interpellation à l'endroit de la Commission européenne pour plus d'audace en mettant fin aux recours aux aides d'État dans les SIEG (3).

1 Inspiration des arrêts « *Bac d'Eloka* » et « *Desmares* »

Le but de la revisite des circonstances d'interventions des arrêts « *Bac d'Eloka* » et « *Desmarres* » est celui de comprendre et s'approprier de la démarche jurisprudentielle de ces deux espèces afin de suggérer à la CJUE d'adopter la même démarche comme le fera sans aucun détour, notre bref plaidoyer qui suivra cette analyse.

Revenant sur l'affaire Bac D'Eloka, l'on sait en droit administratif français, que c'est dans ses conclusions sous cette affaire que le Commissaire du gouvernement Matter a construit la distinction service public administratif (SPA) en distinguant une autre catégorie dite service industriel et commercial (SPIC). La distinction SPIC et SPA sera donc de construction jurisprudentielle, ce qui le lui enlèvera pas sa pertinence et sa pertinence même si en 1920 cette œuvre était véritablement audacieuse comme en attestèrent les tirs groupés de la doctrine contre elle. Aujourd'hui, nul ne peut contester à ce construit de l'esprit, le fait qu'il a apporté une distinction enrichissante du vocabulaire juridique des services publics français en permettant un éclairage dans l'appréhension des modes de gestion et régimes juridiques des SPIC et SPA. L'on conviendra sans grand effort intellectuel que le domaine des SIEG recouvre celui des SPICs français dans la mesure ou la doctrine majoritaire a pu l'établir[1405].

Dans l'affaire *Desmares*, l'on convient que dans le droit français de la responsabilité délictuelle, il était devenu une tradition que considérer que la faute de la victime puisse réduire par voie de conséquence, son droit à indemnisation. Ce qui ne manqua pas de produire une injustice dans la mesure où, cette solution ne tenait pas compte du fait que la majorité des hypothèses, le conducteur de l'engin, qui cause un dommage à la victime après un accident est assuré et qu'en définitive, il reviendra à l'assurance de supporter l'indemnisation. Comment pouvait-on continuer de concevoir dans l'occurrence d'un accident de la circulation, l'auteur du dommage qu'est le conducteur se prévale de la faute de la victime

pour réduire la charge de son indemnisation ? Cette injustice à conduit la Cour de cassation à provoquer un séisme juridique en réécrivant en jugeant que « seule la force majeure » peut être retenue comme exonérant le gardien responsable de la chose en excluant toute prise en considération de la faute de la victime. L'audace jurisprudentielle était donc véritablement démesurée au point de provoquer la réaction du législateur. En effet, la suite de cette décision de la Cour de Cassation a déplacé le curseur de l'injustice dans la mesure où elle a volontairement suscité d'autres injustices. La Haute Cour à en allant dans le sens contraire à une règle somme toute élémentaire du droit de la responsabilité civile, créé les conditions d'autres décisions jurisprudentielles aussi injustes que celle de la situation qu'elle estime intolérable. Mais elle atteint son but et son arrêt provocateur eu du succès dans la mesure où il est à l'origine de la loi du 5 juillet 1985 visant un meilleur régime pour les victimes des accidents de la circulation. Il est à souligner que les dispositions de l'article 3 de cette nouvelle loi n'a d'autre inspiration que la décision « Desmares » en ce que l'indemnisation des victimes piétonnes d'accident de la circulation sera dorénavant effectuée sans leur soit opposée une quelconque faute sauf s'il s'agit de celle réputée inexcusable car étant la cause exclusive sans laquelle l'accident ne serait survenu.

L'intérêt de la démarche de la Haute Cour résida dans l'intervention ci-dessus rapportée du législateur obtenu aux forceps. Le plus important à retenir c'est qu'« en rendant cet **« arrêt de provocation »,** la Cour de cassation a véritablement contraint le législateur à intervenir pour consacrer la protection des victimes d'accidents de la circulation. D'ailleurs, une fois son but atteint, elle s'est empressée d'opérer un nouveau revirement de jurisprudence pour revenir à la solution traditionnelle de l'exonération du gardien de la chose par la faute de la victime (Civ. 2e, 6 avr. 1987, GAJC, t. 2, n° 213) »[1406] (Soulignée par nos soins).

En tout état de cause, suivre ou s'inspirer de la logique ci-dessus décrite de l'arrêt provocateur ne fait que confirmer si tant est de besoin, l'importance de la jurisprudence pour l'édifice du droit. L'on reviendra ici encore sur l'exemple français, choix délibéré et très subjectif mais assumé pour ce qu'il permet de s'apercevoir qu'en droit, l'importance de la jurisprudence tient à la polysémie de la notion elle-même, « laquelle reçoit deux définitions [selon le vocabulaire juridique de Gérard Cornu] qui s'écartent du sens suggéré par l'étymologie (science du droit) :

- dans un sens large, c'est l'ensemble des décisions de justice ;

- et dans un sens restreint, c'est l'habitude qu'ont les tribunaux de trancher un litige dans une sens donné et, par extension, la solution ainsi consacrée ». [1407]

Si la solution de la CJUE dans l'éventuelle décision dont elle serait saisit ne produit pas entre autres effets, celui que l'on pourrait escompter de voir réagir le législateur de l'Union européenne sur la question des précisions et de l'élaboration du droit des compensation et du droit des aides d'Etats dont les SIEG pourrait bénéficier, l'on pourrait dire que l'arrêt donné n'aura pas été suffisamment provocateur de celle-ci. L'on pourrait insister à présent, davantage sur l'atteinte d'un tel résultat juridique nous apparaît important et cela ce fera à présent à travers notre plaidoyer expressément effectué à cet effet.

2- Plaidoyer pour un arrêt de provocation de la CJUE

Puisqu'il est admis en matière de sport collectif que l'on ne change pas une équipe qui gagne, l'on pourrait par transposition de cette logique demander au juge de la CJUE de récidiver si éventuellement il est saisie d'une affaire sur les COSP. Ceci est d'autant plus inévitable que par éventuelle abstention ou refus de juger une affaire pendante devant elle, la Cour de justice pourrait être reconnue coupable de dénie de justice comme cela ressort très clairement dans la tradition juridique française, l'un de ses Etats membres. En droit français, l'article 4 du Code civil prescrit que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »En revanche, si la CJUE ne se dérobe de son officie, sa raison d'être, alors en étant tantinet audacieux, par un arrêt « provocateur », elle pousserait la Commission à mettre à la disposition des acteurs du droit des SIEG, un véritable droit des compensations. Le régime juridique des SIEG n'en serait pas malade, mieux il se porterait mieux comme l'on le souhaite activement. C'est bien dans ce sens l'on oserait espérer pourquoi pas, un autre arrêt dans la même démarche de participation à la construction du droit des SIEG comme cela fût le cas dans son désormais célèbre arrêt « Altmark » de 2003.

Cet arrêt provocateur attendu, permettra entre autres de rompre avec « l'emploi juridiquement contestable de l'expression « aides d'État sous forme de compensation de service public » qui veut tout dire et rien de très précis à la fois. Dans la science juridique, cela a été sus-démontré, la compensation est une chose et l'aide d'Etats une autre. Les

régimes juridiques attenants à l'une ou l'autre des deux terminologies est différents. En admettant qu'en droit, de façon générale et tout particulièrement dans le droit des marchés publics où s'insèrent les SIEG, construire une « définition globale n'est pas facile à arrêter »[1409] l'on ne peu toutefois pas rester silencieux face à certains assemblages de notions juridiques. C'est notamment le cas lorsque la Commission européenne met ensemble dans le paquet « Almunia », deux notions pour donner dans le cadre d'une obligation de service public, des « aides d'État sous forme de compensation de service public ». Cela relève d'une ambiguë créatrice de catégorie juridique à identifier forcément. La formulation novatrice elle même l'affiche et semple annoncer une innovation juridique. L'œuvre devra être poursuivit afin courageusement, la Commission européenne soit en optant l'une ou l'autre mette fin au débat juridique, soit en les conservant ensemble, elle s'attèle à offrir à la science juridique une notion autonome qui représentera une catégorie précise de compensation(s) assortie(s) d'un régime juridique adéquat. Tel est le bref plaidoyer qui se fonde sur le fait que cette combinaison savante et originale de terminologie juridique ne comporte aucun concept qui soit admis comme juridiquement indéfinissable comme semble encore l'être, l'intérêt général selon le professeur Didier Truchet[1410] précité. La formule selon laquelle l'intérêt général est une notion qui ne se définit pas mais se constate[1411], que nous partageons totalement est

complété par le Doyen Jean Boulouis qui estime à raison que cette notion comme bien d'autre « sont à considérer sous l'angle de la fonction qui leur est (…) assignée [car c'est ainsi] que l'on a le plus de chances d'appréhender dans leur effectivité ces notions au contenu incertain

dont "l'intérêt général" n'est au demeurant qu'un exemple parmi beaucoup d'autres »[1412]. Si l'audace de la Commission sus-sollicitée peut aboutir entre autre à diminuer le nombre des notions juridiques indéfinissables ou à contenu incertain qui au demeurant sont fréquemment mobilisés dans certaines branches du droit dont les SIEG, l'audace de la Commission ne sera que saluée. Néanmoins, l'audace ne doit s'entendre comme imprudence aveuglée dans la mesure des exigences de la science juridique devront y être scrupuleusement observées. C'est dans ce sens que le Doyen Jean Boulouis a totalement raison de prévenir en citant le Philosophe Joseph Joubert, « pour impérative qu'elles soient, les exigences intellectuelles se doivent d'observer une certaine prudence et ce n'est pas impunément que l'on s'attaque à certaines notions en oubliant l'avertissement du philosophe : " Ne rendez pas justiciable du raisonnement ce qui est du ressort du sens intime car, en argumentant, il est nécessaire de supposer problématique ce qui est en question et ce que l'on s'accoutume à supposer problématique finit par paraître douteux[1413]" ».

Aussi oserions-nous espérer que pour le droit des SIEG, l'audace que vise le présent plaidoyer ne soit pas plus problématique que celui que cause déjà le complexe assemblage dans le paquet « Almunia » d'« aides d'État sous forme de compensation de service public »[1414]. Si l'on en convient que l'usage de cet assemblage dans le paquet « Monti-Kroes » de 2005 « n'avait pour seule utilité que de requalifier les COSP en aides d'État et permettre, ainsi, à la Commission de "reprendre la main"[1415] et d'exercer un contrôle effectif sur les modalités et l'intensité du versement des financements publics aux SIEG, [sa reprise au demeurant discutable] par la décision du 20 décembre 2011 »[1416] oblige à une analyse approfondie de la démarche afin de savoir s'il n'y a pas une logique lancinante qui s'y cache. Seule l'audace nécessaire de la commission européenne de mettre fin ou non à la possibilité du recours des aides d'États nonobstant qu'elles soient ces « aides d'État sous forme de compensation de service public » évitera toutes les supputations à ce sujet.

3- Fin du recours aux aides d'État dans les SIEG

Une Commission européenne plus audacieuse pour mettre fin aux recours aux aides d'Etat dans les SIEG – Il s'agit ici de revenir à l'audace susmentionnée mais cette fois dans le sens qu'elle puisse aboutir à un choix entre deux hypothèses. La première étant soit de doter le droit des SIEG d'une notion autonome et complète de la compensation qui précisera ce que renferme l'assemblage d'« aides d'État sous forme de compensation de service public ». Ainsi, l'on aura enfin une clarification de la catégorie à laquelle elle renvoie. En terme de résultat, cela serait aussi un énorme gain en luminosité dans la clarté que sont censés apporter les « paquets »[1417] de la Commission au droit des SIEG. L'œuvre est possible si l'on s'accorde à reconnaître à la suite doyen Vedel que « les définitions sont libres ». Soit elle consistera à décider tout simplement aussi courageusement que possible que dorénavant, le recours aux aides d'État est prohibé en matière de compensation d'obligation de service public de SIEG. Même si dans la pratique, cela sera mal aisé car comme la démonstration sus-rapportée du professeur Pierre-Yves Monjal[1418] l'a relevé, il est quasi-impossible de ne pas recourir aux compensations d'OSP dans les SIEG. La difficulté d'une entreprise ne justifiant pas le fait de s'en abstenir comme cela est suggéré par le proverbe chinois : « mieux vaut rater sa chance que de l'avoir pas tentée » [1419], surtout qu' « il y a plus de courage que de talent dans la plupart des réussites »[1420]. L'on ne peut donc que souhaiter que la Commission

soit plus audacieuse – avec mesure car il n'y a aucune modération dans l'excès[1421] –, pour opérer les choix susvisés afin de clore ces débats inévitables qu'elle a suscité dans le droit des SIEG par les imprécisions du paquet « Monti-Kroes » de 2005 et qu'elle alimente avec celles de décembre 2001 sur ces différents sujets importants.

Les retombées du choix audacieux de la Commission européenne à adopter une position claire et définitive sur les notions compensations, d'aides d'États et de compensations d'obligations de service public sous formes d'aide États seront assurément diversement appréciées par les acteurs nationaux du droit des SIEG. Mais pour le moins que l'on en dira, ce choix aidera soit à atténuer, soit à envenimer les tensions autour des enjeux et efforts de maitrise des effets du régime juridique du droit qu'il conviendrait à présent de présenter et analyser.

§ 4 : Evolution du « paquet Almunia » depuis 2013

En remontant à l'année 2012, l'on s'aperçoit qu'inlassablement, la Commission œuvre à parfaire le paquet Almunia. Ainsi est-il qu'après l'avoir enfin complété par le règlement de *minimis*, le 25 avril 2012, par un autre règlement de 2014 afin la Commission clarifie davantage les notions des aides d'État de seuil de *minimis*. À travers ce nouveau règlement de 2014 dit Règlement (UE) n° 651/2014[1422] de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines autres catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, elle assouplie relativement, la notion de compatibilité au marché, véritable restriction au recours aux aides d'État.

[illegible]

À la fin de l'« exploration par cheminement » méthodique sus-effectué du régime juridique des SIEG qui a permis d'étudier séparément ledit régime avec le paquet « Monti-Kroes » d'une part. Et d'autre part de l'appréhender lorsqu'après le 20 décembre 2011, celui-ci a accueillit le nouveau paquet en remplacement du précédent. Cette progression analytique dans l'étude de la notion de SIEG a été possible toujours en suivant notre fil d'Ariane. C'est

[illegible]

ce fil d'Ariane, « trouvaille antique [qu'il est et qui] figure aujourd'hui au cœur de la science des réseaux »[1423] s'avèrera être d'une grande utilité dans la suite de la démarche de la recherche parce qu'elle a prévu un détour pédagogique lexical aux fins de permettre aux pouvoirs adjudicateurs des SIEG que sont les collectivités publiques ou leurs démembrements dans les pays-membres de l'UE à mieux comprendre les enjeux de la maîtrise des effets du régime juridiques des SIEG. Il faut rappeler encore une fois en y insistant davantage que le domaine des SIEG est bel et bien le secteur d'activité public d'intérêt général où ces pouvoirs publics agissent de plus en plus en réseau.

Pour une clarté de l'argumentation, l'on distinguera l'enjeu du contrôle des effets juridiques du régime juridique des SIEG (**§1**) de celui qui pourrait être qualifié de « véritable » enjeu pour les pouvoirs publics des Etats membres à mieux connaître ou non le régime juridique des SIEG (**§2**).

§1 : L'enjeu de la maîtrise des effets juridiques des SIEG

Affirmons le de suite, cela ne fait l'ombre d'aucun doute qu'il existe un véritable enjeu de la maîtrise des effets du régime juridique des SIEG lorsque celui-ci se déploie. En effet, l'on constate qu'il ressort de l'avis du Comité des régions sur le paquet du 20 décembre 2011 que ledit Comité relève entre autres, l'illisibilité voire l'incompréhension de certaines terminologies juridiques du paquet « Mont-Kroes » de 2005 qui selon lui justifierait son inapplicabilité de manière générale. Ainsi, les imprécisions des termes de « " recettes" à prendre en compte par le gestionnaire du SIEG aidé, ainsi que les outils devant permettre aux États membres de déterminer au mieux le droit à un "bénéfice raisonnable" auquel peut prétendre le gestionnaire du SIEG »[1424] figurent au nombre des récriminations et raisons pour lesquelles selon l'avis du Comité des régions du 30 au 1er juillet 2011 précité[1425], le paquet

« *Monti-Kroes* » a été peu appliqué.

Au delà de l'exercice lexical réclamé par le Comité des régions dans son avais suscités, – au moins sept concept et/ou notion –, étaient réputées imprécises par l'avis du 30 juin au 1er juillet 2011 ; l'on s'aperçoit que dans la réalité, il s'agit davantage plus d'un refus d'accepter un « diktat » européen dans un domaine aussi sensible le recours des aides d'États dans la mesure où le Comité est affirmatif que le fait qu'il y aurait une « **difficulté à inscrire les réalités territoriales dans les concepts et les notions communautaires véhiculés par cette décision** (…) »[1426] (C'est nous qui le soulignons). La question inévitable que soulève cette affirmation sans détours qui cache mal un est véritable procès fait aux concepts et notions communautaires, est celle de savoir s'il c'est agit en 2005 et après, d'une véritable peine à recevoir lesdits concepts et notions juridiques dont la doctrine s'accorde sur la nature flou de chacune et chacun d'eux ? Ne serait-ce pas de la rébellion cachée contre les valeurs véhiculées par ou leurs implications ?

L'admission de la seconde hypothèse qui reste plausible, permet de poser une question plus importante, celle du contrôle ou de la maîtrise des effets de l'application du régime juridique des SIEG. Reconnaître qu'il comporte autant d'incertitudes terminologiques c'est tout simplement avouer qu'il n'était qu'inapproprié pour la régulation. Cette interrogation devient davantage plus pertinente lorsque l'on revient aux points 21 et 22 de l'avis susvisé de la même Comité. En effet en affirmant qu'elle « (…) **s'oppose à l'introduction d'une évaluation de l'efficience économique des compensations de service d'intérêt économique** général par la Commission (…) **et [par la précision selon laquelle],** (…) **la mesure de l'efficience économique ne (peut) être qu'une des composantes d'un cadre plus général d'évaluation et de qualité des services publics publics qui doit intégrer des indicateurs purement qualificatifs (accessibilité, continuité du service, délai de réponses, satisfaction des usagers** (…) »[1427] (C'est nous qui le soulignons) ; le Comité ne fait pas que de la résistance. Elle veut déplacer le débat sur le terrain de la maîtrise des effets juridiques du mécanisme juridique introduit dans le droit des SIEG par la décision de 2005 ou paquet « Monti-Kroes ».

Ce reproche à peine voilé du Comité des régions n'a pas reçu un traitement trivial dans le nouveau paquet de décembre 2011. La Commission a pris la juste mesure des enjeux

économiques de la maîtrise discutée voire âprement disputée par les collectivités territoriales sur des effets juridiques du mécanisme de contrôle du recours aux aides d'États dans le financement des SIEG. L'exception du « *in house* »[1428] qui comme sus-démontré permet légalement aux pouvoirs publics locaux de sortir librement mais de manière encadrée de l'applicabilité de principe des règles de la concurrence aux missions de SIEG semble insuffisante comme porte de sortie tant l'attrait pour le pouvoir de pression desdits pouvoirs d'États sur les entreprises chargées de prester des missions de SIEG est très fort.

Dès lors, une réponse claire, forte et ferme de la Commission à ce penchant était donc prévisible et ne s'est pas fait attendre dans la mesure ou « en effet, [le] troisième instrument du paquet *Almunia* (qui ne vise qu'à prédéfinir les critères sur la base desquels la Commission, saisie d'un projet d'aide notifié, peut rendre une décision de compatibilité) fait de l'analyse économique le nouveau prisme au travers duquel sera systématiquement appréciée la compatibilité du financement d'un SIEG avec les règles du traité »[1429].

Même si l'on peut regretter l'option claire qui fait du prisme économique, une vision d'optique juridique déformante pour la qualité de service d'intérêt générale que revêt une mission de SIEG, l'on peut dénier à la Commission européenne le fait qu'elle a ainsi opéré un choix audacieux et résolu. C'est dans ce sens qu'il conviendrait de tenir pour acquis la nouvelle orientation sur le recours aux aides d'Etats pour compenser les OSP de SIEG. Dans le texte dit « encadrement de l'UE des aides d'États, la Commission veut et met en œuvre le mécanisme « pour limiter le montant des aides versées et **réduire les effets anticoncurrentiels qu'une telle intervention de la puissance publique sur le marché induit nécessairement** (v. not. les points 52 et s. de l'encadrement), la Commission va strictement déterminer le montant des coûts nets à compenser (pts 21 à 31), **encadre le droit au « bénéfice raisonnable » de l'entité en charge du SIEG** (pts 33 à 38) **et encourager les autorités dispensatrices à exiger du bénéficiaires du SIEG des gains d'efficacité**, tant d'un point de vue financier, qu'au regard de la qualité du service rendu (pts 39 à 43). **Á n'en point douter, il s'agit ici des éléments les plus novateurs du paquet Almunia car ils traduisent un changement d'approche de la Commission** »[1430] (C'est nous qui le soulignons).

L'on ne peut qu'apprécier la courageuse option prise par la Commission dans la mesure où les choix économique sont des options politiques et celle de l'administrateur de l'UE ne pouvait être que la plus la claire possible pour éviter toutes interprétations fastidieuses de l'esprit. Si la Commission veut un changement de comportement des décideurs publics dans l'usage des aides d'Etats comme compensatrices des OSP, elle ne pouvait que poser un actes forts comme le préconisa Michel Débré [1431] dans son discours de 1958 devant l'assemblée constituante française. Ceci est d'autant plus vrai que la question des SIEG, au-delà de ses nécessaires articulations juridiques qui protègent l'exercice d'un pouvoir souverain de qualification d'un SIEG par les pouvoirs publics, est d'abord et avant tout de l'ordre économique. Même si l'on ne pourrait valablement et durablement interdire les incursions du social dans ledit domaine partant de l'unique finalité de satisfaction des besoins fondamentaux des citoyens et résidents européen, le domaine du logement social et de protection de l'environnement suffisent à en convaincre les plus sceptiques. A cet égard, force est de reconnaître que les intérêts de politiques économiques étatiques complexifient les imbrications diverses. Le politique n'a pas toujours fait un bon ménage avec le juridique surtout quand ce dernier manœuvre pour baliser les « tentations » du premier d'anesthésier la force contraignante des règles européennes de la concurrence, sommes toutes, juridiques.

L'hypothèse ainsi décrite, au demeurant plausible, si elle se produisait, indiquerait qu'il y a non seulement un véritable enjeu économique de contrôler les effets juridiques à la fois du droit européen de la concurrence et celui des SIEG. La préférence pour l'application de la dérogation de l'article 86 alinéa 2e CE aux lieu et place du principe qui se présente comme une restriction des « possibilités » de politiques économiques « propres » aux Etats membres. Mais également un autre enjeu cette fois politique qui consisterait à décrier les deux paquets « *Monti-Kroes* » et « *Almunia* » pour leurs effets dévastateurs sur l'opportunité pour les pouvoirs publics des Etats membres d'accomplir des objectifs de politiques [1432] économiques Oui il y a un véritable enjeu de maitriser les effets juridiques de l'application du régime juridique des SIEG. Ceci étonne un peu lorsqu'il ressort de l'étude de l'évolution du droit des marchés publics que les institutions européennes font inlassablement des efforts pour simplifier « la vie » des pouvoirs publics locaux et des opérateurs économique dans ledit domaine. D'importantes évolutions ont été enregistrées d'autant plus que *« la génération*

actuelle de directive 2004/17/CE[1433]*4 et 2004/18/CE*[1434]*,* ***représente la dernière étape en date d'un long processus amorcé en 1971 par l'adoption de la directive 71/305/CEE***[1435]***.En garantissant des procédures transparentes et non discriminatoires, les directives visent principalement à assurer aux opérateurs économiques la pleine jouissance des libertés fondamentales dans le domaine des marchés publics****. Elles mentionnent aussi un certain nombre d'objectifs liés à l'intégration dans ce cadre d'autres politiques telles que la protection de l'environnement et les normes sociales*[1436] *ou la lutte contre la corruption*[1437] *»* (soulignée par nos soins)[1438].

De cette affirmation, se dégage une double réalité. La première est celle de la reconnaissance de ce que les enjeux sont multiples de vouloir contrôler « maitriser » égoïstement, les effets à la fois des droits des marchés publics, de la concurrence et de SIEG parce que les Etats expriment à leur encontre des intérêts antinomiques. Pour les Etats membres, les enjeux sont principalement de l'ordre de l'utilisation des opérateurs économiques prestataires de missions de SIEG à des fins de poursuites d'objectifs de politiques économiques propres. Ceci n'a rien de détestable mais dès lors que cet enjeu s'oppose à celui commun de l'ensemble des Etats membres – application de principe des règles de la concurrence en matière de SIEG –, il doit lui céder le pas et ne pas entrer en conflits avec ce dernier. La seconde réalité réside elle dans qu'au niveau européen, l'enjeu

majeur est de réaliser un projet de société qui traduise réellement une cohésion socio-politique. Celui-ci passant par la conjugaison de l'intérêt général et les règles de la compétitivité amène inévitablement de débat sur le terrain économique et recentre les SIEG à son cœur puisqu'ils ne sont que leur seul intérêt économique général. C'est bien dans ce sens que la Commission en veillant à ce que le jeu de la concurrence ne soit pas faussé par l'octroi indu aux prestataires de SIEG d'aides États même sous la forme de COSP se devait d'être précises en établissant « le lien entre la légalité des financements accordés et l'efficacité du service rendu »[1439] dans le nouveau paquet « *Almunia* » ne pouvait plus se permettre de maintenir les approximations de terminologies juridiques regrettables du précédent paquet de 2005.

C'est donc tout à fait remarquable que les pouvoirs publics territoriaux des Etats membres puissent lire dans le texte dit « encadrement », dans les points 39 à 43 que dorénavant, *« **lorsqu'ils mettent au point la méthode de compensation**, **les États membres doivent** introduire des mesures incitatives pour **favoriser la prestation efficiente de SIEG de qualité élevé**, excepté lorsqu'ils sont en mesure de justifier dûment qu'il est impossible ou qu'il n'est pas judicieux de le faire. Les incitations à l'efficience peuvent être conçues de différentes manières, afin de correspondre le mieux aux spécificités de chaque cas ou secteur. Á titre d'exemple, les États membres peuvent définir d'emblée un niveau de compensation fixe anticipant et intégrant les gains d'efficience que l'entreprise devrait, selon toute vraisemblance, réaliser sur la durée du mandat. Les États membres peuvent aussi définir les objectifs en matière d'**efficience productive dans le mandat, de telle sorte que le niveau de compensation soit fonction de la mesure dans laquelle ces objectifs ont été atteints. Si l'entreprise ne réalise pas les objectifs fixés, la compensation est accrue selon la méthode de calcul également précisée dans le mandat. Les avantages liés aux gains d'efficience productive doivent être fixés à un niveau qui permette une répartition équilibrée des gains réalisés entre l'entreprise et l'État membre et/ou les utilisateurs**. Tout mécanisme destiné à encourager les gains d'efficience doit se fonder sur des critères objectifs et mesurables définis dans le mandat et soumis à une évaluation ex-post transparente effectuée par une entité indépendante du prestataire du SIEG. Les gains d'efficience devront être réalisés sans altérer la qualité du service fourni et devront respecter les normes prescrites par la*

législation de l'Union »[1440] (Soulignés par nos soins).

C'est d'abord en souscrivant largement au constat du professeur Michael Karpenschif selon lequel, « non content de sécuriser le cadre juridique du financement des SIEG en Europe, le paquet Almunia apporte des innovation majeures en clarifiant, en adaptant, en perfectionnant et en allégeant le dispositif mis en place en 2005 »[1441] que par la suite, trois autres remarques seront faites concernant la « nouvelle approche » susvisées du recours aux aides d'Etats pour compenser les OSP. Ainsi, s'il est vrai que d'une part, comme susmentionné, « ce troisième instrument du paquet Almunia (…) fait de l'analyse économique le nouveau prisme au travers duquel sera systématiquement appréciée la compatibilité du financement public d'un SIEG avec le traité » – constat au demeurant difficilement discutable –; et que d'autre part, « cet effort de rationalisation dans le montant du calcul accordée, couplé à une recherche d'efficience (économique et qualitative) du service rendu, s'inscrivent d'ailleurs dans une approche plus générale du contrôle des aides d'État », l'on ne peut s'empêcher d'approfondir un temps soit peu la réflexion sur le trop économique de la réforme de l' « encadrement de l'UE des aides d'État » par le paquet *Almunia.*

En effet l'on ne peut pas passer sous silence les implications fortement voire démesurément économique de la notion d'efficience économique. La conjugaison malaisée entre efficience économique et compensation d'obligation de service public sous formes d'aides État est-elle juridiquement recevable ? Ne s'agit-il pas d'un redoutable rapprochement de notions antinomiques surtout que l'économique et le juridique ne font pas toujours bon ménage dans les moyens et finalités visés par chaque logique de pensée ? L'on peut s'autoriser la réponse positive à cette dernière interrogation nonobstant le fait que la Commission semble avoir pris le soin de rendre le « médicament » du découragement du recours systématique aux aides d'État compensatoires d'OSP efficient. L'effet adoucissant des effets indésirables de cette thérapie de choc réservé à la grande tentation du recours aux aides d'État ainsi visé réside dans le fait que la Commission européenne use de subtilité dans le point 39 suscité, à travers son imposition aux Etats membres d'une obligation d'« *introduire des mesures incitatives pour* ***favoriser la prestation efficiente de SIEG de qualité élevé »***[1442] aux fins de viser le profits des consommateurs desdites prestations.

Mais sur le plan juridique, l'on est en droit de se demander ce que signifie la notion de « ***prestation efficiente de SIEG*** » et comme sur ce terrain, l'on pourrait l'appréhender ? Pour la pensée économique, une telle exigence n'est pas difficile à comprendre surtout qu'elle est recherchée par l'économicité qui supposerait que l'application des règles de la compétitivité dans l'attribution et la réalisation des missions de SIEG vise une certaine rentabilité au final qui ne devrait pas admettre le recours systématique d'une aide d'État même pour compenser une OSP. La capacité d'autofinancement, – règle d'or –, des entreprises rentables dans la pensée économique mercantile est un gauge de la bonne santé des opérateurs économique. Le secteur des SIEG, dès lors qu'il admet l'application de principe des règles de la concurrence ne devrait donc pas se soustraire à cette logique économique. D'où vient alors l'idée d'une compensation d'OSP sous la forme d'une aide d'État ? L'on pourrait dans la logique économique opter pour un prêt remboursable à taux zéro ou à très faible taux tenant compte de l'aspect de l'intérêt économique général des SIEG mais pas le recours à l'aide d'État qui de part ses effets pervers fausse le jeu de la concurrence. L'on entrevoit l'attrait qu'exerce sur la Commission européenne, cette logique mercantile à travers raisonnement à travers l'exemple qu'elle donne pour illustrer sa conception de l'incitation à l'efficience économique.

« *Á titre d'exemple, les États membres peuvent définir d'emblée un niveau de compensation fixe anticipant et intégrant les gains d'efficience que l'entreprise devrait, selon toute vraisemblance, réaliser sur la durée du mandat* »[1443]. Les enjeux économiques d'efficience de la prestations de SIEG et du contrôle du recours à la compensation d'OSP sous forme d'aides d'État deviennent réelle et nécessitent de la part de la Commission, non seulement une précision terminologique de sa notion d'efficience économique afin d'en établir la juridicité mais aussi une option claire entre les deux logiques. Soit elle maintien les COSP sous forme d'aide d'État et dans ce cas de figure, elle assouplit l'exigence de son incitation à une efficience économique, soit elle renforce la régulation de cette dernière et dans cette hypothèse, elle supprime purement et simplement les premières en les transformant à des prêts à faible taux ou sans aucun taux. En tout état de cause, dans le vocabulaire[1444]

juridique en général et dans celui tout particulier du droit européen, les notions susvisées de d'« *efficience économique* » et de « *gains d'efficience que l'entreprise devrait, selon toute vraisemblance, réaliser sur la durée du mandat* » sont chargé d'une imprécision déconcertante tant elles ne renvoient à rien de très précis au plan juridique sinon qu'au mécanisme inavoué de découragement du recours systématique aux COSP sous forme d'aide d'Etat. Deux autres notions floues s'ajoutent à celle de la compensation dont la doctrine[1445] dans sa majorité réclame de la part de la Commission, un véritable droit. Telle est **la première remarque supplémentaire** que suscite la lecture des points 39 à 43 qui révèle un véritable enjeu de contrôle ou de maitrise des effets de l' « encadrement de l'UE des aides d'État »[1446] des SIEG.

La **seconde remarque** qui est liée à la première, porte sur « ***Les avantages liés aux gains d'efficience productive doivent être fixés à un niveau qui permette une répartition équilibrée des gains réalisés entre l'entreprise et l'État membre et/ou les utilisateurs*** » *(soulignée par nos soins)*. L'on découvre avec étonnement ici qu'il est question d'avantages liés aux gains à partager. S'il y a gains à partager, il semblerait que l'origine de ce gain étant l'octroi d'aides d'État compensatoires d'OSP, l'on procède d'abord et avant tout à leur restitution ou remboursement à l'Etat donateur afin d'opérer dans sa trésorerie, un retour des deniers publics sortis dans le but d'empêcher la cessation de la fournitures des prestations de SIEG. Ceci parait logique que « la répartition équilibrée » de ce reste de gain ne soit amissible que seulement après ce remboursement ou restitution de l'aide consentie par l'Etat membre au nom des utilisateurs. Toutefois, il est fort réjouissant que dans ce « partage équilibré de gains », l'on y intègre enfin les utilisateurs. Cela n'est que justice dans la mesure où ils sont les sources des deniers publics prélevés sous formes de divers impôts qui ont servis à allouer la compensation d'obligation de service publics sous la forme d'aide d'État. C'est donc très décevant que sous une forme laconique, ces utilisateurs que le droit des SIEG désigne par consommateurs de services prestés dans le cadre des SIEG apparaissent dans ce partage sous la mauvaise formulation d'« ***une répartition équilibrée des gains réalisés entre l'entreprise et l'État membre et/ou les utilisateurs*** »[1447]. La formule et/ou est inadéquate et mérite d'être

remplacée par **et les utilisateurs** car il ne s'agit pas d'une option, ils font partie de bénéficiaires des gains rendus possibles grâces à leur efforts financiers en payants leurs taxes et impôts à l'Etat qui les utilise comme sus-indiqué.

La **troisième et dernière remarque** porte sur la terminologie même de l' « efficience économique. C'est en tenant compte des choix visés dans la seconde remarque que sur ce point d'efficience économie, il conviendrait d'approfondir la réflexion. En effet, le refus de la Commission de choisir de ne retenir qu'une seul des hypothèses susvisées, elle ne fera que maintenir l'amalgame que traduit souvent ses choix de rendre un intérêt général économique ou de réclamer confusément de l'« efficience économique »[illegible] dans la matière juridique chargée de lourd sens et d'effets[illegible] économiques qui est l'octroi d'une aide d'Etat sous la forme d'une compensation d'obligation de service public de SIEG. On le sait trop qu'entre le droit et l'économie, deux sciences qui à en multiples occasions ou suivant les faits sociaux à affronter, s'instaure la logique du « je t'aime, moi non plus » alors même qu'elles sont souvent appelées à coopérer ou collaborer pour que la réponse à un besoin social soit adaptée, efficace et efficiente. L' « efficience économique » visée par le texte « encadrement de l'UE aux d'État » va-t-il être l'occasion d'un rapprochement entre les deux sciences ou confirmer la méfiance que l'on retrouve notamment en « droit français [qui] a en effet toujours été réticent à appréhender la règle de droit sous le seul rapport de son efficience économique »[illegible]. Une telle attitude en droit des SIEG ne pourrait que surprendre car le droit s'y ait approprié des règles de la concurrence qui non seulement trouvent leur origine dans la science économique mais encore sont porteuses de la logique économique mercantile.

L'on sait que les rapports entre les sciences du droit et de l'économie ont souvent été ceux du « je t'aime moi non plus »[illegible] alors même que faisant cavalier seule, l'une ou l'autre

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

peut certes peut aller loin mais c'est ensemble[illegible], qu'elles arriveront assurément loin, voire très loin dans les réponses adéquates à donner aux besoins des usagers-consommateurs de SIEG. Néanmoins, l'on doit admettre à la suite du professeur Philippe Dupichot que comme « droit continental, le droit français a en effet toujours été réticent à appréhender la règle de droit sous le seul rapport de son " efficience économique " »[illegible]. Le droit des SIEG en général et tout particulièrement le paquet « Almunia » ne peuvent se satisfaire de ne s'inscrire que sous un rapport unique « d'efficience économique » nonobstant l'emploi quelque peu étonnement vague de la notion d'origine économique.

Il y lieu que les acteurs et destinataires premiers du droit des SIEG s'intéressent très rapidement à plus de netteté dans l'appréhension juridique de cette notion.

Tenant compte des options sus-dégagées, il semblerait que la Commission européenne ne puisse pas s'empêcher d'opérer un choix. Les assemblages flous susmentionnés et discutés d'« *efficience économique* »[illegible], de « *gains d'efficience que l'entreprise devrait, selon toute vraisemblance, réaliser sur la durée du mandat* »[illegible] et de « compensations d'OSP sous formes d'aide d'État » qui apparaissent revêtus d'aucune ambigüité pour la Commission européenne peuvent s'avérer incompréhensible voire imbuvables pour les pouvoirs publics locaux. C'est la raison pour laquelle, elle devrait se résoudre à éviter ou à mieux définir le contenu juridique de chacune des notions ensembles de concepts dont la nature triviale est loin d'être acquise. La Commission européenne ne peut s'économiser durablement le choix entre l'une ou l'autre des hypothèses sus-exposées sauf à vouloir les maintenir toutes, alors inévitablement la luminosité du paquet « Almunia » ne s'amenuisera. Ceci sera regrettable dans la mesure où au lendemain de son adoption, certains auteurs l'on déclaré n'être que d'une « obscure clarté »[illegible].

Sauf vouloir courir le risque évitable de se contredire, ce dernier cas de figure ne peut être envisagé. La position qui nous semble soutenable, ici est celle du professeur Philippe Dupichot qui s'est inspiré de l'économiste Oscar Wilde. En effet, le professeur Dupichot estime que « Oscar Wilde, dans un épigramme célèbre et visionnaire, reprochait aux

[illegible]

économiste de connaître le prix des choses mais non leur valeur propre[illegible]. Or dans la conception continentale, le droit a une valeur propre et ne saurait être inféodé totalement à l'économie : nécessairement sensible aux considérations économiques, la règle de droit se refuse à peine de perdre son âme[illegible] à n'être que le simple décalque de doctrines économiques parfois contestées elles-mêmes ; la norme est nécessairement empreinte de considérations sociales et politiques et pas seulement économiques »[illegible]. En admettant ici qu'il s'agit d'une saisie abstraite juridique de la réalité économique que représente l'« efficience économique » le droit parviendra à intégrer les aspects sociaux et politique nécessaires à rendre social l'intérêt général économique dans le droit des SIEG où comme sus-démontré, l'économique se socialise au profit des consommateurs qui bénéficient de prestations de qualité à bas prix garantie par la logique de la compétitivité.

Il faut admettre qu'il est mal aisé d'appréhender en droit la notion de l' « efficience économique ». Toutefois, l'on peut s'y essayer comme le fait le professeur Philippe Dupichot[illegible] en précisant que « **le concept d'efficience économique, recèle une part de mystère**[illegible] **tenant à l'identification précise de ce qui est efficient économiquement**… Or,

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

si l'unanimité se fait sans doute sur un objectif général de croissance et de maximisation des richesses, les moyens de parvenir à cet eldorado utilitariste divisent libéraux ou marxiste, théoriciens de la main invisible, de l'offre ou de la demande »[illegible] (Soulignée par nos soins).

Le propos ici n'étant pas de discuter cette opposition entre ces écoles de la pensée économique encore moins de positionner le droit par rapport à l'une ou l'autre des ces deux logiques, l'on se contentera de préciser la conception de l' « efficience économique » que nous souhaiterions éventuellement voir s'appliquer dans le cadre du mécanisme de calcul des COSP instauré par le texte sus-indiqué du paquet du 20 décembre 2011. Ainsi, l'« efficience économique » dans le droit des SIEG pourrait s'inscrire dans l'approche de l'offre et de la demande qui permet d'identifier un créancier et un débiteur. En ce sens, l'offre d'une aide d'Etat compensatoire d'une OSP, pour « être efficient économiquement », devrait s'opérer de la sorte à identifier comme des créanciers, les pouvoirs publics étatiques qui l'octroient et l'entité de SIEG qui la reçoit comme une débitrice. De ce fait, l'octroi d'une aide d'État compensatrice d'une OSP de SIEG ne pourrait plus correspondre à une aide d'État proprement nommée. Il s'agirait alors d'une créance ou dette à recouvrir. L'on se rapprocherait dans un tel cas de figure, à la logique du droit français des sûretés pour le traitement adéquat au plan juridique de cette créance. En effet, ce droit a une approche très intéressante de la notion d' « efficience économique » dont pourrait s'inspirer la Commission européenne pour revoir sa copie sur ce concept économique dont la juridicité ne peut être que fortement attendue. Ainsi, l'on pourrait par exemple entendre par « efficience économique », une règle juridique du droit des SIEG qui permettrait ou organiserait l'octroi d'une compensation d'obligation de service public sous forme d'aide d'État de manière à atteindre un double objectif.

D'une part, le premier but à atteindre serait la poursuite des prestations de SIEG qui sans cette « aide » compensatoire d'OSP serait inévitablement impossible. Les subsistance et continuité desdites prestations auraient en dépendraient donc. Et d'autre part, le second

[illegible]

objectif serait une incitation voire une obligation pour l'entité de SIEG récipiendaire à la rentabiliser en vue d'une restitution sous la forme que la Commission européenne en respectant la voie démocratique, aurait retenue. L'on se retrouverait quasiment dans la logique du droit français des sûretés où l'on ne tient « **une règle pour être économiquement efficiente, [que] lorsque celle-ci garantira au créancier** [collectivité territoriale ou tout autre pouvoirs publics étatiques], **l'obtention effective de son dû, à moindre coût et délai, sans occasionner un gaspillage inutile des richesses du donneur de sûreté** [initial qu'est le contribuable], et ce à peine de méconnaître l'objectif d'une "meilleure allocation des ressources " si cher à l'analyse économique du droit »[□□□□] (Soulignés par nos soins).

Cette approche de l'« efficience économique » a de la portée en se servant notamment des critères établit à cet effet par le droit français des sûretés. En droit français des sûreté, la mesure de « l'efficience économique d'une règle de droit des sûretés [se fait] au regard des *trois séries de critères suivants :*

- *simplicité, sécurité, coût et liberté de constitution de la sûreté ;*
- *efficacité et rapidité d'exécution ou de réalisation, notamment en cas de procédure collective ;*
- *préservation du – crédit du donneur de sûreté et, plus largement, absence de gaspillage inutile de richesse.*

C'est dire que si l'efficience doit s'apprécier au premier chef au regard des " attente légitimes " du créancier, elle ne saurait s'accommoder d'un gaspillage inutile des richesses du donneur de sûreté »[□□□□].

Sans toutefois vouloir est simpliste, dans la logique susvisé, dans le cadre du droit des SIEG, le texte « encadrement de l'UE des aides d'État » pourrait s'affiner en s'inspirant de cette donnée du droit français des sûreté et opter courageusement pour un véritable une nouvelle innovation de sa novation sous-entendue dans la clarification du paquet « *Almunia* » du mécanisme de calcul du montant des compensation et transformer sur la base de l' « efficience économique », les compensations des OSP sous forme d'aide d'État en créance à recouvrir dès l'instant que l'entité de SIEG bénéficiaire retrouve la sérénité dans sa trésorerie grâce à cet effort financier consentis par la collectivité public. Ce faisant, la Commission européenne parviendra à faire l'économie de la fastidieuse réforme des aides d'Etat dont elle recherche âprement la modernisation depuis 2012.

Les développements sus-effectués montre bien l'existence d'une bataille en sourdine

[□□□□

entre la Commission européenne et les pouvoirs publics locaux pour contrôler les effets juridiques du régime juridique des SIEG qui a commencé avec le paquet « *Monti-Kroes* » de 2005 et se poursuivra assurément dans l'application dudit régime doté depuis décembre 2011 du nouveau paquet « Almunia » en remplacement de son prédécesseur. L'on a pu aussi établir qu'il y de véritables enjeux de politiques économiques misent au jour par la recherche du contrôle des effets juridiques du régime juridique des SIEG. Toutefois, l'on peu considérer que le débat reste gérable tant qu'il reste sur le terrain stricte du droit car la Cour de justice de l'Union européenne œuvrera au mieux à ce que ces conflits d'enjeu fassent la place à une conciliation cohérente qui privilégie la compétitivité européenne mondiale en tenant compte des aspects sociaux et de la protection des intérêts fondamentaux des opérateurs économiques des missions de SIEG et consommateurs finaux des services prestés dans ce cadre.

§2 : Enjeux et dangers juridiques des SIEG

Le dépassement ou le débordement du champ juridique qui transpose les enjeux susvisés sur le terrain politique est synonyme de basculement en terre de « dangers ». Divers dangers peuvent être dénombrés allant de ceux qui guettent l'opérateur économique au ceux qui menacent la satisfaction des besoins fondamentaux et vitaux des consommateurs aux finals des missions de SIEG. La sortie du cadre juridique signifie la fin de nombre d'avantages que procurait le confinement dans le respect et la pratique des droits européens des marchés publics, de la concurrence et des SIEG. Ne seront donc plus garanties, « ***des procédures transparentes et non discriminatoires »***[1465]***, et deviendront inopérantes, les « directives (visant) principalement à assurer aux opérateurs économiques la pleine jouissance des libertés fondamentales dans le domaine des marchés publics »***[1466].

Sur le terrain politique donc, on le voit, l'arbitrage des intérêts généraux « propres » aux Etats et ceux de l'UE devient difficile voire impossible à réaliser de manière efficiente et effective par la CJUE. Les Etats voudraient exercer sans entraves leurs souveraineté y compris dans le cadre des compétences subsidiairement dévolue comme c'est le cas dans la définition, l'organisation et le financement des missions de SIEG et dans le même temps, voir appliquer les régulations européennes dont la finalité ultime serait de créer un mieux vivre qui solidifie le bien-être d'être ensemble. Il y a en cela, un énorme paradoxe qui n'autre que de vouloir à la fois, une chose et son contraire. De leur côté, les institutions Bruxelloises

défendrait au mieux le respect et la sauvegarde de l'intérêt général commun dont l'application des règles européennes de la concurrence et le respect et l'opérationnalité du droit européen des SIEG.

En attendant que l'un l'importe sur l'autre, il se produirait inéluctablement un affaiblissement socio-économique qui le laissera intacte la puissance politique qui devrait découler de celle économique mise à mal par une aussi fâcheuse hypothèse. Ni à l'UE, ni ni à aucune des hautes parties contractantes que sont les Etats membres ne profiterait l'occurrence d'un tel cas de figure.

Si l'on peut aisément admettre qu'il y ait divers enjeux dans la mise en pratique du régime juridique sus-décrit des SIEG, force est de reconnaître que le mauvais jeu entre cesdits enjeux peut assurément, produirait des dangers. L'on sait que dans tous les sports collectifs, si l'enjeu dépasse le jeu alors l'équipe qui se met dans une telle posture est d'emblée vulnérable. Cette affirmation est transposable dans le cadre des enjeux de l'application du droit des SIEG où si l'enjeu dépasse le jeu de conciliation des enjeux ou intérêts alors la menace qui plane sur la mise en place d'un projet social Union européen qui puisse à terme, réaliser une cohésion socio-économique deviendra une réalité.

Vouloir trop tirer sur la corde juridique de l' « insécurité juridique » pour l'opérateur économique européen (qui comme susvisée), n'est nullement banalisée par la Commission et européenne et la Cour de justice de l'Union européenne, l'on risque fort bien de fragiliser la compétitivité de l'Union européenne. C'est là un schéma où l'UE se présentera désarticulée et donc impuissante face à la mondialisation. Les marchés publics et les missions de SIEG ne peuvent et ne doivent durablement être en dangers au profit de la sécurité juridique des opérateurs économique du secteur public des services.

En définitive, si le point trois de la communication de la Commission européenne de 2003 sur le livre vert portant intérêt général est bien compris, il s'avère que même sur le terrain politique, les institutions européennes œuvrent à faire converger les vues et d'efforts au profit des citoyens. Cela revient plus ou moins à faire admettre que les intérêts généraux « prétendument » particuliers aux Etats membres, ne soient pas poursuivis aux préjudices de l'entité de l'Union. C'est semble-t-il se qui se dégage de l'affirmation suivante : *« les services*

> *d'intérêt général se trouvent au cœur du débat politique. En effet, ils touchent à la question centrale du rôle joué par les autorités publiques dans une économie de marché, à savoir, d'une part, veiller au bon fonctionnement du marché et au respect du jeu par*

tous les acteurs et, de l'autre, garantir l'intérêt général notamment la satisfaction des besoins essentiels des citoyens et la préservation des biens publics lorsque le marché n'y parvient pas »[1467].

C'est donc en vain de tendre le filet devant les services publics européens comme s'ils n'étaient pas dotés d'ailles pour voler aussi loin que l'exigera le l'ambitieux projet social européen qui n'était qu'à ses balbutiement avant les traités d'Amsterdam de 1997 et du traité de Lisbonne (protocole 9) de 2007. On le sait, il n'y a plus de tergiversations juridiques hasardeuses possible dans les SIEG depuis l'entrée en jeu de l'article 86 CE. Les jeux sont ouverts et l' « insécurité juridique » pointé comme une défaillance de l'arsenal juridique européen des SIEG perdra progressivement de son tranchant. En attendant l'on pourrait trouver un intérêt quelconque à regarder de près cette « insécurité juridique » de l'opérateur économique. Si telle est que cette insécurité décriée est forte pourquoi ne suffirait-elle pas à décourager les opérateurs économiques qui de manière libre et volontaire postule sans contrainte aucune à marché public ou offre de prester des missions de SIEG ?

Face à une analyse approfondie, le débat peut perdre de son intérêt s'il ne se vide pas tout simplement voire très rapidement de son contenu.

Conclusion partielle du titre 1er

L'étude du régime juridique des SIEG pourrait permettre de formuler quelques postulats – Le premier est le suivant : Au termes d'une bonne lecture de l'ensemble des dispositions de l'article 106 TFUE, l'on peut affirmer que Les actes de droit des pouvoirs publics locaux définissent et détermines les SIEG tout autant que le droit des SIEG définit et détermine le droit qui est applicable. Ces deux réalités juridiques ont été largement analysées dans nos précédents développements. De tout ce qui précède, et avec une bonne lecture de l'ensemble des dispositions de l'article 106 TFUE, l'on peut affirmer que les actes de droit des pouvoirs publics locaux définissent et déterminent les SIEG, tout autant que le droit des SIEG définit et détermine le droit qui est appliqué à leurs actes dans ce cadre. L'économie du droit des SIEG postule pour qu'en cette matière, il soit vrai que pour les pouvoirs publics étatiques que leurs actes les définissent tout autant que leurs objectifs socio-économiques sont définis par leurs actes. C'est ce que semble affirmer ELIOT par « nos actes nous définissent tout autant que nous définissons nos actes »[1468].

Puis, l'on peut s'autoriser un second postulat qui est lui, intrinsèquement lié à la logique qui sied au SIEG et sans laquelle il est impossible d'appréhender de manière claire le droit des SIEG. Il s'agit cette fois du fait que lorsque les pouvoirs publics optent pour une non application de l'intégralité du droit des SIEG en actionnant l'exception du « *in house* » – au demeurant dûment organisé par ce même droit –, ils de font que continuer d'appliquer ce même droit. Le Professeur Pierre-Yves Monjal l'exprime de fort belle manière en estimant, « ***ne pas appliquer le droit européen de la concurrence c'est encore appliquer le droit de... l'Union*** »[1469] (Soulignée par nos soins).

En effet, l'exception à l'applicabilité par principe du droit de la concurrence aux SIEG, pour être valable, a besoin de s'inscrire totalement dans les conditions amenées par le droit européen lui-même. Ceci revient à la formule simple suivante : « si les pouvoirs publics choisissent de se prévaloir de l'exception du *« in house »* qui anesthésie la force du droit européen de la concurrence au SIEG, encore faut-il qu'ils respectent les conditions à remplir.

Ainsi, pour pouvoir sortir de cette contingence voulue et rigoureusement amenée par le législateur de l'UE dans les dispositions l'article 106 TFUE, les pouvoirs publics étatiques qui en font le choix, se doivent d'en remplissent les exigences faut de subir la rigueur du droit européen qui sanctionnera leur sortie de route surtout s'ils la font par une « erreur manifeste »[1470]. Dès lors, en admettant – et il ne peut en être autrement –, que c'est le droit des SIEG lui-même qui autorise cette voie de sortie très encadrée du principe susvisé posé par les termes de l'article 106 TFUE, l'on ne peut que retenir que dans le cadre du droit des SIEG, ne pas y appliquer le droit de la concurrence, … c'est encore appliquer le droit de la concurrence.

En définitive, cela revient à la formule courte tirée de cette dernière qui supposerait que dans les SIEG, ne pas appliquer leur droit, c'est aussi et encore l'appliquer surtout que c'est de son droit que découle les cas exceptionnelles où les pouvoirs publics locaux peuvent pour un en temps et non pas de manière définitive, y atténuer la force du droit de la concurrence. Ce second postulat rejoint l'action du droit des SIEG sur les domaines des SIEG et par extrapolation, son influence sur l'ensemble des services publics des Etats membres. L'on l'a vu, le droit des SIEG par sa dynamique transformatrice influe sur l'organisation et le mode de fonctionnement de l'ensemble des marchés publics que peuvent être certains services publics des Etats membres de l'UE. Ils s'organisent, se financent et fonctionnement de plus en plus depuis l'entrée en scène de l'article 86 §2 CE d'Amsterdam, suivant le mode de fonctionnement du droit privé où l'on ne discute pas le diktat du droit de la concurrence à travers la logique admise et y appliquée sans rechigner de la compétitivité.

Seulement, le droit des SIEG, en se socialisant par endroit, reste un droit compétitif à visage humain qui ne vise essentiellement que le service rendu au public comme le souligne la Cour de justice de l'UE à travers ses arrêts CJCE, 18 juillet, Meca-Medina, aff.C-519/04,

Contrats-Concurrence-Consommation, nov. 2006, n°228, note M. Malaurie-Vignal,[1471], et Federutility[1472] précités.

Enfin, un dernier postulat peut être formulé qui est celui de la mission confié aux SIEG par le législateur de l'UE depuis 1997 à Amsterdam. Cette mission est celle de leur participation effective et efficiente à la définition du projet social européen. Les SIG en général et tout particulièrement les SIEG, sont le vecteur de la réalisation du projet social de l'UE dans la mesure où celui-ci se construit autour de la logique des SIEG qui contribue à rendre possible le partage du niveau du développement socio-économique de l'UE à tous les échelons des collectivités territoriales. C'est bien ce que semblent exprimer les rédacteurs des traités CE d'Amsterdam de 1997, TUE et TFUE de Lisbonne de 2009. En effet, en affirmant que « Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, **et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union**, (…)»[1473], les rédacteurs de ces dispositions ne font rien d'autre que d'attribuer aux SIG et SIEG, leur bâton de maréchal pour réussir cette noble mission consistant à doter l'UE d'un véritable projet social dont ils se constituent en leur qualités de service d'intérêt général, la colonne vertébrale. Le squelette du projet social semble ainsi déjà constitue à Amsterdam en 1997. Il ne reste plus à analyser ce projet au double plan de son élaboration et de sa faisabilité.

DEUXIEME PARTIE
Titre 2 :
VERTUS PROTECTRICES JURIDIQUES ET AXIOLOGIQUES DU MODEL SOCIAL UNION EUROPEEN

Titre 2 : SIEG : protection et axiologie du modèle social

> *« Avec les processus d'européanisation des services d'intérêt général, qui ont commencé au milieu des années 1980 par les grands secteurs de réseaux d'infrastructures (transports, communications, énergie), mais qui s'étend progressivement aujourd'hui aux services sociaux et de santé, au logement, à l'éducation, etc., l'Union européenne devient progressivement le cadre de définition des règles d'organisation de chaque secteur. Les directives et règlements européens dits de "marché intérieur" définissent les règles du jeu générales applicables dans tous les Etats membres, avec dans certains cas des marges d'adaptation lors des transpositions en droit national »*[1474].

De ce constat découle deux types de données. D'une part, l'on assiste depuis 1957, à la mise en place progressive, d'un arsenal juridique pour réguler les règles européennes de la concurrence. Et d'autre part, les SIEG gagnent de plus en plus de l'importance dans la société Union européenne depuis le traité d'Amsterdam de 1997. Leur régime juridique s'est considérablement étoffé ces dernières années avec les paquets Monti-Kroes et Almunia, surtout avec le dernier qui est en vigueur. De plus, l'analyse précédente de ce régime juridique fait montre de vertus de protection juridique à mettre en exergue en étudiant la régulation qui s'opère dans ce secteur. En effet, au sujet de la régulation, est « souvent confondue avec la réglementation, [alors qu'elle] **désigne les mécanismes qui établissent et maintiennent sur certains secteurs des équilibres à long terme entre le principe de concurrence et d'autres principes**, tels que la prévention des risques, l'accès aux biens essentiels, l'incitation à l'innovation, la protection de l'épargne ou celle des libertés »[1475].

Sur la base de cette définition de la régulation, l'on constate que le régime juridique des SIEG, en assurant la régulation du secteur, protège les acteurs et les consommateurs de SIEG. Cette protection est insuffisamment valorisée. Cependant, tout restant perfectible, elle existe. Il y a bel et bien dans le régime juridique des SIEG, une protection juridico-juridictionnelle offerte aux pouvoirs publics, aux opérateurs économiques et aux consommateurs (**Chapitre 1**). Par ailleurs, dans un tout autre registre, en se fondant à la fois sur les données qui ont servi à définir précédemment la notion de SIEG (première partie, titre 2, chapitre 2), et en prenant en considération leur régime juridique ainsi que la protection juridique qu'il offre, l'on peut élaborer une contribution à la réflexion sur le modèle social Union européen en construction depuis le traité CEE de 1957 (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Protection juridique du droit des SIEG

1. Sur le fondement de l'article 106-2 TFUE, l'application du principe de subsidiarité dans la détermination de l'intérêt général économique donne un large pouvoir décisionnel aux pouvoirs publics des Etats membres. Cette vérité juridique a été présenté et discuté amplement dans le titre 1er de cette deuxième partie consacrée à l'étude du régime juridique des SIEG. Ce pouvoir de décision qui part de la définition au financement des SIEG en passant par leur organisation inclus le choix de l'opérateur économique a qui ces pouvoirs étatiques entende affecter la prestation des missions de SIEG. Dès lors, il devient important que cet opérateur économique bénéficie d'un cadre juridique qui lui soit le plus protecteur possible. Il semble que de l'économie de l'ensemble du droit européen, l'on puisse affirmer qu'il existe une protection juridique de ces opérateurs qui le cas échéant peuvent s'en prévaloir dans une action contentieuse devant les juridictions de l'UE et des Etats membres. Il y a donc de ce fait une double protection juridique et juridictionnelle. Leur protection juridique est tirée essentiellement de l'application dans le droit des SIEG, d'un certain nombre de principes généraux du droit européen dont ceux de l'égalité, de la non-discrimination et de l'équivalence. L'on peut donc partir ici, de l'idée que les opérateurs économiques encore désigné par la notion d'entreprise comme précédemment précisé, bénéficie d'un certains nombre de mesures de protection issues du régime juridique des SIEG. Mais cette situation juridique n'est pas à confondre avec celle des pouvoirs publics des Etats membres qui ne sont pas oublié par les vertus protectrices du régime juridique des SIEG. Toutefois, nous présenterons dans le même volet, les protections juridique et juridictionnelles dont bénéficient les pouvoirs publics et les opérateurs économiques ses SIEG (**section 1**).

2. Puis, l'admission de la différence fondamentale entre les statuts de prestataires de service (entreprise chargé de mission de SIEG) et de consommateurs finaux qui sont à ce titre, des bénéficiaires des qui y sont services prestés, amène à étudier séparément la protection dont ils jouissent dans la mise en œuvre du régime juridique sus-analysé des SIEG. Une telle distinction de statut ressort de la jurisprudence de la CJUE. En effet, dans une affaire récente du 30 mai 2013 dite « *Dirk frederik Asbeek Brusse c/Jahani BV* » visant la protection des consommateurs dans le cadre de la passation d'un contrat de bail entre des professionnels de l'immobilier et un particulier par rapport à l'insertion de « clauses abusives », Cour de justice de l'union européenne (CJUE) a pris le soin de faire certaines distinctions intéressantes pour l'analyse de la protection dont jouissent les opérateurs économiques et les consommateurs de

SIEG. « Ainsi, bien que certaines versions font références à un contrat conclut entre un "vendeur" et un consommateur, la Cour relève que la majorité d'entre elles désigne, plus largement, le "contractant" du consommateur »[1476].

3. Prenant en compte la diversité linguistique qui caractérise l'Union européenne qui lui impose le plus de clarté possible dans l'usage des termes juridiques, il importe que pour analyser le déploiement protecteur du régime juridique des SIEG, la nature de cocontractant de la collectivité publique qu'est l'entreprise chargée d'une mission de SIEG la distingue totalement du statut du consommateurs des services offerts dans ledit cadre juridique. Ainsi est-il que nous choisissons d'étudier séparément la protection dont jouissent les consommateurs à travers le régime juridique des SIEG (**section 2**).

[redacted]

[redacted]CJUE, 30 mai 2013 dite « *Dirk frederik Asbeek Brusse c/Jahani BV* », affaire C- point …. De l'arrêt. [redacted]

[redacted] [redacted]

4. Nous distinguerons la protection juridique de l'entreprise, opératrice économique chargée de prester des missions de SIEG en vertu des dispositions des paragraphes 1er et 2e de l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE §1er et 2e) (**§2**), de celle dont bénéficient les pouvoirs publics des Etats membres dont les pouvoirs dans l'exercice de leur pouvoirs de définition, d'organisation et de financement des SIEG (**§1**).

§1 : Protection juridique des pouvoirs publics étatiques

5. La protection juridique des pouvoirs publics étatique en matière de création et d'organisation des SIEG découle principalement des termes de l'article 106-2 et 106-3 TFUE. En effet, aux termes de l'article 106-2 TFUE, ceux-sont les pouvoirs publics étatiques (Etat, régions, commune), autrement dit, les collectivités territoriales des pays membres de l'Union européenne qui définissent par qualification juridique, une mission de SIEG. L'article 106-3 TFUE, en prévoyant que « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres »[1477] ; donne un plein pouvoir de surveillance à la Commission. Mais sur le fondement des dispositions de ce troisième paragraphe, les Etats membres peuvent également saisir la Cour de justice s'ils jugent que l'adresse de la Commission est excessive ou inappropriée. Il est vrai qu'en pratique, l'usage du pouvoir de régulation de la Commission en vertu des termes de cet article 106-3 TFUE ressemble à un quasi-musellement du pouvoir discrétionnaire des États membres en matière de création de SIEG. En effet, la « veille » évoquée par ce paragraphe 3 106 TFUE est une sorte d'« encadrement » qui permet que, sur le terrain de l'erreur manifeste la Cour de justice procède soit à une requalification soit à une annulation pure et simple de la qualification juridique de SIEG litigieuse. Mais la Commission européenne ne piétine pas le pouvoir de création étatique dans la mesure où il est protégé par les droits primaire et dérivé qui retiennent l'erreur manifeste d'appréciation non pas sur l'opportunité de la création du SIEG mais que sur l'erreur qui consiste à déclarer de SIEG ce qui ne l'est pas. C'est ce que semble traduire la définition de liberté de création des SIEG par la Commission européenne. Selon la Commission, la liberté de définition des SIEG par les pouvoirs publics étatiques des États membres de l'UE est libre puisque, « *la liberté de définition des États membres signifie que ceux-ci sont les premiers responsables de la*

définition de ce qu'ils considèrent comme étant des services d'intérêt économique général sur la base des caractéristiques spécifiques des activités. La seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste »[1478].

§ 2 : Protection des opérateurs économiques

6. **Conjugaison de mécanismes juridiques étatiques et UE pour plus de protection des opérateurs de SIEG** – L'exemple qu'une conjugaison de mécanismes juridique étatiques et UE peut t'offrir un surcroît de protection et de sécurité juridique aux entreprises, opératrices économiques de SIEG sera pris dans le mécanisme juridique hexagonal du Code des marché public de 2006. En effet, la valeur de l'obligation posée par l'article 5 du Code des Marchés Public de 2006 peut se conjuguer avec des mécanises juridiques de l'Union européenne en matière de SIEG. Cette lecture ou application combinée ne peut offrir, que davantage de protection juridique aux opérateurs économiques qui y interviennent.

7. « L'article 5 du Code des marchés publics énonce que " la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision (…) en prenant en compte des objectifs de développement durable ". Cette nouveauté du Code 2006 n'a pas de base communautaire car il n'existe pas de définition des besoins au niveau des directives »[1479]. **On le sait,** les termes de cet article 5 prescrivent une « **obligation de moyen** »[1480] et non pas une « obligation de résultat »[1481]. Mais cette obligation de moyen peut être favorable à l'opérateur économique de SIEG. En effet, « la portée de l'article a été précisée par la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Economie et des Finances à l'occasion d'une question écrite posée

par le sénateur Piras (question écrite n°25167 de M. Bernard Piras, publiée dans le JO du Sénat du 9 novembre 2006, p.2793). Dans sa réponse, la DAJ indique que si le pouvoir adjudicateur a une obligation d'introduire le développement durable au moment de sa définition des besoins, il s'agit d'une obligation de moyen (c. Annexe1). Autrement dit, pour chacun de ses achats le pouvoir adjudicateur a l'obligation de s'interroger sur la possibilité d'intégrer dans son marché (spécification techniques, cahier de charges, conditions d'exécution), ou dans la procédure de passation (sélection des candidats ou critères de sélection des offres) des exigences en termes de développement durable à partir d'un seul ou de l'ensemble des trois critères »[1482].

8. De tels critères ne seront-ils pas utiles à plus de transparence dans la sélection des entreprises à charger de missions de SIEG ? Si la Commission Européenne proposait un tel guide aux décideurs publics faudrait-il voir en cela « forcément » une intrusion punissable de l'administrateur européen dans une sphère de décision souveraine des Etats membres ? Non pas forcément surtout si l'on prend le soin d'indiquer qu'il s'agit d'un guide non obligatoire. En lui enlevant tout caractère contraignant, ledit guide perd toute sa juridicité « redoutable » pour les collectivités territoriales et autres pouvoirs publics étatique. En revanche, mettre à disposition des décideurs publics étatiques les moyens pour mieux diligenter la commande publique en matière de SIEG ne saurait préjudicier à l'expression d'un pouvoir national de définition, d'organisation et de financement des SIEG. Une telle démarche comporterait, un gain pour les entreprises intéressées par la prestation des missions de SIEG. Surtout en ce que sa prise en compte au niveau national, en l'occurrence dans la rédaction des dispositions des codes de marchés publics peut avoir, l'effet important d'accroître la protection des entreprises qui font candidature à une commande de mission de SIEG. Puis cela serait pour un moment, une sorte de palliatif à effet « homéopathique[1483]» pour l'absence de base communautaire de certaines obligations ou dispositions présentent dans certains codes nationaux de marché publics dont celles prescrites par les articles 1 et 5 du CMP français. Il est admis qu'article 5 du CMP français de 2006 comporte une nouveauté en ce que « [cet article] du Code des marchés publics énonce que **" la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont**

déterminées avec précision (…) en prenant en compte des objectifs de développement durable ". Cette nouveauté du Code 2006 n'a pas de base communautaire car il n'existe pas de définition des besoins au niveau des directives »[1484] (C'est nous qui le soulignons). L'influence réciproque entre droits européens et nationaux dans tous les domaines y compris celui des marchés publics dans lequel l'on retrouve la quasi-totalité des SIEG permet qu'un tel « guide » puisse être élaborée au niveau européen et mis à la disposition des décideurs publics nationaux en matière de SIEG. Un accroissement de la lisibilité et de la transparence dans les procédures nationales selon lesquelles, les pouvoirs adjudicateurs nationaux sélectionnent les entreprises en matière de SIEG, ne peut qu'offrir davantage de protection aux opérateurs économiques.

9. À nos yeux, tous ce qui peut permettre plus de sécurité juridique pour les entreprises opérant dans le domaine public des SIEG est à promouvoir surtout que même si cela n'est pas clairement exprimé, le lien entre la conjugaison des dispositions de des articles 1er et 5e du CMP français de 2006 et celles de l'article 106 TFUE §1er est facile à déceler et ne devrait étonner. C'est le contraire de cette lecture conjuguée, dont l'on devrait juridiquement s'offusquer. En effet, lorsque l'on opère une lecture combinée des principes – égalité d'accès à la commande publique et non-discriminations -, posés par l'article 1er CMP français de 2006 avec la double nature admise de l'article 5 du même code, force est de reconnaître que les obligations juridiques qui en découlent sont « étonnement » identiques à celles qui s'imposent au pouvoir adjudicateur étatiques en matière de commandes de services de missions de SIEG. Dans les développements précédents sur le régime juridique des SIEG (chapitre 1er et 2e du titre 1er, deuxième partie), il a été souligné qu'en matière de SIEG, le principe d'égalité a pour corollaire, celui de la « non-discrimination » d'une entreprise sur la base de sa nationalité ou de sa nature juridique de SIEG. C'est exactement ce qu'une combinaison des dispositions des articles 1er et 5e du CMP français de 2006 prescrit. L'on ne devrait pas ignorer que l'article 5e CMP français de 2006 dispose que « la définition préalable des besoins est porteuse de deux objectifs. Le premier, de nature gestionnaire, vise, à délimiter avec précision la nature, le rythme et l'étendue des prestations à réaliser pour permettre une bonne gestion des deniers publics »[1485]. Ne retenant que ce premier objectif, l'on peut se demander si cela n'est pas une

subtile allusion aux préconisations cumulative des quatre critère Altmark pour l'octroie d'une aide d'Etat en matière de SIEG ?

10. On le sait, la jurisprudence *Altmark*[1486] de la Cour de justice des Communautés européenne (CJCE) datant de 2003 a donc préexisté au CMP français. Il se peut donc qu'elle ait pu inspirer les rédacteurs des dispositions de l'article 5 CMP français de 2006. Nous avons des raisons de le croire tout restant disposé à recevoir la preuve contraire, pour faire tomber cette simple présomption que nous formulons ici donc. Et si cela était encore nécessaire, ajoutons qu'en 2006, le « Paquet *Monti-Kroes* »[1487] pour les SIEG étaient déjà en vigueur depuis une année et il pouvait et devrait influencer les réglementations nationales des Etats membres dans tous les domaines des marchés publics où des SIEG sont et peuvent être définis. Rappelons-le si tant est de besoin, la France n'est pas un membre adhérent de l'UE, elle en est l'une des fondatrice. A ce titre, elle devrait être promotrice de la transposition et de l'application des directives de l'Union nonobstant l'exercice de sa liberté de reformulation. La Communauté européenne encore moins l'UE n'a prévu dans ses textes, une adhésion à la carte qui supposerait que l'Etat membre ait des droits de réserve comme cela est le cas dans certains traité internationaux.

11. On le sait aussi que l'article 5 du CMP français détermine, en plus du premier ci-dessus visé, un deuxième objectif à la définition préalable des besoins. « **Le deuxième, de nature juridique, vise à assurer le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. La définition préalable des besoins est donc à la fois un moyen à vocation opérationnelle et le substrat dans lequel s'enracine le respect des principes fondamentaux de la commande publique** »[1488] (C'est nous qui le soulignons).

12. Mettre à la disposition des pouvoirs adjudicateurs étatiques des pays-membres un guide qui les accompagne dans la navigation dans le régime juridique susvisé des SIEG qui comme nous l'avons montré est parfois, très peu évidente serait un moyen pédagogique supplémentaire à envisager. Le cas échéant, il pourrait être inclus dans le prochain « paquet » qui succédera au paquet « *Almunia-Barnier* » encore en vigueur, ou faire tout simplement

l'objet d'une directive à part entière. Si cette dernière option à double variable est retenue alors se posera avec pertinence la question de sa valeur juridique contraignante qui mettra à mal l'exercice du pouvoir discrétionnaire de définition par qualification juridique, d'un SIEG, de son organisation et de son financement de manière souveraine par les pouvoirs adjudicateurs publics étatiques des pays-membres de l'UE.

13. En définitif, sur cette question de la protection des opérateurs économiques – entreprises –, chargés de prester des services dans le cadre de mission de SIEG, un surcroit de protection juridique ne serait jamais de trop et mal venu. L'absence et le peu de sécurité juridique y ont été décriés et le seront toujours car nécessitant des actions et interventions conséquentes parfois immédiates pour éviter la rupture et/ou l'accomplissement desdites missions.

□□□□□□□ □ □□□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□ □□□□□□ □ □□□□□□ □□□ □□□

14. L'évocation de la protection juridique des consommateurs renvoie à l'idée très connue des droits civil et administratif français de la responsabilité. Ce dogme juridique sur lequel se fonde le droit à réparation prévaut en droit des SIEG (**§1**). Les utilisateurs des services fournis dans le cadre des SIG, SIEG, SIGNE peuvent être valablement tous être considérés comme des consommateurs (**§2**). L'on y répondra aussi à cette autre interrogation sous-jacente selon laquelle, si parce que certains SIG sont des services d'intérêt général non économique, il est impossible de trouver une plate-forme juridique commune à cette catégorie englobante de l'intérêt général. En somme, l'on y résoudra la double problématique de la possibilité d'avoir ou pas d'un régime juridique commun à tous les SIG d'une part et, d'autre part, tenter aussi d'y régler la question de la prise en compte ou pas de la notion de la réparation intégrale par le droit des SIEG (**§3**). Enfin l'envisagera la possibilité ou non d'un régime juridique unique de protection des consommateurs de SIG (SIGNE + SIEG) **(§4**)

§1 : Droit à la réparation dans les SIEG

15. **L'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait d'un SIEG, un moyen de protection juridictionnelle du consommateur de SIEG** – La question de la protection des consommateurs finals des SIEG se rapporte essentiellement à celle très connue du droit administratif français de la réparation des dommages subis à l'occasion de la prestation d'un service public. Mais elle ne saurait s'y limiter car elle fait intervenir une approche chère au

droit privé qui est celle de la réparation intégrale. D'ores et déjà, l'on soulignera la nécessité de préciser à la fois le but principal de nos propos et les termes juridiques qui y seront employés. Dans cette optique et en restant dans le cadre du droit des SIEG, la réparation du préjudice de SIEG s'inscrit dans le domaine de l'exercice des droits subjectifs. consommateurs de SIEG.

16. **Droits subjectif et objectif du consommateur de SIEG** – D'une manière générale, par droit subjectif, l'on désigne une « prérogative accordée par le droit et permettant d'user d'une chose ou d'exiger d'une autre personne l'exécution d'une prestation »[1489]. Il est vrai que cette représentation des droits subjectifs semble la plus adaptée à la situation juridique du consommateurs de SIEG. Mais force est de reconnaître qu'elle est quelque peu insuffisante en terme de précision car la définition qu'en donne le lexique des termes juridiques dans sa 22e édition de 2014-15 nous paraît plus complète en ce qu'elle précise que c'est le droit objectif qui accorde cette « prérogative ». En d'autres termes, il nous semble plus approprié pour le droit des SIEG de retenir que les droits dont les consommateurs se prévalent sont des « droits subjectifs [qui] sont les prérogatives reconnues aux sujets de droit par le droit objectif (c'est-à-dire par les règles de droit) et sanctionnés par lui. Ils peuvent être classés en droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux.»[1490] En se fondant sur la décision ontologique du droit européen que représente la jurisprudence Van Gend en Loos de 1963, l'on sait que les ressortissants des Etats membres tout comme ces derniers eux-mêmes sont des justiciables. Rappelons-le si cela est nécessaire qu' à la question de la Tariefcommissie néerlandaise de savoir « si l'article 12 du traité CEE a un effet interne, en d'autres termes, si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder »[1491], l'on se souvient que la Cour de justice des trois Communautés créées en 1957 à Rome a bien répondu de manière positive. L'implication juridique de cette réponse qui s'étend sans aucun doute aux consommateurs des SIEG est, que ceux-ci peuvent bien se prévaloir des droits individuels, droits subjectifs au sens du droit privé ci-dessus précisé. Cette position est bien celle de la doctrine majoritaire du droit européen même si une part reconnaît

que « cette affaire est significative des malentendus qui pouvaient jusque-là être entretenus au sujet de la normativité et de la justiciabilité[1492] du droit communautaire »[1493].

17. **Divergences et insuffisances des régimes nationaux de réparation des préjudices causés à l'occasion d'un service public** – Cette précision faite, l'on se doit aussi d'entrée de jeu de déterminer notre angle d'approche dans les développements que nous consacrons à cette importante question de la protection du consommateur. Concernant l'objectif majeur de nos développements dans ce cadre précis, il consistera à éviter aux consommateurs des prestations de SIEG, un maniement pratique délicat, hasardeux voire discordant d'un État membre à l'autre du mécanisme protecteur que leur offre le régime juridique déjà présenté. La divergence des pratiques juridiques en cette matière s'inscrirait dans la navigation contre-courant des effets d'harmonisation des droits internes que vise la transposition des directives de l'UE. L'on sait que de l'aboutissement du mécanisme de transposition des règles édictées par les institutions de l'Union dépende, la cohérence du droit de l'UE et la sécurité juridique dans son espace géographique.

18. **Uniformisation du mécanisme de protection des consommateurs de SIEG, un véritable gain en temps, en argent et en traitement équitable des victimes des faits d'une activité de SIEG** – Partant de cette considération, l'on conçoit que le défaut de transposition d'une directive de l'UE par l'un de ses Etats membres puisse et doive être punit par « recours

en manquement sur manquement » [1494] – procédure contentieuse –, procédure juridictionnelle au demeurant non systématique car tributaire de l'échec de la tentative de dissuasion et d'encouragement de l'Etat membre à « rattraper » le retard[1495] mis dans la transposition. Ce mécanisme d'harmonisation qui dans une certaine mesure et surtout, si elle est très poussée, pourrait aboutir à une uniformisation ou autonomisation du droit des SIEG, nous semblerait impossible en dehors d'une conjonction des apports de la doctrine et de la jurisprudence. En d'autres termes, ne pas articuler les constructions théoriques et jurisprudentielle reviendrait à « casser de l'eau » sauf à admettre que le droit positif se suffirait et qu'il n'aurait aucunement besoin de saisie abstraite alors même qu'il nous semble qu'il n'est pas assez suffisant de marteler et surtout y insister, les droit et logique des SIEG sont porteurs d'un projet social. Lequel réside dans le rapport à l'intérêt général qui transparait de l'économie des dispositions de l'article 106 TFUE (ex-article 92 CEE). Nous y reviendront plus amplement dans nos prochains développements (chapitre 2, titre 2, partie 2 ci-après). Toutefois, il nous semble nécessaire de ne pas se méprendre sur la représentation que les rédacteurs des dispositions de l'article 92 CE ont entendu, donner de l'intérêt général dans ce concept juridique en pleine mutation vers une notion juridique comme l'ensemble de nos présents travaux milite à le faire admettre. Les SIEG ont été doté à travers ce texte fondateur d'un principe politico-philosophique que la doctrine tente de manière quelque peu hasardeuse de s'approprier depuis 1997. En optant pour un intérêt véritable et par une approche scientifique dont seul la doctrine du droit en a le secret, elle éclairera les errances jurisprudentielles dans la construction du droit des SIEG. Un seul exemple parmi nombre d'imprécisions jurisprudentielles que l'on pourrait recenser, en cette matière suffirait à se convaincre de l'utilité de l'apport éclairant de la doctrine dans la conceptualisation de ce droit en plein développent depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997. En effet, il nous semble un peu décevant que la CJCE puisse juger dans l'arrêt Bertrand[1496] du 21 juin 1978 dit affaire 150/77, de manière floue qu'il existe en droit des SIEG, une confusion entre l'acheteur et le consommateur.

19. **Navigation malaisée entre « acheteur », « consommateur » et fournisseur de prestations de SIEG** – La délicatesse de la navigation entrer « acheteur » et « consommateur » dans ce domaine précis, ne nous semble pas une raison suffisante à entretenir des approximations terminologiques quand l'on sait le rôle pédagogique que joue les arrêts de la Haute juridiction de l'Union européenne. De sa téléologie dépend la bonne ou mauvaise compréhension et /ou application de l'entier droit de l'UE. Ce positionnement au sommet de la hiérarchie juridictionnelle de l'Union dont le plus bas niveau se retrouve dans les juridictions internes aux Etats membres, d'une part. Et, d'autre part, l'impact structurant du raisonnement juridique des décisions rendues par cette haute instance ne s'accoutume que très peu ou pas du tout à de telles approximations juridiques. On le sait, le juge de droit commun de l'architecture juridique très spéciale de l'Union est le juge interne qui ne devrait pas être dans la confusion terminologique lorsqu'il applique le droit de l'Union dans une affaire pendante devant sa cour. On le sait, pour la science juridique, ces deux termes sont juridiquement très chargés et clivés. D'un côté l'on a l'acheteur qui en droit privé en général et tout particulièrement dans le droit de la vente est un acheteur « dans le contrat de vente, celui qui achète ; acquéreur à titre onéreux »[1497]. De l'autre, l'on a le consommateur sont chargés de beaucoup de telles confusions.

20. Fort heureusement, quinze années plus tard, la CJCE a revu sa copie, dans une autre affaire dite « du 19 janvier 1993. En effet, dans cette espèce où il s'est agit d'une vente à tempérament, la Cour de justice prenant le contre de son raisonnement de 1978 précité, a consacrée cette fois-ci, une conception restrictive du consommateur en interprétant la directive du conseil CEE n°93/13 du 5 avril 1993. Dorénavant, que ce soit en matière commerciale, ou dans le droit de la concurrence ou encore et par extension, dans celui des SIEG, la jurisprudence considère de manière *stricto sensu*, la notion de consommateur « en décidant de la limiter, d'une part, au consommateur final privé non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles[1498] et, d'autre part, uniquement aux personnes

physiques »[1499]. Mais cette conception jurisprudentielle restrictive, bien que plus acceptable que celle où « acheteur » et « consommateur » sont identiques, reste largement insatisfaisante en droit et en pratique.

21. **L'acheteur d'un service d'un bien n'en est ^pas forcément le consommateur, qui protéger dans ce cas ?** – Insatisfaisante en droit parce que nul ne peut soutenir que l'on ne puisse pas acheteur pour quelqu'un d'autre parce qu'il n'existe aucune obligation faite à un acheteur de consommer lui-même obligatoirement[1500], un bien acquis. L'on peut se porter acquéreur pour le compte d'une autre personne. Dans la pratique, sauf à poser une présomption irréfragable[1501] donc impossible d'être renversée par la preuve contraire, tous les biens achetés ne sont pas consommable ou ne le sont pas par l'acheteur lui-même dès lorsque

que comme cela a été précédemment rapporté, l'on puisse se porter acquéreur pour autrui. En d'autres termes, dans les deux hypothèses, il peut donc arriver qu'« acheteur » ne soit pas équivalent à « consommateur ». Or, la Cour de justice depuis 1978, ne s'embarrasse pas outre mesure de distinguer le consommateur de l'acheteur ou de l'usager de SIEG pourvu qu'il se présente comme un consommateur final. En effet, dans le droit des SIEG, la Cour de justice de l'Union européenne use alternativement des deux terminologies pour désigner le consommateur de SIEG. La distinction doctrinale serait à l'égard de la jurisprudence de la CJUE, une pure rhétorique sans aucune conséquence sur la situation du consommateur de SIEG. Mais l'on est en droit de se demander si la démarche intellectuelle de la CJUE est recevable et résiste à une analyse scientifique. En d'autres termes, une distinction de l'usager du consommateur de SIEG ou une réunion des deux pour désigner un usager-consommateur est-elle dénuée de toute utilité ?

§2 : Consommateurs SIG, SIEG, SIGNE

22. C'est en 2000 que pour la première fois, la Commission européenne va introduire dans le vocabulaire juridique de l'Union, la terminologie de service d'intérêt économique général non-économique (SIGNE)[1502]. En effet, la notion de Service d'Intérêt Général non économique ou « SIGNE » a été utilisée pour la première fois par la Commission européenne dans communication dans sa communication du 19 janvier 2000 (voir : JO C 17 du 19.1.2001, p. 4 (paragraphes 28 à 30)). Puis la Commission européenne l'a davantage précisée dans son livre vert relatif aux SIG. Voir : Bruxelles, 21.5. 2003 COM (2003) 270 final, point 45.

23. L'introduction de cette nouvelle terminologie a pour conséquence la consécration d'une distinction entre deux grandes catégories de SIG. D'un côté ceux, marchands ou SIEG et ceux, plus nombreux mais non-marchands auxquels renvoi la terminologie de SIGNE. Nous avons ainsi, la représentation des SIG selon Commission qui privilégie l'isolement de la

[1502]

catégorie caractérisée par son économicité. Selon l'économie des disposition de l'article 106 § 2e TFUE, cette catégorie de SIEG marquée par son économicité est soumise à l'application par principe, aux règle de la concurrence et les pouvoirs publics ne peuvent les soustraire que par l'application du droit de l'UE qui autorise l'exception du « in house ». Cette distinction permet de ce point de vue d'avoir plus de visibilité et de lisibilité sur chacune des deux grandes distinctions de SIG non marchand ou SIGNE et des SIEG. Mais la question de la pertinence de cette distinction reste entière en ce qui concerne la protection des consommateurs des services publics prestés dans chacune d'elles. Dès lors, nous pouvons d'abord étudier la pertinence de la distinction SIEG et SIGNE dans la protection juridique des consommateurs finaux de SIG, SIEG et SIGNE. Puis, nous analyserons la double problématique de la démarche juridique adoptée en droit des SIEG pour la réparation des dommages subis par les consommateurs d'une part. Et d'autre part, nous étudierons la place de réparation intégrale dans l'indemnisation d'un préjudice subit par un consommateur final à l'occasion d'un SIEG. Enfin, nous terminerons ici par une réflexion sur l'existence ou non d'un régime juridique commun de protection des consommateurs de SIEG et de SIGNE.

24. **Protection du consommateurs de SIG, SIEG et SIGNE, un consommateur et non pas un usager de service d'intérêt généra**l – À travers sa précision de sa terminologie utilisée pour la première fois en 2000 dans sa communication précité, en la précisant par la suite non plus par une communication mais cette fois dans son livre vert de 2003 relatif aux SIG aussi susmentionné, la Commission européenne a opéré « sa » distinction des SIGNE des SIEG. C'est donc dans ce livre vert que la Commission s'essayera à un exercice définitionnel des terminologies SIG, SIEG et SIGNE qui mérite quelques remarques. D'abord nous considérons que le droit des SIEG étant pleine élaboration cette esquisse de clarification de ces notions qui y sont très importantes come l'ensemble de nos développement dans notre présente étude en atteste, pourrait de ce point de vue être reçue comme une ébauche loin d'être aboutie. Puis et c'est cela notre deuxième remarque, l'apport de la doctrine dans cette démarche pédagogique est souhaité car nus la pensons rompue à ce type d'exercice intellectuel de haut niveau. C'est la raison pour laquelle, à ce niveau, il nous a semblé utile voire nécessaire d'en appeler à la lumière doctrinale en sollicitant des analyses doctrinale sur cette distinction faite par la Commission européenne. Notre choix ici de ne retenir qu'une contribution est clairement arbitraire, nous l'avouons mais il est justifié par notre adhésion complète à celle-ci.

25. **La Doctrine précédée par la Commission dans l'analyse sémantique juridique des terminologies du droit des SIEG** – En effet, après le premier emploie du vocable de service d'intérêt général non-économique sous la plume de la Commission européenne en 2000, la doctrine n'est pas restée insensible à cette invention de concept juridique car destiné à un emploi certain en droit des SIEG. Ainsi, en 2010, une étude approfondie de la distinction entre les services d'intérêt économique général et les services d'intérêt général non-économique faite par le professeur Gabriel Eckert[1503] nous semble suffisante car remarquable pour en comprendre les tenants et aboutissants. Nous y reviendrons mais avant, nous marquerons notre étonnement face à ce que nous qualifions de réaction tardive de la doctrine à cette création de concept. Comment comprendre qu'il se soit écoulé une décennie entre son premier emploi en 2000, par la Commission européenne et la publication en 2010 de cette analyse doctrinale significative ? De quelle utilité pourrait-être ce silence observateur de la doctrine en droit européen des SIEG ? L'analyse recherchera dans la construction du droit français du service public, des éléments de réponses à ces questions.

26. **Leçons apprises de l'apport doctrinal dans la systématisation des droits administratif et du service public français et dans la construction du régime de la responsabilité de l'administration des faits de ses activités** – Le droit des SIEG est pour autant, le domaine de l'intérêt général en droit européen ou français du service public. L'histoire du droit français du service public nous renseigne que tout au long de sa construction, celui-ci a constamment bénéficié de l'apport conceptuel appréciable de la doctrine du droit administratif. Deux exemples suffisent à en attester.

27. **Le premier est l'apport doctrinal dans la construction du droit français du service public par précision d'une interprétation et d'une construction jurisprudentielle remonte à l'affaire du « Bac d'Eloka » de 1921 –** Lorsqu'en 1921, dans ses conclusions sur l'affaire « *Bac d'Eloka* »[1504], le commissaire du gouvernement Matter proposa la distinction SPA et SPIC. On le sait, suivant les conclusions ces conclusions, le Tribunal des conflits décida que la compétence de la juridiction devant trancher ce litige était fonction de la nature

du Bac. Pour rappel, l'on sait que dans cette affaire, la Société de transport de l'Ouest-Africain reprochant à la colonie de Côte d'Ivoire, un défaut d'entretien du Bac que cette dernière exploitait pour assurer la traversée de la lagune. Ce défaut d'entretien serait selon ladite société, à l'origine de l'accident subit par l'un de ses camions. Par la suite, par un arrêté en date du 13 octobre 1920, le lieutenant-gouverneur de la colonie de la Côte d'Ivoire a, en application de l'ordonnance du 7 septembre 1840, du décret du 10 mars 1893, du décret du 18 octobre 1904 ; et sur les fondements des décrets des 5 août et 7 septembre 1881, des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III et de l'ordonnance du 1er juin 1828 et la loi du 24 mai 1872 a élevé le conflit d'attributions dans l'instance pendante, devant le juge des référés du tribunal civil de Grand-Bassam, entre la Société commerciale de l'Ouest africain et la colonie de la Côte-d'Ivoire » en saisissant le Tribunal des conflits afin de déterminer la juridiction compétence pour connaître de cette affaire.

28. Le tribunal des conflits ainsi saisi, ira dans le sens des conclusions du Commissaire du gouvernement ci-dessus annoncées décidé que « **considéran**t, d'une part, **que le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public** ; d'autre part, **qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire** ; (…) **en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué »**[1505] (C'est nous qui les soulignons).

29. La doctrine française du droit administratif en générale et particulièrement, celle du droit du service public ne sont pas restées silencieuses, encore moins contemplatrices de cette création jurisprudentielle de catégories distinctes de service publics. Il s'en est suivi débat juridique hautement relevé où s'est exprimée l'hostilité de la doctrine face cette audace jurisprudentielle.

30. **Le deuxième exemple est plutôt l'œuvre de la doctrine elle même** – En effet, toujours en droit français des services publics, l'on a aussi, l'immense apport conceptuel réalisé par Louis Rolland connu comme les « *Lois de Rolland* »[1506] du service public. Ces

« Lois de Rolland » ont été la trame de fond de notre pensée lorsque nous avons abordé dans le présent chapitre, l'importance des « Lois européennes de Rolland »[1507] pour la protection des droits des consommateurs de SIEG.

31. **Les « lois européennes de Rolland », une protection juridique des intérêts des consommateurs de SIEG** – On le sait, à la suite de nos développements susvisés sur la question des « Lois européennes de Rolland », que celles-ci génèrent dans le chef des consommateurs finals de SIEG, à défaut de n'être elles-mêmes tout simplement des droits reconnus aux consommateurs de SIEG que par l'arsenal juridique ce ces services spéciaux d'IG se doit aussi de protéger. Dès lors que l'on admet que ces « lois européennes de Rolland » sont effectivement des droits des consommateurs des SIEG – cela est notre position –, leur protection juridique et leur invocabilité devant les juridictions compétentes s'imposent. Il n'en va pas différemment dans la mesure où, il nous semble qu'un droit n'existe réellement et ne vaut comme tel que s'il est assorti d'une force contraignante découlant de la protection effective juridique qui permet son invocabilité devant une juridiction. Le défaut d'une force contraignante, laisse tout droit formulé au rang d'une simple une vue de l'esprit. Nous précisons que par juridiction, nous ne visons pas celle dite arbitrale censée encourager le règlement amiable des litiges entre des parties. Nous entendons par juridiction, un tribunal en formation contentieuse dans la mesure où, même si l'on admet que le plus mauvais des

arrangements amiables vaut mieux que le meilleur des procès[1508], nous pensons que seule la protection juridique des droits des consommateurs de SIEG pouvant donner lieu à un contentieux devant le juge peut, décourager les velléités de leur violation par des opérateurs économiques chargés par les pouvoirs publics des Etats-membres de l'UE de prester des missions de SIEG. Si un tel contentieux n'est pas envisageable, nous pensons impossible la réduction du fossé existant entre les opérateurs économiques et les consommateurs finals de SIEG. N'oublions pas que les consommateurs finals de SIEG sont la partie faible à protéger contre les injustices des opérateurs économiques ou préjudices causés que ceux-ci pourraient leur causer.

32. **Ces précédents peuvent-ils interpeller la doctrine du droit des SIEG en matière d'élaboration d'un véritable droit de la responsabilité des entreprises chargées d'une mission de SIEG ? –** Ces deux exemples tirés de la riche histoire de la construction du droit français des services publics sont à l'origine de notre interrogation portant sur l'attitude « attentiste » ou le long silence doctrinal susvisé de la doctrinale du droit des SIEG. Elle d'autant plus étonnante que dans ce même droit, à la suite du nouveau *paquet Almunia* de la Commission européenne entrée en vigueur en janvier 2012, la doctrine a fait preuve de sa capacité à vite réagir pour éclairer de ses analyses, les audaces juridiques de la Commission européenne. On le sait en 2012, deux importantes analyses doctrinales ont été consacrées au nouveau paquet. Des auteurs ont très vites analysées de manière très remarquable, le nouveau paquet. Ainsi, pour Gregory Kalflèche et Jean-Gabriel Sorbara, au sujet « [d]es compensations de service public du Paquet Almunia, [il n'y a qu'] une obscure clarté »[1509]. Cet avis semble ne semble pas être pas partagé par le professeur Michaël Karpenschif, qui a plutôt orienté ses analyses du *paquet Almunia* dans le sens de savoir si les objectifs de simplification et de sécurisation du financement des SIEG visés par la Commission européenne dans ce nouveau paquet étaient atteints[1510]. Ces deux études nous ont servies[1511] de bases d'étude du régime juridique des SIEG post-Almunia tout comme d'autres contributions importantes sur d'autres aspects du droit des SIEG y ont renvoyé. Ainsi, nous pouvons retenir entre autres, l'analyse des « marchés, concessions, SIEG, *in House*… Les nécessaires ajustements européens des collectivités territoriales françaises. Des entités infra étatiques stratèges au service d'une conception renouvelée de l'application des règles de concurrence » par le professeur Pierre-Yves Monjal. Dans cette étude qui intéresse le droit des SIEG, l'auteur souligne à raison, la limpidité[1512] de ces deux contributions la lecture du « *paquet Almunia* ».

33. Ces apports éclairants de la compréhension du *paquet Almunia* de 2012 nous permettent de souhaiter que la participation de la doctrine dans la construction du droit des

SIEG soit plus soutenue et diffère de son silence d'une décennie allant de 2000 à 2010 concernant la distinction SIGNE et SIEG. Surtout qu'à ce silence doctrinal surprenant, nous ne trouvons aucune justification. Toutefois, nous admettons que bien que tardive, la contribution du professeur Gabriel Eckert précédemment citée, reste très importante au point de nous servir de base de réflexion sur l'importance de cette distinction pour le mécanisme de protection juridique des consommateur de SIEG. En effet, la jugeant limpide, nous souscrivons à l'entièreté des arguments et remarques conclusives de l'auteur dans cette étude. Nous en reprendrons à notre compte, quelques uns avant de donner notre avis sur l'importance que cette distinction des concepts de SIGNE et de SIEG revêt pour les consommateurs des prestations fournies dans les missions que réalisent les derniers.

34. Pour le professeur Eckert et nous nous y souscrivons totalement, que « si le droit communautaire considère que le marché constitue le mode normal de satisfaction des besoins sociaux, il n'ignore pas que ce n'est pas le seul. Il est ainsi admis que le marché connaisse des défaillances justifiant que la Puissance publique crée des SIEG[1513], exemple, en mettant à la charge d'opérateurs économique des obligations de service public et en compensant leur coût[1514]. Plus encore le droit communautaire admet que, dans certains cas, un Etat recourt, pour satisfaction d'un besoin d'intérêt général, à un processus de production extérieur au marché et échappe, de ce fait, au droit du marché. Tel est précisément l'objet et le sens de la notion de SIGNE »[1515].

35. **Une obscure clarté de la distinction SIG, SIEG et SIGNE non préjudiciable à la protection juridique des consommateurs des services prestés dans ces trois cadres** – À la précédente remarque du professeur Gabriel Eckert sur la Directive 2002/22/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques ; nous soulignons le clair-obscur de la distinction entre SIG, SIEG et SIGNE qui en transparait. En effet, le Parlement et le Conseil européens dans cette directive, se sont livrés à un exercice définitionnel malaisé.

Au risque de marquer notre insatisfaction du résultat atteint en matière de clarification, nous découvrons qu'à la lecture de la distinction opérée par la Commission entre ces deux catégories d'intérêt général dans cette directive, nous pensons l'exercice intellectuelle inaboutie. Elle comporte une zone d'ombre qui le rend d'une obscure clarté. Ceci, malgré le fait que l'administrateur de l'Union européenne ait pris le soin – cela est louable –, d'inclure sa nouvelle catégorie de SIGNE dans le grand ensemble englobant des SIG où étaient déjà les SIEG. Pour nous, le clair-obscur dans la finalité de clarification et de précision que vise la distinction SIGNE et SIEG réside dans le fait que la directive dont l'objectif est très appréciable laisse tout de même, une difficulté non résolue. Où se trouve la frontière entre les deux ? S'agit-il d'une délimitation étanche ou poreuse ?

36. **Non étanchéité de la frontière de la distinction entre les SIGNE et les SIEG** – Se fondant sur les termes du de l'article 2[1516] du Protocole 26 sur les SIG, la Commission européenne range dans la catégorie des services d'intérêt général non économique , des qui « répondent aux besoins des citoyens vulnérables et se fondent sur les principes de solidarité et d'égalité d'accès. **Ils peuvent être de nature économique ou non économique.** Il s'agit par exemple des systèmes de sécurité sociale, des services de l'emploi ou des logements sociaux »[1517]. En ajoutant que ces services sociaux peuvent être économique ou non économique, la Commission rend poreuse, la frontière entre ces deux catégories de SIEG. Et, elle va plus loin en affirmant « afin de moderniser les services sociaux et de les rendre mieux adaptés aux besoins en constante évolution, aux défis sociétaux (le vieillissement de la population, par exemple) et aux contraintes financières, **les autorités nationales diversifient davantage la façon dont ces services sont organisés, fournis et financés** (décentralisation accrue, sous-traitance de certaines tâches à des fournisseurs de services privés, à but lucratif ou non-lucratif. Par conséquent, **un nombre croissant de ces services entrent dans le champ d'application des règles communautaires** de la concurrence et du marché intérieur »[1518](Soulignée par la Commission européenne).

37. Le fait qu'un service social puisse être soumis aux règles européennes de la concurrence est une preuve suffisante de son économicité alors même que l'absence de but lucratif devrait lui ôter la nature marchande. Il s'agit d'un zeste d'économicité qui change tout, au point de les positionner à l'intersection des deux catégories. L'on s'en aperçoit que la délimitation tranchée entre SIGNE et SIEG est loin d'être évidente et aisée.

38. Par ailleurs, en poussant notre analyse de cette directive, il apparaît que la préoccupation de la Commission européenne n'est pas tant la distinction tranchée entre les deux catégories de SIG. La démarche intellectuelle à affiner – encore perfectible –, répond davantage de l'objectif visé par la Commission qui est de ne pas réduire en peau de chagrin le domaine d'application par principe des règles du droit européen de la concurrence qui est celui des SIEG. En créant cette catégorie de SIGNE, la Commission vise plutôt à imprimer une logique simple. Tous ceux des SIG qui ne peuvent être non marchand car SIGNE, sont d'emblée des SIEG donc soumis à la compétitivité dans le but de maintenir la duo inséparable du droit des SIEG – sauf exception encadrée du *« in house »*[1519] –, service d'intérêt général rendu à prix compétitif.

39. Comprise de cette manière, la distinction SIEG et SIGNE est très importante pour la mise en œuvre du mécanisme de protection juridique des consommateurs finals des SIEG. Les bénéficiaires des SIGNE sont exclus des droits privilégiés découlant de leur statut de consommateurs que leur reconnaît le droit des SIEG. Ces droits privilégiés sont tirés de l'application des règles du droit de la consommation, de très loin plus protecteur de ces derniers. À catégorie différente, statut distinct de bénéficiaires, ceci, conséquemment ne permet pas de superposer les consommateurs de SIEG et les bénéficiaires de SIGNE. Un seul individu peut se retrouve à la fois dans la posture d'un usager de SIGNE et de consommateur de SIEG ou alternativement. Sa situation juridique est différente lorsqu'il se retrouve dans l'un ou l'autre des deux cas de figure. Il nous semble donc juridiquement inacceptable de forcer le droit des SIEG à régir la situation du bénéficiaire de SIGNE alors même que la nature de la prestation du service d'intérêt général dont fait usage ne le permet pas. Il s'agit d'une question de bon sens qui s'impose aussi au droit.

40. La distinction ci-dessus visée est donc à nos yeux pertinente puisqu'elle nous permet de faire deux remarques. **La première** est qu'i nous semble logiquement inconcevable que la protection juridique dont jouissent les consommateurs finals des SIEG bénéficie aux bénéficiaires des SIGNE car les deux types d'usagers de ces SIG ne sont pas dans le même cadre juridique. Toutefois, à l'impossible nul n'est tenu et encore moins le droit ne doit régir des situation juridique impossible – parce que non dument prévue –, mais le législateur de l'UE peut ainsi en décider et cela sera tenu pour droit dit.

41. **La deuxième remarque** est de l'ordre d'un fiction juridique que nous nous autorisons en supposant que le plaidoyer de certains auteurs en faveur d'une généralisation de l'économicité des de tous les SIG à l'exception de ceux classiquement reconnus comme régaliens dont la police, par exemple. Nous pensons que ce plaidoyer mérite une attention soutenue de la part de la Commission européenne en premier et par la suite du législateur de l'UE. Nous proposerons dans ce sens que même pour les SIGNE, un prix référentiel soit fixé tout comme l'initiative de Bamako de l'OMS a décidé qu'il n'y ait plus de soins de santé gratuit pour tous les usagers des services de santé à travers le monde nonobstant le statut avéré de démunis de certains d'entre eux ; ainsi, cette déclaration de Bamako a instauré le principe du ticket modérateur qui suppose le paiement d'un montant qui peut être dérisoire mais dont l'effet sur la conscience et le comportement des malades est mesurable par le fait qu'il suffit à décourager la non observance des traitements médicaux. Parce que le malade aura payé le moindre pris pour son traitement, il ne voudra banaliser son investissement. Pour les SIGNE, la fixation d'un prix référentiels qui n'exclue pas la compensation sous formes d'aides d'Etat qui sera plus importante dans ce type de SIG parce que non marchand, permettra l'applicabilité de la logique diptyque des SIEG (haute qualité de services prestés à prix compétitif) qui au demeurant, est très profitable aux consommateurs finaux de SIEG. Parce qu'il seront de ce fait dans la même position juridique que les bénéficiaires de SIEG, ils pourrons s'attendre à des prestation de qualité et s'il subisse quelque préjudice ou dommage du fait de la prestation des SIGNE, ils pourront valablement se prévaloir de la protection juridique qu'offre le droit des SIEG.

42. **Satisfaction et protection des consommateurs de SIEG identiques indifféremment de la catégorie du SIG** – Sur le fondement des jurisprudences Höfner[1520] du 12 avril 1994,

Pavlov[1521] du 12 septembre 2000, Firma Ambulanz Glöckner du 25 octobre 2001 et surtout en tenant compte des dispositions de l'article 106-2 TFUE et du Protocole numéro 26 sur les SIG annexé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009, les activités non économiques ne sont pas perçues *lato sensu*. L'analyse s'accorde avec le professeur Gabriel Eckert à reconnaître que « les acticités non-économiques sont (…) appréciées de manières très restrictives. Outre les activités d'autoprestation[1522], elles englobent, en premier lieu, les activités d'autorité publique, consistant dans des missions de réglementation, de police, de contrôle et de tutelle[1523], y compris lorsqu'elles sont assurées par un organisme délégué agissant pour le compte de l'Etat et, en second lieu, les régimes de protection sociale dont l'organisation est régie par un principe de solidarité. (…) La portée de cette solution est considérable car rien d'indique quelle qu'elle doive être limité au seul domaine d'application de la protection sociale. Au contraire, elle a une vocation générale. Celle que consacre la notion de SIGNE, conçue comme l'ensemble des hypothèses où la puissance publique a décidé d'organiser la satisfaction des besoins de la population en recourant à des techniques qui excluent toute considération de marché. Ainsi comprise, la notion de SIGNE n'est pas sans rappeler celle de service public, tout au moins à ses lointaines origines, c'est-à-dire dans le cadre de la pensée solidariste »[1524].

43. Il nous semble que notre fiction juridique ne reste pas une simple vue de notre esprit, il pourrait être une piste de réflexion pour les constructeurs du droit européen. Surtout si le projet social européen auquel nous consacrerons les développements du dernier chapitre de votre modeste réflexion sur la notion des SIEG – souhaitons-le –, voyait le jour. En attendant cette belle occurrence, il nous semble que réfléchir à la place que les créateurs et acteurs du

droit des SIEG réserve ou accorderait à la réparation intégrale dans l'indemnisation des préjudice ou dommage subis par le consommateur final des SIEG est moins de l'ordre d'une simple vue d'esprit.

44. **Conception du droit à la réparation de la Commission européenne aux antipodes de notre raisonnement précédent** – « (…) Le droit à réparation conféré par le droit de l'Union s'applique de la même façon aux infractions aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne commises par des entreprises publiques et des entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »[illegible] Dès lors, la Commission ne semble pas distinguer entre le consommateur de SIG, de SIEG et de SIGNE en matière de droit à la réparation ; Cela tient à une logique que l'on peut comprendre mais si nous préférons un véritable droit à la réparation des dommages causés des faits ce ces trois catégorie de service d'intérêt général. Surtout à en croire le raisonnement de la Commission européenne pour laquelle, « le droit, inscrit dans le droit de l'Union, à réparation d'un préjudice résultant d'infractions au droit de la concurrence de l'Union et au droit national de la concurrence exige de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit. La nécessité de moyens de recours procéduraux effectifs découle également du droit à une protection juridictionnelle effective prévu à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne et à l'article 47, premier alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les États membres devraient assurer une protection juridique effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[1526].

45. **Sanctions des infractions au droit de la concurrence sur l'initiative de la sphère privée, quel prisme retenir pour les préjudices causés à l'occasion d'une mission de SIEG ?** – « Les actions en dommages et intérêts ne sont qu'un élément parmi d'autres d'un système efficace de sanction des infractions au droit de la concurrence sur l'initiative de la sphère privée, et d'autres voies de recours s'y ajoutent, telles que le règlement consensuel des litiges et les décisions de mise en œuvre par la sphère publique qui encouragent les parties à

[illegible]

assurer une réparation »[1527]. L'on peut deviner que pour la réparation des préjudices du fait des SIEG, seul le droit interne pouvant régenter des cas similaires sera appliqué. Mais cette solution signifie pour nous, le minimum est préférable au pas du tout alors même qu'un véritable droit à la réparation des dommages causés à l'occasion d'une mission de SIEG peut être élaboré dans une coconstruction (CJUE, Commission européenne et doctrine du droit européen). Ce véritable droit harmonisé, pour tous les États membres de l'UE permettra entre autres, d'éviter des disparités et des inégalités de traitement des victimes sur lesquelles, l'analyse reviendra lorsqu'elle étudiera la question de l'application de la réparation intégrale en matière de SIEG.

§3 : De la réparation intégrale en droit des SIEG

46. **Etat de lieux de la conception et de la mise en pratique de la réparation intégrale dans les cultures et pratiques juridiques juridique dans certains Etats membres de l'UE et de la Suisse** – Cette connaissance de la situation réelle en cette matière permet de s'apercevoir qu'il existence des disparités en cette matière. Partant de l'idée qu'il est admis et recherché dans les cultures et pratique des pays démocratiques dignes de ce nom, une juste réparation des préjudices subis et dûment constaté, intégrer la réparation intégrale dans la réparation des dommages de SIEG serait concevable car l'Union est formé de pays démocratiques. Autrement dit, si l'on admet et il n'en va pas différemment que tous les vingt huit pays que compte à ce l'Union sont démocratiques et pratique le principe de la juste réparation des préjudice subis alors, en matière de réparation des préjudice de SIEG, le clivage des conceptions et pratiques de la réparation intégrale se présente comme intolérable (A). Par la suite, en étudiant l'attrait qu'exercent, les conceptions et pratiques américaines (USA) et canadiennes de la réparation intégrale sur certains droits internes aux Etats membres dont la France, il nous semble qu'il serait indiqué que l'Union est une position claire en cette matière (B). Enfin, nous pensons que dans le domaine des SIEG, en tenant compte du principe politico-philosophique qui sous-entend une logique de société voire un projet social, il y a la nécessité d'une conception de la réparation intégrale propre à l'Union européenne (C).

A- Le clivage intolérable de la réparation intégrale en droit des SIEG

47. Un bref état des lieux qui n'a aucune prétention à l'exhaustivité, nous le concevons comme indicatif de quelques cultures et pratiques de la réparation intégrale dans quelques pays de l'UE (1) précèdera notre prise de position contre le maintien intolérable des conceptions divergentes en cette matières (2).

1- La réparation intégrale dans quelques pays UE et en Suisse

48. **Une première étude réalisée sur dix années offre des éléments d'appréciation** En 2012 est publié l'étude comparatiste de droits nationaux réalisée auprès d'universitaires de renoms et d'institutions judiciaires de quinze pays européens dans la majorité est membre de l'UE. Cette étude inédite dirigée par les professeurs Fabrice Leduc et Philippe Pierre est forte éclairante car révèles les divergences et les convergences de ces quinze pays en matière de culture et pratiques de la réparation intégrale des dommages. Le titre est très évocateur d'une analyse de droits comparés dans la mesure où il est formulé comme suit : « La réparation intégrale en Europe : Études comparatives des droits nationaux »[1528]. Tout en recommandant cette étude pour l'approfondissement des analyses sur la question, nous en retiendrons que quelques extraits étant entendu que l'objet de notre thèse recherche n'est l'étude de cette importante et intéressante question de droit civil donc de droit privé en ce qui concerne le droit français où à l'opposé du droit européen il y a encore la *summa divisio*[1529] des disciplines. Au sujet du non cloisonnement du droit européen, le Professeur Laurence IDOT a montré à juste titre qu'en ce qui concerne le droit européen de la concurrence, une division droit public et droit privé est impertinente[1530].

49. La synthèse de cette étude scientifique servira de base de nos analyses car « pour la

première fois à l'échelle européenne, une enquête permet de synthétiser le principe de la réparation intégrale du dommage. Cette étude met en lumière les convergences et les divergences des différents droits nationaux »[1531].

50. **Des choix subjectifs de remarques mais justifiés par leurs éclairages du propos en cette matière** – En admettant que notre choix délibéré soit discutable, nous l'assumons totalement et nous reprendrons certains des constats, résultats et analyses effectués par cette équipe[1532] de chercheurs pour notre état des lieux sur la réparation intégrale des dommages dans l'UE dont quatorze Etats membre ont participé à l'étude en plus de la Suisse qui est tout de même un partenaire de l'Union dans les accords de Schengen qui ont créé l'espace Schengen[1533].

51. En ce qui concerne le droit des SIEG, l'on peut souligner le fait qu'en application des accords Schengen, le bénéfice des prestations de SIEG s'étend donc aux ressortissant des pays associés à ces accords lorsqu'ils séjournent dans l'un des Etats membres de l'UE. Ils sont a ce titre concerné par le droit des SIEG et donc peuvent jouir de la protection juridique offerte par le régime juridique des SIEG lorsqu'ils en deviennent des consommateurs pour une durée plus ou moins longue.

52. Pour l'état des lieux concernant la notion de la réparation intégrale en droit de l'UE, l'on reprendra en parie les remarques conclusives du professeur Fabrice Leduc dans sa synthèse sur le « questionnaire sur la réparation intégrale [en Europe] »[1534]. En effet, après avoir rappelé que « le questionnaire comportait trente-sept questions, distribuées en deux parties : conception générale de la réparation intégrale, d'une part ; mise en œuvre de la réparation intégrale, d'autre part. La synthèse générale de l'enquête suivra cette partition »[1535] ; l'auteur parviendra à deux séries de remarques conclusives dans leur dépouillement et analyses.

53. **Convergences et divergences de conceptions et de pratiques de la réparation intégrale dans les pays investigués** – Par endroits, l'étude à laquelle nous faisons référence et surtout basons nos analyse de la pratique ou non de la réparation intégrale en matière de SIEG a souligné des « convergences et des divergences »[1536] en ce qui concerne la

conception générale de la réparation intégrale dans ces quinze pays sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la France et la Suisse[1537] » européens que sont : « la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse »[1538]

54. À la fin de l'introduction générale de la compilation des résultats de l'étude, les deux co-directeurs affirme qu' « **au bilan, se dégage un corpus à la fois fécond et inédit. À partir de celui-ci s'est progressivement dessinée une image contrastée de la réparation**

intégrale : au-delà de convergences notables sont apparues des différences substantielles, dont il reste à mesurer si elles constituent ou non un obstacle irréductible aux velléités d'harmonisation »[1539] (Soulignée par nos soins).

55. **Des terrains à explorer en matière de pratique de la réparation intégrale en matière de SIEG** – Nous retenons cette dernière préoccupation formulée en forme interrogative concernant les velléités d'harmonisation pour tenter d'en donner en ce qui concerne le droit des SIEG, des pistes d'approfondissement de la réflexion et des esquisses de solution. C'est à nos yeux le modeste prolongement de leur immense travail très fouillé puisque par cette fin d'introduction, les dirigeants de l'étude en donne la permission déguisée pour laquelle nous leur témoignons notre gratitude par nos développements dans cette partis qui seront basés essentiellement sur leurs synthèses.

56. En ce qui concerne les points de convergences exposés et discutés de manière très sérieuse par les auteurs de la recherche, nous n'en retiendrons que deux à nos yeux essentiels à rappeler et à souligner. En revanche, nous nous attarderons sur les « **des différences substantielles »[1540] dans la conceptions générale de la réparation intégrale car celles-ci transcendent et affaiblissent les « convergences notables »[1541] en cette matière.** Ces différences substantielles ne devraient pas pouvoir entraver la mise en place d'un véritable régime juridique Union européen de protection des consommateurs de SIEG.

57. **Concernant les convergences** au niveau de la conception générale de la réparation intégrale, le professeur Fabrice Leduc dans sa synthèse de la première partie du questionnaire relatif à cette question, fait plusieurs constats dont nous ne retiendrons que deux pour les besoins de notre analyse.

58. **Un point commun important de tous les pays ayant participer à l'enquête : existence d'une conception de la réparation intégrale** – Le premier constat est qu'il existe dans tous les pays de l'Europe qui ont participé à l'enquête, une conception générale de la réparation intégrale. Le Professeur Fabrice Leduc précisera à ce sujet qu'« En **droit français**,

le principe de réparation intégrale a été consacré par la jurisprudence, qui l'a déduit des articles 1382 et 1149 du code civil[1542].

59. À l'instar du droit français, tous **les autres droits européens *examinés connaissent eux aussi un principe de réparation intégrale*** : droits belge et luxembourgeois (à partir de la même base textuelle que le droit français) ; droit allemand (§ 249, al. 1, BGB) ; droit autrichien (§ 1323, ABGB) ; droit espagnol (art. 1106, C. civ.) ; droit hongrois (art. 355, C. civ.) ; droit italien (art. 1226, C. civ.) ; droit polonais (art. 361 § 2, C. civ.) ; droit portugais (art. 562, C. civ.) ; droit suisse (sur la base de l'art. 41, CO) ainsi que les droits britannique, irlandais, suédois et néerlandais »[1543] (Soulignée par l'auteur et par nos soins).

60. Ce premier constat est important pour de deux raisons. **Premièrement** parce cette donnée juridique commune à tous les pays qui ont participé à l'enquête, existe également dans le droit de l'UE. Une illustration de la prise en compte lente et progressive de la réparation intégrale dans le droit de l'UE peut être tiré du domaine de la concurrence auquel appartiennent les SIEG. En effet, bien qu'absent du droit primaire car aucun traité ne vise de manière générale ou spécifique cette notion, l'on la retrouvera sous la poussée audacieuse de la Cour de justice. Notons en paraphrasant la remarque très pertinente du Professeur Denys Simon que l'introduction de la réparation intégrale dans l'arsenal juridique du droit de la concurrence dont elle fait absolument partie intégrante de la mise en œuvre est, tributaire de la « construction audacieuse jurisprudentielle »[1544]. C'est bien l'*arrêt Courage*[1545] de 2001 que la CJCE va empêcher la Commission européenne, de continuer à tourner en rond autour de la notion de réparation intégrale. En effet, en prenant audacieusement position en faveur de la réparation intégrale dans les préjudices subis en matière de concentration anticoncurrentielle, la CJCE par sa décision « Courage » donnera le courage à la Commission d'oser d'abord en

2005, le livre vert[1546] puis en 2008 un livre blanc[1547] relatifs tous les deux aux « actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante ».

61. Revenons un temps soit peu à la décision « Courage » de la CJCE car elle mérite d'être revisité. Dans le point 26 très important de son arrêt, le juge du plateau Luxembourgeois de Kirchberg estimera dans que « la pleine efficacité de l'article 81 du TCE [art. 101TFUE] et en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si **toute personne ne pouvait demander la réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence** »[1548]. Notons au passage que la restriction ou le fait de fausser le jeu de la concurrence est en soi, un préjudice causé à la fois aux opérateurs économiques et aux consommateurs de SIEG. Pour l'opérateur économique, il y aura une perte de possibilité de compétir à armes égales donc « inégalité et discrimination »[1549] tandis que pour le consommateur, c'est son profit principal de la prestation de SIEG qui lui est amputée car il n'aura plus droit à un service de qualité fournit à prix compétitif[1550]. Une troisième catégorie de victime soit être ajoutée aux deux premières. Il s'agit de l'ensemble des Etats membres dont l'une des valeurs communes qui est l'application[1551] des règles de la concurrence aux SIEG en serait aussi violée.

62. La deuxième raison réside dans le fait que la réparation intégrale est bénéfique aux particuliers dont les droits subjectifs s'en trouvent protégé – Et le cas échéant réparé s'ils en ont été lésés à l'occasion des SIEG où l'occurrence des cartels anti-concurrentiels ou d'autres comportements délictueux sont plausibles. Les particuliers sont dans le droit des SIEG désignés, aussi par consommateurs. Au sujet de ces consommateurs de SIEG l'on doit ici insister sur leur place au sein de la construction et du dispositif de l'UE comme la fin du point 26 suscité, de l'*arrêt Courage* précité, ne manque pas de le rappeler. « (…) l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si ***toute personne ne pouvait demander la réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »***[1552] **.** Même s'il est permis d'épiloguer sur le vocable qui est utilisé par la CJCE car par «toute personne », l'on peut bien entendre personne morale (entreprise) et/ou personne physique à savoir les particulier qui dans le droit des SIEG sont les consommateurs, l'on insistera davantage sur volontairement sur ces derniers. Comme le souligne si bien Julie Grangeon[1553], **« à la différence des organisations internationales classiques, l'Union a fait de l'individu un sujet de son droit, au même titre que les Etats**[1554] **»** (Soulignée par nous).

63. **Livre vert de la Commission européenne sur la réparation intégrale, un débat à rouvrir et un mécanisme juridique à affiner** – Notons pour terminer ici que le livre vert de la Commission de 2005 ci-dessus visé a représenté un réel espoir pour le développement d'un véritable droit européen de la réparation intégrale tandis que le livre blanc n'a pas répondu aux attentes nées de cette espérance suscité par son prédécesseur sur le même sujet. Cette déception du livre vert est très bien mise en exergue par le constat que fait Rafael Amaro, dans sa thèse de doctorat en ses termes « "audace" du livre vert et " frilosité " du livre blanc »[1555] . Pour autant, la Commission ne s'est pas cantonné à son échec du livre vert. Elle a

poursuivit son œuvre normative de droit dérivé sur cette question en créant en juin 2013, le « paquet *private enforceement* » dont les cinq documents le compose traduise sa réelle volonté de mieux structurer le régime général européen de la responsabilité civile liée aux spécificités du contentieux des pratique anti-concurrentielles. Cet arsenal juridique de cinq texte n'a pas résolu toute la problématique de doter ou non le droit anticoncurrentiel européen d'un régime propre. De l'analyse de Julie Grangeon de la mise en place en œuvre du « *paquet private enforcement* » de juin 2013, il ressort que la « mutation européenne des actions en réparation » a encore, au delà du mérite de renforcer « le droit des victimes privées des pratiques anticoncurrentielles » quelques insuffisances. Celles-ci pourraient justifier selon elle, un approfondissement de l'analyse des causes de l'échec de la tentative de la Commission européenne de réaliser un rapprochement du régime européen de la réparation des préjudices privés des actes anticoncurrentiels, du modèle américain en cette matière. La lecture des cinq document du « paquet *private enforcment* » de juin de 2013 et l'observation des échecs qui largement analysés par la doctrine fondent la remarque partagée avec quelques nuances suivante : « L'échec de l'Union à adopter une législation harmonisée s'explique notamment par l'ambivalence de la position de la Commission. Souhaitant, d'une part, favoriser les actions privées en réparation et se rapprocher ainsi du modèle américain, elle se soucie plus, d'autre part, de l'interaction entre public et *private enforcement* et refuse ainsi abruptement certains mécanismes américains au nom de "traditions juridiques européennes" ou de "culture commune de concurrence" » encore mal définies »[1556].

64. Dans nos analyses des divergences relevées par le dépouillement du professeur Fabrice Leduc du questionnaire sur la pratique de la réparation intégrale en Europe, nous reviendrons sur certaines des affirmations de la fin des remarques conclusives. Quelques unes d'entre elles, nous sembles nécessiter des nuances inévitables. Mais toujours au titre des considérations générales, **la deuxième convergence** que nous retenons est le l'inexistence d'un lien forcé entre principe de la réparation et « le taux de pénétration de l'assurance responsabilité » dans la mise en œuvre de cette modalité de réparation des préjudice en Europe. En effet sur ce point, le Professeur Leduc rapporte qu' « **en second lieu, on notera que l'existence même du principe de la réparation intégrale n'est pas liée au taux de pénétration de l'assurance de responsabilité**, que la question n° 11 a cherché à mesurer. **Si**

tous les pays n'ont pas fourni de données chiffrées à cet égard, ceux qui l'ont fait révèlent une assez grande disparité dans la diffusion de l'assurance de responsabilité en Europe : en France, en Belgique, en Autriche, en Suède ou en Suisse, 90% des foyers voire plus sont couverts par une assurance RC ; en Allemagne : 70% ; en Espagne : 65% ; en Italie, le pourcentage est notablement plus faible, puisque c'est seulement 30 à 40% des foyers qui auraient souscrits une assurance de responsabilité ou de personnes ; quant à la Hongrie, l'assurance de responsabilité y parait pratiquement inexistante puisque le chiffre de 1% de la population est avancé »[1557] (C'est nous qui les soulignons).

65. L'on sait par exemple qu'en droit français, l'assurance de responsabilité intervient dans la réparation du préjudice subit. C'est le cas par exemple des dommages causés à l'occasion du service public de la santé. Dans ce cadre, l'une des préoccupations du droit français a été de régler la question de la responsabilité de l'assureur auto pour les conséquences d'une erreur médicale. Cette question a été soumise en 2013 à la Cour de cassation français dans un litige qui au niveau procédural à connu un pourvoi devant elle. Rappelons-en les faits. Le 5 décembre 1991, un jeune homme est victime d'un accident de la circulation causé par un véhicule tiers dont la responsabilité a été totalement reconnue. Seulement, à la fin de l'année 1993, au centre hospitalier de Meaux, le jeune homme subit une ablation des fixateur externe et au cours de l'opération il se pose un problème d'anesthésie des suites desquels, il y a un arrêt cardio-circulatoire avec anorexie cérébrale. La conséquence est assez grave, le jeune est lourdement handicapé. La culpabilité du médecin anesthésiste est reconnu par un tribunal correctionnel mais la victime saisi le tribunal administratif en juin 2000 aux fins de se voir allouer des indemnités. Ce tribunal fait droit à sa requête en fixant la somme de 279 149,11 euros . Puis elle saisit la Commission d'indemnisation des victimes d'infraction (Civi) qui à son tour fixe un montant d'indemnisation supérieur à celui du tribunal administratif à savoir 1 113 704,99 euros auquel elle ajoute une rente trimestrielle viagère, somme dont est déduit le montant du tribunal administratif. Le centre hospitalier fait un appel devant la Cour administrative de Paris qui réduira l'indemnité en fixant le montant de 201 457,64. La victime devant cette situation très confuse saisit le Tribunal des conflits aux motifs que les décisions « administrative » et « judiciaire » susvisées sont un déni de justice car pour le moins très contradictoires. Le tribunal des conflits rejettera son recours en se fondant sur le fait que la Civi n'avait pas à statuer sur les responsabilités. Un retour de la

victime vers la Civi aboutira à la fixation par cette Commission d'un complément d'indemnité. Pour clore les faits, l'on ajoutera que le Fonds de garantie des victimes du terrorisme et autres infractions (FGTI) qui est l'organisme procédant au paiement effectif des sommes fixées par la Civi fera un recours contre l'assureur auto.

66. La Cour de cassation en rendant sa décision sur cette affaire, retiendra d'abord la théorie de *causa proxima*[1558] ou théorie de la cause adéquate qui est l'une des solutions offertes au juge en face un dommage ayant plusieurs causes. L'on le sait très bien qu'en droit français de la responsabilité civile, face à un dommage aux causes multiples, la théorie de la cause la plus proche ou la plus déterminante en d'autres termes la théorie de la causalité

[1558] (C'est nous qui le soulignons).

adéquate peut être retenue par le juge. C'est le choix que fit la Cour de cassation dans sa décision[1559] du 17 janvier 2013.

67. Analysant cette décision de la cour de cassation française dans le cadre de nos propos, nous pourrons faire deux remarques.

68. **La première est qu'en application de la cause adéquate, la responsabilité de l'anesthésiste est la seule véritable cause du dommage qui consiste de manière précise en l'aggravation du dommage de la victime**. Ceci est beaucoup plus acceptable si l'on considère que sur le fondement de la *causa proxima*, à la dernière cause est attribuée l'intégralité de la charge du dommage la charge intégrale. Mais la théorie des causes équivalente qui permet au juge de retenir toutes les causes du dommage en considérant qu'elles se valent toutes n'est pas à proscrire dans la mesure où en l'espèce, sans l'accident de la circulation, la victime n'aurait pas eu besoin d'être à l'hôpital pour y subir une ablation des fixateurs, opération au cours de laquelle est survenue la faute de l'anesthésiste. L'accident de la circulation est la faute qui a rendu possible, celle de l'anesthésiste à l'hôpital et par le principe de l'équivalence des causes alors toutes les causes se valent puisque sans celle du médecin anesthésiste, li n'aurait pas eu l'aggravation du dommage de la victime. C'est donc tout à fait logique que la Haute juridiction civile française ait pu retenir dans cette affaire la dernière théorie. en question en l'espèce.

69. Mais c'est de loin la deuxième remarque qu'appelle cette affaire qui retient ici toute notre attention. Il s'agit de deux faits important. D'une part, la variation des montants de l'indemnité fixé par les différentes juridictions et instance administrative dont la Civi et le recours de la FGTI. Et, d'autre part, le fond de garantie qui en l'espèce a qualité d'assureur pour les deux type de dommage que sont l'accident de la circulation et la faute du médecin anesthésiste à l'hôpital lors de l'ablation des fixateurs.

70. Cette deuxième remarques s'inscrit dans le cadre complexe de la disparité entre les pays européen enquêtés, sur l'inexistence du lien entre la réparation intégrale et l'assurance des dommages. Dès lors que dans certains pays membres de l'UE comme la France, ce lien existe et comporte même une variante construite par la Cour de cassation ; et, qui consiste en

l'absence pour la victime d'une obligation de minimiser son dommage, et qu'en revanche, dans d'autres pays ce lien n'existe pas, nous sommes face à une situation juridique complexe.

71. Le dépouillement du questionnaire susvisé par le Professeur indique que dans certains cas, « **l'existence même du principe de la réparation intégrale [est] liée au taux de pénétration de l'assurance de responsabilité». C'est le cas** « en France, en Belgique, en Autriche, en Suède ou en Suisse, [où] 90% des foyers voire plus sont couverts par une assurance RC [contrairement à l'] **Italie, [dont] le pourcentage est notablement plus faible, puisque c'est seulement 30 à 40% des foyers qui auraient souscrits une assurance de responsabilité ou de personnes ; quant à la Hongrie, l'assurance de responsabilité y parait pratiquement inexistante puisque le chiffre de 1% de la population est avancé** »[1560] (C'est nous qui les soulignons)

72. Si dans la réparation d'un dommage de SIEG, au nom de l'existence du lien entre le principe de la réparation intégrale et une assurance, l'on parvient ici parce que le dispositif le prévoit, à une meilleure indemnisation du préjudice alors qu'ailleurs, toujours dans l'UE, l'inexistence d'un tel lien produit conséquemment une moindre justice car une réparation inférieure du même dommage, ne somme nous pas face à une disparité préjudiciable aux victimes de SIEG ?

73. La réponse positive possible à cette question impose que le droit européen de la réparation intégrale soit mieux harmonisé et cohérent. Dès lors, l'on peut en poussant le raisonnement et comptant sur l'audace de la jurisprudence de la CJUE espérer qu'un jour, voit le jour, « un véritable droit européen autonome de la réparation des dommages »[1561] causé par les ententes anticoncurrentiels et par les comportements délictueux autres que contractuels dans les mesure où tous les dommages subis par les consommateurs de SIEG à l'occasion de la prestation d'une telle mission, ne sont pas exclusivement liés à des actes anti-concurrentiels.

74. Le constat de l'existence de telle disparité dans la mise en œuvre de la conception intégrale de la réparation intégrale en Europe fonde l'approfondissement des analyses sur les divergences constatés et rapportés par le professeur Fabrice Leduc. En effet, l'auteur souligne

très clairement que « La convergence formelle dans l'expression du principe de la réparation intégrale ne doit pas masquer **de réelles divergences substantielles affectant tant la portée du principe que son objet** »[1562] (C'est nous qui le soulignons).

75. Aussi est-il qu'au titre des divergences substantielles dans la conception générale de la réparation intégrale, nous retiendrons que les deux séries qu'il relève. D'une part, celles liées à la portée du principe de la réparation intégrale. Et, d'autre part, les divergences substantielles relatives à son objet.

76. **La première série de divergences substantielles** ayant trait à la portée du principe de réparation intégrale se subdivise en trois catégories dans lesquelles sont rangées les différents pays qui ont participé à l'enquête. Ainsi, l'on retiendra que « la portée réelle du principe de la réparation intégrale varie selon les systèmes juridiques : tantôt **principe d'équivalence**, **tantôt principe de non-enrichissement**, tantôt principe de non-appauvrissement.

77. [D'abord l'hypothèse où] **le principe de la réparation intégrale comme principe d'équivalence.** [Dans cette considération se range premièrement] l**e droit français** [qui] conçoit le principe de réparation intégrale **comme un principe de stricte équivalence entre la réparation et le dommage** : la réparation allouée doit couvrir exactement tout le dommage (d'où l'absence de faculté générale de modération judiciaire de la réparation) et rien que le dommage (d'où le refus des dommages et intérêts punitifs). Un certain nombre de droits européens sont sur la même ligne : **droits allemand, belge, espagnol, italien et luxembourgeois**.

78. (…) [Puis la seconde hypothèse est celle qui conçoit] ***le principe de la réparation intégrale comme principe de non-enrichissement.*** [C'est la considération qui prévaut dans] certains droits européens, tels **les droits hongrois**, **néerlandais**, **polonais** ou **suisse**, confèrent au juge un large pouvoir de modération de la réparation, sur la base de considérations d'équité. Ce dont il résulte que, dans ces systèmes juridiques, la reconnaissance du principe de réparation intégrale ne commande pas nécessairement une exacte équivalence entre la réparation et le dommage. Le principe de la réparation intégrale ne garantit pas à la victime qu'elle sera dédommagée à 100% ; il signifie seulement que la réparation allouée ne peut en aucun cas excéder le dommage : la victime ne saurait recevoir plus que le dommage subi (ces

systèmes juridiques n'admettent pas les dommages et intérêts punitifs) mais elle peut recevoir moins, si l'équité le commande. Autrement dit, le principe de la réparation intégrale correspond ici à un principe de non-enrichissement de la victime.

79. [Enfin, la troisième et dernière hypothèse est celle où] ***le principe de la réparation intégrale [est perçu]comme principe de non-appauvrissement.*** [L'on retiendra dans cette catégorie de représentation que,] si **les droits britannique et irlandais** reconnaissent le principe de réparation intégrale, **ils n'en admettent pas moins qu'à coté des dommages et intérêts indemnitaires, il y a place pour une seconde catégorie de dommages et intérêts : celle des dommages et intérêts non-indemnitaires, englobant notamment les dommages et intérêts exemplaires**. ***Dans ce contexte, le principe de réparation intégrale apparait plutôt comme un principe de non- appauvrissement de la victime*** : celle-ci doit à tout le moins être replacée dans l'état qui aurait été le sien si le fait dommageable n'avait pas eu lieu (pas de pouvoir de modération judiciaire) mais elle peut le cas échéant recevoir davantage.» (Soulignées par nos soins).

80. L'important clivage[1563] ainsi remarquablement rapporté, par le Professeur Fabrice Leduc montre que la perception de la réparation intégrale dans le droit de L'UE nécessite une unification. L'on parlerait bien d'unification, si l'on veut être courageux et audacieux comme la CJUE à su le faire depuis les arrêts Van Gend en Loos de 1963 et Costa c/ENEL de 1964 précité. Il s'agit d'un mini plaidoyer qui montre notre adhésion à la remarque du professeur Denys Simon concernant l'audace jurisprudentielle. Nous pensons que cette intelligente et mesurée audace jurisprudentielle qui a su faire évoluer positivement la construction de l'ensemble du droit de l'UE, alors même que pour des raisons que nous ignorons, la doctrine s'est contenté de l'observer de 1957 à 1997, avec seulement quelques timides essais d'y

participer. Tout en reconnaissant que les pièces du puzzle ne soient pas encore toutes rassemblées en matière de réparation intégrale dans le droit général de l'Union, par conséquent il serait précoce ou délicat de l'envisager pleinement dans celui des SIEG, nous osons tout de même formuler un vœux. Celui qu'elle soit prise en compte dans la réparation des préjudices subis par les consommateurs à l'occasion d'un SIEG. Son absence pourrait constituer un manque à gagner parce qu'il serait accordé une moindre réparation et donc l'on serait loin de la juste réparation ou de l'octroi d'une indemnité réparatrice louable qui emporterait quelques prudence de la part des opérateurs économiques de SIEG. Le bon ou meilleur comportement de ceux-ci dans l'accomplissement de ces missions pourrait en découler. À nos yeux, il ne serait pas démesuré d'espérer que l'harmonisation du droit des SIEG – accélération indiscutable depuis 2005[1564] –, sous la houlette de la Commission européenne puisse au moins être audacieuse en incluant le volet réparation intégrale des dommages causés par la prestation des SIEG.

81. À la fin de nos analyses de ces divergences majeures, nous pensons que Julie Grangeon a raison de mettre entre guillemets les « " traditions juridiques européennes" ou la " culture commune de concurrence" [au nom desquelles], la Commission européenne "refuse ainsi abruptement certains mécanismes américains" »[1565]. Car l'attrait que ce mécanisme venu des USA exerce sur certains droits internes des Etats membres dont la France, ne doit pas être négligé. Si la France ou un autre Etat membre adoptait la réparation intégrale à l'américaine ou tiré du model canadien assez bien abouti, l'on se retrouverait face à une disparité dans la réparation des préjudices subis à l'occasion des SIEG. Suivant que l'on soit dans le pays membres de l'UE où la réparation intégrale est non seulement mieux structurée mais appliquée de manière à l'étendre au domaine des SIEG, ou que l'on se situe dans un autre où

ce mécanisme est inexistant, la valeur de la réparation ne sera pas la même. Mieux vaudrait pour la victime des SIEG de se trouver dans le premier cas de figure. C'est aussi le rôle de la Commission européenne de veiller à ce qu'il n'existe pas de telles disparités entre les Etats membres. Les tolérer, c'est forcément maintenir une inégalité de traitement du même préjudice subi.

82. En définitive, retenons que la Commission européenne dans son paquet de 2014[1566] sur le *private enforcement* continue à faire avancer le droit européen dans ce domaine vers plus de cohérence et d'harmonie. Cela est louable surtout que cette démarche rend intolérable, le maintien de clivage dans la conception et la mise en pratique du principe de la réparation intégrale dans le droit des SIEG.

2- Intolérable discordance de la réparation intégrale en droit des SIEG.

83. **Une situation inconfortable pour les victimes des faits d'activités de SIEG** – Dans le droit de l'Union européenne qui gagnerait à renforcer son unité à travers une harmonisation de plus en plus audacieuse, le droit des SIEG doit faire l'objet d'une attention particulière surtout en ce qui concerne la protection juridique des consommateurs. Rappelons-le une fois de plus et sous la forme d'une plus grande insistance, que dans le domaine de l'intérêt général, seuls les SIEG offrent des prestations de services publics qui couvrent la totalité l'existence du citoyens de l'UE. L'on les retrouve de la naissance à l'ensevelissement[1567] dans la mesure où leurs missions se retrouvent à tous les niveaux de vie, services d'intérêt général

hospitalier (pour la naissance), services de gardes d'enfants (enfance), services publics scolaire (socialisation[1568]primaire) et universitaires (socialisation secondaire), les services de l'emploi universel (socialisation tertiaire de l'individu, citoyen UE) et enfin les services de pompes funèbres qui sont du ressorts des collectivités territoriales donc la fin de la vie (incinération et/ou ensevelissement). Le large éventail du champ des activités des SIEG suffit à lui seul à rendre importante, la question de la protection des consommateurs qui inévitablement à l'une ou l'autre de ses occasions peut subir des préjudices.

84. Dès lors que qu'un préjudice ou dommage (seul le juge retiendra la qualification appropriée) est causé à un consommateurs à l'occasion de la prestation d'une mission d'intérêt économique général ou SIEG, l'on se retrouve face à l'exercice du droit à la réparation. Précisons ici que ce droit est protégé à la fois par le droit de l'UE et par les droits intérêts à ses Etats membres. Si dans cette matière, un principe général de droit est commun à tous les Etats membres, il s'agit bien de celui qui prescrit de ne pas se faire soi-même justice ou *Nemo judex in re sua* en latin qui signifie « nul ne peut être juge en sa propre cause »[1569]. Ce principe donne, conséquemment, toute la compétence et la latitude au juge dans son office de rendre justice à la victime éventuelle des dommages causés par les SIEG. Ce principe, bien important et incontournable car dérivant de la civilisation juridique de tous les Etats membres où la loi du talion n'existe pas n'est pas le seul invocable pour encenser le droit à la réparation des consommateurs victimes d'une prestations de SIEG. L'on y ajouterait le principe de l'exercice du droit à la réparation lié au droit au juge, qui suppose que tout citoyen a le droit de faire entendre[1570] sa cause part un juge. Ce dernier principe peut être renforcé par l'exigence d'un procès équitable que commande l'article 6[1571] CEDH .

85. Toutefois, bien que l'analyse du contenu du premier paragraphe de l'article 6 soit très importante et éclairante pour les droits de la défense dans tout litige ou l'on est partie, cela n'est pas l'objet de notre propos. Mais le rappel des termes de ce 1er paragraphe est ici très utile. En effet, Aux termes de l'article 6 §1er CEDH, « **Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement**, publiquement et dans un délai raisonnable, **par un tribunal indépendant et impartial**, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (….) »[1572] (Soulignée par nos soins).

86. Précisons que les prescriptions des dispositions de cet article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ou CEDH, valent à la fois pour la partie diligente qui ici serait l'éventuelle victime des prestations de SIEG que pour le prestataires lui même. Car sur les mêmes fondements, l'opérateur économique ou entreprise chargée de prester lesdites missions qui ont causé un quelconque tort à l'un de ses consommateurs peut et doit organiser sa défense devant le juge qui en a reçue l'assignation. Il en en va de l'équilibre des forces et

de l'égalité et de la nature équitable du procès qui porterait sur l'incident fâcheux survenu à l'occasion d'une mission de SIEG.

87. **Des considérations complémentaires pour éclairer l'appréhension exacte de la situation** – D'autres considérations supplémentaires peuvent être rajoutées aux précédentes. Trois peuvent être énumérées.

88. **Premièrement**, il convient de préciser d'entrée de jeu, l'angle d'attaque. Sur ce point, la démarche sera ici quelque peu le contre de celle adoptée depuis le début de la présente recherche. Il ne s'agira pas ici de partir du connu français vers l'inconnu du droit européen. Le choix très délibéré sera de partir du constat général de l'existence de certaines conceptions majoritaires de la réparation du dommage subit dans les droits positifs des pays membres vers l'inconnu qui se dégage de cette approche comparatiste qui est la nécessité de la mise en place d'un véritable droit de la réparation des dommages de SIEG qui soit le plus protecteur possibles des consommateurs, qui seront malheureusement et parfois inévitablement victimes de dommages causés à l'occasion de leurs prestations. C'est à notre avis, l'entrée dans la question par sa porte.

89. **Puis deuxièmement**, l'on s'aperçoit qu'aborder la protection du consommateur de SIEG sous cet angle, soulève une autre question à résoudre inévitablement, celle de l'entremêlement entre les droits privés et publics de la réparation. En effet, le droit administratif français a très vite, à la suite des arrêts Blanco[1573] et Société Bac Ouest africain dit « Bac d'Eloka »[1574] que les dommages causés par les services publics doivent être réparés. Or les SIEG sont des services publics, donc les dommages qu'ils causent à autrui à leur occasion, doivent être réparés nonobstant leur qualité d'usager, usager-consommateur, consommateur tout simplement ou d'un tiers. Ce raisonnement très simple mais pas simpliste du droit administratif français aurait résolu très vite la question de la protection du consommateur de SIEG vue sous cet angle. Mais dans le cadre du droit européen, il existe à ce jour, 28 Etats-Membres dont la France. L'imposition de la culture française susvisée de la réparation des dommages causés à l'occasion d'un service public rencontrera forcément la difficulté de sa nature transposable dans les ordres juridiques des autres Etats membres dans

lesquels il existe bel et bien une culture de la réparation du dommage puisque de ce que l'on pourrait appelé le *« Jus commune »* du droit des Etats-membres de l'UE, dans la mesure où l'ensemble de ces 28 pays et la Suisse qui a adhéré à l'accord Schengen[1575] et donc désormais partenaire de l'UE ont admet qu'aucun dommage dûment constaté par l'office du juge ne doit rester impuni. Ce n'est pas la différence de l'approche de la réparation intégrale sur laquelle, l'on reviendra dans nos développements qui changera ce principe amplement partagé que résume le code civil français en son article 1382[1576] à savoir que l'auteur d'un dommage causé à autrui est obligé à en donner une réparation. La jurisprudence française en a déduit à tort ou à raison qu'il ne pouvait s'agir que d'une réparation intégrale et non en partie ; Cette position est en droit fort discutable car comment réparer intégralement une perte en vie humaine ? Cette réparation intégrale est inconcevable car le retour en l'état initial que cette idée suppose est impossible dans la mesure où il est de lors du miracle de ramener à la vie quand il y a eu une mort cliniquement constate.

90. L'on sait à la suite d'une impressionnante et riche étude de la notion de la « réparation intégrale en Europe, études comparatives des droits nationaux », réalisée en trois années et publiée en 2012 qu'il se dégage une tendance générale. En effet, cette étude de droit comparée a mise en exergue que « globalement, les trois ordres de juridictions [juridiction civile, répressive et/ou administrative] appliquent [le principe de la réparation intégrale] à

l'identique »[1577]. Il n'est donc pas superflu d'en tenir compte dans l'étude de la protection des consommateurs à l'aune de son droit à la réparation d'éventuels préjudices qu'il subirait dans le cadre des prestations de missions de SIEG. Ce principe fera l'objet d'un intérêt réel dans nos développements dans ce chapitre.

91. **Enfin, troisième et dernière considération**, l'on soulignera la nécessaire précision terminologique sur les trois concepts juridiques de dommage de SIEG, la notion de la réparation de préjudice subi en droit européen y compris dans celui des SIEG et la prise en compte dans celui-ci ou pas de la notion de réparation intégrale. Sur cette dernière notion, l'on sera amené à se positionner entre l'évaluation prétorienne du montant de l'indemnisation - précision inévitable aussi de ce à quoi renvoie ici, cette autre terminologie -, et l'idéal à atteindre de la réparation intégrale des dommages subis dans le cadre de ces services d'intérêt général dont la particularité économique à été souventes fois relevée, précisée et rappelée le long de nos travaux

92. Dans le cadre de la responsabilité civile par exemple, en droit français, l' « on peut parfois se trouver obligé sans l'avoir voulu. L'engagement est alors involontaire, et l'obligation naît, non pas de la volonté, mais de la loi »[1578]. D'ores et déjà, il importe de relever que cette affirmation ne vaut pas dans le droit des SIEG dans la mesure où, le Traité fondateur de la CEE en son article 90 qui deviendra sans modification aucune, l'article 86 CE du traité d'Amsterdam, n'a pas entendu obliger quelqu'un à être un consommateur de SIEG.

93. L'on n'est pas dans le droit européen en général et singulièrement dans celui des SIEG, usager ou consommateur par obligation mais par une simple possibilité assortie principalement d'un acte de volonté qui consiste à souscrire par exemple un contrat de fourniture de gaz, d'électricité ou par achat d'un titre de transport suivit de l'acte aussi volontaire d'emprunter un autocar affecté au service de transport publics urbain ou interurbain dans le cadre d'une mission de SIEG de transport par exemple.

B- Le droit positif de la protection des consommateurs de SIEG

94. **Le droit positif de la protection des consommateurs ou droit posé à de jour de manière effective** – Nous choisissons de partir d'un fait divers survenu le 29 août 2015 comme introduction à l'exposé et de l'analyse du droit positif de la protection des consommateurs de SIEG. Le samedi 29 Août 2015, le journal « The Sun » rapporte un fait divers que nous pourrions qualifier d'indicent anodin de l'aviation. Sauf qu'il est riche en enseignement dont nous en relèveront ceux se rapportant à la protection du consommateur des prestations de SIEG. De manière rapide, l'on évoquerait un fait banal mais ne manque pas de provoquer une réaction hautement professionnelle de la part des pilotes d'un avion reliant Gatwick (Londres) à la station balnéaire de Dalaman (Turquie). Que s'est-il passé en réalité sur ce vol ?

95. Selon le Sun qui rapporte brièvement l'incident en interrogeant l'un des passager du vol, « un avion de la compagnie *Easyjet* reliant Gatwick (Angleterre) pour la station balnéaire de Dalaman, a dû être dérouté il a quelques jours vers Milan suite à un accident de bouteille de campagne. Selon les témoignages des passagers, l'avion en était à la moitié du trajet lorsque deux passagers ont demandé du champagne. Or, une hôtesse, en débouchant la bouteille, a envoyé le bouchon droit dans le plafond, qui a été abîmé par l'impact. Mais ce qui a surtout posé problème, c'est que le projectile a également provoqué la chute des masques à oxygène de l'équipage. "Elle a éclaté de rire en disant que le bouchon avait provoqué la chute des masques", témoigne le passager. Mais le rire a été de courte durée, puisque le pilote s'est alors adressé à l'avion pour prévenir qu'il ne pouvait pas, pour des raisons de sécurité, continuer le trajet avec des masques tombés. L'avion a donc dû se poser à Milan, le temps de les remettre en place et de refaire le plein de carburant. Au lieu d'arriver à 22h30, les touristes ont finalement atteint la Turquie à 5h30, avec sept heures de retard. "Sur le coup, ce n'était pas très drôle, mais je peux voir le côté amusant maintenant", conclu le passager.

96. En fin d'article, le journal précise que " ***Conformément aux procédures de sécurité, le capitaine a pris la bonne décision de détourner le vol, afin de remettre en place les masques à oxygène qui étaient tombés***", a expliqué un porte-parole de la compagnie au journal anglais. ***"La sécurité et le bien-être de nos passagers et de l'équipage est toujours la plus haute priorité d'Easyjet*** »[1579] (C'est nous qui les soulignons).

97. Cette dernière phrase du porte-parole de la compagnie Easyjet est de la plus haute importante car si une compagnie *Low-cost* peut perdre de l'argent en déroutant un vol pour des masque d'oxygène qui tombent seulement dans la cabine de pilotage, l'on devrait suivre cet exemple de recherche de la sécurité juridique des consommateurs dans la construction du droit des SIEG.

98. **Les leçons de ce cas pratique qui peut concerner vous et moi car consommateurs, nous sommes** – Revenons sur ce fait banal (?) de navigation aérienne, pour en tirer quelques leçons pour le droit des SIEG. Il s'agit d'un fait divers qui montre que lorsque la sécurité des passagers est menacée pour quelque raison que ce soit, la réaction se doit d'être professionnelle, hautement professionnelle le cas échéant. À l'instar du commandant de bord de ce vol *Easyjet* du 29 Aout 2015, si le comportement d'un Etat membre de l'UE ou d'un prestataire de mission de SIEG est censé mettre en cause ou met en cause la sécurité juridique ou la sécurité physique ou menace les droits subjectifs d'un consommateurs de SIEG, la Commission européen qui est le commandant de bord de la mise en œuvre des dispositions de l'article 106 TFUE qui aménage l'existence, le fonctionnement des SIEG et sous-tendent le régime juridique des SIEG se doit de forcer l'atterrissage en déroutant le vol de ce SIEG sur e terrain d'atterrissage juridique du plateau Luxembourgeois de Kirchberg. C'est là que les conditions de sécurité des consommateurs que renferme le régime juridique des SIEG seront vérifiées. De cette vérification juridictionnelle « ponctuelles », certes de routine mais nécessaire», dépend la sécurité qu'offre la protection juridico-juridictionnelle que leur offre le régime juridique des SIEG. En réalité dans son office, le juge de la Cour de justice de l'union se doit, à cette occasion, procéder à une double vérification de routine – application des règles élémentaires du droit de la concurrence –, et spécialisée par le contrôle des mesures de protection des consommateurs de SIEG. Cette double vérification juridictionnelle est extrêmement importante car c'est l'occasion d'un précédent juridique qui pourrait à la fois être préventive d'un plus grand mal que serait le tort évitable ou préjudice « évitable » causé à consommateur. Le préjudice éventuel aux droits subjectifs du consommateur peut être de deux ordres. Il peut être corporel – accident de la circulation –, ou consister en la violation de sa sécurité ou de ses profits tirées de l'application des règles de compétitivité dans les SIEG. Droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux sont donc en jeu dans la protection du consommateur de SIEG.

99. La question de la protection du consommateur est importante car « le consommateur »[1580] des SIEG est vous et moi, le juge de la CJUE et/ou le fonctionnaire de la Commission de l'UE. En somme, nous sommes tous concernés par ce chapitre. Que prévoit le droit positif en matière de protection des consommateurs de SIEG ?

100. L'analyse du droit positif en cette matière fait ressortir une double protection du consommateur qui peut et le cas échéant doit très bien se conjuguer pour le plus grand intérêt de ce dernier. Il existe dans l'arsenal juridique actuel du consommateur de SIEG, une protection juridique de ses droits et une deuxième protection juridictionnelle à laquelle renvoie dans une certaine mesure, notre analyse à grand triait de l'incident ci-dessus rapporté de navigation de la compagnie aérienne Easyjet.

101. **La protection juridique et juridictionnelle des droits du consommateur de SIEG et la réparation du préjudice subit du fait d'un SIEG –** Au sujet de la protection juridique du consommateur, « il suffit de rappeler les termes de l'article 1142 du Code civil [français ou Code napoléonien] : "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteurs". »[1581] L'on ne devrait pas s'étonner que le préjudice subit par le consommateur de services prestés, dans le cadre d'une mission de SIEG connaisse une réparation, en des termes identiques à ceux ci-dessus consacrés par le code civil français. Cette solution peut être retenue, si le disfonctionnement de ce service public de type européen s'inscrit dans le cadre du faire ou ne pas faire (ex : rupture de fourniture de gaz, d'énergie, non levée des déchets et ordures ménagères ect.). De ce point de vue, l'on postulerait pour une ressemblance entre les droits interne franco-français et celui de l'UE avec une légère ascendance pour le premier. En effet, le droit français offrirait au consommateur, une plus grande protection tirée du mécanisme de neutralité du juge français. Ce principe on le sait, voudrait que le « [juge] ne se substitue pas dans pareil cas à la partie défaillante [par exemple l'opérateur économique prestataire de SIEG], mais la condamne à des dommages et intérêt ; à la différence de son homologue américain qui pourra, lui, [ordonner] l'exécution forcée (ou *specific performance*) ». Toutefois, nous semble qu'il ne sera pas impertinent que la piste du specific performance puisse un jour être étudié par le

législateur européen ou par la Commission européenne pour l'intégrer mutatis mutandis au régime juridique de protection des consommateurs de SIEG. Le mécanisme américain du *spécific performance* qui suppose une « exécution forcée ou exécution intégrale »[1582] comporte l'avantage majeur d'être une obligation[1583] de résultat qui pourrait être bénéfique aux consommateurs car sur cette base, le juge pourrait ordonner une exécution intégrale, forcée de la prestation de service à la seule condition que le couple indissociable prestation de qualité/à moindre coût soit préservé par le droit des SIEG.

102. À ce premier aspect de la protection juridique s'ajoute, trois types de protection juridique dont jouit le consommateur dans le droit des SIEG et qu'il conviendrait de distinguer. Ainsi, l'on verra que des textes de source Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) offrent un premier niveau de protection juridique. Puis, il y a l'importante protection offerte aux droits des consommateurs tirée du respect des « lois européennes de Rolland ». Enfin, l'on ne pourrait négliger le droit européen de la consommation dans la mesure où il protège aussi, les droits des consommateurs de SIEG.

103. **Pour la Commission européenne, usager et consommateur de SIEG, c'est du pareil au même** – En guise de précision, retenons que le consommateurs renvoi à l'usager comme cela ressort du point 13 de la communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe de 1996. Dans cette communication, la Commission ne distingue le consommateur de l'usager des SIG et SIEG. Pour elle, il s'agit d'une seule et même réalité dans la mesure où elle utilise de manière identique dans cette communication et dans la même phrase, les deux terminologies. « **Les consommateurs tendent à faire davantage valoir leurs droits** et leurs revendications **d'usagers de services d'intérêt général**, y compris au niveau européen »[1584](Soulignées par nos soins). L'on aurait pu penser que l'usage de ces deux terminologies dans la même phrase obéisse à un soucis de précision mais en réalité, il

s'agit d'un simplement évitement de répétition. Le consommateur est ici égal à l'usager comme nous l'avons souligné plus tôt et le retenons en ici donc tout comme cela est valable dans tout le droit des SIEG. On le voit, dans cette communication, la Commission vise aussi les droits dont peuvent se prévaloir les consommateurs de SIG en général et tout particulièrement ceux des SIEG.

104. Ce rappel effectué, ajoutons à présent que les consommateurs des services d'intérêt général prestés dans le cadre des missions de SIEG et les usagers des services publics français sont à certains égards, dans une situation analogue en matière de protection juridique de leurs droits subjectifs ou individuels mais aussi communs. Ainsi, comme le constate à juste titre Traoré, « les textes qui servent de sources à la protection de l'usager du service public [français] se caractérise par leur diversité et leur complémentarité »[1585] inévitables. De cette complémentarité, les consommateurs de SIEG comme les usagers du service public français tirent un surcroît de protection juridique de leurs droits. Nous avons donc un cocktail de textes juridiques de protection du consommateur qui mérite d'être explicité.

105. **Les consommateurs de SIEG tire partie de sa protection juridique des textes de source Onusienne** – Entendons par source des Nations Unies, d'une part les textes édictés par cette organisation internationale de premier rang. Et, d'autre part, les prescriptions spécifiques de l'OMC en matière de protection des consommateurs. Ces deux sources de textes offrent une protection générale à tous les consommateurs. Il s'agit donc de texte visant les consommateurs de manière générale, ce qui nous permet d'y inclure ceux des SIEG. Nous exposerons avant de mentionner la double source européenne de protection des consommateurs de SIEG. Puis soulignerons leur complémentarité avant de terminer par l'importance d'une conjugaison utile et nécessaire des mécanismes juridiques européens qui se couplent avec ceux dits de droits internes aux Etats membres pour offrir un surcroît de protection juridique aux consommateurs de SIEG. La source Onusienne n'est pas la seule qui constitue l'armature internationale complémentaire de la protection du consommateur de SIE.

106. **Source ONU et OMC de protection juridique des consommateurs de SIEG** – Au niveau international, l'on distingue une source Onusienne de protection juridique des consommateurs en général. Il s'agit des sept principes directeurs de l'ONU pour la protection des consommateurs tel qu'ils ont été établis par la conférence Onusienne de 1999 sur le

commerce et le développement. Ces sept principes directeurs Onusiens protégeant juridiquement les consommateurs sont présentés avec une précision des objectifs qui leur sont assignés par l'ONU. Ainsi, l'ONU, en tenant « *compte tenu* ***des intérêts et des besoins des consommateurs de tous les pays****, en particulier des pays en développement,* ***et de la position souvent précaire des consommateurs sur le plan économique et du point de vue de l'éducation et du pouvoir de négociation, et considérant que les consommateurs doivent jouir du droit d'obtenir des produits*** *qui ne sont pas dangereux et qu'il importe de promouvoir un développement économique et social juste, équitable et soutenu et la protection de l'environnement, [établit] les présents principes directeurs pour la protection du consommateur [qui] visent* :

- ***À aider les pays à établir ou à maintenir chez eux une protection adéquate du consommateur***;
- À faciliter des modes de production et de distribution adaptés aux besoins et aux souhaits des consommateurs;
- À encourager l'adoption de normes de conduite strictes chez ceux qui s'occupent de la production de biens et de services et de leur distribution aux consommateurs;
- À aider les pays à mettre un frein aux pratiques commerciales abusives de toutes les entreprises, aux niveaux national et international, lorsque ces pratiques sont préjudiciables aux consommateurs;
- À faciliter la formation de groupes de consommateurs indépendants;
- ***À promouvoir la coopération internationale dans le domaine de la protection du consommateur***;
- À favoriser la constitution de marchés donnant aux consommateurs un plus grand choix à moindre prix;
- À promouvoir des modes de consommation durable. »[1586] (C'est nous qui les soulignons).

107. **Les sept principes directeurs onusiens, un surcroît de protection juridique du consommateur de SIEG** – Il est vrai que mis en œuvre de manière effective et efficace, dans les 28 pays membres de l'Union européenne (bientôt vingt de sep avec le Brexit), les sept principes directeurs des Nations sont bénéfiques à l'ensemble des consommateurs. Mais ils ne manquent pas de renvoyer d'une certaine manière par leurs ressemblance et contenu, à la déclaration faite par le président John Fitzgerald Kennedy en 1962 devant le congrès américain : « droit à l'information, droit à la sécurité, droit d'être entendu, droit de choisir ». Ces quatre droits que l'on pourrait consacrer comme des droits fondamentaux du consommateur, dans une monde dangereusement consumériste dans lequel, tout un chacun pourrait à raison s'exclamer « pauvre consommateur que je suis et demeurais-je, si mes droits ne sont pas reconnus et juridiquement effectivement protégés. Le 15 mars 2015, dernier on le sait, a été célébrée, la journée mondiale du consommateur que nous sommes tous, bien sûr

avec des quotients consuméristes différents. L'idée que l'on tenté d'avancer en paraphrasant le célèbre *cogito ergo sum* de l'illustre philosophe français René Descartes est, « je consomme donc je suis »[1587]. Rapportée à la suite de la déclaration ci-dessus indiquée du président américain en 1962, le « je suis » parce que je consomme est en danger dans la mesure où en sa qualité de consommateur, il fait partie du groupe social, « (…) le plus important qui touche et qui est touché par presque toutes les décisions publiques et privées d'ordre économique. Pourtant, c'est le seul groupe important dont les avis ne sont souvent pas entendus »[1588] C'est pour cette raison que même mineure, la protection juridique du consommateur découlant des principes directeurs a) et f) ne doit pas être prise à la légère. Le consommateur de SIEG doit à partir du droit des SIEG, bénéficié de manière effective de cette double protection résidant dans ces deux principes directeurs.

108. **En paraphrasant le principe directeur a), la première de ces deux protections viendrait d'une obligation faite aux Etats membres de l'UE**. Ainsi, conformément à ce principe directeur, le droit des SIEG devrait « aider [voire obliger] les pays [membres de l'UE sans aucune exception] à établir ou à maintenir chez eux une protection adéquate du consommateur ».

109. **Ensuite, la deuxième protection découlerait de ce que ce droit doive aussi, selon le septième principe directeur de « promouvoir la coopération internationale dans le domaine de la protection du consommateur », par exemple dans le cadre juridique de l'OMC**. Nous y reviendrons après avoir exposé la double source européenne de protection des droits des consommateurs de SIEG. Si au niveau strictement Onusien et OMC il existe des mécanisme juridiques de protection du consommateurs qui sont profitables aux consommateurs de SIEG, le niveau européen (CEDH et UE) ne traite pas la question avec négligence.

110. **Une double source européenne de protection des droits des consommateurs de SIEG –** Il nous semble logique dans la mesure où nous sommes purement et simplement en

droit européen des SIEG de commencer par la source UE de la protection juridique des consommateurs de cette catégorie de service d'intérêt général. Puis et enfin, nous évoquerons l'apport de la source CEDH en cette matière. Le droit de l'Union européenne ne néglige pas la protection juridique des consommateurs des SIG et SIEG. La doctrine affirme à raison que « le droit de l'Union européenne est devenu, avec constance, une source reconnue de la protection juridique des usagers [entendons ici, consommateurs] des services d'intérêt général, des services d'intérêt économique général, des services universels. Et, donc des services publics par voie de conséquence. »[1589]. À ce titre, sans aucune prétention à l'exhaustivité mais à titre d'exemple, nous relèverons d'abord, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs. Elle ne se borne pas à préciser le sens à donner aux clauses abusives contenues dans ce type de contrat, elle donne aussi une définition du consommateur qui ne doit être entendu qu'en tant que « personne physique »[1590], précisément dans cette situation et dans le cadre de cette directive. Cette acception du consommateur a été reprise par la Cour de justice des Communautés dans son arrêt du 22 novembre 2001 dite affaire OMAI Srl du 22 novembre 2001. Dans cette espèce, la CJCE a jugé que « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b) de la directive 93/13/CEE [précitée] (…) doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques »[1591]. C'est donc à des personnes physiques, consommatrices de SIEG qu'offre la protection juridique aménagée par cette directive même si tous les contrats de SIEG à l'exception de quelques uns (contrat de fourniture de gaz, d'électricité, ...) ne sont pas des contrats conclus entre consommateurs et entreprises de prestations de ces missions d'intérêt général. L'on peut dans ce sens partager avec une légère nuance, le constat de madame le professeur Jacqueline Dutheil De La Rochère en ce que « la loi et la jurisprudence ont développé, notamment en France mais également dans les autres pays de la Communauté, un régime protecteur de la partie la plus faible, à savoir le consommateur, de sorte que **la liberté contractuelle est loin d'être totale** »[1592] (Soulignée par nos soins).

111. Toutefois, pour nous, le fait que la plupart des contrats de SIEG soit de type contrat d'adhésion n'enlève rien à l'existence d'une protection offerte aux consommateurs. L'auteure du constat semble l'avoir supposée en reconnaissant que la loi et la jurisprudence s'en sont préoccupés même si pour elle, l'inscription de nombre de ces contrats dans la perspective d'une « liberté contractuelle (…) loin d'être totale » n'est pas négligeable au plan juridique[1593]. À nos yeux, les risques d'une prise en otage de la volonté contractuelle des consommateurs qui dans ce cas de figure ne remplit pas forcément, le principe sacro-saint du « consensualisme contractuel libre et éclairé »[1594], très cher au droit civil n'enlève rien à la présence dans le dispositif juridique des SIEG, d'une protection des droits des consommateurs de ces services.

112. Puis dans ce sens, nous soulignons également le 9e considérant de cette directive qui définit, pour la première fois, la notion de consommateur en droit communautaire est claire et sans équivoque sur l'exigence d'un principe de protection offerte aux consommateurs. Ce principe de protection découle des deux programmes que recouvre le titre « protection des intérêts économiques des consommateurs »[1595]. En effet, la Commission précise qu'aux termes des dispositions consignées sous ce titre, « **les acquéreurs de biens ou de services**

doivent être protégés contre les abus de puissance du vendeur ou du prestataire, en particulier contre les contrats d'adhésion et l'exclusion abusive de droits essentiels dans les contrats ». Et, ceci après avoir pris le soin d'indiquer dans le 4e considérant que « **qu'il incombe aux États membres de veiller à ce que des clauses abusives ne soient pas incluses dans les contrats conclus avec les consommateurs** » (Soulignée par nos soins). Cette interdiction de clauses abusives dans les contrats de ce types n'est que bénéfique aux consommateurs qui sont de ce fait à l'abri de d'une suspension unilatérale de prestation de SIEG sur le fondement d'une telle clause.

113. On voit aussi que dans ce 4e considérant de sa Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs,* le Conseil a admise que les contrats d'adhésions puissent êtres une modalité contractuelle dans les SIG et SIEG. Ceci n'est guère étonnant puisque comme précédemment soulignée, plusieurs contrats de SIEG en sont.

- Puis nous ajouterons de manière chronologique, le règlement CE n°1371/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux droits et obligations des voyageurs ferroviaires, en renforçant les garanties de l'indemnisation des préjudices corporels et des dommages causés aux bagages ne manque pas d'harmoniser les disparités et autres différences des législations des Etats membres en cette matière.
- Ce règlement est complété par un autre de la même année qui est le règlement, CE n°1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route (JOUE n° L. 315-5 décembre 2007). Ce règlement regorge d'importantes mesures de protection des passagers de trains et qui sait combien sommes-nous dans l'espace UE des 28 pays membres à nous déplacer par ce moyen de transport. Cette directive réserve un meilleur traitement de l'indemnisation des torts causés par les retards et les correspondances manquées[1596].
- par la suite, nous reviendrons ici sur une directive précitée. Il s'agit de la directive 2014/104/UE du parlement européen et du conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national

pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

114. Au sujet de cette directive, notons que nonobstant l'imprécision qu'elle comporte sur la compétence de la juridiction qui devra connaître de l'infraction commise par pratiques anticoncurrentielles, elle ne demeure pas moins une avancée dans le cadre de l'indemnisation des victimes d'actes anticoncurrentiels.

115. En effet, la réparation de tels préjudices a longtemps été tributaire de la bonne ou mauvaise volonté des législations nationales des Etats membres, au demeurant très divergentes, permettant une réparation incertaine voire inéquitable en cette matière. Mais et cela est louable, la situation des victimes des actes anticoncurrentiels connaît une amélioration avec cette directive dont l'objectif principal est d'harmoniser et de rendre plus aisées, les actions en réparation des dommages subis par les personnes physiques et morales du fait des pratiques anticoncurrentielle. Sa dénomination anglaise de « *private enforcement* » ou action individuelle est donc très expressive des possibilités laissées à l'action privée en cette matière.

116. Enfin, nous avons l'impact de l'économie de l'ensemble du Traité de Lisbonne qui en donnant une assise juridique plus forte à l'Union européenne entraîne conséquemment, la reconnaissance de la force « contraignante [de] la Charte européenne des droits fondamentaux qui comporte plusieurs dispositions relatives aux services d'intérêt général notamment[1597] »[1598]. Ainsi, toujours au sujet des sources UE de protection juridique des consommateurs, en plus des directives et règlements ci-dessus mentionnés, l'on peut ajouter quelques dispositions de la Chartes UE des droits fondamentaux. Il s'agit des articles 34 et 36 dont les dispositions suffisamment claires, expriment sans aucun point d'ombre la protection juridique qu'elles apportent aux droits des consommateurs de SIG et SIEG. L'on peut se contenter d'en rapporter tout simplement les termes.

- Aux termes des dispositions de l'article 34 de la Charte européenne (UE) des droits fondamentaux, « **l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité** sociale et aux services sociaux assurant **une protection dans des cas tels que la maternité**, les accidents de travail, **la dépendance ou la vieillesse**, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies pour le droit de l'Union et les législations

nationales »[1599] (C'est nous qui le soulignons). En couvrant l'existence du citoyen européen, notion sur laquelle nous reviendrons dans notre dernier et huitième chapitre (partie 2, titre 2, chapitre 2), l'Union européenne répartit les missions de SIEG de la naissance à la mort en passant par le vieillissement. Comment peut-on continuer à cataloguer l'UE et soutenir qu'elle serait « socialiticide » ou suicidaire pour tout ce qui est social ?

117. L'Union européenne respectueuse des aspects sociaux de l'existence humaine donne, une formidable réponse à cette question à travers les termes de cet article 34 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Ainsi, au sujet de cet article 34, partagerons-nous la position doctrinale qui reconnaît que conformément à ses dispositions, « la protection des usagers [consommateurs ou clients-consommateurs [1600]] des services publics sociaux correspondants est d'autant plus pertinente et efficace que les administrés ont, parallèlement, un droit à la mise en œuvre et au respect du droit de l'Union dans leurs relations avec les administrations et les services publics [1601]»[1602]. Nous étendons le bénéfice de cette protection en affirmant que pour nous, ce droit réside également dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence, garant du rapport prestation de service publics ou d'intérêt général – c'est du pareil au même –, de qualité fournies, à des prix concurrentiels. Une belle illustration de ce rapport important est donnée par le droit des SIEG qui le consacre et en fait une noble finalité des missions de ce type économique de service d'intérêt général.

- Le deuxième article de la Charte européenne des droits fondamentaux qui retient davantage notre attention, est l'article 36 car ses rédacteurs y ont clairement affirmé une logique voire une philosophie de politique socio-économique réalisable à travers les SIEG. Ainsi, « **l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales,**

conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union » (C'est nous qui le soulignons). Visant directement les SIEG, et tenant compte de leurs « valeur communes » de l'Union acquise à travers le traité d'Amsterdam de 1997 et aussi, de sa réaffirmation par le Traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009, il nous semble qu'il n'a plus lieu de supputer sur la protection juridique de l'accès des consommateurs des prestations de SIEG qui en découle. Les termes de cet article 36 de la Charte se suffisent à eux-mêmes en terme de clarté et conséquemment, ils n'ont aucun besoin d'interprétation supplémentaire risquée, voire hasardeuse puisqu'au demeurant inutile.

- Enfin, nous soulignerons un dernier corpus Union européen de protection juridique des consommateurs des SIG et SIEG. Il s'agit de la Charte européenne sur les services locaux et régionaux d'intérêt général du Conseil des Communes et Régions d'Europe. Nous convenons que cette Charte rédigée par le Conseil des Communes et Régions d'Europe, une association à but non lucratif datant de 2009, « contribue à promouvoir une certaine forme de protection des droits des usagers [et consommateurs] des catégories de service publics »[1603]. On le sait, cette association a même collaboré, activement à l'écriture du nouveau « paquet Almunia » relatif aux SIEG. Après l'entrée en vigueur en 2012, de ce nouveau paquet de la Commission européenne, son avis sur celui-ci est très intéressant au point que certains auteurs se soient appropriés certaines appréhensions[1604]. Selon la proclamation de l'article 1-2 de cette charte, « il

[illegible]

Avis du comité des régions (91e session plénière, 30 juin-1er juill. 2011) sur la « Réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'État applicables aux services d'intérêt économique général » *(ECOS-V-016), spéc. pt 6 : « (...) Ces services renforcent la cohésion sociale et territoriale, améliorent le bien être des citoyens, assurent une fonction redistributive, de lutte contre les inégalités et de justice sociale et contribuent de façon substantielle au développement de l'Union dans le sens de la stratégie Europe 2020 ; à ce titre, la politique européenne relative aux services publics relève de la mise en œuvres de l'article 9 du TFUE »* et notre 51 de l'auteur sur laquelle nous insistons : *«* En premier lieu, cette nouvelle approche du financement des SIEG ne fait-elle pas trop la part belle à l'analyse économique, à la recherche d'une rationalité économique et financière au détriment de l'amélioration et de la qualité des services rendus ? C'est en tout cas l'avis du comité des régions qui : " (...) *s'oppose à l'introduction d'une évaluation de l'efficience économique des compensations de service d'intérêt économique général par la Commission (...) et affirme que la mesure de l'efficience économique ne (peut) être qu'une des composantes d'un cadre plus général d'évaluation et de*

est de la responsabilité des collectivités locales, **et c'est leur droit, de décider démocratiquement et de leur propre initiative des meilleurs moyens de fournir, de faire exécuter et d'organiser les services d'intérêt général et les services d'intérêt économique général, dans l'intérêt des population locales et des utilisateurs de ces services** » (C'est nous qui le soulignons).

118. L'analyse rapide de cette proclamation permet de déceler une grande ressemblance entre sa formulation et les termes de l'article 106 TFUE. Autrement dit, à l'exception de l'ajout de la terminologie d' « utilisateurs » à la fin de cette proclamation, l'on penserait à une simple appropriation des 1er et 2e paragraphe de l'article 106 TFUE (ex-article 86 § 1er et 2e TCE). La ressemblance entre les deux formulations est frappante au point de faire penser à une paraphrase du deuxième par la première.

119. Pour terminer sur ce point, nous osons affirmer que la trame de nos développements sur cette question étant qu'aucun moyen possible de protection des droits des consommateurs de SIEG ne soit banalisé voire négligé, nous partageons le constat selon lequel, « le défaut de force juridique contraignante de cette charte européenne sur les services locaux et régionaux d'intérêt général ne doit pas en masquer la portée symbolique, ni la complémentarité avec les textes de référence »[1605].

120. Nous reviendrons sur cette complémentarité, avec beaucoup insistance lorsque nous analyserons l'importance de la conjugaison des sources pour offrir une plus grande protection aux consommateurs des SIEG. Mais encore faudrait-il répondre à une autre interrogation, celle qui consistera à montrer comment la convention européenne des droits de l'homme est une autre source européenne, mais non UE de la protection juridique des droits des consommateurs de SIEG.

121. **Complémentarité des textes européens de protection des consommateurs de SIEG** – Après avoir montré la complémentarité des textes européens de protections des consommateurs de SIEG, il nous semble que dans l'office du juge national en matière de protection juridictionnelle des consommateurs de SIEG, celui-ci ne pourrait faire l'économie de puiser dans les sources européennes (Convention européenne des droit de l'homme (CEDH) ou internationales dont les textes de l'ONU et de l'OMC ci-dessus rapportés. Ce

la qualité des services publics qui doit intégrer des indicateurs purement qualitatifs (accessibilité, continuité du service, délai de réponses, satisfaction des usagers (...) "»

recours à d'autres sources du droit peut être qualifié de conjugaison de mécanismes juridiques pour offrir une plus grande protection juridique aux droits des consommateurs de SIEG. Il s'agit d'un exercice intellectuel juridique qui reviendrait à une lecture combinée des sources provenant de l'ONU, de l'OMC et de la CEDH[1606] qui en complétant l'arsenal juridique de l'Union aboutirait, c'est ce que nous souhaitons, à mieux protéger les consommateurs de SIEG. Cette démarche est loin de constituer une faiblesse du mécanisme Union européen de protection des consommateurs. Ce n'est pas non plus du jamais vu ailleurs en droit. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) s'inscrit dans ce type de démarche en ce sens que sa jurisprudence, il ressort que rien n'est suffisamment fait pour mieux protéger les droits de l'hommes. Ainsi, dans la matière des doits de l'homme, l'on ne décrie pas la lecture combinée des dispositions de l'article 3 des statuts de la CEDH (article 3 CEDH) avec celles de l'article 14 CEDH ou encore avec celles de l'article 5 CEDH.

122. Précisons d'abord que l'article 3 des statuts de la CEDH clarifie en les précisant, les buts de la CourEDH. Aux termes de cet article, la jouissance de ses droits et libertés fondamentales est reconnue à toute personne. Il en découle qu'une obligation soit impartie aux Etats paries à se conformer à cet idéal auquel ils s'engagent sous la surveillance étroite de la CourEDH. On le sait, l'article 3 de la CEDH prohibe la torture, les traitements et peines inhumaines et dégradants. Il s'agit d'un texte majeur que l'on place au rang du *jus cogens*. Par ce texte, l'on s'aperçoit que la CEDH et le Tribunal Pénal International pour la Yougoslavie (TPIY[1607]) se sont accordés sur la reconnaissance de l'interdiction de la torture qu'ils érigent

au rang de *jus cogens* ou norme internationale interrogeable. Ce droit absolu dont atteste sa valeur de jus cognes semble être la seule norme impérative international que reconnaît la CEDH comme cela transparait de la décision de la CourEDH du 21 novembre 2001 sur l'affaire *« Al Adsani c. Royaume-Uni »*[1608].

123. Ensuite, nous remarquons que dans plusieurs décisions de la CourEDH, ce même ce article 3 de la CEDH est visé soit en combinaison avec les disposition de l'article 5, soit avec celles de l'article 15 pour offrir plus de confort juridique en protégeant les droits des particuliers en matière de respect des droits de l'hommes. Ainsi, dans décisions prononcés contre la Turquie[1609] l'article 3 de la CEDH. C'est le cas par exemple de l'affaire « *Biligine c / Turquie* » de 2000. La remarquable générale importante sur ces affaires contre la Turquie, est que certaines situations aient été considérées dégradantes car discriminatoires ou autre alors même qu'en principe elles sortent du cadre strict régit par l'article 3 CEDH. C'est donc une approche lato sensu qui est retenue de la notion de torture afin d'éviter que des individus ne la subisse. Un exemple en dehors de la Turquie est celui de l'arrêt *Moldovan et al. c/ Roumanie*[1610] de 2005 de la CourEDH. Cette affaire a concerné la minorité Roms. Dans celle-ci, la Cour de Strasbourg (CourEDH) à fait une lecture conjointe des dispositions des articles 3 et 14 CEDH. L'approche large de la notion de torture fait que l'article 3 CEDH a été la base légale pour y inclure les conditions de vie dans les prisons. Les détenus ont pu ainsi

bénéficier sur ce fondement, d'une double protection dans le cadre de la CEDH en combinant les protections juridiques tirées des articles 5 et 3 CEDH. Cet accroissement de leur protection est aussi l'effet du ricochet car lorsqu'une situation n'est pas directement visée par les termes de l'article 3 CEDH, l'on y aboutit par le jeu de la lecture combinée. La jurisprudence de la CourEDH permet de dégager une sorte de principe général de droit selon lequel, toute personne détenue doit pouvoir l'être dans le respect de la dignité humaine comme la Cour de Strasbourg en a ainsi jugé dans l'affaire « *Kudla contre Pologne* »[1611] de 2000.

124. Ces exemples sont suffisants pour attester qu'une démarche de lecture juridique combinée, en vue d'offrir un surcroît de protection à la partie faible dans un litige est possible. Puis en adoptant une telle démarche, le juge national d'un État membre ou la Cour de justice de l'Union européenne réalise du déjà fait d'une part. Et d'autre part, l'un et/ou l'autre épouserait l'ère du temps. Le temps ou la « mode » étant à la mondialisation des relations commerciale et du droit aussi. Même si l'on est encore loin de dégager un droit universel, l'on peut admettre que la mondialisation oblige à lâcher prise si l'on est très souverainiste au point de ne penser le droit que dans le cadre strict étatique. De plus, jamais l'excès de précautions n'a nuit à la précaution. Il nous semble que c'est plutôt l'absence de mesure préventive et incitatrice à offrir plus de protection aux consommateurs de SIEG qui devrait être décriée. Partant, si dans son office, la CJUE et/ou le juge national d'un Etat membre de l'UE a recours aux sources internationales (ONU, OMC, CEDH, … voire américaine ou chinoise), c'est aussi épouser l'ère du temps actuel où les juges américains et européens n'hésitent à se référer à leur jurisprudence respective en matière de droit de l'homme. Les affaires « *Timurtas contre Turquie du 13 juin 2000* », « *Durand et Ugate contre Pérou* » du 16 août 2000. La démarche de la Cour de Strasbourg dans l'affaire « *Mazani c/ Roumanie* » du 21 septembre 2006 est fort remarquable car atteste d'un dialogue existant entre la CourEDH et son homologue régionale américain la CIDH.

125. L'analyse de Madame le professeur Laurence Burgogue-Larsen sur la démonstration du dialogue inévitable et indispensable des juges est fort remarquable au point que bous ne pouvons que la reprendre à notre compte. « Pendant longtemps – trop longtemps sans doute – le processus inverse n'exista pas. Le dialogue était donc à sens unique. Il fallut l'arrivée à Strasbourg d'affaires graves – notamment des affaires de disparitions forcées où la CIDH

[1611]

avait pu démontrer que l'audace pouvait être au service de la justice – pour que son homologue de Strasbourg – aidée en cela par les sources d'informations transmises par les *amici curiae* – prenne la mesure de l'intérêt de la démarche comparatiste pour citer et s'inspirer du précèdent historique fondateur, l'arrêt *Velasquez Rodriguez c. Honduras* du 29 juillet 1988 (Série C n°4) dans l'affaire *Timurtas c. Turquie* du 13 juin 2000, pour s'inspirer de la théorie de la présomption de mort.

126. Aujourd'hui, le dialogue transcontinental apparait plus équilibré. Le réfèrent interaméricain n'est plus étranger mais est à l'inverse familier à l'univers strasbourgeois. **La jurisprudence interaméricaine (aux côtés de la jurisprudence de la Cour internationale de justice) servit ainsi à la Cour européenne afin de changer de cap** dans l'affaire *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 6 février 2003 **pour affirmer la force contraignante des mesures provisoires**. **De même, l'arrêt *Durand et Ugarte c. Pérou* du 16 août 2000 fut expressément utilisé par la Cour de Strasbourg, dans l'affaire *Mazni c. Roumanie* du 21 septembre 2006 pour valoriser l'importance de l'impossibilité de juger des civils par des juridictions militaires** »[1612] (C'est nous qui le soulignons).

127. Un autre exemple peut être pris en Afrique de l'Ouest où le juge ivoirien (Côte d'Ivoire) a, longtemps considéré qu'en matière administrative, l'arrêt « Bac d'Eloka »[1613] rendu par le Conseil d'Etat français était invocable en droit administratif ivoirien[1614]. Il nous semble qu'à bien des égards, le juge ivoirien se comporte en matière de droit administratif comme s'il y a eu en Côte d'Ivoire, un copier-coller prêt à fonctionner juridique sans sourciller. On découvre dans certain domaine du droit administratif ivoirien, depuis l'indépendance en 1960 de cette ancienne colonie française, qu'aucune précaution voire aucune application du *mutatis mutandis* n'a été observée. Pour autant, l'on sait que la noble

science juridique exige un minimum de respect de la règle du *mutatis mutandis* lorsque le cadre spatio-temporel de construction des normes juridiques n'est pas le même que celui terrain de leur application. Une invitation à lire le manuel de droit administratif « ivoirien » du professeur René DEGNI-SEGUI[1615] suffit amplement à s'en convaincre, surtout le chapitre service public.

128. L'ère du temps n'est-il pas aussi aujourd'hui, celui d'envisager un office du juge avec une véritable prise en compte des sources étrangères éprouvées de droit. Madame le professeur Laurence Bourgogne-Larsen affirme à raison que « l'internalisation n'affecte pas que les marchés économiques et financiers, elle transfigure également les relations entre les juges en entre Cours »[1616]. Ce constat est aussi valable dans divers domaine du droit. Ainsi, nous l'admettons sans aucune réserve que « ***l'ignorance – tant dans le sens de l'indifférence que de la méconnaissance – n'est tout simplement plus de mise*** »[1617] (Soulignée par nos soins).

129. Une telle double ignorance étant étonnante, nous comprenons assez difficilement, les hésitations et le protectionnisme inavoué du pré-carré national dans l'office du juge dont a témoigné la lente réception des normes communautaires en droit administratif français. Le

désormais célèbre arrêt *Nicolo*[1618] du Conseil d'Etat français traduit éloquemment le jet d'éponge après un dancing hall juridique sur un air musical « je t'aime moi non plus » au demeurant très surprenant, de la part de la haute juridiction de l'ordre juridique administratif français. La France étant avec l'Allemagne, les deux pays initiateur du projet de l'Union européenne, de telles réticences dans l'office du juge à l'égard de la normativité communautaires nous semble incompréhensible. L'on pourrait les mettre au compte du « mon pays est membre de l'UE, cela est bien même très bien. Mais moi, juge administratif français, en ma qualité du Conseil d'Etat donc la plus haute juridiction administrative française, j'ai un cerveau, et une faculté de dire non mais… ; Ou oui mais… ; et j'en use à volonté. Et puis, je suis le « roi »[1619] du droit administratif français et en cette qualité, je me réserve le droit de dire oui je l'accepte et/ou non je refuse l'applicabilité de telle ou telle autre norme du droit européen ». Cette position est inconséquemment intolérable au regard de toute l'économie de

l'entier droit primaire européen. Elle mettrait à mal la cohésion juridique de l'UE dans la mesure ou, loin d'être constructive, elle déconstruit l'édifice tout entier en spoliant les acquis.

130. Dans le cadre du droit européen, il existe à ce jour, 28 États-Membres dont la France mais bientôt il n'en restera plus que 27 une fois le Brexit acté. L'imposition de la culture française susvisée de la réparation des dommages causés à l'occasion d'un service public rencontrera forcément la difficulté de sa nature transposable dans les ordres juridiques des autres Etats membres dans lesquels il existe bel et bien une culture de la réparation du dommage puisque de ce que l'on pourrait appelé le *« Jus commune »* du droit des Etats-membres de l'UE, dans la mesure où l'ensemble de ces 28 pays et la Suisse qui a adhéré à l'accord Schengen[1620] et donc désormais partenaire de l'UE ont admet qu'aucun dommage dûment constaté par l'office du juge ne doit rester impuni. Ce n'est pas la différence de l'approche de la réparation intégrale sur laquelle, l'on reviendra dans nos développements qui changera ce principe amplement partagé que résume le code civil français en son article 1382[1621] à savoir que l'auteur d'un dommage causé à autrui est obligé à en donner une réparation. La jurisprudence française en a déduit à tort ou à raison qu'il ne pouvait s'agir que d'une réparation intégrale et non en partie ; Cette position est en droit fort discutable car comment réparer intégralement une perte en vie humaine ? Cette réparation intégrale est inconcevable car le retour en l'état initial que cette idée suppose est impossible dans la mesure où il est de lors du miracle de ramener à la vie quand il y a eu une mort cliniquement constate.

131. L'on sait à la suite d'une impressionnante et riche étude de la notion de la « réparation intégrale en Europe, études comparatives des droits nationaux », réalisée en trois années et publiée en 2012 qu'il se dégage une tendance générale. En effet, cette étude de droit comparée a mise en exergue que « globalement, les trois ordres de juridictions [juridiction civile, répressive et/ou administrative] appliquent [le principe de la réparation intégrale] à l'identique »[1622]. Il n'est donc pas superflu d'en tenir compte dans l'étude de la protection des consommateurs à l'aune de son droit à la réparation d'éventuels préjudices qu'il subirait dans le cadre des prestations de missions de SIEG. Ce principe fera l'objet d'un intérêt réel dans nos développements dans ce chapitre.

132. Enfin, troisième et dernière considération, l'on soulignera la nécessaire précision terminologique sur les trois concepts juridiques de dommage de SIEG, la notion de la réparation de préjudice subi en droit européen y compris dans celui des SIEG et la prise en compte dans celui-ci ou pas de la notion de réparation intégrale. Sur cette dernière notion, l'on sera amené à se positionner entre l'évaluation prétorienne du montant de l'indemnisation – précision inévitable aussi de ce à quoi renvoie ici, cette autre terminologie –, et l'idéal à atteindre de la réparation intégrale des dommages subis dans le cadre de ces services d'intérêt général dont la particularité économique à été souventes fois relevée, précisée et rappelée le long de nos travaux.

133. Dans le cadre de la responsabilité civile par exemple, en droit français, l' « on peut parfois se trouver obligé sans l'avoir voulu. L'engagement est alors involontaire, et l'obligation naît, non pas de la volonté, mais de la loi »[1623]. D'ores et déjà, il importe de relever que cette affirmation ne vaut pas dans le droit des SIEG dans la mesure où, le Traité fondateur de la CEE en son article 90 qui deviendra sans modification aucune, l'article 86 CE du traité d'Amsterdam, n'a pas entendu obliger quelqu'un à être un consommateur de SIEG.

134. L'on n'est pas dans le droit européen en général et singulièrement dans celui des SIEG, usager ou consommateur par obligation mais par une simple possibilité assortie principalement d'un acte de volonté qui consiste à souscrire par exemple un contrat de

fourniture de gaz, d'électricité ou par achat d'un titre de transport suivit de l'acte aussi volontaire d'emprunter un autocar affecté au service de transport publics urbain ou interurbain dans le cadre d'une mission de SIEG de transport par exemple.

C- Un seul régime de protection des consommateurs de SIG?

135. L'analyse étudiera la possibilité ou non d'établir d'un régime juridique autonome de protection commune des consommateurs des SIG et SIEG (1). Enfin, l'analyse proposera l'idée de l'établissement au niveau Union européen d'un *quantum* d'indemnisation soit fixé par le droit européen afin que réparation du *pretium doloris*[1624] d'un citoyen européen Allemand ne soit pas fondamentalement mieux indemnisé que qu'une victime d'une mission de SIEG ayant subit le même préjudice dans autre Etat membre de l'UE (2).

1- Unique protection des consommateurs de SIG (SINE +SIEG)

136. **La commission y semble favorable** – Reprenant le raisonnement de la Commission en matière réparation des préjudice, l'analyse en déduit que pour la Commission européenne, point n'est besoin de distinguer la situation juridiques du consommateurs de SIG (SIGNE + SIEG) pour construire pour chacune un régime de réparation tout à fait particulier. En effet, comme cela a été précédemment rapporté, l'analyse reprend textuellement l'argumentation de la Commission en forme d'insistance. En effet, et cela a déjà été rapporté, pour la Commission européenne, « (…) Le droit à réparation conféré par le droit de l'Union s'applique de la même façon aux infractions aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne commises par des entreprises publiques et des entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »[illegible] Surtout elle ajoute que « Le droit, inscrit dans le droit de l'Union, à réparation d'un préjudice résultant d'infractions au droit de la concurrence de l'Union et au droit national de la concurrence exige

[illegible]

de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit. La nécessité de moyens de recours procéduraux effectifs découle également du droit à une protection juridictionnelle effective prévu à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne et à l'article 47, premier alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les États membres devraient assurer une protection juridique effective, dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[1626]. Surtout, protéger de la même manière ses citoyens et réparer les préjudices de SIEG de manière équitable peu importe leur situation géographique dans l'UE.

2- Nécessité d'une échelle ou d'un Quantum UE d'indemnisation

137. **Nécessité d'une échelle (intervalle : minima et maxima) ou d'un quantum pour la réparation des dommages identiques subis à l'occasion où du fait d'un des SIEG** – dans une importante étude réalisée sur une période dix année dans un certains nombre de pays européens dont certains sont membre de l'UE (Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas..) et la Suisse, la question de la réparation intégrale a été le point focale. Mais en marge, la question numéro 34 posé aux universitaires spécialistes des questions de la responsabilité civile et de la réparation des préjudices subis en matière civile, les réponses sont édifiantes. L'analyse ne retiendra que trois pays : la France, la Belgique et la Hollande. Les réponses aux questions numéro 33 et 34 du questionnaire de cette étude soulève un important problème qui peut se poser en matière de réparation la réparation des préjudices subis par les consommateurs de SIEG. L'analyse précise que ces deux questions (n°33 et 34 ainsi que toutes leurs réponses) ont été tirées de l'étude.

138. « **Question numéro 33 du questionnaire : quel est en moyenne le quantum de la réparation allouée à la victime qui endure des souffrances physiques et morales jugées importantes c'est-à-dire évalué évaluées sur une échelle de 7 à au moins 6 ? »**[1627] – La réponse française est : « à titre indicatif, en France, indemnité au moins égale à 20 000 euros. La réponse du questionnaire est la suivante : posée dans le questionnaire L'idée ici est d'indiquer qu'en l'absence d'une échelle de compensation offerte au même dommage subit, certains mécanismes juridictionnels propres aux États membres peuvent s'avérer plus alléchants que d'autres. Les réponses Néerlandaises aux questions n°33 et n°34 sont fournies

par le professeur adjoint Pieter E TAVERNIER, de l'Université de Leiden – Institut de droit privé[1628]. Concernant la question n°33, le professeur Adjoint, P. DE TAVERNIER répond : « Dernièrement, on assiste à une augmentation considérable des montants des indemnités pécuniaires allouées en cas de souffrances graves. Le plus élevées atteignent même le montant d'un million de zlotys (environ 250 000 euros). Il est difficile d'indiquer une moyenne faute de données statistiques, probablement autour de 50 000 zlotys »[1629]. Réponses Belges aux deux questions (n)33 et n°34) fournies par : le professeur Bernard DUBUISSON de l'Université catholique de Louvain, M. Nicolas ESTIENNE, Assistant à l'Université catholique de Louvain et Daniel de CALLATAY, Avocat au barreau de Bruxelles, Maître de conférence invité à l'Université catholique de Louvain : réponse à la question n°33 : »Pendant la période des incapacités temporaires, la victime peut être indemnisé pour son dommage moral, qui comprend les douleurs, les souffrances et les désagréments habituels se rapportant aux lésions constatés.

139. Selon le tableau indicatif, ce dommage moral est indemnisé par une indemnité de 31 euros par jour d'hospitalisation « ordinaire » et par 25 euros par jour d'invalidité sans hospitalisation. Si l'invalidité n'est de 100%, il faut appliquer à l'indemnité quotidienne de 25 euros un pourcentage équivalent au pourcentage de l'invalidité. En plus de cette indemnité pour dommage moral « simple », la victime peut obtenir une indemnité particulière pour souffrances physiques pour autant que celles-ci dépassent le niveau 3 sur une échelle de 1à 7. Cette indemnité supplémentaire se calcule à raison de 2,5 euros par jour et par degré atteint sur l'échelle de 1 à 7. En d'autres termes, une victime hospitalisée dont les souffrances sont de 7/7 obtiendra, par jour, une indemnité de 31 euros + 17,5 euros »[1630].

140. « **Question numéro 34 : Quel est en moyenne le quantum de la réparation allouée à la victime qui subit une incapacité fonctionnelle permanente (réduction de son potentiel physique, psychique et intellectuel) moyenne (c'est-à-dire correspondant à une incapacité permanente partielle entre 10 et 15% ? »[1631]** – Réponse française : « à titre

[illegible]

[illegible]

[illegible] B. DUBUISSON, N. ESTIENNE et D. de CALLATAY, [illegible]

[illegible]

[illegible]

indicatif, en France, indemnité entre 10 000 et 15 000 euros[1632]. Réponse Néerlandaise : « Aucune réponse »[1633]. Réponse Belges : « Le tableau indicatif des magistrats recommande de fixer l'indemnité revenant à la victime selon une méthode appelée « la méthode du point' ; Il s'agit de multiplier par le taux d'invalidité un montant forfaitaire de base qui varie en fonction de l'âge de la victime à la date de la consolidation. Le tableau ci-dessous ne concerne que les invalidités de 15% ou moins, car au-delà de 15%, il est concevable de recourir à un calcul de capitalisation en prenant comme base l'indemnité forfaitaire journalière de 25 euros multiplié par un pourcentage équivalent au pourcentage d'invalidité. le tableau des indemnités forfaitaires pour déficit fonctionnel est le suivant : (…). Par exemple, l'homme âgé de 53 ans, atteint d'un déficit fonctionnel de 10%, recevra une indemnité de : 687,50 euros X 10 = 6875 euros »[1634].

141. **Situation discriminatoire des victimes des préjudices de SIEG eu égard au système indemnitaire de État membre de l'UE** – Les réponses belge, Française et néerlandaise précédentes dur le quantum indemnitaire des victimes sont étonnantes et déconcertantes car la réparation du préjudice est fonction de la nationalité. Des tris exemple, il est préférable d'être victime d'un préjudice de SIEG aux Pays-Bas en premier lieu, deuxièmement en France st si l'on n'a pas le choix parce que le malheur s'est abattu sur vous en Belgique alors vous subirait un système de calcul en fonction de votre âge et suivant un mécanisme de point comme le permis de conduire français qui est à points. De l'analyse de cette différence de système de réparation des préjudices dans ces trois pays de l'Union européenne, l'analyse fait deux observations.

142. **La première est la nécessité d'une véritable étude Union européenne sur les systèmes nationaux de réparation des préjudices subis à l'occasion d'un SIEG qui établira un état des lieux en la matière**.

La seconde observation se base sur le principe général Union européen de non-discrimination en fonction de la nationalité qui impose qu'une taxinomie ou un *quantum* Union européen soit fixée pour la réparation des dommages identiques subis du fait

[illegible]

[illegible]

[illegible]

d'une mission de SIEG. Si pour le même pretium doloris la victime est mieux indemnisé suivant qu'elle est sous l'empire du système Néerlandais ou Français …. ; qu'une autre régit par le mécanisme indemnitaire très sophistiqué et complexe Belge ou d'un autre État membre dont le système de réparation des préjudice est moins disant alors, nous sommes face à une disparité discriminante à résorber. Il nous semblerait que les principes généraux d'égalité et de non-discrimination de l'UE ne s'accoutumeraient que très mal d'une situation variante en fonction de la nationalité de la victime ou du lieu de survenance du préjudice.

143. **Un exemple de protection juridique et juridictionnelle du consommateurs : cas de la France** – Au sujet de la protection juridique du consommateur, « il suffit de rappeler les termes de l'article 1142 du Code civil [français ou Code napoléonien] : "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteurs". »[1635] L'on ne devrait pas s'étonner que le préjudice subit par le consommateur de services prestés, dans le cadre d'une mission de SIEG connaisse une réparation, en des termes identiques à ceux ci-dessus consacrés par le code civil français. Cette solution peut être retenue, si le disfonctionnement de ce service public de type européen s'inscrit dans le cadre du faire ou ne pas faire (ex : rupture de fourniture de gaz, d'énergie, non levée des déchets et ordures ménagères ect.). De ce point de vue, l'on postulerait pour une ressemblance entre les droits interne franco-français et celui de l'UE avec une légère ascendance pour le premier. En effet, le droit français offrirait au consommateur, une plus grande protection tirée du mécanisme de neutralité du juge français. Ce principe on le sait, voudrait que le « [juge] ne se substitue pas dans pareil cas à la partie défaillante [par exemple l'opérateur économique prestataire de SIEG], mais la condamne à des dommages et intérêt ; à la différence de son homologue américain qui pourra, lui, [ordonner] l'exécution forcée (ou *specific performance*) ». Toutefois, nous semble qu'il ne sera pas impertinent que la piste du specific performance puisse un jour être étudié par le législateur européen ou par la Commission européenne pour l'intégrer mutatis mutandis au régime juridique de protection des consommateurs de SIEG. Le mécanisme américain du *spécific performance* qui suppose une « exécution forcée ou exécution intégrale »[1636] comporte l'avantage majeur d'être une obligation de résultat qui pourrait être bénéfique aux consommateurs car sur cette base, le

juge pourrait ordonner une exécution intégrale, forcée de la prestation de service à la seule condition que le couple indissociable prestation de qualité/à moindre coût soit préservé par le droit des SIEG.

144. **À ce premier aspect de la protection juridique s'ajoute, trois types de protection juridique dont jouit le consommateur dans le droit des SIEG et qu'il conviendrait de distinguer** – Ainsi, l'on verra que des textes de source Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) offrent un premier niveau de protection juridique. Puis, il y a l'importante protection offerte aux droits des consommateurs tirée du respect des « lois européennes de Rolland ». Enfin, le droit européen de la consommation ne peut être négligé dans la mesure où il protège aussi, les droits des consommateurs de SIEG.

145. **Protection des droits des consommateurs de SIEG par une combinaison de textes Onusien, OMC et européens** – En guise de précision, retenons que le consommateurs renvoi à l'usager comme cela ressort du point 13 de la communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe de 1996. Dans cette communication, la Commission ne distingue pas le consommateur de l'usager des SIG et SIEG. Pour elle, il s'agit d'une seule et même réalité dans la mesure où elle utilise de manière identique dans cette communication et dans la même phrase, les deux terminologies. « **Les consommateurs tendent à faire davantage valoir leurs droits** et leurs revendications **d'usagers de services d'intérêt général**, y compris au niveau européen »[1637](Soulignées par nos soins). L'on aurait pu penser que l'usage de ces deux terminologies dans la même phrase obéisse à un soucis de précision mais en réalité, il s'agit d'un simplement évitement de répétition. Le consommateur est ici égal à l'usager comme nous l'avons souligné plus tôt et le retenons en ici donc tout comme cela est valable dans tout le droit des SIEG. On le voit, dans cette communication, la Commission vise aussi les droits dont peuvent se prévaloir les consommateurs de SIG en général et tout particulièrement ceux des SIEG.

146. Ce rappel effectué, ajoutons à présent que les consommateurs des services d'intérêt général prestés dans le cadre des missions de SIEG et les usagers des services publics français sont à certains égards, dans une situation analogue en matière de protection juridique de leurs

droits subjectifs ou individuels mais aussi communs. Ainsi, comme le constate à juste titre Traoré, « les textes qui servent de sources à la protection de l'usager du service public [français] se caractérise par leur diversité et leur complémentarité »[1638] inévitables. De cette complémentarité, les consommateurs de SIEG comme les usagers du service public français tirent un surcroît de protection juridique de leurs droits. Nous avons donc un cocktail de textes juridiques de protection du consommateur qui mérite d'être explicité.

147. **Les consommateurs de SIEG tirent une partie de leur protection juridique des textes de source Onusienne** – Nous entendons par source des Nations Unies, d'une part les textes édictés par cette organisation internationale de premier rang. Et, d'autre part, les prescriptions spécifiques de l'OMC en matière de protection des consommateurs. Ces deux sources de textes offrent une protection générale à tous les consommateurs. Il s'agit donc de texte visant les consommateurs de manière générale, ce qui nous permet d'y inclure ceux des SIEG. Nous exposerons avant de mentionner la double source européenne de protection des consommateurs de SIEG. Puis soulignerons leur complémentarité avant de terminer par l'importance d'une conjugaison utile et nécessaire des mécanismes juridiques européens qui se couplent avec ceux dits de droits internes aux Etats membres pour offrir un surcroît de protection juridique aux consommateurs de SIEG.

148. **Sources juridiques ONU et OMC, compléments de protection des consommateurs de SIEG** – Au niveau international, l'analyse distingue la source Onusienne[1639] de protection juridique des consommateurs en général des autres sources

internationales dont l'OMC[1640] puisqu'il s'agit de l'organisation des Nations Unies et donc par excellence, la première organisation intergouvernementale à vocation universelle dont seuls des États peuvent être membres. Il s'agit des sept principes directeurs de l'ONU pour la protection des consommateurs tel qu'ils ont été établis par la conférence Onusienne de 1999 sur le commerce et le développement. Ces sept principes directeurs Onusiens protégeant juridiquement les consommateurs sont présentés avec une précision des objectifs qui leur sont assignés par l'ONU. Ainsi, l'ONU, en tenant « *compte tenu* ***des intérêts et des besoins des consommateurs de tous les pays****, en particulier des pays en développement,* ***et de la position souvent précaire des consommateurs sur le plan économique et du point de vue de l'éducation et du pouvoir de négociation, et considérant que les consommateurs doivent jouir du droit d'obtenir des produits*** *qui ne sont pas dangereux et qu'il importe de promouvoir un développement économique et social juste, équitable et soutenu et la protection de l'environnement, [établit] les présents principes directeurs pour la protection du consommateur [qui] visent* :

1. ***À aider les pays à établir ou à maintenir chez eux une protection adéquate du consommateur***;
2. À faciliter des modes de production et de distribution adaptés aux besoins et aux souhaits des consommateurs;
3. À encourager l'adoption de normes de conduite strictes chez ceux qui s'occupent de la production de biens et de services et de leur distribution aux consommateurs;
4. À aider les pays à mettre un frein aux pratiques commerciales abusives de toutes les entreprises, aux niveaux national et international, lorsque ces pratiques sont préjudiciables aux consommateurs;
5. À faciliter la formation de groupes de consommateurs indépendants ;
6. ***À promouvoir la coopération internationale dans le domaine de la protection de consommateur***;

7. À favoriser la constitution de marchés donnant aux consommateurs un plus grand choix à moindre prix ;
8. À promouvoir des modes de consommation durable. »[1641] (C'est nous qui les soulignons).

149. Il est vrai que mis en œuvre de manière effective et efficace, dans les 28 pays membres de l'Union européenne, les sept principes directeurs des Nations sont bénéfiques à l'ensemble des consommateurs. Mais ils ne manquent pas de renvoyer d'une certaine manière par leurs ressemblance et contenu, à la déclaration faite par le président John Fitzgerald Kennedy en 1962 devant le congrès américain : « droit à l'information, droit à la sécurité, droit d'être entendu, droit de choisir ». Ces quatre droits que l'on pourrait consacrer comme des droits fondamentaux du consommateur, dans une monde dangereusement consumériste dans lequel, tout un chacun pourrait à raison s'exclamer « pauvre consommateur que je suis et demeurais-je, si mes droits ne sont pas reconnus et juridiquement effectivement protégés. Le 15 mars 2015, dernier on le sait, a été célébrée, la journée mondiale du consommateur que nous sommes tous, bien sûr avec des quotients consuméristes différents. L'idée que l'on tenté d'avancer en paraphrasant le célèbre *cogito ergo sum* de l'illustre philosophe français René Descartes est, « je consomme donc je suis »[1642]. Rapportée à la suite de la déclaration ci-dessus indiquée du président américain en 1962, le « je suis » parce que je consomme est en danger dans la mesure où en sa qualité de consommateur, il fait parie du groupe social, « (…) le plus important qui touche et qui est touché par presque toutes les décisions publiques et privées d'ordre économique. Pourtant, c'est le seul groupe important dont les avis ne sont souvent pas entendus » C'est pour cette raison que même mineure, la protection juridique du consommateur découlant des principes directeurs a) et f) ne doit pas être prise à la légère. Le consommateur de SIEG doit à partir du droit des SIEG, bénéficié de manière effective de cette double protection résidant dans ces deux principes directeurs.

150. En paraphrasant le principe directeur a), la première de ces deux protections viendrait d'une obligation faite aux Etats membres de l'UE. Ainsi, conformément à ce

principe directeur, le droit des SIEG devrait « aider [voire obliger] les pays [membres de l'UE sans aucune exception] à établir ou à maintenir chez eux une protection adéquate du consommateur ».

151. Ensuite, la deuxième protection découlerait de ce que ce droit doive aussi, selon le septième principe directeur de « promouvoir la coopération internationale dans le domaine de la protection du consommateur », par exemple dans le cadre juridique de l'OMC. Nous y reviendrons après avoir exposé la double source européenne de protection des droits des consommateurs de SIEG.

[illegible]

152. La protection du consommateurs des SIEG est renforcée part la combinaison des mécanismes UE et CEDH en cette matière SIEG (**§1**). Toutefois il est important d'analyser la protection de ce consommateurs dans la typologie des SIEG (SIEG de prestations ou de régulations) (**§2**). Enfin l'analyse soulignera la spécificité de la notion de consommateur dans les SIEG(**§3**)

§1- Protection UE et CEDH des consommateurs de SIEG

153. Il nous semble logique dans la mesure où nous sommes purement et simplement en droit européen des SIEG de commencer par la source UE de la protection juridique des consommateurs de cette catégorie de service d'intérêt général. Puis et enfin, nous évoquerons l'apport de la source CEDH en cette matière.

154. **Le droit de l'Union européenne ne néglige pas la protection juridique des consommateurs des SIG et SIEG** – La doctrine affirme à raison que « le droit de l'Union européenne est devenu, avec constance, une source reconnue de la protection juridique des usagers [entendons ici, consommateurs] des services d'intérêt général, des services d'intérêt économique général, des services universels. Et, donc des services publics par voie de conséquence »[1643]. À ce titre, sans aucune prétention à l'exhaustivité mais à titre d'exemple, nous relèverons d'abord : la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs. Elle ne se borne pas à préciser le sens à donner aux clauses abusives contenues dans ce type de contrat, elle donne aussi une définition du consommateur qui ne doit être entendu qu'en tant que « personne

[illegible]

physique »[1644], précisément dans cette situation et dans le cadre de cette directive. Cette acception du consommateur a été reprise par la Cour de justice des Communautés dans son arrêt du 22 novembre 2001 affaires jointes C-541/99 et C-542/99[1645]. Dans cette espèce, la CJCE a jugé que « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b) de la directive 93/13/CEE [précitée] (…) doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques »[1646]. C'est donc à des personnes physiques, consommatrices de SIEG qu'offre la protection juridique aménagée par cette directive même si tous les contrats de SIEG à l'exception de quelques uns (contrat de fourniture de gaz, d'électricité, ...) ne sont pas des contrats conclus entre consommateurs et entreprises de prestations de ces missions d'intérêt général. L'on peut dans ce sens partager avec une légère nuance, le constat de madame le professeur Jacqueline Dutheil De La Rochère en ce que « la loi et la jurisprudence ont développé, notamment en France mais également dans les autres pays de la Communauté, un régime protecteur de la partie la plus faible, à savoir le consommateur, de sorte que **la liberté contractuelle est loin d'être totale** »[1647] (Soulignée par nos soins).

155. **Toutefois, pour nous, le fait que la plupart des contrats de SIEG soit de type contrat d'adhésion n'enlève rien à l'existence d'une protection offerte aux consommateurs –** L'auteure du constat semble l'avoir supposée en reconnaissant que la loi et la jurisprudence s'en sont préoccupés même si pour elle, l'inscription de nombre de ces contrats dans la perspective d'une « liberté contractuelle (…) loin d'être totale »n'est pas négligeable au plan juridique[1648]. À nos yeux, les risques d'une prise en otage de la volonté contractuelle des consommateurs qui dans ce cas de figure ne remplit pas forcément, le principe sacro-saint du « consensualisme contractuel libre et éclairé »[1649], très cher au droit

civil n'enlève rien à la présence dans le dispositif juridique des SIEG, d'une protection des droits des consommateurs de ces services.

156. En effet, dans ce sens, le 9e considérant de cette directive qui définit, pour la première fois, la notion de consommateur en droit communautaire est claire et sans équivoque sur l'exigence d'un principe de protection offerte aux consommateurs. Ce principe de protection découle des deux programmes que recouvre le titre « protection des intérêts économiques des consommateurs ». En effet, la Commission précise qu'aux termes des dispositions consignées sous ce titre, « **les acquéreurs de biens ou de services doivent être protégés contre les abus de puissance du vendeur ou du prestataire, en particulier contre les contrats d'adhésion et l'exclusion abusive de droits essentiels dans les contrats** ». Et, ceci après avoir pris le soin d'indiquer dans le 4e considérant que « **qu'il incombe aux États membres de veiller à ce que des clauses abusives ne soient pas incluses dans les contrats conclus avec les consommateurs** » (Soulignée par nos soins). Cette interdiction de clauses abusives dans les contrats de ce types n'est que bénéfique aux consommateurs qui sont de ce fait à l'abri de d'une suspension unilatérale de prestation de SIEG sur le fondement d'une telle clause. On voit aussi dans ce 4e considérant que la Commission des Communautés a admise que les contrats d'adhésions puissent êtres une modalité contractuelle dans les SIG et SIEG et n'y guère étonnant que comme précédemment soulignée, plusieurs contrats de SIEG en soit.

157. Puis nous ajouterons de manière chronologique, le règlement CE n°1371/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux droits et obligations des voyageurs ferroviaires, en renforçant les

garanties de l'indemnisation des préjudices corporels et des dommages causés aux bagages ne manque pas d'harmoniser les disparités et autres différences des législations des Etats membres en cette matière. Ce règlement est complété par un autre de la même année qui est le règlement, CE n°1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route (JOUE n° L. 315-5 décembre 2007). Ce règlement regorge d'importantes mesures de protection des passagers de trains et qui sait combien sommes-nous dans l'espace UE des 28 pays membres à nous déplacer par ce moyen de transport. Cette directive réserve un meilleur traitement de l'indemnisation des torts causés par les retards et les correspondances manquées[1650].

158. Par la suite, nous reviendrons ici sur une directive précitée. Il s'agit de la directive 2014/104/UE du parlement européen et du conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Au sujet de cette directive, notons que nonobstant l'imprécision qu'elle comporte sur la compétence de la juridiction qui devra connaître de l'infraction commise par pratiques anticoncurrentielles, elle ne demeure pas moins une avancée dans le cadre de l'indemnisation des victimes d'actes anticoncurrentiels. En effet, la réparation de tels préjudices a longtemps été tributaire de la bonne ou mauvaise volonté des législations nationales des Etats membres, au demeurant très divergentes, permettant une réparation incertaine voire inéquitable en cette matière. Mais et cela est louable, la situation des victimes des actes anticoncurrentiels connaît une amélioration avec cette directive dont l'objectif principal est d'harmoniser et de rendre plus aisées, les actions en réparation des dommages subis par les personnes physiques et morales du fait des pratiques anticoncurrentielle. Sa dénomination anglaise de « *private enforcement* » ou action individuelle est donc très expressive des possibilités laissées à l'action privée en cette matière.

159. Enfin, nous avons l'impact de l'économie de l'ensemble du Traité de Lisbonne qui en donnant une assise juridique plus forte à l'Union européenne entraîne conséquemment, la reconnaissance de la force « contraignante [de] la Charte européenne des droits fondamentaux qui comporte plusieurs dispositions relatives aux services d'intérêt général

notamment[1651] »[1652]. Ainsi, toujours au sujet des sources UE de protection juridique des consommateurs, en plus des directives et règlements ci-dessus mentionnés, l'on peut ajouter quelques dispositions de la Chartes UE des droits fondamentaux. Il s'agit des articles 34 et 36 dont les dispositions suffisamment claires, expriment sans aucun point d'ombre la protection juridique qu'elles apportent aux droits des consommateurs de SIG et SIEG. L'on peut se contenter d'en rapporter tout simplement les termes.

160. Aux termes des dispositions de l'article 34 de la Charte européenne (UE) des droits fondamentaux, « **l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité** sociale et aux services sociaux assurant **une protection dans des cas tels que la maternité**, les accidents de travail, **la dépendance ou la vieillesse**, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies pour le droit de l'Union et les législations nationales »[1653] (C'est nous qui le soulignons). En couvrant l'existence du citoyen européen, notion sur laquelle nous reviendrons dans notre dernier et huitième chapitre (partie 2, titre 2, chapitre 2), l'Union européenne répartit les missions de SIEG de la naissance à la mort en passant par le vieillissement. Comment peut-on continuer à cataloguer l'UE et soutenir qu'elle serait « socialiticide » ou suicidaire pour tout ce qui est social ?

161. L'Union européenne respectueuse des aspects sociaux de l'existence humaine donne, une formidable réponse à cette question à travers les termes de cet article 34 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Ainsi, au sujet de cet article 34, partagerons-nous la position doctrinale qui reconnaît que conformément à ses dispositions, « la protection des usagers [consommateurs ou clients-consommateurs [1654]] des services publics sociaux correspondants est d'autant plus pertinente et efficace que les administrés ont, parallèlement, un droit à la mise en œuvre et au respect du droit de l'Union dans leurs relations avec les

administrations et les services publics [1655]»[1656]. Nous étendons le bénéfice de cette protection en affirmant que pour nous, ce droit réside également dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence, garant du rapport prestation de service publics ou d'intérêt général – c'est du pareil au même –, de qualité fournies, à des prix concurrentiels. Une belle illustration de ce rapport important est donnée par le droit des SIEG qui le consacre et en fait une noble finalité des missions de ce type économique de service d'intérêt général.

162. Le deuxième article de la Charte européenne des droits fondamentaux qui retient davantage notre attention, est l'article 36 car ses rédacteurs y ont clairement affirmé une logique voire une philosophie de politique socio-économique réalisable à travers les SIEG. Ainsi, « **l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union** » (C'est nous qui le soulignons). Visant directement les SIEG, et tenant compte de leurs « valeur communes » de l'Union acquise à travers le traité d'Amsterdam de 1997 et aussi, de sa réaffirmation par le Traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009, il nous semble qu'il n'a plus lieu de supputer sur la protection juridique de l'accès des consommateurs des prestations de SIEG qui en découle. Les termes de cet article 36 de la Charte se suffisent à eux-mêmes en terme de clarté et conséquemment, ils n'ont aucun besoin d'interprétation supplémentaire risquée, voire hasardeuse puisqu'au demeurant inutile.

163. Enfin, nous soulignerons un dernier corpus Union européen de protection juridique des consommateurs des SIG et SIEG. Il s'agit de la Charte européenne sur les services locaux et régionaux d'intérêt général du Conseil des Communes et Régions d'Europe. Nous convenons que cette Charte rédigée par le Conseil des Communes et Régions d'Europe, une association à but non lucratif datant de 2009, « contribue à promouvoir une certaine forme de protection des droits des usagers [et consommateurs] des catégories de service publics »[1657]. On le sait, cette association a même collaboré, activement à l'écriture du nouveau « paquet Almunia » relatif aux SIEG. Après l'entrée en vigueur en 2012, de ce nouveau paquet de la Commission européenne, son avis sur celui-ci est très intéressant au point que certains auteurs

se soient appropriés certaines appréhensions[1658]. Selon la proclamation de l'article 1-2 de cette charte, « il est de la responsabilité des collectivités locales, **et c'est leur droit, de décider démocratiquement et de leur propre initiative des meilleurs moyens de fournir, de faire exécuter et d'organiser les services d'intérêt général et les services d'intérêt économique général, dans l'intérêt des population locales et des utilisateurs de ces services** » (C'est nous qui le soulignons).

164. L'analyse rapide de cette proclamation permet de déceler une grande ressemblance entre sa formulation et les termes de l'article 106 TFUE. Autrement dit, à l'exception de l'ajout de la terminologie d' « utilisateurs » à la fin de cette proclamation, l'on penserait à une simple appropriation des 1er et 2e paragraphe de l'article 106 TFUE (ex-article 86 § 1er et 2e TCE). La ressemblance entre les deux formulations est frappante au point de faire penser à une paraphrase du deuxième par la première.

165. Pour terminer ici, nous osons affirmer que la trame de nos développements sur cette question étant qu'aucun moyen possible de protection des droits des consommateurs de SIEG ne soit banalisé voire négligé, nous partageons le constat selon lequel, « le défaut de force juridique contraignante de cette charte européenne sur les services locaux et régionaux d'intérêt général ne doit pas en masquer la portée symbolique, ni la complémentarité avec les textes de référence »[1659].

166. **Nous reviendrons sur cette complémentarité, avec beaucoup insistance lorsque nous analyserons l'importance de la conjugaison des sources pour offrir une plus grande protection aux consommateurs des SIEG** Mais encore faudrait-il répondre à présent à une autre interrogation, celle qui consistera à montrer comment la convention européenne des droits de l'homme est une autre source européenne, mais non UE de la protection juridique des droits des consommateurs de SIEG.

167. **Conjugaison des mécanismes juridiques ONU, OMC, UE et européens : un surcroît de protection -** Après avoir montré la complémentarité des textes européens de

protections des consommateurs de SIEG, il nous semble que dans l'office du juge national en matière de protection juridictionnelle des consommateurs de SIEG, celui-ci ne pourrait faire l'économie de puiser dans les sources européennes (Convention européenne des droit de l'homme (CEDH) ou internationales dont les textes de l'ONU et de l'OMC ci-dessus rapportés. Ce recours à d'autres sources du droit peut être qualifié de conjugaison de mécanismes juridiques pour offrir une plus grande protection juridique aux droits des consommateurs de SIEG. Il s'agit d'un exercice intellectuel juridique qui reviendrait à une lecture combinée des sources provenant de l'ONU, de l'OMC et de la CEDH[1660] qui en complétant l'arsenal juridique de l'Union aboutirait, c'est ce que nous souhaitons, à mieux protéger les consommateurs de SIEG. Cette démarche est loin de constituer une faiblesse du mécanisme Union européen de protection des consommateurs. Ce n'est pas non plus du jamais vu ailleurs en droit. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) s'inscrit dans ce type de démarche en ce sens que sa jurisprudence, il ressort que rien n'est suffisamment fait pour mieux protéger les droits de l'hommes. Ainsi, dans la matière des doits de l'homme, l'on ne décrie pas la lecture combinée des dispositions de l'article 3 des statuts de la CEDH (article 3 CEDH) avec celles de l'article 14 CEDH ou encore avec celles de l'article 5 CEDH.

168. Précisons d'abord que l'article 3 des statuts de la CEDH clarifie en les précisant, les buts de la CourEDH. Aux termes de cet article, la jouissance de ses droits et libertés fondamentales est reconnue à toute personne. Il en découle qu'une obligation soit impartie aux Etats paries à se conformer à cet idéal auquel ils s'engagent sous la surveillance étroite de la CourEDH. On le sait, l'article 3 de la CEDH prohibe la torture, les traitements et peines inhumaines et dégradants. Il s'agit d'un texte majeur que l'on place au rang du *jus cogens*. Par ce texte, l'on s'aperçoit que la CEDH et le Tribunal Pénal International pour la Yougoslavie

(TPIY[1661]) se sont accordés sur la reconnaissance de l'interdiction de la torture qu'ils érigent au rang de *jus cogens* ou norme internationale interrogeable. Ce droit absolu dont atteste sa valeur de jus cognes semble être la seule norme impérative international que reconnaît la CEDH comme cela transparait de la décision de la CourEDH du 21 novembre 2001 sur l'affaire *« Al Adsani c. Royaume-Uni »*[1662].

169. Ensuite, nous remarquons que dans plusieurs décisions de la CourEDH, ce même ce article 3 de la CEDH est visé soit en combinaison avec les disposition de l'article 5, soit avec celles de l'article 15 pour offrir plus de confort juridique en protégeant les droits des particuliers en matière de respect des droits de l'hommes. Ainsi, dans décisions prononcés contre la Turquie[1663] l'article 3 de la CEDH. C'est le cas par exemple de l'affaire « *Biligine c / Turquie* » de 2000. La remarquable générale importante sur ces affaires contre la Turquie, est que certaines situations aient été considérées dégradantes car discriminatoires ou autre alors même qu'en principe elles sortent du cadre strict régit par l'article 3 CEDH. C'est donc une approche lato sensu qui est retenue de la notion de torture afin d'éviter que des individus ne la subisse. Un exemple en dehors de la Turquie est celui de l'arrêt *Moldovan et al. c/ Roumanie*[1664] de 2005 de la CourEDH. Cette affaire a concerné la minorité Roms. Dans

[illegible]

[illegible] http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

celle-ci, la Cour de Strasbourg (CourEDH) à fait une lecture conjointe des dispositions des articles 3 et 14 CEDH. L'approche large de la notion de torture fait que l'article 3 CEDH a été la base légale pour y inclure les conditions de vie dans les prisons. Les détenus ont pu ainsi bénéficier sur ce fondement, d'une double protection dans le cadre de la CEDH en combinant les protections juridiques tirées des articles 5 et 3 CEDH. Cet accroissement de leur protection est aussi l'effet du ricochet car lorsqu'une situation n'est pas directement visée par les termes de l'article 3 CEDH, l'on y aboutit par le jeu de la lecture combinée. La jurisprudence de la CourEDH permet de dégager une sorte de principe général de droit selon lequel, toute personne détenue doit pouvoir l'être dans le respect de la dignité humaine comme la Cour de Strasbourg en a ainsi jugé dans l'affaire « *Kudla contre Pologne* »[1665] de 2000.

170. **Ces exemples sont suffisants pour attester qu'une démarche de lecture juridique combinée, en vue d'offrir un surcroît de protection à la partie faible dans un litige est possible** – Puis en adoptant une telle démarche, le juge national d'un État membre ou la Cour de justice de l'Union européenne réalise du déjà fait d'une part. Et d'autre part, l'un et/ou l'autre épouserait l'ère du temps. Le temps ou la « mode » étant à la mondialisation des relations commerciale et du droit aussi. Même si l'on est encore loin de dégager un droit universel, l'on peut admettre que la mondialisation oblige à lâcher prise si l'on est très souverainiste au point de ne penser le droit que dans le cadre strict étatique. De plus, jamais l'excès de précautions n'a nuit à la précaution. Il nous semble que c'est plutôt l'absence de mesure préventive et incitatrice à offrir plus de protection aux consommateurs de SIEG qui devrait être décriée. Partant, si dans son office, la CJUE et/ou le juge national d'un Etat membre de l'UE a recours aux sources internationales (ONU, OMC, CEDH, … voire américaine ou chinoise), c'est aussi épouser l'ère du temps actuel où les juges américains et européens n'hésitent à se référer à leur jurisprudence respective en matière de droit de l'homme. Les affaires « *Timurtas contre Turquie du 13 juin 2000* », « *Durand et Ugate contre Pérou* » du 16 août 2000. La démarche de la Cour de Strasbourg dans l'affaire « *Mazani c/ Roumanie* » du 21 septembre 2006 est fort remarquable car atteste d'un dialogue existant entre la CourEDH et son homologue régionale américain la CIDH.

171. L'analyse de Madame le professeur Laurence Burgogue-Larsen sur la démonstration du dialogue inévitable et indispensable des juges est fort remarquable au point que bous ne pouvons que la reprendre à notre compte. « Pendant longtemps – trop longtemps sans doute –

[1665]

le processus inverse n'exista pas. Le dialogue était donc à sens unique. Il fallut l'arrivée à Strasbourg d'affaires graves – notamment des affaires de disparitions forcées où la CIDH avait pu démontrer que l'audace pouvait être au service de la justice – pour que son homologue de Strasbourg – aidée en cela par les sources d'informations transmises par les *amici curiae* – prenne la mesure de l'intérêt de la démarche comparatiste pour citer et s'inspirer du précèdent historique fondateur, l'arrêt *Velasquez Rodriguez c. Honduras* du 29 juillet 1988 (Série C n°4) dans l'affaire *Timurtas c. Turquie* du 13 juin 2000, pour s'inspirer de la théorie de la présomption de mort.

172. Aujourd'hui, le dialogue transcontinental apparait plus équilibré. Le réfèrent interaméricain n'est plus étranger mais est à l'inverse familier à l'univers strasbourgeois. **La jurisprudence interaméricaine (aux côtés de la jurisprudence de la Cour internationale de justice) servit ainsi à la Cour européenne afin de changer de cap** dans l'affaire *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 6 février 2003 **pour affirmer la force contraignante des mesures provisoires**. **De même, l'arrêt *Durand et Ugarte c. Pérou* du 16 août 2000 fut expressément utilisé par la Cour de Strasbourg, dans l'affaire *Mazni c. Roumanie* du 21 septembre 2006 pour valoriser l'importance de l'impossibilité de juger des civils par des juridictions militaires** »[1666] (C'est nous qui le soulignons).

173. Un autre exemple peut être pris en Afrique de l'Ouest où le juge ivoirien (Côte d'Ivoire) a, longtemps considéré qu'en matière administrative, l'arrêt « Bac d'Eloka »[1667] rendu par le Conseil d'Etat français était invocable en droit administratif ivoirien[1668]. Il nous semble qu'à bien des égards, le juge ivoirien se comporte en matière de droit administratif comme s'il y a eu en Côte d'Ivoire, un copier-coller prêt à fonctionner juridique sans

sourciller. On découvre dans certain domaine du droit administratif ivoirien, depuis l'indépendance en 1960 de cette ancienne colonie française, qu'aucune précaution voire aucune application du *mutatis mutandis* n'a été observée. Pour autant, l'on sait que la noble science juridique exige un minimum de respect de la règle du *mutatis mutandis* lorsque le cadre spatio-temporel de construction des normes juridiques n'est pas le même que celui terrain de leur application. Une invitation à lire le manuel de droit administratif « ivoirien » du professeur René DEGNI-SEGUI[1669] suffit amplement à s'en convaincre, surtout le chapitre service public.

174. L'ère du temps n'est-il pas aussi aujourd'hui, celui d'envisager un office du juge avec une véritable prise en compte des sources étrangères éprouvées de droit. Madame le professeur Laurence Bourgogne-Larsen affirme à raison que « l'internalisation n'affecte pas que les marchés économiques et financiers, elle transfigure également les relations entre les juges en entre Cours »[1670]. Ce constat est aussi valable dans divers domaine du droit. Ainsi, nous l'admettons sans aucune réserve que « ***l'ignorance – tant dans le sens de l'indifférence que de la méconnaissance – n'est tout simplement plus de mise*** »[1671] (Soulignée par nos soins).

175. L'ignorance sous cette double forme n'étant plus de mise, nous comprenons assez difficilement, les hésitations et le protectionnisme inavoué du pré-carré national dans l'office du juge dont a témoigné la lente réception des normes communautaires en droit administratif français. Le désormais célèbre arrêt *Nicolo*[1672] du Conseil d'Etat français traduit éloquemment le jet d'éponge après un dancing hall juridique sur un air musical « je t'aime moi non plus » au demeurant très surprenant, de la part de la haute juridiction de l'ordre juridique administratif français. La France étant avec l'Allemagne, les deux pays initiateur du projet de l'Union européenne, de telles réticences dans l'office du juge à l'égard de la normativité communautaires nous semble incompréhensible. L'on pourrait les mettre au compte du « mon pays est membre de l'UE, cela est bien même très bien. Mais moi, juge administratif français, en ma qualité du Conseil d'Etat donc la plus haute juridiction administrative française, j'ai un cerveau, et une faculté de dire non mais… ; Ou oui mais… ; et j'en use à volonté. Et puis, je suis le « roi »[1673] du droit administratif français et en cette qualité, je me réserve le droit de dire oui je l'accepte et/ou non je refuse l'applicabilité de telle ou telle autre norme du droit

européen ». Cette position est inconséquemment intolérable au regard de toute l'économie de l'entier droit primaire européen. Elle mettrait à mal la cohésion juridique de l'UE dans la mesure ou, loin d'être constructive, elle déconstruit l'édifice tout entier en spoliant les acquis.

§2 : La consommateur dans la typologie des SIEG

176. Dans le droit européen, en matière de SIEG, l'économicité et la commercialité du service public privilégient le rapport volontaire au service public par principe et c'est donc par exception que l'on peut accidentellement devenir consommateur de SIEG. Ce postulat découle du fait que dans les SIEG, la « prestation » de service public prend le pas sur le service public fournit par « prescription » comme cela ressort de l'arrêt *Federutility* précité dans lequel, la Cour de justice a jugé que « la fixation d'un prix de référence »[1674] par l'autorité de régulation de la fourniture du gaz en Italie est un service d'intérêt économique général conforme aux dispositions de l'article 86 CE. Dès lors, l'on peut s'autoriser d'admettre que dans les SIEG, le service publics par « prestation » prend majoritairement le pas sur celui dit de « prescription » qui y est rare et d'exception presque contrairement au droit français du service public où « la fourniture d'un service dans le cadre de l'activité de service public n'est pas toujours, ni nécessairement, la fourniture d'une " prestation " »[1675]. Il n'est donc pas étonnant de constater en droit français du service public, que « **le fait de faire reposer, pour l'essentiel, la définition de l'usager du service public sur la condition d'existence et d'exigence d'une "mise en relation avec le service" contribue à dévoiler l'existence de catégories de services publics intrinsèquement dépourvue d'usager directes**. Il s'agit de des services publics dont l'organisation et le fonctionnement n'entrainent pas la fourniture d'aucune "prestation" »[1676]. Cette précision laisse entrevoir que pour parvenir à faire admettre dans le droit des SIEG, un statut de citoyens et résidents des pays membres de l'UE qui soit celui d'un usager-consommateur exigeant et participant à l'évaluation desdits services publics il faudrait une bonne appréhension du statut de consommateur et / ou d'usager ou encore d'usager-consommateur. Cette appréhension du statut du consommateur passe par la distinction entre SIEG de prestation et SIEG de régulation car l'apposé du droit français des service public, il n'y a aucun SIEG de prescription. Que l'on soit dans l'hypothèse d'un SIEG de prestation ou dans celle de

régulation, notamment l'exemple de SIEG de régulation du prix de fourniture du gaz comme en a ainsi décidé la Cour de justice dans l'affaire *Federutility*[1677], l'utilisateur des services est purement et simplement un consommateur. Cette donnée permet d'envisager une seule notion de consommateur de SIEG et donc un seul régime juridique pour sa protection.

§3 : La notion de consommateur des SIEG

177. L'analyse précisera préalablement ce que recouvre d'une part la notion de consommateur de SIEG (A). Et, d'autre part, elle soulignera la particularité de ce consommateur par rapport à l'usager classique du service public (B). Enfin, nous, justifierons notre l'option de retenir tout simplement la terminologie juridique « usager-consommateur-exigeant » de SIEG (C).

A- La notion de consommateur de SIEG

178. Une certaine logique juridique dans le choix de la terminologie de consommateur en matière de SIEG – En effet, en droit, il existe des logiques qui coexistent voire s'affronte parfois. C'est le cas de l'usager en droit des services publics français et du consommateur en matière de SIEG. Lorsqu'en droit du service public français, l'usager est perçu comme le « bénéficiaire du service public[1678]. Il va recevoir une prestation spécifique dont il tirera un usage direct [1679] et effectif [1680] » [1681]. Il s'agit bel et bien d'une représentation tridimensionnelle : social, économique et juridique tributaire d'une logique nationale française à la fois de l'usager et du service public dont l'idée de base est la gratuité et l'assistance de l'État nation français. Tandis qu'en droit des SIEG, en préférant le terme

consommateur à celui de l'usager en matière de SIEG, cela obéit également à une logique Union européenne, celle de mobiliser la concurrence efficace conjuguée avec les offres de protections juridiques des droit de la consommation et commercial au profit du consommateur que l'on pourrait voir comme le maillon faible de la chaine de la commercialité. C'est don la protection du plus faible par le droit des SIEG. à C'est ans ce sens que l'analyse considère à l'instar de Mme Fabienne Peraldi-Leneuf que « le plaidoyer qui soulignait les bienfaits de la régulation pourrait r-tout aussi bien être transposé au système communautaire, particulièrement à propos du débat sur la création du service universel ou du service d'intérêt général. En effet, alors que la conception française du service public se caractérise par une longue tradition d'immixtion de l'État dans sa vie économique et sociale[1682], la conception communautaire se rattache quant à elle à un ensemble d'autres critères, de nature évolutive et constitués essentiellement par le droit.

179. Ces critères sont définis notamment par la Cour de justice des Communautés européennes lors de l'examen des notions de " service d'intérêt économique général ", d'entreprise publique", de "droits exclusifs ou spéciaux", ou de "mission particulière" contenues dans l'article 90-2 du traité qui autorise des dérogations aux règles de concurrence[1683]. Ils ressortent enfin de la référence de plus en plus soutenue à la citoyenneté européenne et aux droits fondamentaux issus de la Convention européenne des Droit de l'Homme[1684], ou de la prise en compte des impératifs de cohésion économique et sociale et de solidarité [1685] dans les textes d'harmonisation. Ces critères, par leur caractéristique "ascendante", sont liés étroitement à l'idée de l'existence d'un intérêt général en voie de formation propre à la Communauté et mettent surtout en évidence que l'on ne peut plus dissocier aujourd'hui le débat sur le service universel ou le service d'intérêt général de celui sur la construction européenne ».

180. **Le service d'intérêt économique général, une variable économique de l'intérêt**

général – Le service d'intérêt économique général, variable de l'intérêt général, l'une des modalités de la gestion de l'intérêt général en droit de l'UE (article 106 TFUE) étaye cette considération. Et, « la lecture des différentes prises de positions présentées dans le cadre de la Conférence intergouvernementale de 1996[1686], appuie cette vue. Les renvois constants à la nécessité d'une "Union européenne promouvant l'intérêt général"[1687] sont éloquents. Ils expriment le souhait d'assurer la conciliation entre la réalisation du marché intérieur et les impératifs d'intérêt général affirmés par le traité, tels que l'aménagement équilibré du territoire, l'égalité de traitement entre les citoyens, la qualité et la permanence du service rendu au consommateurs"[1688] »[1689] dont celui des SIEG. L'analyse opte pour une terminologie composée : « usager-consommateur-exigeant » de SIEG.

B- Le consommateur de SIEG quelle particularité ?

181. **Distinction entre l'usager du service public et le consommateur en droits du marché et de la consommation** – Un remarquable éclairage de la distinction entre les terminologies juridiques d'usager du service public et de consommateur en droit de la consommation et du marché est fait par M. Christian Barbier que nous reprenons intégralement pour notre compte avant d'insister sur la particularité du statut du consommateur de SIEG. En effet selon lui, « l'usager est bénéficiaires du service public[1690]. Il va recevoir une prestation spécifique dont il tirera un usage direct[1691] et effectif[1692]. Quant au client, il est normalement celui qui passe commande à une entreprise[1693] ou celui qui s'adresse

à un commerçant[1694], en tout état de cause c'est la notion de relations d'affaires, qu'elles soient civiles ou commerciales, qui caractérise la clientèle[1695]. Ces deux concepts paraissent depuis longtemps différenciés, ils correspondent à deux modèles contrastés. ***L'usager peut être perçu comme une personne abstraite, désincarnée soumise au bon fonctionnement de l'administration***. Les pouvoirs publics, en effet, ne créent le service que pour répondre à des besoins d'intérêt général qui transcendent les exigences de chaque particulier. **Il s'agit d'assurer le bien être-être et de renforcer la cohésion de l'ensemble de la collectivité**. Le client, au contraire, renvoie à l'image d'un individu concret totalement immergé dans son environnement socio-culturel dont l'entreprise privée cherche à connaître les aspirations pour mieux satisfaire la demande individuelle. Elle s'efforcera de lui proposer des produits adaptés dans le cadre concurrentiel. On assiste aujourd'hui, cependant, avec le développement de la privatisation des services publics et le discours sur leur modernisation, à une assimilation de plus en plus fréquente de ces deux termes. L'usager tend à devenir le client de l'Administration tout au moins l'usager-client. (…) Ce glissement de sens n'est pas sens conséquence. Paradoxalement, il a pu être utilisé pour donner une nouvelle légitimité au service public qui s'ouvre sur l'extérieur pour mieux répondre aux aspirations de sa clientèle, **mais il est aussi appréhendé comme élément comme élément de destruction du faisant prévaloir les intérêts privé sur l'intérêt général** »[1696].

182. **La distanciation terminologique sur l'usager du service public en droit communautaire et français** – L'évolution entre terminologique ou sémantique entre l'usager du service public franco-français et celle de consommateur de SIEG pourrait avoir pour point de départ le traité de Rome de 1957 qui institua la Communauté économique européenne. En effet, c'est dans les termes de l'article 90-2 CEE que la terminologie services d'intérêt économique général (SIEG) apparait pour la première fois dans le vocabulaire du droit UE. Nous l'avons à maintes reprises signalées. D'ailleurs, la notion de consommateur présente dans la résolution[1697] du Parlement européen du 17 mail 1995, en parlant de l'égal accès à chaque citoyen aux services d'intérêt général visait également le consommateur de SIEG. Le point de repère ou de référence d'un concept et/ou d'une notion d'est d'une grande

importance ne droit. Puisque « le droit n'est pas simple instrument de travail, il relève non seulement de l'ordre du "faire ", en fixant les droits et obligations de chacun, mais aussi du "dire", en remplissant un rôle de médiation et de communication, de "l'être », en fournissant les points de référence nécessaires à l'existence même de la société[1698] »[1699] et des concepts et notions juridiques ; Ce point de référence qui peut être un texte de loi en l'occurrence un traité, celui de la CEE de Rome de 1957 peut aider à comprendre l'esprit et la terminologie juridique en cause, en l'occurrence celle du consommateur de SIEG. Pour l'analyse, tout choix en droit obéit à une certaine logique or il existe plusieurs logique dans ce domaines.

C- Un « usager-consommateur-exigeant » de SIEG

183. Usager, client, usager-citoyen, consommateur-citoyen, usager-consommateur utilisateur, consommateur …, un foisonnement étonnant de dénominations juridiques différentes pour une seule personne – Certains auteurs relèvent avec justesse que « s'agissant des références aux usagers, elles ne manquent pas dans les textes communautaires, mais sans grande cohérence de concept et de régime juridique : qualifié tantôt de client, de consommateur, d'utilisateur final voire de citoyen, l'usager d'un SIEG est encore en quête d'un régime unifié, ou du moins harmonisé »[1700]. Or en droit, d'une manière général, chacune de ces terminologies est chargée d'un sens précis et doté d'un régime juridique particulier. Il nous semble que bien que parque M. Stéphane Rodrigues a parfaitement raison de préciser qu'au niveau de la stabilité, de la cohérence et de l'harmonisation terminologique au sujet du consommateur de SIEG, que « la valeur ajouté la plus significative d'un texte horizontal sur les SIEG, pourrait peut-être résider dans ses dispositions relatives aux droits des usagers, à la qualité du service et à l'évaluation », l'analyse propose que le consommateur de SIEG soit dénommé « usager-consommateur-exigeant ». Cette dénomination prend en compte les précisions apportées sur ces trois dimensions de la valeur ajoutée que devrait apporter un texte horizontal sur les SIEG. Ces trois dimensions on largement été explorées par M. Stéphane Rodrigues[1701], l'analyse ne peut donc que renvoyer le lecteur à ses développements. Notre

choix évite soigneusement le débat ouvert par la professeur Jacqueline Dutheil De la Rochère sur « l'usager du service public et le client de l'entreprise saisis par le droit communautaire » où elle répond précisément à la question, « l'ouverture du service public à la concurrence et la fin des monopoles constituent-elles une menace si redoutable pour l'usager du service public qui serait condamné au sort de client-consommateur »[1702].

184. L'adoption de notre proposition d'« usager-consommateur-exigeant » de SIEG pourrait se fonder sur deux jurisprudences de la Cour de justice de la décennie 1990. Il s'agit des arrêts Paul Corbeau[1703] et Commune d'Almelo[1704]. En effet, cela a été remarquablement bien souligné par la professeur Jacqueline Dutheil De la Rochère en conclusion de son de l'usager du service public et le client de l'entreprise » précitée. Ainsi est-il que selon l'auteure, « on en vient finalement à retenir l'idée qu'il existerait dans chacun des pays membres de la Communauté un concept de service d'intérêt général reconnu à un moment donné comme absolument essentiel par la collectivité publique considérée – Etat, région, commune ; ce besoin peut se trouver non satisfait par l'initiative privée parce que non rentable. Selon les termes du traité CE – notamment l'article 90-2 – et la jurisprudence de la Cour, ce service peut alors être satisfait dans le cadre d'un régime qui fait exception aux règles de la concurrence ; le plus souvent ce sera à perte. L'apport de la jurisprudence de l'exception aux règles de concurrence puisse être étendu, au-delà du service essentiel, à des services complémentaires mais rentables, afin que le poids du service essentiel se révèle économiquement moins lourd. Une condition essentielle est que cette démarche s'opère dans la transparence (Amed Saeed). »[1705].

185. **Un « Usager-consommateur-exigeant » de SIEG, une accréditation de la thèse-plaidoyer en faveur de la soumission des services administratifs au droit de la consommation** – Partant du raisonnement précédent de la professeure J. Dutheil de la Rochère, l'analyse adhère au « plaidoyer en faveur de la soumission des services publics

administratifs au droit de la consommation »[1706] de M. Jacques Amar de 2002. Surtout lorsqu'il démontre que les usagers des services publics administratifs sont des consommateur parce que « si l'usager du d'un service public administratif est un particulier, ce n'est pas un particulier comme les autres. Raisonner de cette manière revient cependant à faire abstraction de l'inconsistance, de façon générale, de la notion d'usager de service public et, de façon particulière, de l'incohérence de la notion d'usager de service public administratif. ». Cet argument semble rejoindre celui de certains auteurs qui affirme au sujet de l'apport des jurisprudences de la CJCE, *Paul Corbeau* et *Commune d'Almelo* précité, « est d'accepter l'idée que le périmètre de l'exception aux règles complémentaires mais rentables, afin que le poids du service essentiel se révèle complémentaire mais rentables, afin que le poids du service essentiel se révèle économiquement moins lourd »[1707]. Autrement dit, en rendant tous les services administratif concurrentiel et donc soumis au droit de la consommation comme le soutien avec justesse M. J. Amar, le bénéficiaire appelé usager, terme s'avérant parfois impropre, tire bénéficie de même que les collectivités publique – Etat, région, commune etc, sont allégés du poids économique de la fourniture gratuite de services publics administratifs sur fond de denier public.

186. **Changement d'attitude si le consommateur devient « usager-consommateur-exigeant » (?)** – L'usager en devenant un « usager-consommateur-exigeant » deviendra moins râleur qui s'opérant selon la logique des SIEG à savoir prestation de haute qualité à prix compétitif (Article 106-2 TFUE), il en tirera une grande satisfaction. Par suite, il est deviendra exigeant à la fois parce qu'il est citoyen Union européen et également parce que le processus d'évaluation des SIEG pourrait l'intégrer à travers ses représentant élu selon un mode l'élection à définir par le droit européen en général. Et parce que qu'il est exigeant, les droits des SIG et SIEG lui aménagera assurément et peut-être forcément un cadre juridique ou à tout le moins, lui offrira le moyen de se faire entendre lors de l'évaluation des missions de SIEG. Le processus d'évaluation dit « processus de *Cardiff* »[1708] des SIG et SIEG qui devrait

s'étendre aux SIGNE pourrait intégrer des représentants des consommateurs de SIEG. Les deux jurisprudences précitées de la Cour de justice des communautés européennes ont révélé un autre visage de la soumission de principe des SIEG aux règles de la concurrence (article 106-2 TFUE) au point que l'étendre à tous les services publics administratifs ne nous semble pas une si mauvaise idée. Surtout, si l'on admet que dans les apports de ces jurisprudences (*Paul Corbeau* et *Commune d'Almelo*) figure, le fait qu' « au-delà (…) des activités correspondant à une mission caractérisée d'intérêt général et justifiant des exceptions aux règles de la concurrence (article 90-2 CEE [devenu article 106-2 TFUE], il ne semble pas qu'il y ait pour la Cour de particularisme intrinsèque des activités du secteur rentable. Toute activité peut passer du secteur soumis à la concurrence au secteur non soumis à la concurrence selon les besoins d'équilibre économique du service public de base et à condition que les autres conditions fixées par la jurisprudence soient remplies. De ce point de vue, il est satisfaisant d'observer qu'en dehors des tarifs, le statut de l'usager du service public et celui du client de l'entreprise rentable tendent à s'accorder, de sorte que la différence de régime applicable ne devrait pas entraîner de bouleversement considérable des droits du bénéficiaire de la prestation »[1709]. Ce raisonnement de la professeure Jacqueline Dutheil de la Rochère est certes, très remarqué mais il ne permet pas de s'empêcher d'envisager un changement de paradigme pour emprunter une notion qui semble la propriété de certaines sciences sociales au point que le juriste parle plutôt de paradigme parajuridique.

187. **En définitive, l'option terminologique de l'« usager-consommateur-exigeant » rejoint relativement l'idée d'un glissement progressif des philosophies nationales[1710] de services publics vers l'idéologie Union européenne des SIG et SIEG** – Cette idée que propose l'analyse rejoint largement le plaidoyer de M. Jacques Amar précité dont nous reprenons intégralement les propos conclusifs à notre compte. En effet, le droit des SIEG permet de postuler que « la notion d'activité non économique se définit négativement par rapport à celle d'activité économique [Protocole 26 sur les SIG adossé au TFUE]. Elle recouvre pour l'heure, selon la jurisprudence communautaire, les services de sécurité sociale,

de police, voire ce que l'on appelle traditionnellement les activités régaliennes comme la justice ou le fisc. Dans certains cas, effectivement, un assouplissement de la réglementation est prévu.

188. Le Quatorzième considérant de la directive du 5 avril 1993 concernant les contrats conclus avec les consommateurs précise que "*l'appréciation (...) du caractère abusif de clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public fournissant des services collectifs prenant en compte une solidarité entre usagers nécessite d'être complétée par un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués : que ceci constitue l'exigence de bonne foi ; (...) que l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes*" ». Autrement dit, les textes de droit de la consommation ont, compte tenu de leur origine communautaire, vocation à modifier **sensiblement la nature des relations entre les usagers et les services publics administratifs** et ce, quand bien même ceux-ci pourraient a priori rétifs à la soumission à un corps de règles qu'ils estiment inadaptés à leur situation.

189. À travers ces différents points, on constate donc qu'il n'est plus possible de continuer de conserver l'intégralité des règles de droit public pour régir la situation des usagers des services publics administratif avec, notamment, l'abandon de l'exigence de faute lourde comme condition d'engagement de la responsabilité de certaines activités. Elles ne nous paraissent cependant pas suffisantes car elles ne mettent toujours pas fin à l'état du droit que nous dénonçons : **l'existence de traitements différents pour des situations identiques** »[1711].

190. Ajoutons toutefois que **l'existence de traitements différents pour des situations identiques paraît inacceptable, M. Jacques Amar l'a déjà souligné. Et, malheureusement, elle est exacerbée par l'écart de *quantum* du montant de la réparation du préjudice identique et qui engage la responsabilité des acteurs de SIEG pour certaines de leurs activités. Nous l'avons soulignés précédemment, suivant que l'on est Néerlandais, Français ou Belge, ce *quantum* variait sensiblement de manière étonnamment frappante.**

191. **Vers un régime unique de SIG et une protection indifférenciée des**

consommateurs de SIEG poussant à l'abandon de la notion d'usager du service public (?) – Selon la professeure Jacqueline Dutheil de la Rochère, les jurisprudences précitées (Corbeau[1712] et Commune d'Almelo[1713]) « semble avoir le mérite de démystifier le débat sur le service public. Il s'agit moins de brandir la menace que le droit communautaire ferait peser sur la pérennité du service public et les droits des usagers, que de s'interroger sur le champ des solidarités »[1714]. Or les dispositions des article 14, 106TFUE et le Protocole numéro 26 sur les SIG font des SIEG, un puissant moyen de solidarité Union européenne en raison de leur rôle dans la cohésion social, économique et territorial. Puis, M ? Jacques Amar d'ajouter que les usagers des services publics administratifs sont des consommateurs dans le sens où « le maintien de l'application d'un corps de règles différent de celui valable dans les relations entre personnes privées ou entre des personnes privées et des services publics industriels et commerciaux présuppose que les usagers des services publics administratif ne peuvent être qualifiés de consommateurs. Bref, si l'usager d'un service public administratif est un particulier, ce n'est pas un particulier ordinaire comme les autres », le droit des SIEG l'a déjà compris au points qu'ils désigne les utilisateurs des services prestés dans les SIEG de consommateurs. Puis « raisonner de cette façon revient cependant à faire abstraction de l'inconsistance, de façon générale, de la notion d'usager de service public et, de façon particulière, de l'incohérence de la notion d'usager de service public administratif » placé non pas dans une véritable position d'ayant droit mais de pauvre assisté. Enfin, « la notion d'activité non économique se définit g-négativement par rapport à celle d'activité économique. (…) Le quatorzième considérant de la directive du 5 avril 1993 concernant les contrats conclu avec les consommateurs précise que "l'appréciation (...) du caractère abusif de clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public fournissant des services collectifs prenant en compte une solidarité entre usagers nécessite d'être complétée par un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués : que ceci constitue l'exigence de bonne foi ; (…) que l'exigence de bonne fois peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il faut prendre en compte les intérêts légitimes ». Autrement dit, les textes de droit de la consommation ont, compte tenu de leur origine communautaire, vocation **à modifier sensiblement la nature des**

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

relations entre les usagers et les services publics administratifs »[1715] ; d'où la nécessité d'une lecture lato sensu de la protection des consommateurs découlant de la Directive du Conseil précédemment cité. En effet selon cette directive du Conseil européenne de ……. , - la reprise des termes – est nécessaire : « (…) Le droit à réparation conféré par le droit de l'Union s'applique de la même façon aux infractions aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne commises par des entreprises publiques et des entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »[illegible]Et puis,[illegible]« droit, inscrit dans le droit de l'Union, à réparation d'un préjudice résultant d'infractions au droit de la concurrence de l'Union et au droit national de la concurrence exige de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit. La nécessité de moyens de recours procéduraux effectifs découle également du droit à une protection juridictionnelle effective prévu à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne et à l'article 47, premier alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les États membres devraient assurer une protection juridique effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[1717].

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Chapitre 2 : SIEG, axiologie du modèle social UE

192. Pour que le vivre ensemble UE mette l'humain citoyen européen et/ou résidant UE au cœur du modèle social Union européen, il nous semble qu'il y ait une première nécessité à dégager qui est un postulat : le modèle européen pourrait s'axer sur les SIEG avec un ancrage doctrinal juridique **(section 1).** Puis et enfin l'on pourra montrer dans quelle mesure, les SIEG peuvent être ce vecteur structurant du modèle social Union européen société **(section 2)**.

193. Dans le but de confronter le droit primaire de l'Union européenne au riche héritage juridique dont elle bénéficie à travers les cultures philosophico-juridique et idéologique de ses États membres, l'analyse décide d'aller regarder de plus près, à certaines constructions théoriques juridiques des pays membres ; afin ces dernières pourraient être de quelques utilités dans l'élaboration du modèle sociale UE d'une part. Elles pourraient peut-être aider à comprendre les tenants et aboutissant de l'édifice de l'Union européenne afin de susciter chez les citoyens européens, une véritable affection dans ce projet dont les pères fondateurs semblent avoir projeter comme le futur d'un vivre ensemble Européen.

194. Le célèbre écrivain français Victor Hugo, de son temps, parlait déjà d'Etats-Unis d'Europe. De nombreuses années après lui, les traités CECA de Paris de 1951 et CEE de Rome de 1957 ont lancés les bases d'un « COMMUN » Union européen dans la paix avec la promotion de valeurs humaines consignées dans les articles 2 et 3 du Traité CEE qui renferment également les objectifs initiaux de l'Union européenne qu'affineront les article 2, 3 et 7 TUE de Lisbonne de 2009. En se basant sur l'affirma du Ministre français des affaires étrangères, Robert Schumann, dans son discours du 9 mai 1950, du salon de l'horloge du Quai d'Orsay, les européens n'avaient pas fait l'Europe unie, ils se sont fait la guerre. L'analyse suppose qu'en 2017 (soixante années après le Traité CEE de Rome de 1957), le moment est venu de mettre en place un véritable modèle social Union européen qui réalisera avec sagesse, plus d'Union dans l'Union afin d'éviter le spectre d'autre guerres surtout que les deux premières Grandes guerres étaient en réalité, au départ fratricides européennes, entre les descendants de Charlemagne se sont étendue au monde entier par le jeu des alliances étatiques. Et d'autre part, le retour aux sources doctrinales et aux archétypes forgés pour les

États-nations, parfois douloureusement, lentement et progressivement construits dans la longue[1718] l'histoire des États membres dans le but d'y retrouver quelque ancrage doctrinal supplémentaire au modèle social Union européen. En considérant que le droit primaire Union européen est fondamentalement le premier ancrages doctrinal de l'édifice, l'analyse tentera de trouver quelques autres supplémentaires d'abord dans Archétypes de la séparation des pouvoirs dans modèle social UE forgés par Messieurs Charles de Secondat Baron de la Brède et de Montesquieu et Jean-Jacques Rousseau pour des entités États nations (**paragraphe1**). Puis et enfin, elle démontrera l'insuffisance de ces archétypes dans le cadre des services d'intérêt général économique où il a été constaté, une innovation de la séparation des pouvoirs à l'Union européenne (**paragraphe 1**).

§1 : La séparation des pouvoirs et le modèle social UE

195. Le modèle social Union européen se construit depuis les traité CECA (Paris 1951) et CEE (Rome 1957), il ne peut donc pas être considérée comme une donnée hasardeuse de la nature (A). Puis, l'idée force est de Jean-Jacques Rousseau de faire en sorte que toute société humaine soit construite autour d'un contrat social peut service de clef de décryptage de l'acte volontariste des pères fondateurs de l'Union européen à travers le traité qui institua la Communauté économie européenne de (CEE) de 1957 signé à Rome de 1957. De basant sur l'idée de contrat social Rousseauiste, l'analyse tentera de positionner la suggestion de l'élaboration d'un modèle social Union européen rapport aux archétypes de la séparation des pouvoirs de Montesquieu et de Jean-Jacques Rousseau conçus, initialement pour l'entité État-Nation (B). Puis, nous démontrerons que ce modèle social UE pourrait valablement se situer à l'intersection des deux archétypes, autrement dit, représenter un savant mixage des deux (B). Egalement, dans sa projection vers l'avenir, le projet social UE axé sur les services d'intérêt économique général, ne manquera pas d'affiner la nouvelle approche de la séparation des pouvoirs qui semble découler de la logique véhiculée par ce type particulièrement économique de l'intérêt général. De ce point de vue, le projet social UE pourrait pourquoi pas, révéler une nouvelle conception de la séparation des pouvoir à travers les SIEG (C).

196. Enfin, il nous semble qu'un modèle social quel qu'il soit, doit comporter des valeurs

sociales et être le fruit de son propre droit, ce qui est d'une importance particulière pour l'UE, une belle entité juridique non encore identifiable par des référentiels classiques désuets[illegible] du droit, crée[illegible] par le droit, se maintenant par le droit et se développant par ce canal louable. Il est donc important que l'apport de la morale et des forces créatrices du droit soit sollicité dans la construction du modèle social Union européen (D).

A- Construction de l'Union Européenne, non hasardeuse

197. **Le modèle social Union européen, un construit et non pas une donnée** – Suggérer que l'élaboration du modèle social Union européen soit axé sur les SEIG est un parti pris que assumons. Ainsi, nous postulons à la suite du professeur Sébastien Roland qu'« il est faux de dire que le hasard gouverne les hommes »[illegible]. Cette affirmation de 2009, se fondant sur l'idée formulée dès 1748 par Charles-Louis de Secondat de Montesquieu, baron de la Brède à savoir « ceux qui ont dit qu'une fatalité aveugle a produit tous les effets que nous voyons dans le monde, ont dit une grande absurdité »[illegible]. « Le chaos des faits n'est pas insaisissable » même si c'est souvent celui-ci que naît le besoin d'une réaction socio-politique à l'instar de l'Union européenne issu d'une guerre où l'être humain s'était tristement déshumanisé. Robert Schuman déclaration à juste titre le 9 mai 1950 l'« Europe n'a pas été faite, nous avons eu la guerre [avant de poursuivre en indiquant que l'on peut parfois agir sur l'occurrence des faits sociaux dont la naissance et la construction de] l'Europe [en admettant qu'] elle se fera, [se maintiendra et se solidifiera] par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait »[1724]. 66 années après son discours prononcé dans le salon de l'horloge à Paris, l'on ne peut que saluer la clairvoyance et la prémonition de Robert Schuman. Les trois communautés européennes qui ont permis la mise en place de l'Union européenne sont des solidarités de fait. La Communauté européenne du charbon et de l'acier fondé par le Traité CECA signé en 1951 à Paris était une solidarité de production du charbon et de l'acier. Puis EURATOM

[illegible]

(CEEA) ou la Communauté européenne de l'énergie atomique instituée par le Traité de Rome en 1957 pour une durée illimité et entrée en vigueur le 1er janvier 1958 est aussi une solidarité de fait autour de l'énergie atomique. Enfin, la troisième Communauté dite, la Communauté économique européenne (CEE) instaurée par le Traité de Rome de 1957 n'était rien d'autre qu'une autre solidarité de fait social économique.

198. **Les ressorts cachés structurants le modèle social Union européen** – À l'instar de « la pelote devenue tête chercheuse – ou moteur de recherche – constitue par ses mouvement ajustés un algorithme, connu sous le fil d'Ariane. Cette trouvaille antique figure aujourd'hui au cœur de la science des réseaux » Pour l'analyse, à ce stade de la réflexion, oser suggérer des pistes de réflexions dur le modèle social Union européen, c'est observer l'édifice depuis le traité CECA de Paris de 1951. Le Mathématicien-géomètre français M. Pierre Rosenstiehl poursuit dans sa théorie du labyrinthe des jours ordinaires en affirmant que pour comprendre « l'éclosion récurrente d'une démarche universelle de l'esprit : l'exploration par cheminement d'un espace inconnu (et non par tache d'huile) avec la charge émotionnelle du plaisir de la découverte qui l'accompagne. (…) On pourrait ainsi observer un enfant décrivant ses déambulations jalonnées d'astuces concrètes ; ou quelques combinatoristes antiques débattant u mode d'emploi de la peloté, tel un prélude à l'informatique moderne ; et, pourquoi pas, une femme et un homme entrecroisant leurs labyrinthe sentimentaux… »[1725]. L'analyse considère dans ce sens que ceux sont 28 (bientôt 27 après la sortie définitive de la Grande-Bretagne) États membres qui entrecroiseront dans le modèle social Union européen, leurs labyrinthes culturelles, juridiques, ethnographiques… et leurs pratiques du service publics qui cèderont à ;,mesure que l'œuvre avanceront, le pas aux SIEG.

199. Pour mieux comprendre cet entrecroisement aux multiples facettes (social, économique, juridique, linguistiques, culturel ...), l'analyse se réfèrera aux nombreux trésors mis au jour par son exploration des 7 premiers labyrinthes (chapitre) de la recherche et gardera son fil d'Ariane : définir et révéler les vertus protectrice du droit des SIEG ainsi que la valeur axiologique des SIEG pour le modèle social Union européen. En suivant donc, cette même logique du fil d'Ariane qui nous a guidé dans l'exploration des 7 premiers chapitres ou labyrinthes sur les huit que comporte notre analyse, nous pouvons à présent avancer dans l'exploration de ce huitième labyrinthe afin d'en débusquer les trésors ou tout simplement

nous convaincre qu'il ne s'git qu'un autre labyrinthe des temps juridiques ordinaires[1726]. Nous progresserons dans l'exploration de ce dernier en suivant la même méthode que celle observée dans les sept précédents labyrinthes. Ainsi, nous déroulerons notre fil d'Ariane jusqu'à un « cul-de sac » à l'intérieur de ce huitième et dernier chapitre de nature prospective. Une fois face ce cul de sac, notre réflexion se rembobinera en revisitant des théories doctrinales juridiques dont elle s'éclairera puis nous déroulerons à nouveau jusqu'au prochain cul de sac.

200. **La logique du dérouler, dérouler, rembobiner un temps soit peu, puis dérouler de nouveau jusqu'au prochain cul de sac (l'exception du « *in house* ») qui caractérise l'applicabilité des règles de la concurrences aux SIEG (article 106-2 TFUE) est applicable à l'évolution de l'édifice UE** – Cette logique du dérouler, dérouler, rembobiner un peu puis encore dérouler, que le savant préconisa au prince qui est « une construction mentale éman[ant] de la légende du labyrinthe de Dédale. Si l'on y suit Thésé qui s'exerce à dérouler, dérouler et rembobiner alternativement la pelote de fil qu'il a reçue d'Ariane pour maîtriser sa route, pour débusquer le Minotaure, le mettre à mort et sortir du labyrinthe, cheminer se révèle un art »[1727]. **Cet art est applicable à l'édifice UE qui doit continuer sa progression, progresser, toujours progresser jusqu'à un cul de sac à l'instar du Brexit qui l'oblige à rembobiner sa vitesse de croisière – réduction mais pas d'arrêt – puis continuer à, dérouler sa logique sociétale qui met à son cœur, l'humain en lui rendant des services de très hautes qualité à des prix compétitifs (article 106-2 TFUE). Tel est le sens du vivre ensemble innovant enchâssé par les pères fondateurs dans les traités CECA et CEE, précisé par le traité CE d'Amsterdam, reprécisé et complété par le traité de Lisbonne de 2009.**

201. **Construction de l'Union européenne et applicabilité des règles européennes de**

la concurrence dans les SIEG, une même logique – Construire l'union européenne, est un art décrit dans le Traité institutif de la CEE complété par toutes ses révisions ultérieures. Le mode d'emploi de la machine mentale destinée à construire l'Union européenne, se trouve dans l'important discours[1728] inspiré par jean Monnet et prononcé le 9 mai 1950 à Paris dans le salon de l'horloge du Quai d'Orsay par le ministre français des affaires étrangères, Robert Schumann. Le mode d'emploi de l'édification de l'UE : un pas après l'autre dans une solidarité de fait, est aussi celui qui régit l'application par principe des règles de la concurrence dans le droit des SIEG. Nous l'avons abondamment discuté dans les développements du titre 2, chapitre 1er de notre présente deuxième partie. Ainsi, ce bref rappel paraît suffisant. Toutefois, nous insistons sur le fait que l'application par principe des règles de la concurrence dans le domaine des SIEG s'y déroule jusqu'à la confrontation à un cul de sac en occurrence l'exception du *in house*[1729] que nous retenons sans barguigner car cette dernière oblige à rembobiner le principe de l'applicabilité par principe des règles européennes de la concurrence aux SIEG. En l'absence de cette « sortie »[1730] de l'applicabilité par principe des règles de la concurrence, le processus « normal » du déroulement sans fin suit son cours jusqu'au prochain « cul-de sac » qui ne peut seulement être qu'une autre exceptions du « *in house* ». Ainsi se déploie dans le droit des SIEG, l'applicabilité par principe des règles de la concurrence peu important la nature de l'activité en question : levée d'ordures[1731] ménagères, fourniture d'électricité[1732] ou de gaz[1733], pompes funèbres[1734] … qui obligera certainement à

rembobiner un peu et puis immédiatement continuer de dérouler jusqu'à la sortie définitive de ce dernier labyrinthe[1735] des temps ordinaires du droit.

202. Loin d'être un jeu de la cour de récréation, le principe du dérouler, dérouler, rembobiner un peu puis dérouler de nouveau est schématiquement, l'application par principe des règles de la concurrence à l'ensemble des SIEG. Ce principe qu'il nous semble devrait s'étendre à l'ensemble des SIG est celui qui instaure réellement la dualité du service public de qualité presté à prix compétitif. Ceci est une philosophie de politique socio-économique qui rend possible un mariage jugé naguère impossible en droit français des services publics où il était inconcevable que les règles de la compétitivité à coloration consumériste se déploient.

203. **SIEG conciliation réussie depuis 1997 des inconciliables : intérêt général et logique de compétitivité** – Nous sommes face à un effet socio-économique important qui ne peut être négligé dans la recherche des fondements d'un modèle social européen. En effet,

« la politique communautaire de la concurrence est à l'origine de changements significatifs dans les structures économiques de nos États décloisonnement des marchés nationaux s'accompagnant de baisses de prix, gammes de produits plus étendues ... , dont les consommateurs ont été les premiers bénéficiaires »[illegible]. Il ne peut en être autrement si le projet social UE vise l'objet de mettre l'humain au centre de ses préoccupations, faisant de la meilleure satisfaction de ses besoins, le but ultime voire l'unique de toutes missions de SIEG. C'est selon nous, la seule véritable raison d'être des SIEG et cela peut l'être aussi pour l'entièreté des SIG s'il advenait un jour qu'ils soient tous[illegible] soumis de l'applicabilité principe des règles européennes de la concurrence. C'est ce que nous souhaitons dans la mesure où dans la recherche de la meilleure satisfaction des besoins des citoyens et résidents des États membres de l'UE, la réponse publique à ceux-ci peut selon nous être envisagé dans la logique de la prestation de qualité à prix compétitifs à la seule exception des services publics régalien.

204. Cette logique politico-sociale qui inscrit le service rendu au public sous l'exigence de qualité prestée à prix compétitif symbolise une nouvelle relations entre les administrés (consommateurs en droit des SIEG) et le pouvoirs publics sur le terrain de l'intérêt général. Précisons d'ores et déjà que dans notre bref exercice lexical de notre première partie, titre 2, chapitre 1er, nous avons pris le risque de nous intéresser à cette notion admise par la doctrine juridique majoritaire française comme une étant polysémique[illegible]. Nous ne reviendrons donc pas sur notre point de vue qui ne s'aligne pas entièrement sur cette conception que nous jugeons plutôt protéiforme et non pas polysémique. Nous adoptons pour notre propos dans cette rubrique, la brève définition de l'intérêt général esquissée par le vocabulaire juridique dirigé par le professeur Gérard Cornu. « L'intérêt [y est d'abord définit de manière général comme étant] ce qui importe (à l'état brut avant tout qualification). [Il est public ou général, lorsqu'il s'agit de] ce qui est pour le bien de public, à l'avantage de tous »[illegible].

[illegible]

[illegible]

205. Cette conception de l'intérêt général le rapproche de l'utilité public ou *public utility* en anglais même si les deux réalités ne sont pas en tous les points superposables. Aux termes de l'article 106-2 TFUE, les règles de la concurrence doivent continuellement se dérouler, dans les SIEG sauf dans l'hypothèse du « *in house* »[1741] : « … » nous sommes risqué Cette nouvelle relation qui n'est possible que grâce au déroulement permanent en droit des SIEG des règles de la concurrence fait de ce droit le vecteur d'un modèle social où le vivre ensemble vise le profit du consommateur citoyen et/ou résident Union européen à travers la prestation de mission d'intérêt général économique. C'est la raison principale qui permet d'envisager un projet social UE axé sur les SIEG et leur droit. Comment cela est possible d'une part et d'autre part, les SIEG sont-ils suffisants pour la réalisation du modèle social UE ?

206. C'est à ce double questionnement que répondra notre présente contribution à la réflexion sur le modèle social Union européen, objet huitième dernier chapitre que nous lions à l'étude du régime juridique des SIEG. En effet, nos développements dans ce huitième et ultime chapitre n'inscrit dans le prolongement du régime juridique des SIEG qui illustre le déroulement permanent des règles de la concurrence dans le domaine des SIEG jusqu'à leur mise en berne par l'exception du « *in house* »[1743].

B- SIEG mi Monstesquiste mi Rousseauiste Mixage

207. Postuler pour un mixage des deux conceptions de la séparation des pouvoirs développées par les deux penseurs des lumières que sont Jean-Jacques Rousseau et Charles Montesquieu et en retenir que celui-ci soit insuffisant (3). Puis, le positionnement du projet social UE par rapport à ces deux conceptions de la séparation des pouvoirs doit être le plus clair possible afin d'éviter les suppositions et erreurs[1744] d'interprétations dont la doctrine classique du droit constitutionnel n'a pas pu faire l'économie (2). Pour qu'un tel positionnement du projet social puisse être effectué, encore faut-il au préalable les revisiter ces deux archétypes conçus pour les États nations par Charles de Secondat Baron de Montesquieu et de la Brède et par Jean-Jacques Rousseau (1).

1- Retour aux archétypes de la séparation des pouvoirs

208. **Retour à grands traits sur les archétypes de la séparation des pouvoirs élaborés par Charles Baron de la Brède et de Montesquieu et Jean-Jacques Rousseau por l'entité État-Nation** – Le propos n'étant pas d'exposer en tout ou partie, les deux conceptions de la séparation des pouvoirs développées par deux des célèbres philosophes des lumières que sont Montesquieu et Rousseau, nous nous limiterons à un bref retour subjectif sur celles-ci. Ce rappel succinct ne se fera que dans le sens qui les rapproche le plus de la satisfaction de l'intérêt générale visée par les missions de SIEG. Ainsi donc, ne seront retenus que seulement deux éléments sur lesquels, les deux conceptions convergent ou divergent fondamentalement. Mais bien avant, nous soulignons la précaution dans la démarche qui est la notre dans cet

---

[17441744] S. ROLAND, Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu, *Revue française d'histoire des idées politiques*, note 51, p.8 : « On sait en effet que plusieurs auteurs ont pointé les inexactitudes de ce passage de L'Esprit des lois. Charles SEIGNOBOS, en historien, souligne ainsi qu'« entre la politique anglaise et la description de Montesquieu, il n'y a guère qu'un point commun, c'était le nombre trois », in « La séparation des pouvoirs », Etudes de politique et d'histoire, op. cit., p. 182 (souligné par l'auteur). Chez les juristes pareillement, un ESMEIN peut écrire que Montesquieu « se trompait assurément » en croyant dégager sa doctrine de la réalité anglaise du XVIIIe siècle (in Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd., Sirey, 1927, p. 499. ***On sait cependant que l'erreur imputée à Montesquieu est une erreur de l'interprète lui-même, Esmein faisant de L'Esprit des lois une lecture séparatiste manifestement en contradiction avec le texte.*** Esmein – tout comme Seignobos – néglige de surcroît le parti pris méthodologique de l'auteur, parti pris dont Michel TROPER – après Charles Eisenmann – rend bien compte : Montesquieu a en vue de construire un modèle et, de ce fait, « sacrifiera tout ce qui, dans la Constitution [d'Angleterre] lui paraîtra étranger à la nature idéale du système » (in La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, *op.cit.*, p. 112). Montesquieu lui-même avait explicitement averti : « je serai plus attentif à l'ordre des choses qu'aux choses mêmes », L'Esprit des lois, op.cit., Livre XIX, chapitre 1, p. 641. (C'est nous qui soulignons).

exercice du rapprochement entre ces deux conceptions de la séparation des pouvoirs et la gestion de l'intérêt général à travers la logique des SIEG. Nous optons pour une référence sous réserve à ces deux conceptions comme source d'inspiration et non pas dans le but de déceler dans l'une et /ou l'autre de manière un peu tirée des cheveux, une idée pré-Union européenne. Bien souvent, des analyses de l'une ou l'autre des deux conceptions nous apparaissent un peu étonnantes quant elle forcent la démonstration pour faire dire à Montesquieu ou Rousseau ce qu'ils n'ont peut-être pas perçue dans leur construction intellectuelle.

209. Déceler un probable lien nous semble faisable mais affirmer que l'origine de telle ou autre donnée sémantique de la démocratie, de la séparation des pouvoirs ou des contrepouvoirs connue à l'époque contemporaine du développement de ces notion très chères aux États modernes de droit nous surprend.

210. L'occurrence d'heureuse(s) coïncidences ne saurait justifier des découvertes avant-gardistes non-consignées par les auteurs de ces conceptions révélées à posteriori comme majeures dans l'articulation institutionnels des trois pouvoirs savamment distingués par Montesquieu par les fonctions législatives, exécutive et judiciaires qu'il ne voulait admettre concentrées en une seule main, fut-elle divinement investie comme le Roi ou étant l'émanation du peuple comme le Parlement. Le hasard peut parfois bien faire … , mais pas tout le temps, fort heureusement car tout effort conceptuel intellectuel en serait vain et inutilement fastidieux.

211. **Un retour au sources pour un renforcement de l'ancrage doctrinal du modèle social UE, des compléments théoriques aux dispositions des traités** – Précisons d'ores et déjà que la revisite des deux conceptions de la séparation des pouvoirs obéit à la recherche d'un encrage théorique du projet social dans un archétype classique conçu certes pour les États modernes au sens d'État-nation et non pas pour une entité unissant des États qui n'est pas elle même un État dans ce sens du terme.

212. Il est vrai que le reproche pourrait nous être fait de ce que les conceptions de la séparation des pouvoirs élaborées, par Rousseau et Montesquieu ne soient pas applicables en dehors du cadre juridique de l'État moderne dans son sens d'État-nation. Nous l'admettons nous mêmes et l'universalisation de la Constitution ou du constitutionnalisme se présente comme un argument juridique intellectuel difficilement réfutable. Or l'Union européenne n'est à ce jour pas encore un État et peut-être qu'elle n'en sera jamais un dans le sens d'un État-nation. Mais un autre fait est indéniable, c'est le fait que le projet de société de l'Union européenne ne pourra absolument pas être élaboré dans un état d'esprit supposant que rien ne lui a préexisté. En effet, en 2016, il est quasi-impossible d'opérer une création intellectuelle de quelque nature que ce soit dans plusieurs domaines voire dans la quasi-totalité de la science juridique en considérant que l'on est sur un terrain ou dans un environnement vierge de la pensée. L'on dispose dans cette noble science de suffisamment d'archétypes de la pensée politiques et juridiques qui ne peuvent pas être passé sous silence lorsque l'on se risque à la proposition d'une réflexion sur un projet social Union européen qui au demeurant ne sera ni plus ni moins un contrat social, celui du peuple de citoyens européen dont l'intérêt général sera satisfait par et à travers ce projet surtout que c'est pour lui qu'il devra être conçut et mis en œuvre. Les conceptions Rousseauistes et de Montesquieu interviennent ici dans le sens latin de l'*archetypum*[1] ou archétype qui fonctionneront dans le cadre de présent plaidoyer comme un modèle de répartition de la sphère décisionnelle permettant un exercice du pouvoir public de manière claire en distinguant l'auteur de l'acte d'État et son bénéficiaire. Il ne s'agit nullement de vouloir forcer l'Union européenne à rentrer dans l'un ou l'autre de ces deux modèles de conception de la séparation des pouvoirs publics. Cela serait certainement réducteur de la réalité très innovante et imaginative du fonctionnement institutionnel de l'Union européenne où depuis le traité fondateur CEE de Rome de 1957, la répartition des pouvoirs attestent de la véracité de l'affirmation de l'article 16 de la déclaration française des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789.

213. **Plus qu'une simple fiction juridique, des éléments théoriques éventuels éclairants de l'esprit et de la lettre des traités Union européens depuis 1957** – L'objectif est de donner au projet social européen, un ancrage solide qui ne soit pas une simple fiction juridique. Le projet social UE une fois élaboré devra révéler entre autres, l'intervention des institutions européennes dans sa réalisation aux fins de gérer l'intérêt général auquel renvoient les terminologies bien connues car usuelles dans le droit et la politique de l'UE que le commun et les valeurs communes de l'UE qui ne peuvent absolument pas se départir de l'intérêt général dont elles auront pour but de gérer. En 2016, soit 227 ans après que la révolution française ait posé son célèbre postulat, celui-ci n'a pris de ride. « Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminées, n'a point de Constitution. » Cette déclaration est à nos yeux, le point de départ de l'universalisation de la Constitution et constitutionalisme. Il est vrai que le débat sur la dotation de l'Union européenne d'une Constitution s'est arrêté aux référendums négatifs des peuples français et hollandais. Partant, l'on ne peut valablement pas user pour l'instant, de la terminologie Constitution dans le cadre de l'UE. Néanmoins, l'on retiendra que la société Union européenne, en garantissant des Droits à travers tous les traités allant de celui de Rome de dit traité CEE de 1957 au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) de 2009 ainsi que par le droit qui en dérive.

214. Puis, l'organisation des institutions européennes en des sphères claires et distinctes, faite par le droit primaire que compose l'ensemble de ces traités des institutions européenne n'indique rien d'autre qu'un modèle de séparation des pouvoirs à l'Union européenne. Ainsi, le droit primaire distingue et sépare le pouvoir législatif incarné par le Parlement européen siégeant à Strasbourg en France, l'exécutif représenté par le Conseil européen des Chefs d'État et la Commission européenne comme administration de l'Union, tous les deux logés à Bruxelles et enfin le pouvoir judiciaire chapeauté par la Cour de justice de l'union européenne

depuis le plateau luxembourgeois de Kirchberg. On le voit, les conceptions de la séparation des pouvoirs de Jean-Jacques Rousseau et de Monsieur Charles-Louis de Secondat de Montesquieu, Baron de la Brède[illegible], ne sont pas applicables qu'aux seules entités étatiques. Il est vrai, elles correspondent bien à des épisodes particuliers de la construction de l'État moderne où, il fallait faire en sorte qu'en spécialisant les pouvoirs, dans leurs exercices, pour le Baron de la Brède « par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »[illegible] lorsque, malheureusement, celui-ci n'est plus exercé pour la satisfaction de l'intérêt général mais plutôt pour assouvir des ambitions personnelles. Une telle occurrence n'atteste que du dévoiement de l'exercice des pouvoirs publics dans l'unique finalité qui est la satisfaction de l'intérêt publics fera la place à l'intérêt privés, source de son exercice inacceptable car malsain[illegible].

[illegible]

[illegible]

1750 [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

215. **Architecture institutionnelle de l'UE, une mise en pratique de la séparation des pouvoirs** – L'observation de la structure institutionnelle de l'Union européenne atteste suffisamment et éloquemment de l'application possible de ces deux archétypes de la séparation pouvoirs à un cadre institutionnel non-étatique. Certes, la nature juridique institutionnelle de l'UE n'est à ce jour non encore définit lorsque l'on lui refuse sa spécificité sui generis qui supposerait que la pensée juridique en arrive à admettre que dorénavant, il puisse exister un agrégat d'États défiant le référentiel Kelsénien du regroupement fédératif ou confédératif d'État-nation. En effet, dans le cadre de l'UE, l'on est dans une conception techno-centrée de la gestion de l'intérêt général autrement dénommé l'intérêt commun. L'intérêt général ne pouvant rester dans la seule approche technique, le dépassement de sa représentation ainsi connotée est nécessaire dans la mesure où elle est insatisfaisante à cerner toute la polysémie de l'intérêt général traduite par l'usage au pluriel en droit de l'UE de la notion de service d'intérêt général. Il n'y a pas qu'un seul service d'intérêt général, car il s'agit d'une approche plurielle voir polymorphique de l'intérêt général qui fait des SIG un grand ensemble englobant les SIEG que nous suggérons dans notre présent plaidoyer comme le vecteur ou colonne vertébrale du projet UE de société. La polysémie des notions d'intérêt général et de service d'intérêt général a fait l'objet de quelques développements dans notre première partie, titre 2, chapitre 2 consacré aux précisions terminologiques du vocabulaire du droit des SIEG.

216. **Modèle social Union Européen, une transcendance de l'approche techno-« fonctionnello-centrée » et « constitutionnello-centrée » de l'intérêt général** – Le dépassement de l'approche techno-centrée de l'intérêt général qui est faite dans le cadre de l'UE découle aussi, du fait que la spécialisation Rousseauiste des sphères d'exercice des pouvoirs publics qui se retrouve dans le fonctionnement institutionnel de l'UE atteste qu'un pouvoir public est effectivement exercé dans la gestion du commun. Dans les traités, les Hautes parties contractantes que son les États membres de l'UE, au nom de leur peuple respectif et pour le compte de ces derniers, consentent à se dépouiller d'une partie et non pas pour l'instant de toutes leurs compétences étatiques pour les retrouver et les exercer ensemble à travers les institutions européennes dûment créées par elles. Dès lors, le politique est à l'origine de cette répartition spécialisations des pouvoirs publics Union européens et qu'il devrait forcément en organiser politiquement l'exercice. Le politiquement démocratiquement correcte dans le fonctionnement institutionnel de l'Union européenne supposerait donc, qu'un choix soit clairement fait en ce qui concerne le mode de gestion de l'intérêt général qui sera le socle du projet UE de société.

217. Enfin, pour se prémunir des abus dans l'exercice du pouvoir public d'une part et d'autre part, afin que la satisfaction de l'intérêt général reste la seule véritable finalité de ce pouvoir, il importe dans l'élaboration du projet Union européen de société, certains paramètres ne soient pas négligés. Au nombre de ceux ci, notons que « **l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements. [Puis, que la résolution soit prise de faire en sorte que dans ce projet de société soient clairement affirmés]**, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que [l'exigence de leur respect soit], constamment présente à tous les Membres du corps social, [et qu'ainsi, il leur soit rappelé] sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; **afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés** ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la [cohésion socio-économique et que le commun ou les valeurs communes de l'Union européenne] et au bonheur de tous[illegible] ».

218. Afin d'atteindre un tel standard de vie dans l'Union européenne, le projet de société de l'Union qui pourrait entre autre, véhiculer une telle logique sociale peut par exemple mixer, les deux archétypes rousseauiste et de Montesquieu de la séparation des pouvoirs publics institutionnels de l'Union européenne dans le but de les faire collaborer au mieux dans la satisfaction de l'intérêt général des citoyens européens.

2- Un positionnement doctrinal clair (?)

219. **Eviter le flou conceptuel, tout positionnement doctrinal ambiguë pour un solide ancrage doctrinal** – Positionnement doctrinal irréprochable par apport aux deux conceptions de la séparation des pouvoirs s'impose aux concepteurs et rédacteurs afin que « le contrat social européen [qui] s'applique à d'autres acteurs que les États membres : les ressortissants nationaux, d'après la doctrine prétorienne européenne de 1963, et les citoyens européens, suite à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht [puisse véritablement être le reflet d'un] **modèle européen [optant résolument] pour la méthode qui n'oppose pas les types d'intérêts, ni ne tente de les séparer**. Au contraire, elle les décloisonne, augmentant ainsi les opportunités de créer du commun, offrant [plus qu'une] libre circulation »[illegible] aux citoyens européens et ressortissant des États parties aux accords de Schengen découlant du traité de Maastricht (Soulignée par nos soins). Ce décloisonnement des particularismes des intérêts nationaux est une déconstruction juridique en vue d'une autre construction juridique à travers les SIEG reconnus, valeurs communes[illegible] de l'UE depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997. Nous avons là une approche très originale de l'intérêt général. Pour éviter toutes confusions doctrinales sur l'appréhension de l'IG par l'UE, le projet social européen se devra de préciser de la manière la plus claire possible, son positionnement par rapport aux deux grandes conceptions de la théorie de la séparation des pouvoirs élaborées par Montesquieu et Rousseau. Ce positionnement n'est pas une hypothèse d'école, il est un choix de logique de société qui permet toutefois, de lever certains équivoques et erreurs d'interprétation de ces deux archétypes précédemment analysés de le sens de nos propos. Des erreurs doctrinales dans l'interprétation de l'une ou l'autre de ces deux conceptions sont décelables dans la

[illegible]

[illegible]

[illegible]

doctrine française du droit constitutionnel classique et constituent la raison de l'exigence de cette précaution conceptuelle et rédaction dans l'élaboration du projet UE de société.

220. la doctrine du droit constitutionnel français a souvent revisité les conceptions de la séparation des pouvoirs élaborées par Montesquieu et Rousseau afin entre autre, d'y déceler des non-dits et/ou l'origine de certaines notions juridiques. Ainsi, dans sa tentative de mise au jour de l'« « Esprit » de la théorie de Montesquieu »[], Fabrice Hourquebie a pu affirmer que la notion de séparation des pouvoirs rime chez le Baron de la Brède avec équilibre et modération des pouvoirs dans le sens de l'existence naturelle ou institutionnalisée de contre-pouvoirs. Pour lui, « **il y a, en tout cas, quelque chose de dérangeant dans le constat de l'usage systématique de la sémantique des contre-pouvoirs, et la relative imprécision, voire ambiguïté du concept qu'elle entraîne. Pourtant, la signification du contre-pouvoir n'est pas nouvelle ; elle doit même être recherchée dans « l'Esprit des Lois « . D'emblée, trois mots clefs apparaissent dans le vocabulaire conceptuel de Montesquieu : séparation, équilibre, modération** »[] (C'est nous qui le soulignons).

221. Cette affirmation nous semble quelque excessive car même si l'on peut par extrapolation déduire que « pour le châtelain de la Brède, seule une concurrence équilibrée entre les pouvoirs, capables de mobiliser une « faculté de statuer ou d'empêcher » permet la garantie structurelle du « gouvernement modéré »»[], force est de reconnaître qu'il ne l'affirme nulle part dans « L'esprit des lois ». Il nous semble aussi un peu exagéré de soutenir comme le fait Gérard Bergeron que « tout était dans Montesquieu »[] surtout quand ce tout est inclusif. Les SIEG et leur logique n'étaient pas dans Montesquieu, le concept ayant été inventé à Rome en 1957 par le Traité CEE dont les rédacteurs de l'article 90 n'ont pas indiqué

avoir par exemple tout pris chez Montesquieu. L'on pourrait peut-être admettre que beaucoup de découvertes théoriques en droit puissent être rapportées au génie inventif et conceptuel de Montesquieu dont la remarquable systématisation est encore d'actualité comme nombre d'auteurs[illegible] le souligne à juste titre.

222. Dans son postula ci-dessus rapporté, le professeur Fabrice Hourquebie est affirmatif : « la signification du contre-pouvoir n'est pas nouvelle ; elle doit même être recherchée dans « l'Esprit des Lois « »[illegible]. Il nous semble qu'il s'agisse davantage d'une supposition que d'une affirmation qui en serait péremptoire. Il nous aurait été possible de nous ranger à la suite d'une telle suggestion si son auteur avait suggéré que dans la pensée de Montesquieu puisse résider la sémantique du contre-pouvoir observé aujourd'hui dans toute véritable démocratie ou État [illegible] de droit. Notre étonnement réside dans le ton de l'incitation faite par le Professeur Hourquebie à rechercher dans la construction intellectuelle de Montesquieu, la signification de la notion de contre-pouvoir. Nous préférons à cette formule impérative, celle où l'origine de la signification puisse être recherchée dans la théorie de Montesquieu. La nuance nous semble grande entre devoir et pouvoir. Aux lieu et place la formulation du professeur Hourquebie : « elle doit même être recherchée dans « l'Esprit des Lois « »[illegible], nous proposons celle de la possibilité « elle ~~doit~~ [pourrait] même être recherchée dans « l'Esprit des Lois « », surtout que nulle part dans son œuvre de 600 chapitres, Montesquieu ne l'a affirmé.

223. À nos yeux, que ce soit cette déduction ou toutes les autres affirmations déductives de la présence d'une quelconque idée ou notion juridique dans l'esprit de la théorie de Montesquieu ne sont admissibles qu'avec une bonne dose de réserve lorsque l'illustre auteur de l' « Esprit des lois » ne les y a pas expressément voire textuellement consignées. Montesquieu au demeurant, n'est pas hostile à l'interprétation de ses idées dans la mesure où

[illegible]

[illegible] [illegible]

[illegible] [illegible]

[illegible] [illegible]

[illegible] [illegible]

[illegible] [illegible]

[illegible] [illegible]

il ne veut pas se faire lire car préférant plutôt « (…) faire penser »[illegible] ses lecteurs. Un pari très risqué sur lequel il conviendra tantôt de revenir. Notre choix de l'usage de la réserve vient non seulement de la complexité de la navigation dans les océans de non-dits où tout peut avoir été dit et rien au total de pareil à la pensée réelle de l'auteur d'une œuvre de l'esprit. Il nous semble aussi, sauf erreur, que Montesquieu n'a jamais aménagé de mécanisme de contre-pouvoir. De notre avis, une telle théorisation aurait été très aisée à l'illustre philosophe juriste dont la finesse de la pensée juridique est plus que frappante et au demeurant pas nécessaire à démontrer dans la mesure où pour comprendre que les lois ont un esprit qu'il faudrait comprendre et faire coïncider avec les textes, il ne faudrait pas être un ignorant de la science juridique. Le magistrat bordelais que fut Montesquieu était aussi titulaire d'un brevet d'avocat après des études de droit.

224. C'est donc dans un tel état d'esprit que nous avons quelques difficultés à suivre les démonstrations de certains auteurs. En guise d'exemple, nous retenons que le professeur Fabrice Hourquebie, qui affirme sans aucune réserve que « de la théorie de la séparation des pouvoirs à celle des contre-pouvoirs, «l'esprit» de Montesquieu n'est jamais bien loin... »[illegible]. En supposant que tel est l'esprit de Montesquieu dans l'« Esprit des lois »[illegible] alors admettons qu'il n'exprime rien d'autre que sa phobie de l'abus du pouvoir. L'on prête beaucoup d'extrapolation à la pensée du Baron de la Brède autant célèbre pour avoir affirmé qu' « il faut que par la disposition [= puissance[illegible] ?] des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

[illegible]

1764 [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Autrement dit, et là c'est nous qui essayons que comprendre le sens de cette affirmation, cela reviendrait par exemple au fait que le désir de son auteur de prévenir l'Homme de l'absurdité humaine de ne pas résister à la tentation de l'abus du pouvoir, il faudrait un mécanise pour empêcher une telle occurrence. L'absence d'un tel mécanisme que nous supposons juridique rend inéluctable le postulat de Montesquieu, « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »[1768].

225. De plus, la présente de l'analyse juridique de Montesquieu pouvait être couplée à l'observation sociologique du fonctionnement du régime parlementaire de séparation des pouvoirs politiques et institutionnels britannique – objet de son voyage en Grande Bretagne –, aurait bien évidemment permit à l'éminent penseur de dégager le mécanisme du contrepoids ou contrepouvoirs que les démocraties modernes et en ont fait un dogme intimement lié à séparation des pouvoirs. En ce sens, nous convenons avec Fabrice Hourquebie que « dans la démocratie constitutionnelle et continue, tout pouvoir appelle un contre-pouvoir chargé de le contrôler en vue de le modérer »[1769]. C'est donc la démocratie et le couple séparation de pouvoirs – contrepoids de pouvoirs qui pour nous est le « Janus Constitutionnels »[1770] car deux faces inséparables comme celle d'une monnaie.

226. Pour nous, tout approfondissement et usage postérieure de la construction de Montesquieu, au demeurant permise par l'auteur lui-même comme ci-dessus montré, doit tout de même être nuancée tenant compte de la première raison que vous venons d'évoquer. Ensuite il nous semble impossible de négliger l'important paramètre de la prise en compte de la différence du cadre spatio-temporel. En effet, le cadre spatio-temporel dans lequel les interprétations sont faîtes à l'époque moderne, n'est pas superposable celui de son auteur. Cette dimension seule, suffit à justifier que toutes les déductions postérieures en soient nuancées nonobstant le fait pour le magistrat bordelais, « **il ne faut pas toujours tellement**

---

modes de financements des missions de SIEG. Ces compétences sont toutes prévues par les termes de l'article 106 §1er TFUE.

En paraphrasant Montesquieu, il possible d'affirmer que c'est par la disposition des choses voulue par les termes de cet article du droit primaire UE que les Etats membres peuvent contester devant la CJUE, toute décision de la Commission européenne, estimée arbitraire. La contestation étatique peut par exemple porter sur le recadrage ou une mise en garde de la Commission européenne, en matière de SIEG. On le voit, par la disposition des choses dans le droit des SIEG, le pouvoir peut donc effectivement et efficacement arrêter l'abus du pouvoir. L'idée de Montesquieu est donc applicable dans ce droit.

[1768] C.-L de Secondat MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XI, 4-6

[1769] F. HOURQUEBIE, *Op.cit.*, p1.

[1770] A. HOLLEAUX, *«Les pouvoirs multiples dans le Pouvoir»,* Revue de droit prospectif, n° 5, 1978, p. 39. L'auteur a aussi cité le « Janus constitutionnel » qu'il a caractérisé différemment.

épuiser un sujet qu'on ne laisse rien à faire au lecteur »[1771] (Soulignée par nos soins).

227. Toutefois, si la pensée susvisée du Professeur Fabrice Houquerbie s'inscrit dans cette vision des choses de Monsieur Charles de Secondat de Montesquieu alors nous y souscrivons car cela est le fruit d'une approche subjective subséquente à l'approfondissement de la construction de l'illustre penseur. En revanche, si la démarche intellectuelle est tout autre alors notre réserve en deviendra plus prononcée. Nos incitations à revenir à la pensée classique de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu et/ou Rousseau dans l'appréhension de l'intérêt général dans le cadre du projet social UE s'inscrivent toutes, sans aucune exception dans le sens d'un usage modéré ces archétypes. Partant, elles se revêtent de la vertu de la réserve. Le propos soulignons le avec un emprunt bleu, n'est pas de chercher à égaler Montesquieu et /ou Rousseau ou encore les Doyens Léon Duguit et/ou Maurice Hauriou lorsque nous irons revisiter leur théorie du service publics dans nos développements qui suivront. La trame de fond de notre démarche restera à cet égard la même pour toutes nos références aux constructions et travaux qui ont précédés notre présente modeste contribution.

228. **Plus se lisibilité et de visibilité et moins d'imagination pour comprendre le modèle social Union européen** – De plus, revenant au désir du baron de la Brède de ne pas tout mâcher pour ses lecteurs, afin de pas les inciter à la paresse intellectuelle (peut-être ?) force est de reconnaître qu'il comporte une ambivalence certaine même si le *cogito*[1772] *ergo sun* du célèbre philosophe français René Descartes lui est d'un grand secours dans cette perception de l'exercice intellectuel auquel il incite tous ses lecteurs. On le sait, pour René Descartes, penser, c'est être et inversement, si l'on se prévaut d'être un humain. C'est bien cela qu'il a dénommé le *cogito ergo sun*. Mais si tel est besoin de laisser nécessairement quelque chose à faire à ses lecteurs que de les pousser à réfléchir pour trouver le sens idoine de sa théorie de la séparation des pouvoirs, il faudrait admettre qu'il s'agit d'un pari[1773] hautement risqué. Réfléchir pour déceler les véritables significations et articulation de la théorie de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu est bien. Mais encore faut-il que l'on réfléchisse bien et surtout juste dans la mesure où, à cet exercice intellectuel de haute finesse

[illegible]

[1771] [illegible]

[1772] [illegible]

[1773] [illegible]

[illegible]

se rattache la possibilité de l'erreur à laquelle n'ont pu échapper des esprits savants. En effet, dans sa tentative de mettre au jour l'absence d'une hiérarchie « logique »[illegible] entre les trois pouvoirs ou organes distingués par Montesquieu dans son « Esprit des lois », Raymond Carré de Malberg éminent juriste publiciste français s'est mépris sur ce qui constitue selon Sébastien Roland, la deuxième proposition de l'esprit de la théorie du magistrat bordelais. Rappelons ici d'abord ce qui à notre avis, et à la suite[illegible] du Professeur Sébastien Roland peut être identifié comme la deuxième proposition de la théorie de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu.

229. « **La seconde proposition de la doctrine de Montesquieu, [est que] ces fonctions sont hiérarchisées entre elles, elles ne sont pas sur un pied d'égalité**. La fonction législative est nécessairement supérieure aux fonctions exécutive et judiciaire parce qu'existe entre la première et les secondes un rapport de conditionnalité : les fonctions exécutive et

[illegible]

judiciaire sont juridiquement inconcevables sans l'exercice préalable de la fonction législative ; politiquement, **l'exercice de la fonction législative confèrera ainsi à son détenteur un degré de puissance supérieur au degré de puissance que recèlent les deux autres fonctions**. [Une évidence car banale pour les démocraties occidentales contemporaines au point d'être une simple logique. Et pour autant,] on sait que ce point est resté longtemps inaperçu et il a fallu attendre les travaux de Raymond Carré de Malberg puis de Charles Eisenmann et Michel Troper pour qu'il soit affirmé avec autorité »[illegible].

230. Par la suite, nous reprendrons intégralement à notre compte, la remarquable démonstration faite par le professeur Sébastien Roland de l' « heureuse erreur » de Raymond Carré de Malberg qui a offert l'occasion à Charles Eisenmann d'insister sur l'existence dans la pensée de Montesquieu d'une impossibilité « logique » d'une égalité de fonction entre les organes législatif, exécutif et judiciaire, tous les trois distingués par l'auteur de l' « Esprit des lois ».

231. **Montesquieu, une hiérarchie des trois fonctions législative, exécutive et judiciaires** – « S'il est vrai que Montesquieu n'a pas explicitement formalisé une telle hiérarchie des fonctions, celle-ci peut être déduite de son système. Et c'est précisément à un tel exercice que se livre Charles Eisenmann, à partir des travaux préalables de CARRE de MALBERG. Ce dernier, de façon remarquablement paradoxale, a montré dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État* (Sirey, 1922, réimpression CNRS, 1962, tome 2, Chapitre quatrième : De la séparation des fonctions entre des organes distincts, pp. 1-142) **l'impossibilité logique d'une égalité des fonctions, mais sans apercevoir que c'est bien ainsi que Montesquieu a conçu sa doctrine. Il reproche en effet au Baron de La Brède d'avoir pensé les trois fonctions législative, exécutive et judiciaire comme égales et souveraines chacune dans leur domaine respectif ; or, du fait de l'unité de l'État, il lui semble impossible d'admettre que la fonction législative soit considérée comme de puissance égale à celle des deux autres. « Il est même tout simplement absurde de prétendre, commente le Professeur Troper, que l'activité qui consiste à faire les lois pourrait être équivalente à celle qui consiste à les exécuter. En réalité, l'exécution est bien évidemment, par définition même, subordonnée à la législation** » (*in* HAMON F. & TROPER M., *Droit constitutionnel*, 29e édition, L.G.D.J, coll. Manuel, 2005, p. 95).

[illegible]

232. **Bien que prêtant faussement à Montesquieu le raisonnement contraire**, le grand publiciste strasbourgeois a mis là au jour une idée essentielle que Charles Eisenmann exploitera, non sans prendre le soin de rectifier l'erreur de l'interprétation malbergienne. **« Il suffit, commente Charles EISENMANN, de se reporter au texte [de L'Esprit des lois] pour y relever des preuves multiples qu'au contraire Montesquieu a parfaitement compris la supériorité de la fonction législative aux deux autres fonctions**. « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs « , *op. cit.*, p. 16, note 16. **Il devient alors patent que, la fonction supérieure étant la fonction législative, l'élément crucial du système de Montesquieu est celui du partage de celle-ci entre les organes** »[illegible] (Soulignées par nos soins).

233. Nous sommes-nous tout de même tenté d'ajouter à cette convaincante analyse, qu'il s'agit surtout d'organes qui ne sont pas et ne peuvent logiquement pas être pensés égaux en tout point, ce que Montesquieu a très bien compris et mis en évidence en précisant d'abord que « dans un régime politique donné, il faut une fonction et une fonction seulement par organe »[illegible]. Puis dans le fonctionnement de ces organes, l'idée de Montesquieu nous semble bien loin de vouloir les cloisonner dans le but de les neutraliser ou alors qu'ils se neutralisent mutuellement. Un tel état de chose aboutirait à un immobilise regrettable qui desservirait tout intérêt général. Un tel régime politique est impraticable car absurde. Il faudrait plutôt que dans leur fonctionnement, « par la disposition [la bonne ?] des [trois organes c'est-à-dire législatif, exécutif et judiciaire], [les] choses, [soient faites de telles sortes que] le pouvoir arrête [l'abus du] pouvoir » [illegible] dans la logique claire qu'il n'y a absolument chez Montesquieu (?) aucune modération dans l'excès.

234. Par ailleurs, dans un tout autre registre, le désir de Montesquieu de ne pas offrir à ses lecteurs, le confort de la paresse intellectuelle peut être vu compte entretenant la controverse scientifique à laquelle il n'est pas aisé de s'adonner. Il donne une large place à l'interprétation, un exercice hautement apprécié par la science juridique dont le maniement ne va pour autant pas sans des exigences de l'art. En effet, l'on sait que face à l'indétermination ou à la lacune d'un texte législatif par exemple, libre est la place faite à l'interprétation jurisprudentielle. La doctrine par son éclairage des notions et concepts juridique y intervient

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

en ce que pour elle, « il importe alors pour le juriste de prendre en compte cette indétermination, d'étudier les significations données par les acteurs du droit lorsqu'ils utilisent de telles notions, éventuellement de les comparer avec d'autres significations possibles et de pointer le pouvoir normatif résultant d'une telle utilisation. Le rôle de l'interprète est donc plus important que la notion elle-même, car peu importe le signifiant, seul compte le signifié[illegible]. [Toutefois], **si la place de l'interprétation dans le droit est centrale, instrument « d'effectivité « de la norme, la « latitude ouverte à l'interprète « n'est en revanche pas « uniforme « et dépend du contexte. De là naissent des situations différenciées où la texture de la norme ne revêt pas la même densité. Cette « gamme de textures « est ainsi fonction des circonstances – affaire également d'interprétation – et des contraintes sémantique variables résultant de la rédaction des énoncés** »[illegible](Soulignée par nos soins).

235. Or il y a autant d'enjeux dans l'indétermination des notions juridiques que dans les silences adoptés par les auteurs d'une théorie juridique. « Les notions à contenu variable peuvent être un instrument de l'arbitraire, car leur détermination semble ressortir du pouvoir

des magistrats »[illegible] qui a une aussi grande marge de manœuvre face à une théorie juridique imprécise que face texte législatif touffu, incomplet et flou. La lacune est la même dans ces deux hypothèses. Face à de tels enjeux et tenant compte de ce que l'arbitraire puisse faire bon ménage avec l'abus du pouvoir d'interprétation du magistrat, l'on se retrouverait dans une création normative jurisprudentielle qui n'aura pas forcément le « souci de s'adapter au mœurs »[illegible]. Dès lors, il conviendrait de ne pas abuser de cette recette de Montesquieu de « (…) faire penser »[illegible] ses lecteurs. En y réfléchissant autrement, l'invite du baron de la Brède une activité de l'esprit qui suppose une interprétation dont le visage de Janus est la possibilité de l'erreur dont l'éminent Professeur de droit Public strasbourgeois Raymond Carré de Malberg en a donné l'illustration ci-dessus rapportée.

236. **Quelques suggestions importantes pour l'élaboration du projet du modèle social Union européen** – De ce qui précède, nous formulons quelques remarques en ce qui concerne la conception, la rédaction et le contenu du projet social UE. Ces remarques, bien que générale, concernent aussi bien. L'on sait que la science juridique lie la belle forme et le contenu pertinent en ce que pour elle, la forme d'une pensée en révèle le fonds au point d'être indissociable.

237. **La première remarque** est tirée de la possible et dangereuse errance de l'esprit de l'interprète, il nous semblerait opportun, de souligner qu'une double précaution conceptuelle et rédactionnelle devra être observée par les rédacteurs du projet social européen afin qu'il n'implique surtout pas « (…) faire penser »[illegible] ses lecteurs et destinataires pour une seine, effective et juste mise en application. Surtout que déceler l'esprit de la théorie de Montesquieu dans le fait qu'il suggère que toutes les lois aient un esprit, c'est ce qu'il dit autrement par l'« Esprit des Lois », n'est que malaisé pour le commun des mortels. Il s'agit

[illegible]

[illegible]

[illegible]

1784 [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

d'une élévation non modérée de l'esprit recommandée par le baron de la Brède chez qui, il n'y a aucune modération dans l'abus du pouvoir au point de le combattre à corps[illegible] perdu et sans modération aucune dans l'« Esprit des lois ». C'est le genre d'exercice au demeurant malaisé pour le lecteur non-scientifique. De plus, comment comprendre de manière banale qu'il soit vrai que la vision des choses, chère à Montesquieu n'exclut pas l'admission de l'idée que le pouvoir législatif soit quelque peu supérieur aux deux autres. Une telle compréhension est fortement appréciée par les initiés des disciplines juridiques et politiste car elle resitue l'exercice du pouvoir public par rapport à la volonté générale que symbolise la loi. En revanche, elle ne nous satisfait totalement pas du fait qu'elle reste marquée par la juridicisation d'une crainte, celle de l'abus du pouvoir politique qui dans l'état de nature de la société idéale selon Montesquieu est celle où tous les hommes naissent libre et égaux. Ce genre de gymnastique intellectuelle herculéenne ne doit pas être demandé au lecteur du manuscrit contenant le projet social UE. De cette précision découle la deuxième remarque valable à la fois pour la conception et la rédaction du projet social UE.

238. **La deuxième remarque** est celle du contenu qui tout autant que la forme visée dans la première remarque doit être accessible à tous les lecteurs. Sans être banal, il doit être simple de compréhension afin que les ressorts juridico-socio-économique clairement identifiés, sélectionnés et conceptualisé ou ré-conceptualisé par une adaptation éventuelle au cadre spatio-temporel n'entretiennent aucune ambigüité. Ne surtout pas entretenir le flou et l'indétermination du positionnement théorique, entre le libéralisme économique ou pas pour éviter de jeter de l'eau au moulin des pourfendeurs de l'UE de l'UE. Les concepteurs du projet du modèle social devront de faire le choix entre mixer ou pas, le droit positif[illegible] et la doctrine[illegible] juridique. Ce positionnement méthodologique juridique nous semble inévitable car en 2017 ou même après, le projet social UE ne peut être conçu comme si l'on était sur un terrain juridique vierge à défricher. Il doit valoriser les acquis juridiques amoncelés depuis

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

1957 et donc partir du droit positif (droit posé depuis les traités CECA et CEE) pour réussir la projection de la société UE vers l'avenir par un essentialisme juridique.

239. Mais qu'il s'agisse bien d'un essentialisme juridique raisonnable tirant de ce courant de pensée, ce qu'il y a de positif. Ainsi, tout évitant soigneusement le débat doctrinal entre M. Dworkin et Herbert Lionel Adolphus Hart au sujet de l'essentialisme juridique, l'analyse retient le côté positif de ce courant de pensée, terrain largement exploré par le professeur Olivier Beaud. Nous accordons un intérêt particulier à la fin du résumé de M. Hart de sa contradiction doctrinale avec M. Dworkin. M. Herbert Lionel Adolphus Hart, « (…) soutient que, ***bien qu'il ait de nombreuses relations différentes et contingentes entre le droit et la morale, il n'existe aucun lien conceptuel nécessaire entre le contenu du droit et de la morale ; il en résulte que des dispositions moralement injustes peuvent être valides en tant que des dispositions juridiques*** » mais il est à nos yeux important que le droit ne de départisse pas totalement de la morale. Il vrai et, le professeur Georges Ripert le démontre de fort belle manière, l'approche scientifique légicentriste et le règne[1789] de la loi produisent une indifférence du législateur pour la moralité des actes[1790]. Il ajoute même que « l'organisation scientifique de la vie sociale ne devrait pas avoir pour conséquence de bannir les considérations morales dans les rapports juridiques entre les hommes. Le législateur peut tenir compte de la force de la morale dans la création de la règle juridique. Mais la règle morale suppose l'appréciation de l'intention et modèle l'étendue de l'obligation sur les considérations personnelles au créancier et au débiteur. Le législateur moderne se soucie peu de ces contingences. L'ordre le plus parfait est pour lui, celui qui ne comporte aucune exception dans la conformité des actes à la prescription obligatoire ; il ne doit tenir compte ni de la pureté de l'intention ni des motifs de l'action[1791] »[1792]. Cette attitude du législateur moderne qui anesthésie la morale dans sa création de la norme juridique peut-être l'une des raisons du fléau juridique contemporain : dorénavant, la loi peut mal faire. À nos yeux, le modèle social Union pourrait en tenir compte pour que le traité européen qui y enchâssera ce modèle, ou l'opus qui le renfermera, ne puisse pas mal faire par manque de valeur éthique et morale. Un tantinet de zeste moral et d'éthique rend la loi humaine même si elle est réputé dure et froide selon la maxime latine bien connue : *dura lex sed lex ou dure est la loi mais c'est la loi*. À ce

zeste de moral et d'éthique pourrait s'ajouter le respect de la clarté, la concision et la précision dans la formulation et la rédaction des idées tout en admettant que ce projet soit modulable et modifiable parce qu'elle ne sera pas la loi des perses et des mèdes, seul loi réputée en son temps immuable sur terre.

240. **Nécessité du respecte de la trilogie : clarté, concision et précision dans la rédaction du projet du modèle social Union européen** – En définitive, pour éviter toutes interprétations maladroites voire tendancieuses et, toutes supputations favorisées par une conception, une formulation et une rédaction, lacunaires, les rédacteurs du projet social UE devront observer la précaution rédactionnelle chère au droit que nous appelons la trilogie rédactionnelle juridique : clarté, concision et précision. Ils auront au préalable pris le soin de faire œuvre utile en évitant toutes les confusions conceptuelles à travers un positionnement clair et précis par rapport à certains archétypes classiques de la science juridique qui seront mobilisés dans la conception et la formulation des ressorts du projet UE de société.

241. **Un positionnement clair par rapport aux deux conceptions de la séparation des pouvoirs, de même qu'à l'égard des conceptions Hauriouiste et Duguiste du service public (conceptions évoquées ci-après) sera requis afin d'éviter aux lecteurs peu importe leur niveau intellectuel, la pratique de l'art divinatoire.** Le projet social UE de part sa conception, sa formulation et sa mise en pratique doit être limpide et dénué de toute interprétation. Point ne devrait être nécessaire de se référer à un quelconque manuel d'utilisation ou autre guide de lecture voire de compréhension lorsque l'on lira document projet social de l'Union européenne. La pratique de la séparation des pouvoirs à travers les SIEG se devra d'y être clairement précisée car elle semble véhiculer une approche originale du rapport entre cette théorie et l'intérêt général. Celui d'un mixage ou d'un positionnement à mi-chemin des deux archétypes de la séparation des pouvoirs construits par Montesquieu et Rousseau.

3- SIEG, un mixage des deux archétypes

242. **Utilité de l'éclairage conceptuelle des deux archétypes de la séparation des pouvoirs au processus d'élaboration du modèle social UE** – Ce retour aux sources des conceptions rousseauiste et de Montesquiste de la notion de la séparation a, éclairé le positionnement éventuel du modèle social en faveur l'un l'une ou l'autre ou tout simplement à mi chemin des deux. Mais il a surtout été guidé par la gestion adéquate de l'intérêt général

version européenne par l'un ou l'autre de ces deus archétype de la séparation des pouvoirs. Le prisme de l'intérêt général est celui retenu par l'analyse pour explorer d'autres théories de la gestion de la chose publique. C'est donc sur ce fondement que nous pensons que le temps qui s'est écoulé entre 1957 et 2009 et la période encours partant de 2012, année d'entré en vigueur du nouveau paquet Almunia[illegible], ont donné raison au choix des rédacteurs de l'article 90 CEE de signer l'acte de naissance du concept juridique de SIEG. Ce faisant, ils ont créé une nouvelle notion, celle de l'intérêt général économique, variable de l'intérêt général réputé relativement flou[1794], indéfinissable[1795] (?) mais « épine dorsale »[1796] et « âme »[1797] du droit public français. Le projet social de l'UE, une fois élaborée et mis en œuvre donnera certainement dans un premier temps, raison à une approche combinée possible par un mixage des conceptions de Montesquieu et rousseauiste de la séparation des pouvoirs (a) avant de révéler l'insuffisance de ce mixage (b).

[illegible]

243. **Heureuse phobie ou véritable aversion haine de l'abus du pouvoir, source d'inspiration de la belle théorie de Montesquieu** – Revenant à la construction de la théorie séparation des pouvoirs chez cet auteur, il est vrai, la pensée intrinsèque de Montesquieu est imbibée de sa phobie hautement justifiée de l'abus du pouvoir dans le sens où il n'y a aucune modération dans l'excès. Dès lors, l'humain – maladivement –, enclin à abuser de la parcelle de pouvoir qu'il détient, pour rester sage aurait nécessairement besoin de balises. Mais sous-entendre que dans l'esprit du célèbre penseur des lumières, séparation des pouvoirs signifie équilibre des pouvoirs nous semble un peu forcé, étant entendu que Montesquieu est sans équivoque, « j'appelle faculté de statuer, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. **J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une**

[illegible]

résolution prise par quelque autre»[illegible](C'est nous qui le soulignons).

244. **Toute nuisance du pouvoir suite à son abus quelle qu'en soit la raison, est inacceptable dans la pensée de Montesquieu et devrait peut-être l'être dans l'idéal de société Union européen** – Cette affirmation peut aussi bien être interprétée dans le sans où le pouvoir arrête le pouvoir pour l'empêcher de nuire à autrui par abus et non pas uniquement dans le sens de l'équilibre car rendre nulle une résolution prise par quelque autre n'a absolument rien qu'équilibrant. Il s'agit d'un acte confligène saur si l'on décide de passer cet aspect sous silence. Mais l'ignorer ne saurait signifier son inexistence. Cette vision de l'arrêt du pouvoir par le pouvoir selon Montesquieu nous semble instaurer une zone grise conflictuelle dans les rapports entre les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire. En effet le magistrat de Bordeaux affirme dans le chapitre 6 du Livre XI que les deux autres pouvoirs que sont le législatif et l'exécutif ne sont « l'un que la volonté générale, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale »[illegible]. Il en va que le pouvoir qui exécute soit inférieur à celui qui est la volonté générale.

245. **Paradoxale arrêt du pouvoir par le pouvoir alors même que les trois pouvoirs ne sont pas égaux (législatif, exécutif et judiciaire dans la pensée de Montesquieu, le modèle social UE peut et doit affiner ce mécanisme** – L'analyse de cette idée suscite un étonnement. En effet, il est surprenant qu'en hiérarchisant ces trois pouvoirs dans leur rapport à la loi comme volonté générale, le magistrat bordelais ne soit pas aperçu de l'aspect paradoxal que dans une telle configuration, un pouvoir inférieur puisse avoir la faculté d'arrêter le pouvoir de l'organe qui lui est supérieur. L'on sait que dans la pensée de Montesquieu, le pouvoir législatif par son activité de création de la loi dont il en a seul, le pouvoir dans toute démocratie réelle et non de factice, est de ce seul fait supérieur au pouvoir d'exécution de la loi (exécutif) et aussi à celui du judiciaire qu'il considère comme ne consistant qu'à dire la loi dont il n'est que la bouche. Il nous semble que le système du contrepoids aurait été fort utile à la systématisation du Magistrat de Bordeaux puisqu'il offre un levier efficace pour que le pouvoir arrête de pouvoir. Par la disposition des choses, ce paramètre aurait été nécessaire à la théorie, ce qui semble justifier que la constitution française de 1958, s'inspirant de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu, a introduite

[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] [illegible]

depuis les réformes de 2008, un contrepoids à l'exécutif. Cela ne nous semble pas encore satisfaisant car perfectible, même si parfois le peu est préférable à l'absence total de *check-and balance* expression angliciste pour dire la même chose que contre-pouvoirs en français.

246. **Le primat de la loi et hiérarchie des pouvoirs partagés par Montesquieu et Rousseau, l'équivalant serait peut-être les principes de primauté[1800] et de l'effet direct[1801] en droit européen (?)** – du droit primaire consacré par l'arrêt Cette idée de pouvoirs politique séparés et hiérarchisé face à la loi, se retrouve aussi chez Jean-Jacques Rousseau. Ainsi, Montesquieu célèbre le primat de la loi et par voie de conséquence la supériorité de son auteur en ces termes : « la liberté c'est la liberté de faire ce que les lois permettent ; pour que la liberté soit garantie, les lois doivent être préétablies, pour que le pouvoir souverain soit exercé conformément à des lois fixes et établies »[□□□□]. Rousseau abonde dans le même s'il est peu ou prou plus explicite en affirmant que « la loi est l'expression de la volonté générale »[□□□□] partant, pour lui, « la volonté qui détermine l'acte est supérieure à la puissance qui l'exécute »[□□□□]. **Cette considération est l'un des points d'encrages entre les deux philosophes et de ce fait, l'on s'aperçoit qu'ils ne s'opposent pas sur tous les points dans leur conception respective de la séparation des pouvoirs. L'analyse considère ce point d'encrage comme une leçon à retenir par les rédacteurs du projet du modèle social UE au cas où tout semblerait les opposer puisque l'Union ne semble pas militer pour la pensée unique. Savoir concéder et viser la solution constructive serait une voie de sagesse pour les juristes qui auront la lourde tâche de cette élaboration. Puisse leur divergences et oppositions conceptuelle accoucher d'idées innovante pour le modèle sociétal Union européen.**

247. Ainsi, tout en magnifiant la souveraineté populaire qu'il conçoit comme indivisible, Rousseau ne manque pas d'hiérarchiser les pouvoirs politiques institutionnels dans la logique que le plus élevé soit celui du faiseur de la loi dont la volonté est de ce seul fait supérieure à la puissance exécutrice. Dans la pratique, l'organe législatif, parce qu'émanation du peuple

□□□□

indivisiblement souverain est dans la logique rousseauiste, le véritable détenteur du pouvoir. Les régimes français des IIIe et IVe République étant d'inspiration rousseauistes en ont donné la parfaite illustration par l'assujettissement constitutionnel du gouvernement au Parlement avec le revers de l'instabilité gouvernementale qui les a caractérisé.

248. **Faiblesse des deux conceptions que pallie l'article 106[1805] TFUE, la prise en compte de l'intérêt général comme sous-bassement des deux constructions mentales** – Que ce soit dans la séparation des pouvoirs publics de type répartition équilibré mais, pas cloisonné de Montesquieu ou dans celui qui les spécialise à la manière rousseauiste, la prégnance de la hantise de la lutte contre les abus du pouvoir a fait perdre de vu à leur auteur, la prise en compte de l'intérêt général. Ceci est quelque peu surprenant quand l'on sait à travers les affirmations ci-dessus analysées que, leurs auteurs centralisent par moment, leur raisonnement autour de la loi, domaine de la volonté générale et donc par excellence, celui de l'intérêt général.

249. Il nous semble que l'intégration du paramètre intérêt général à leur conception en aurait fortement changé la formulation d'abord par la réduction de la peur panique face à l'abus du pouvoir phobie. Puis en fixant l'intérêt général comme seule raison à l'existence du pouvoir public et aussi comme l'unique but de son exercice, les conceptions de la séparation des pouvoirs de ces deux illustres théoriciens des Lumières aurait pu en faire la finalité et le moyen. Dès lors, les mécanismes juridiques découlant de ces deux conceptions n'aurait certainement pas été l'équilibre du pouvoir en les contrebalançant mais plutôt celui de la délimitation des compétences de création et de gestion de l'intérêt général d'une part et d'autre part, elles auraient aménagé un pouvoir de contrôle et un pouvoir judiciaire de reformation ou de requalification du « mauvais » intérêt général.

250. Le pouvoir public serait donc exercé dans l'unique but de la satisfaction de l'intérêt général dont la définition peut bien échoir au pouvoir public local par habilitation de la loi et donc suivant la volonté général du peuple. Cette toute autre représentation de la séparation des pouvoirs est celle que propose le droit UE à travers le droit des SIEG. Elle est véritablement un mixage des deux conceptions en ce sens qu'elle spécialise d'abord les pouvoirs publics dans la création et la gestion de l'intérêt général.

251. Celui qui crée, organise et décide souverainement l'intérêt général, bien en entendu conformément à l'ensemble du droit de l'UE en appliquant le principe de subsidiarité, n'est pas celui qui le requalifierait ou, en sanctionnerait les erreurs manifestes[1806] d'appréciation. Cela étant inconcevable ou absurde car revenant à un abus de pouvoir.

252. **La séparation des pouvoirs selon Montesquieu dans les SIEG** – Par la suite, la conception UE de la séparation des pouvoir à travers le droit des SIEG, applique aussi en partie l'approche de Montesquieu en ce qu'elle organise une répartition des compétence en fonction de l'économie générale des termes de l'article 106 TFUE. Aux termes des dispositions de cet article important car fondateur des droit et de la logique des SIEG, les pouvoirs publics étatiques ont le pouvoir souverain de création et d'organisation des l'intérêt général économique n'est ni plus ni moins un intérêt général. Les dispositions des premier et second paragraphes de cet article ne contiennent aucune ambiguïté à ce sujet. La compétence de contrôle de la création et surtout, l'exercice du regard vigilant sur le mode de financement des SIEG pour éviter l'usage abusif et/ou détourné des aides d'État par ces pouvoirs publics étatique sont dévolus à la Commission européenne. Cette habilitation des dispositions de l'article 106-3 TFUE est une autre illustration de la séparation des pouvoirs dans le cadre des SIEG. Les pouvoirs de création et d'organisation des SIEG sont dévolus par les premiers paragraphes de l'article 106 TFUE aux pouvoirs publics étatiques tandis que la régulation ou surveillance de l'usage correcte de ces pouvoirs est le fait de la Commission européenne (article 106 TFUE). Les paliers sont clairement partagés et les compétences clarifiées par

« la liberté de définition [des SIEG] des États membres signifie que ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant de [tels] services […] sur la base des caractéristiques spécifiques des activités, la seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste » ; V. COM (2007) 725 final, relative aux services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, un nouvel engagement européen ; également : D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », in J. ROSETTO, A. BERRAMDANE, W. CREMER, & A. PUTTLER (dir), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Tours, Presse Universitaire François Rabelais, 2010, pp.243-263

l'article 106 TFUE, article aux dispositions dont l'écriture est remarquée[1807]. Si le pouvoir judiciaire intervient d'une manière ou une autre dans le processus de création, d'organisation ou au sujet du mode de financement des missions de SIEG, c'est en vertu de ce dernier paragraphe (article 106-3 TFUE[1808]) relatif à la sphère d'intervention de la Commission européenne. Mais les États membres peuvent également saisir la Cour de justice de l'UE si un litige survenait lors de l'une de ces trois étapes. L'approche de la séparation équilibrée des pouvoirs avec contrepoids entre les pouvoirs publics découlant de la conception de Montesquieu est ainsi illustrée par le mécanisme juridique de création et de financement des SIEG. En l'appliquant, ces trois niveaux de compétences sont clairement définis avec une spécialisation pour chacun des pouvoirs publics. Cette mise en pratique de la conception e Montesquieu donne plus de transparence dans les relations entre l'Union européenne et les États membres dans la gestion de l'intérêt général économique.

253. **La gestion de l'intérêt général UE et dans les SIEG, une innovation** – D'abord prise isolement, chacune des deux conceptions est insuffisantes à la gestion effective, efficace et efficiente de l'intérêt général économique issu du droit de l'UE. L'IGE est plus exigeante à l'égard du recours à la séparation des pouvoirs des deux approches comme nous l'avons précédemment démontrée. Il faudrait d'abord tout au moins mixer les mécanisme et philosophie contenus, dans chacune de ces deux représentations de la séparation puis, transcender ce mixage qui s'avère très vite insuffisant.

254. **Un mixage insuffisant des deux conceptions classiques de la séparation des pouvoirs pour gérer l'intérêt général économique de type SIEG** – En confrontant les deux théories ci-dessus rapportées de la séparation des pouvoirs à l'intérêt général, l'on s'est aperçu que leur mixage est insuffisant pour offrir aux citoyens européens et aux résidents des pays membres de l'UE, une gestion correcte et satisfaisante de l'intérêt général économique à

travers la logique des SIEG. En effet, même si la définition de l'intérêt général européen

par certains auteurs est difficile à accueillir, en revanche, leur postula en faveur d'une « Europe de l'intérêt général »[illegible] offre l'avantage de mettre l'accent sur le fait que l'Union européenne est projet social qui bouscule les référentiels classiques de la science juridique en matière de notions d'État, de fédération d'État et d'intérêt général. Sur ce point, certains constats de Mme. Déborah Lassale sur l'intérêt général européen appellent des remarques. En effet selon elle, « **l'intérêt général européen questionne la place de l'État membre et des institutions européennes dans le projet d'intégration**. **Faut-il transférer progressivement les compétences nationales vers un plus grand ensemble, mieux à même de faire face aux défis modernes** (changement climatique, terrorisme, mondialisation de l'économie) ? **Ou faut-il opter pour une sorte de fédération d'États, plus respectueuse des particularismes et des souveraineté nationales ?** Ces questions sont au cœur de la problématique de la légitimité du processus d'intégration et de l'effectivité du droit européen. **Le projet européen oscille entre les deux modèles, tâchant de ménager l'État sans entraver l'action collective. Pourtant, le schéma qui se dessine ne semble pas adopter les traits fédéralistes, ni ceux d'ailleurs d'un intergouvernementalisme classique**. Par ailleurs, le contrat social européen s'applique à d'autres acteurs que les États membres : les ressortissants nationaux, d'après la doctrine prétorienne européenne de 1963[illegible] »[illegible], et les citoyens

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

européens, suite à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht[illegible] » (Soulignées par nos soins).

255. La première remarque concerne la fin de ce constat qui paraît peut surprenante lorsqu'elle est mise en contraste avec le modèle de réponse que l'UE donne aux besoins d'intérêt général économique. Il faudrait ajouter à l'énumération de l'auteure, les résidants non citoyens européens des États membres de l'UE que le contrat social européen ne saurait discriminer. Il y a également parmi les bénéficiaires de ce contrat social européen, les ressortissants des États parties aux accords de Schengen dont la Suisse. Ni le projet social européen en cours de construction, ni la réalisation de la promotion de la cohésion socio-économique à travers les SIEG ne sélectionne ses bénéficiaires de manière discriminatoire en raison de la nationalité par exemple. L'économie générale du droit de l'Union européenne ne s'accoutume d'aucune discrimination encore moins ne tolère les traitements inégalitaires qui sont prohibés par la Charte[illegible] européenne des droits de l'Homme. Cela serait contraire à la philosophie sociale de l'UE et à son droit primaire qui a enchâssé cette dernière dans le respect des principes d'égalité et de la non-discrimination. Concernant la non-discrimination, il est important de souligner que le traité de Lisbonne dans son article 10[illegible] lui donne une

[illegible]

consistance et des contours clairs. En effet, le principe d'égalité au sens de l'égalité de traitement est consacré en principe général par la CJCE en 1977[illegible].

256. Par la suite, c'est par des directives que l'égalité de traitement toujours couplé au principe de non-discrimination va se renforcer en droit général de l'UE. La proposition de directive européenne de 2008 éclaire, davantage le lien étroit entre les principes d'égalité et celui de la non discrimination. La formulation du titre de cette directive est suffisamment expressive de l'étroitesse de ce lien : « Proposition de Directive du Conseil du 2 juillet 2008 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinctions [= sans discrimination] de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou

d'orientation sexuelle »[illegible]. Ces deux principes se conjuguent pour offrir aux bénéficiaires des SIEG un statut d'égalité d'accès et de jouissance aux prestations de service public réalisé dans les missions de ce type particulièrement économique d'IG. La non discrimination des bénéficiaires de SIEG est sacrée car découlant des dispositions du droit primaire et du droit dérivé ci-dessus rapporté et aussi de l'intervention de la CJUE qui n'hésite pas à faire subir à certains États membres, la rigueur de la « loi » européenne. Ainsi, « ce principe a permis à la Cour de censurer certaines dispositions de droit communautaire dérivé, c'est-à-dire des normes communautaires prises dans le cadre législatif européen. De la sorte, la Cour applique le principe d'égalité devant la «loi» européenne. Ce principe s'impose également à l'égard des États membres dans leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union européenne »[illegible].

257. La deuxième remarque porte sur l'interrogation formulée par l'auteure : « **faut-il transférer progressivement les compétences nationales vers un plus grand ensemble, mieux à même de faire face aux défis modernes** (changement climatique, terrorisme, mondialisation de l'économie) ? » Il nous semble que c'est bien ce qui se réalise depuis le

[illegible]

Traité fondateur de la CEE de Rome de 1957. La question de la dévolution de compétences des États membres à l'UE ne semble pas être un sujet Kafkaïen[illegible] surtout que le rythme de ce transfert est déterminé par les seuls États membres et selon leur bon vouloir. Le processus de dévolution de transfert à travers le doit primaire (les traités), n'a enregistré aucun vice de consentement depuis 1957, date de création des trois Communautés européennes CECA[illegible], CEE[illegible] et EURATOM[illegible]). Aucune pression ne s'exerce sur eux et aucun consentement d'un État membre ne lui été extorqué par la violence ou un dol quelconque. Le principe du transfert de compétences nationales vers « le plus grand ensemble » constitué par eux-mêmes, ne nous semble pas outrancièrement problématique étant entendu qu'il n'y a dans la réalité aucune perte de compétences ou de pouvoir réelle. Les États membres se dépouillent librement et tout simplement de la faculté d'exercer isolément une compétence donnée (cela pourrait un jour être la gestion des défis du changement climatique, du terrorisme, de la mondialisation de l'économie etc.), pour les retrouver en les exerçant de manière collégiale donc solidairement à travers l'Union.

258. Il nous semble que la question des réfugiés qui s'est posée en 2016 à l'ensemble de l'UE est suffisante pour attester à la fois, l'incapacité et l'impuissance d'un État de l'UE à résorber seule le flux élevé des demandeurs d'asiles. Une réponse coordonnée par l'UE est donc plus appropriée qu'un *one man show* étatique impossible à réaliser à un moment où aucun État, pas même les États-Unis d'Amérique n'est à mesure de résoudre totalement ses problèmes internes de services publics pour embrasser seul, l'épineuse question du terrorisme. L'UE devra surtout tirer des leçons de cette délicate gestion de ce flux d'immigrants pour anticiper la mise en place d'un cadre juridique lui permettant d'éviter une réponse désordonnée aux futurs déplacés[illegible] climatiques qui ne pourraient éviter la plus grande

[illegible]

destinations démocratique et soucieuse de la protection des droits et libertés fondamentaux.

259. De plus, à mesure que le projet modèle social UE s'articulera, il fera inévitablement envie. Encore faut-il qu'un cadre juridique adéquat soit mis en place pour répondre aux nombreuses sollicitations à rejoindre la destination où le mieux vivre ensemble sera de plus en plus effectif par le truchement de la politique socio-économique UE que l'on retrouve dans la logique juridique des SIEG, vecteurs de la cohésion socio-économique de l'Union depuis les Traités CE d'Amsterdam (1997) et TFUE de Lisbonne (2009).

260. La troisième et dernière remarque sur cette constatation condensée de l'auteur porte sur son affirmation très discutable sur la « la légitimité du processus d'intégration et de l'effectivité du droit européen [pose problème dans la mesure où ?] **le projet européen oscille entre les deux modèles, tâchant de ménager l'État sans entraver l'action collective »**. **Il est difficile de partager l'opinion du manque de légitimité du processus d'intégration de du projet européen dans la mesure où il est amené par le droit de primaire de l'Union. L**'on aurait voulu peut-être que l'adhésion à l'UE soit démocratiquement articulé par l'application de principe électif. Dans l'état actuel du droit de l'UE, un tel mécanisme n'est pas prévu et l'on peut s'en tenir à la juridicité du processus en vigueur qui est tiré de l'économie générale du droit primaire. Si le processus d'intégration globale qui est aussi régit par le droit primaire est « étonnant » encore faut-il donner les raisons réelles de cet étonnement, la réalisation du marché intérieur intégré pour ne prendre que cette seule étape de ce processus, ne souffre pas de légitimité. Il est subséquent aux préconisations des Traité de Maastricht et donc du droit primaire. Le reproche de l'illégitimité qu'il faudrait argumenter ne semble-t-il pas se fonder sur une lecture de la légitimité inférée par le référentiel du droit constitutionnel classique qui encense le primat de la légitimité issue du mécanisme du suffrage universel direct ? Plus de précision sur le fondement de cette constatation nous paraît nécessaire pour mieux la comprendre.

261. Concernant l'effectivité du droit de l'UE, il nous semble que dès lors que l'auteure admet que le « projet européen oscille entre les deux modèles, tâchant de ménager l'État sans entraver l'action collective », nous ne pensons pas qu'il y est matière à débattre de l'effectivité du droit européen. Le fait d'osciller entre ces deux modèles ne nous semble pas une tare juridique. Un modèle social peut conjuguer différents modèles, à charge pour ses

concepteurs de faire preuve d'inventivité. Il nous semble que l'UE défie à divers égards, les référentiels classiques de la science juridique. Elle n'est identifiable par aucune catégorie juridique existante, c'est sa force et le droit innovant qu'elle met en œuvre force l'admiration au point de s'imposer comme une catégorie sui generis. L'UE, son droit en général et tout particulièrement son droit des SIEG structurant son projet social sont sui generis un point c'est tout. N'est-il pas b-venu le temps de la fin de l'État nation dans une mondialisation qui pousse davantage vers des entité regroupant des anciens leader de la scène international que furent les États ? La mise en place de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) montre amplement qu'à la défaillance ou au désistement d'un État nation (États-Unis) peut suppléer avec succès une entité non étatique majeure qui a suit conduire les négociations du GATT à la naissance de l'OMC.

262. Précisons également, concernant ce que Montesquieu désigne par état de nature qui dans le cadre de l'UE peut correspondre au plan géographique, à l'ensemble des territoires des 28 pays membres à ce jour de l'UE, qu'il faudrait prendre la précaution que ce dernier ne coïncide pas avec l'état de nature de Montesquieu en 1748 lorsqu'il il publia le premier volume de l' « Esprit des Lois ». Cet état naturel de Montesquieu est au demeurant très imprécis dans l'esprit de l'illustre auteur qui à aucun moment ne le détermine clairement dans les 600 chapitres de l' « Esprit des Lois ». Il peut donc être appréhendé comme opposé à celui de Thomas Hobbes. L'état de nature de Montesquieu a tout de même une indication, celle

de ne pas correspondre à la société qui selon lui doit être exorcisée et aseptisée de tous les démons de l'abus du pouvoir. Il n'est absolument pas celui que réalise la société qui contient selon Montesquieu, le venin du penchant despotique, frein à toute égalité entre les hommes. « Dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité ; mais ils n'y sauraient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par la lois »[illegible]. On le voit, la finalité de la loi selon Montesquieu est de garantir l'égalité entre les hommes dans une même société. La juridicisation excessive de la phobie de Montesquieu a poussé son génie à créer des mécanismes juridiques visant à empêcher tout abus du pouvoir politique à travers. Il est possible de considérer que ceux soient ces mécanismes qu'il ait désigné par la « disposition des choses »[illegible].

263. De ce point de vue, il nous semble qu'il s'est agit Dans l'« Esprit des Lois » d'une fabuleuse juridicité ou juridicisation d'une peur, celle de Montesquieu qui redouta l'abus du pouvoir politique au point de mettre à la disposition de la science juridique, la systématisation de la théorie de la séparation des pouvoirs version Montesquieu. Dans ce sens, avouons qu'il y ait de bonnes phobies.

264. **De L'esprit des lois, une juridicisation d'une phobie qui devrait inspirer les rédacteurs du projet de modèle social UE à trouver des balises au dévoiement de l'édifice et surtout à ne jamais dénaturer les SIEG** – Au total, l'« Esprit des Lois » est aussi le symbole de la juridicisation de la crainte de l'abus du pouvoir politique par Montesquieu. Dans sa proposition mentale de l' « Esprit des Lois » semble apparaître l'esprit

[illegible]

d'un Montesquieu hanté par sa peur de l'abus du pouvoir qui se présente alors comme l'esprit de cette théorie dont elle constitue la trame de fond. C'est donc la judiciarisation de sa hantise qui est actée dans la conception de la séparation des pouvoirs qui constitue l'esprit de l' « Esprit des Lois ». L'esprit des Lois a lui-même aussi, un esprit. Autrement dit, l'opération mentale qui a aboutit à concevoir la théorie où Montesquieu distinguant trois pouvoirs ou institutions politiques propose, la régulation de leurs rapports institutionnels a un soubassement idéologique tirée de la peur de l'abus des pouvoirs.

265. **Heureuse peur dont la consignation dans l'« Esprit des Lois » constitue l'apport majeur de son auteur à la réflexion politico-juridique sur le ou les pouvoirs d'État** – Il s'est donc agit de la juridicisation de la peur d'un fléau social. Nous insistons sur le terme fléau social dans la mesure où d'un regard sociologique, Montesquieu considère que c'est dans la société que réside le facteur de corruption de l'homme. Il conçoit alors le droit et la loi comme le remède à la maladie d'inégalité de l'homme qu'il n'a pu contracter que dans la

société. De même, le « Contrat social » est pour Jean-Jacques Rousseau, plus qu'un recueil de proposition de sa conception de la séparation des pouvoirs axée sur le primat de la souveraineté du peuple qu'il concevra indivisible et intransmissible. C'est aussi pour cet autre philosophe des Lumières, le prétexte de sa théorisation contre le despotisme. Il s'agit tout aussi du camouflage philosophique d'une autre hantise des méfaits du despotisme à éviter à tous les prix.

266. **Montesquieu et Rousseau, un même combat contre l'accaparement du pouvoir par un seul despote qui en abusera forcément** – D'un côté donc il y a la juridicisation ou la formalisation juridique accrue par Montesquieu à travers « l'Esprit des Lois » de sa hantise de la dangerosité du despotisme ; Et de l'autre, il s'est agit pour Rousseau de philosopher son mécanisme pour empêcher ce même fléau social à travers le contrat qu'il propose à toute société humaine d'établir.

267. **En définitive nous sommes face à la gestion juridique et philosophique de la même peur, du même fléau social, l'avènement d'une société despotique qui rapproche les deux penseurs des Lumières** – Un même fléau, deux voies intellectuelles de prise en charge qui propose un rapport au pouvoir politique insatisfaisant car n'ayant tenu compte de l'intérêt général. Or la mise en relation étroite de la séparation des pouvoirs avec l'intérêt général au point d'en faire la finalité et le moyen du pouvoir public aurait certainement changé le contenu de chacune des deux conceptions. Soient elle en aurait eu beaucoup d'encrages ou tout simplement que des distorsions. Cette absence de la prise en compte de

Ainsi,

l'intérêt général dans la construction de leur conception est pour nous l'une des erreurs de vision d'optiques juridiques reprochable à la fois à la conception rousseauiste et de Montesquieu. Ni Montesquieu, ni Rousseau n'ont lié de manière claire, leur construction à la gestion de l'intérêt général pour autant, le but ultime de tous les pouvoirs publics dans une démocratie. La cible des deux constructions intellectuelles étant le despotisme, chacune d'elle à sa manière, donne les préceptes pour l'annihiler soit par la séparation distribution (Montesquieu), soit par la spécialisation des pouvoirs (Rousseau). Dans les deux théories, le peuple (les citoyens) n'est qu'un prétexte dont se sont servit les deux philosophes des Lumières pour la juridicisation ou l'appréhension philosophique ou encore de manière anglicisée, la « *philosofication* » de la peur du despotisme des deux auteurs. Dès lors, le pouvoir politique, terrain de prédilection de la genèse du despote est mis à l'abri d'une telle occurrence par les bienfaits de ce que Platon dénomma l'incantation législative. Inspirée par l'une ou l'autre ou en dosant savamment les deux théorie, car aucun régime sur terre n'a appliqué de manière stricto sensu l'une ou l'autre, toutes les Constitutions et législations des États modernes ont enchâssé le mécanisme conséquent pour arrêter le pouvoir par le pouvoir par la disposition des choses juridiques. En d'autres termes, le droit a été utilisé à la suite de l'une ou l'autre des deux théories pour que le pouvoir arrête de pouvoir. Ce faisant, la séparation des pouvoirs, que ce soit dans l'une ou l'autre de ces deux conceptions ne vise aucunement l'intérêt général. Ceci est à nos yeux un défaut auquel pourrait palier le projet social UE en faisant par exemple en sorte que par un mixage des deux, l'intérêt général revienne au centre l'exercice du pouvoir politique.

268. **Théories de la séparation des pouvoirs et logique des SIEG, une préoccupation majeure : l'humain au cœur de la gestion de la chose publique** – Par ailleurs, en confrontant les deux théories à la satisfaction de l'intérêt général comme cela se réalise dans

le droit des SIEG, l'humain revient au centre de l'exercice du pouvoir politique dont les finalités et le moyen deviennent. Ce particularisme UE du rapport à l'intérêt général est toute une philosophie de politique socio-économique saisit et mise en exergue par le droit des SIEG. De manière schématique, il peut se résumer par « les services d'intérêt général au niveau européen signifient ainsi la reconnaissance européenne d'un intérêt général dégagé au niveau national mais l'encadrement de cette reconnaissance par des critères définis au niveau européen[illegible]. Il en découle un statut *a minima* du service d'intérêt général qui lui permet sa reconnaissance mutuelle entre les États membres en dépit de la disparité concrète des situations nationales »[illegible] que les SIEG donc encore l'IG devra œuvrer à réduire à travers le partage de la cohésion du développement socio-économique. Nous avons en cette formulation ramassée, une conception novatrice de la séparation des pouvoirs à travers le droit des SIEG. Le terrain de la gestion de l'intérêt général économique à travers les SIEG comme moyen et finalité de la satisfaction de ce type d'IG met au jour, une particularité d'expression de la séparation des pouvoirs.

§2 : SIEG, innovation de la séparation des pouvoirs

269. **SIEG, une conception innovante de la théorie de la séparation des pouvoirs** – De nos précédents développements, il ressort que la théorie de la séparation des pouvoirs initiée par l'anglais John Locke et systématisé presque parfaitement par Montesquieu en 1748 Dans son très fameux ouvrage l' « Esprit des Lois » et critiquée par l'approche contraire de Jean-Jacques Rousseau n'est qu'une théorie réactionnaire. Chez Locke, chez Montesquieu et même chez Rousseau, la théorie de la séparation des pouvoirs est le résultat d'une réaction contre un fait social politique sur un fond de hantise. La hantise de voir perdurer dans la société, des despotes. Il s'est agit dans la théorisation de Montesquieu consignée dans L' « Esprit des Lois » d'éviter les abus du pouvoirs publics favorisés par sa concentration regrettable en une seule main quelle qu'elle soit : le roi ou le Président de la République ou même le Parlement, émanation du peuple qui est le seul détenteur[illegible] de la souveraineté selon Rousseau.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Malheureusement et l'on peut en 2016 le regretter, aucune de ces deux conceptions chères aux deux penseurs des lumières, n'est mise en rapport avec l'intérêt général ou le service public comme cela est connu en France. Il s'agit d'un cloisonnement du pouvoir de part sa gestion spécialisée chez Rousseau ou sa répartition pour éviter les bus en mettant le système de *Check-and balance* américain ou de poids et contrepoids que la constitution française de 1958 réussira à mettre en place après plusieurs retouches entre 1958 et 2008. Alors que

Locke et Montesquieu visèrent l'instauration d'une constitution mixte dans le but d'y aménager une répartition de la souveraineté entre plusieurs entités politique, le roi, la noblesse et la représentation populaire, Rousseau opta pour la souveraineté populaire selon laquelle, seul le peuple devait détenir la plénitude de la puissance populaire. C'est l'essence de la conception de la souveraineté populaire chez Rousseau qui de ce fait arbora la séparation des pouvoirs synonyme pour lui d'une division de la souveraineté. L'indivisibilité de la souveraineté dans conception rousseauiste ne devrait surtout pas être interprétée comme une impossibilité de la répartition des fonctions dans la mesure où pour lui, au peuple de devrait pas échoir l'application de la lois qu'il réservait dans sa théorie au gouvernement. Les deux penseurs n'étaient pas pour autant opposés à tous les points de vus. Ils s'accordaient sur l'unicité de la fonction à exercer par un pouvoir.

270. Ainsi, Montesquieu affirma que « dans un régime politique donné, il faut une fonction et une fonction seulement par organe »[illegible], ce qui reviendrait au fait que le Roi ait le pouvoir exécutif quand le législatif est dévolu au Parlement, l'idée ne sera pas de neutraliser l'un des pouvoirs. Rousseau dans une vision tout à fait utopique de l'indivisibilité de la souveraineté populaire préconisa une stratification du pouvoir qui supposait des rapports hiérarchiques schématisés par « la volonté qui détermine l'acte est supérieure à la puissance qui l'exécute »[illegible], partant, la fonction législative ne peut qu'être que supérieure à la fonction exécutive.

271. Dans le cadre du droit des SIEG, l'on se rapproche quelque peu de la pensée de Montesquieu en ce qu'aux termes de l'article 106 TFUE, le paragraphe 1er détermine qui est l'auteur de la création des SIEG à travers une définition d'une telle mission d'intérêt général économique par qualification juridique, ils s'agit des seuls pouvoirs publics étatiques des États membres. Ce privilège ou pouvoir de création ne connaît aucune concurrence possible selon toute l'économie du droit des SIEG. Et ce n'est que par les habilitations des dispositions du paragraphes 3 du même texte que la Commission européenne, si elle a un doute, peut demander à la Cour de justice de l'UE de contrôle la validité de la création du SIEG sur le fondement de l'erreur manifeste comme nous l'avons largement exposé dans nos chapitres 1er et 2e du titre 1er de la deuxième partie de la présente recherche. Ce contrôle n'étant pas sur l'opportunité de création de la mission de SIEG, le pouvoir décisionnel des pouvoirs publics

[illegible]

étatiques est de ce fait protégé de l'intrusion de la Commission. Par la suite, c'est encore aux termes de des mêmes dispositions du paragraphe 3 de cet article que la Commission peut déférer devant la CJUE, la décision d'octroi d'une aide d'État à titre compensatoire d'une prestation de SIEG. On le voit, l'article 106 TFUE procède à une répartition des compétences entre l'UE et les États membres matière de création d'une mission de SIEG. Et chaque compétence ne peut remplacer l'autre, les fonctions étant très précises, l'une créant, organisant et décidant du mode de financement des SIEG conformément aux deux premiers paragraphes de l'article 106 TFUE et l'autre en supervise la validité et surtout la régularité au regard de l'économie générale des droits primaire et dérivé européens applicables au domaine des SIEG. Mais la grande différence entre les deux conceptions de la séparation des pouvoirs de Rousseau et de Montesquieu avec l'aménagement de la répartition des pouvoirs publics en matière de SIEG réside dans le faite qu'en cette matière, la séparation des pouvoirs n'est pas en rapport avec un quelconque pouvoirs politique comme cela est le cas chez ces deux penseurs des Lumières. La répartition de compétence en matière de SIEG est en rapport direct avec la gestion de l'intérêt général économique. Dans le mécanisme de gestion de l'intérêt général aménagé par l'économie général du droit des SIEG, il s'agit de satisfaire un besoin d'intérêt général des citoyens Union européens et des résidents des pays membres de le l'UE sans aucune discrimination dans un rapport de qualité prix que seul les SIEG réalisent au mieux. Fournir aux consommateurs des prestations de SIEG, des prestations de qualités à prix concurrentiel de manière à ce que la logique consumériste s'invite dans le domaine du

service public dit d'intérêt général selon le droit européen au profit de ces derniers. Nous avons en cela, une approche particulière de la séparation des pouvoirs qui ne vise pas à absorber toutes les velléités de despotisme que redoutèrent Montesquieu en premier lieu et à, sa suite Jean-Jacques Rousseau.

272. **Prise en compte dans l'élaboration du projet social UE de l'originalité de la séparation des pouvoirs qui ressort des termes de l'ensemble des dispositions de l'article 106 TFUE** – Pour une gestion efficace et efficiente de l'intérêt général économique, au niveau local, la logique innovante de la conception de la séparation des pouvoirs découlant de la combinaison des dispositions des article 5 TUE (principe de subsidiarité) et 106 TFUE pourrait être d'une grande utilité. Le niveau locale des les États membres de l'Union est le terrain de prédilections de la majorité des missions de SIEG. Aux termes des dispositions de l'article 106 TFUE, il est prévu une séparation des pouvoirs précisant des compétences de création, organisation et détermination – contingentée – du mode de financement des compensations de SIEG réunies entres les mains des pouvoirs publics étatiques (article 106-1-2 TFUE). Tandis que les compétences de régulation et contrôle de compatibilité à l'ensemble du droit européen détenues par la Commission européenne (article 106 §3 TFUE) et enfin, compétences de règlement judiciaires des litiges survenant dans le cadre des SIEG dévolu à la CJUE ou aux instances juridictions internes aux États membres lorsqu'il s'agit d'opérateurs économiques des consommateurs lésés. La dévolution des compétences judiciaires en matière de SIEG est régis par l'économie de l'ensemble du droit UE et des conséquences de la saisine de la Commission ou des États membres suite à l'exercice des habilitations de la Commission européenne en vertu de l'article 106 § 3 TFUE.

273. Dans le droit des SIEG, la séparation des pouvoirs n'est pas dans le but d'empêcher un quelconque abus de pouvoirs même si l'on y retrouve un zeste de cette préoccupation. L'esprit de la séparation des pouvoirs impliquant un mécanisme de contrepouvoirs présenté comme l'esprit de la théorie de Montesquieu n'y est pas applicable, surtout pas en l'état actuel de ce droit. Il s'agit davantage d'une séparation des pouvoirs = répartition de compétence en vue d'une meilleure satisfaction de l'intérêt général économique dans la

logique d'un service public de qualité rendu à prix concurrentiel aux consommateurs pouvant être exigeant , très exigeants comme la logique consumériste le leur permet. C'est la raison pour laquelle, si le projet social UE admet la logique des SIEG comme logique de base, in fine, l'inscription de tous les services publics ou d'intérêt général dans cette dualité de la qualité au moindre coût nous semble être une évolution souhaitable à la seule exception des SIG régaliens même si l'exemple mexicain[illegible] permet d'avoir un exemple de prise en charge par le secteur privé de service de police donc service public régalien par excellence. Cette approche de la répartition des compétences qui est une forme de d'application de la notion de la séparation des pouvoirs à l'Union européenne favorise la gestion locale de l'intérêt général à travers le mécanise juridique propre aux SIEG. La prise en charge locale ou la gestion localisée ou localiste[illegible] de l'IGE est particulièrement réussie dans le cadre des SIEG et cela mérite d'être soulignée.

274. De ce qui précède, deux remarques peuvent être formulées au sujet de la conception originale donc novatrice de la séparation des pouvoirs à travers la gestion de l'intérêt général économique par les SIEG.

275. **Premièrement,** il s'agit d'une approche novatrice de la distribution spécialisée des compétences des pouvoirs publics Union européens et étatiques dans la création et la gestion de l'intérêt général. L'IG constitue un grand ensemble dont le décloisonnement donne l'IGE pris en charge au niveau local étatique à travers des missions de SIEG. La séparation des pouvoirs est dorénavant possible d'être appréhendé à travers le prisme de l'intérêt général. Il s'agit d'une approche novatrice qui ne cesse de repousser les limites conceptuelles de la science juridique. Une nouvelle approche de la séparation des pouvoirs qui découle donc de la répartition des sphères d'interventions dans la prise en charge de l'intérêt général économique aux termes de l'économie générale des dispositions de l'article 106 TFUE. Partant, il est possible de formuler l'hypothèse que le projet social UE, en s'axant sur les SIEG et le droit y

[illegible]

[illegible]

[illegible]

rattaché, mette au jour, une véritable nouvelle approche de la notion de la séparation des pouvoirs qui transcende les conceptions rousseauiste et de Montesquieu dans ce domaine. Nous l'avons déjà montré et c'est le lieu d'indiquer que le processus de création et de structuration du droit des SIEG et du projet social UE sont des rendez-vous à ne pas manquer pour la doctrine universitaire qu'il nous semble, pourrait y contribuer par sa force de construction de catégories abstraites donc théoriques.

276. Il n'y l'ombre d'aucun doute que les lumières de la doctrine juridique éclaireront, ledit projet tout comme la normativité jurisprudentielle empêcha depuis l'arrêt *Sacchi* de 1974, le droit des SIEG de tourner en rond depuis 1963 au sujet de la notion d'activité de SIEG. La CJCE jugea dans cette affaire que la diffusion de messages télévisés peut constituer un SIEG. La CJUE a aussi décidé que pouvait être un intérêt général économique, la fixation d'un prix « de référence » en jugeant dans l'affaire *Federutility* précité de 2011, que « les articles 3, paragraphe 2, et 23, paragraphe 1, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, **ne s'opposent pas à une réglementation nationale**, (….) **qui permet de déterminer le niveau du prix de fourniture du gaz naturel par la définition de « prix de référence »,** tels que ceux en cause au principal, après le 1er juillet 2007, **à condition que cette intervention** : **[de] poursuive un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de fourniture du gaz naturel au consommateur final à un niveau raisonnable eu égard à la conciliation qu'il appartient aux États membres d'opérer, en tenant compte de la situation du secteur du gaz naturel, entre l'objectif de libéralisation et celui de la nécessaire protection du consommateur final poursuivis par la directive 2003/55** (…) »[illegible] (C'est nous qui le soulignons).

277. En poussant l'analyse de cette décision, l'on s'aperçoit que les limites de la notion d'intérêt général peuvent être repoussées. Dorénavant, dans la logique des SIEG, le consumérisme peut contribuer à la satisfaction de l'intérêt général. Il en découle une toute nouvelle conception de l'IG dans la mesure où les moyens pour l'atteindre s'étoffent. L'intérêt général en dépit de sa polysémie qui est ainsi confirmée, se recentre dans le droit des SIEG sur l'humain au point que pour satisfaire les besoins des citoyens européen et des

résidents des 28 pays de l'UE, l'intérêt général peut devenir économique. Ce faisant, la qualité offerte à prix compétitif devient un autre moyen de satisfaction des besoins de l'humains étant entendu que les citoyens européens et les résidents des 28 pays membres de l'UE sont des humains. Les SIEG inaugurent de ce seul fait, une nouvelle conception de l'intérêt général en offrant un autre moyen pour le satisfaire.

278. **Deuxièmement**, à terme, le projet UE de société en s'axant sur les SIEG, constituera assurément, la consécration d'une gestion locale réussie de l'intérêt général. Dans la logique classique de l'intérêt général prise en charge par le service public à la française, c'est du pouvoir central, centre d'inertie que par la volonté et l'énergie général pour satisfaire l'intérêt général. Un autre schéma est offert à l'analyse. Les collectivités territoriales en ayant le monopole de la gestion de l'intérêt général économique, envoie le centre d'inertie vers la périphérie. Le niveau local plus proche des consommateurs de SIEG est le terrain de prédilection de la gestion de l'intérêt général. Ce niveau local ou gestion localiste en faisant des pouvoirs publics territoriaux le décideurs principal dans la création ou définition par qualification juridique des missions de SIEG, rapproche la prise en charge de l'intérêt général de ce type, de ses bénéficiaires que sont les consommateurs services publics prestés dans le cadre des SIEG. La logiques des SIEG imprime ainsi une nouvelle vision de la prise en charge de l'intérêt général économique qui pourrait s'étendre à l'ensemble des services publics à la seule exception de la catégorie régalienne très sensible cadre intrinsèquement lié à la souveraineté des États membres. La délégation des services publics régaliens n'étant pas à l'ordre du jour dans les préoccupations de l'UE, nous pouvons laisser cet aspect de l'intérêt général à d'autre études qui le moment venu établiront dans le cadre de l'UE, les modalités juridiques de leur dévolutions et de leur gestion.

279. **Troisièmement**, par une série de leçons apprises de Montesquieu, nous suggérons quelques précautions conceptuelles et rédactionnelles supplémentaires à observer pour le projet européen de société. Ainsi, Sébastien Rolland fait remarquablement constater que Montesquieu ne créé pas l'hétérogénéité de la société. Nous y souscrivons entièrement. « **Montesquieu part de ce qui est**. Et s'il **échafaude ensuite**, en artisan constitutionnel, un système d'organisation du pouvoir, ce n'est pas pour se défaire de cette réalité ni pour changer l'ordre des choses : **il identifie seulement là les déterminants sociaux avec lesquels** toute organisation constitutionnelle du pouvoir doit **composer en raison de ce qu'ils en**

forment le soubassement. »[□□□□] (Soulignées par nos soins).

280. Ceci est la première leçon apprise de la démarche de Montesquieu lorsqu'il observa de l'intérieur, durant son séjour en Angleterre, le fonctionnement de la société britannique, surtout de sa démocratie parlementaire. Il nous semble que pour élaborer le projet de société UE, il faudrait une équipe de spécialistes qui s'attèle à une observation anthropologique, politique et juridique avec l'objectifs clair de déceler les ressorts de l'hétérogénéité de la société et les invariants multiculturelles (à la recherche du commun) de la mosaïque de peuple européen qu'offre les 28 pays membre de l'Union européenne. Il s'agit d'un préalable du projet social européen qui permettra la prise en compte du commun à l'ensemble du peuple de citoyens européens.

281. C'est au niveau de la notion du « commun » que se situe la deuxième leçon apprise de la démarche intellectuelle de Montesquieu. En effet, comme le relève le professeur Sébastien Rolland, « pour Simone GOYARD-FABRE, la pensée constitutionnelle de Montesquieu possède une « **résonance sociale en ce que la distribution tripartite des forces gouvernementales [reflète] la structure de la société dans laquelle se manifestent toujours, en même temps que des hiérarchies, des oppositions et des contradictions**[□□□□] »[□□□□] (c'est nous qui le soulignons).

282. Le résultat de la démarche sociologico-anthropologique de Montesquieu, une donnée sociétale majeure exploitable par le projet social UE. Il s'agit bien des résonnances sociales des 28 pays de l'UE qui forme cette société hétérogène. De même que on hétérogénéité, ces résonnances sociales existent et ne seront donc pas façonnées par les rédacteurs du projet européen de société aux fins de disposer de données construites par leur soins pour son élaboration. Il s'agira pour ces experts qui orienteront le présent et l'avenir de la société UE d'identifier préalablement, ces résonnances avec minutie.

283. La méthode susvisée de Montesquieu peut être une source d'inspiration. Puis ils devront les étudier pour en comprendre le fonctionnement. Ce sera l'occasion de la sélection des invariants socio-politico-juridiques qui deviendront du « commun » à l'UE dont le projet

[□□□□] [illegible]

[□□□□] [illegible]

[□□□□] [illegible]

social sera à terme, le reflet. Certains invariants juridiques ont été précédemment identifiés dans nos développements sur les 7 « Europe » de la période gréco-romaine à celle de l' »Europe des projets de paix perpétuelle et de l'idée d'organisation de l'Europe au XVIIIe siècle » (parie 2, titre 2, chapitre 8, section 1, paragraphe 1er, A). Ces données communes de l'héritage juridique commun prendront tous leur sens s'ils sont intégrés ou tout au moins pris en compte dans l'élaboration du projet social UE.

284. La démarche d'observation sociologique et anthropologique adoptée par Montesquieu pour la rédaction de l'« Esprit des Lois » révèle aussi qu'il a visité l'Angleterre, Rome (Italie), Venise (Italie) et la Suède[illegible]. Trois pays (Angleterre, Italie et la Suède), tous membres de l'UE. Dans ces pays, il a été « plus attentif à l'ordre des choses qu'aux choses mêmes »[illegible] de même en fera les experts, rédacteurs du projets sociales mais en dépassant cette attitude pour retenir à la fois les choses et leur ordre. Devront donc être prise en considération, les résonnances sociales des 28 pays de l'UE, leur occurrence, le déterminisme qui les régit ainsi que l'ordre qui les maintien et qu'elles imposent. Cette étape du programme de travail de conception et de rédaction du projet social ne pourra donc pas être escamotée.

285. Par ailleurs, pourrait-on déduire du fait que Montesquieu ait visité ces pays qui font aujourd'hui partie de l'UE qu'il était déjà dans la pensée de la mise en place d'invariants socio-juridique d'une Europe ? Nous pouvons aujourd'hui supposer une réponse affirmative car les voyages d'études dans ces pays lui ont ouvert l'esprit comme ce proverbe africain qui enseigne que voyager s'est gagner davantage en maturité que ne confèrerait l'âge biologique à un humain. Chaque séjour dans une nouvelle contré correspond à une maturité d'au moins une année dit ce proverbe car le voyage est synonyme de découverte au pluriel sommes-nous tenter d'ajouter. Les concepteurs devront avoir une bonne connaissance des cultures et pratiques socio-économico-juridiques des 28 États membres de l'UE afin que le projet social qu'il établiront reflète une conception de l'intérêt général où les particularismes [résonnances sociales y comprises] sont affaiblis et décloisonnés. Dès lors, le modèle social européen sera celui qui « n'oppose pas les types d'intérêts, ni ne tente de les séparer. Au contraire, elle les

[illegible]

décloisonne, augmentant ainsi les opportunité de créer du commun » dont fera partie, le bien vivre ensemble UE. La réalisation du modèle social européen où l'on observera le partage d'un même développement socio-économique dans toutes les villes et villages UE, peu importe leur talle et éloignement géographique est aussi à ce prix. Il fera rêver si le projet social UE revêt toutes les caractéristiques ci-dessus énumérées de manière indicatives et non exhaustive car il ira en ce perfectionnant par ajout ou soustraction d'autres valeurs sociétales et démocratiques.

286. Au sujet de la distribution du pouvoir qui semble être le visage de la théorie qu'élabore Montesquieu, pour nous, sa meilleure perception est celle du professeur Sébastien Roland qui le relève aussi chez Olivier Beaud. « La théorie qu'élabore Montesquieu est en réalité une théorie qui ne s'attache à la distribution *juridique* des pouvoirs qu'en tant que cette distribution permet d'organiser la division *sociale* du pouvoir : comme l'écrit le Professeur Beaud, la séparation des pouvoirs est d'abord conçue chez lui comme « « organisant institutionnellement un équilibre entre les différents intérêts sociaux représentés par les divers organes »[illegible] »[illegible]. La précision que fait le professeur Sébastien Roland sur l'équilibre visé par Montesquieu dans sa théorique est fort éclairante. Il s'agit d'un équilibre entre les différents intérêts sociaux représentés organes. Le droit des SIEG organise institutionnellement la prise en charge de l'intérêt général économique de la sorte à ce qu'ils n'ait pas de conflit entre des intérêt sociaux. Le décloisonnement[illegible] des intérêts sociaux par l'érection de certains d'entre eux, parce que particulièrement économiques au rang des SIEG, les déplace de la sphère confligène et pour rejoindre la zone où se réalise la gestion équilibrée du commun européen.

287. **Erection des SIEG en valeur commune de l'UE, une étape importante franchies dans l'élaboration du modèle social UE** – Le droit primaire européen a d'ailleurs décidé depuis le Traité CE d'Amsterdam que les SIEG sont dorénavant de l'ordre du

[illegible]

« Commun »[illegible] de l'UE car devenus « valeurs communes de l'UE. Une telle lecture de la pensée de Montesquieu est possible grâce aux spécificité du droit des SIEG développé à partir des termes de l'économie générale de l'article 106 TFUE (ex-art.86 CE, lui-même : ex-art.90 CEE). Cette lecture permet de soutenir que considérer les SIEG, leur droit et leur logique comme le vecteur du projet social UE n'est pas faire fausse route car il s'agit d'une base juridique solide. Les SIEG ne sont pas qu'une simple notion de droit dotée d'un régime juridique qui atteste sa force[illegible] juridique, ils sont surtout dotés d'une philosophie politico-juridique permettant la division sociale du pouvoir exercé dans le but de satisfaire de manière qualitative à prix compétitif, le besoin général érigé par les pouvoirs publics territoriaux en IGE.

288. La décision des pouvoirs publics territoriaux de créer un tel intérêt général européen est de la nature d'une qualification[illegible] juridique qui produit de la mise en ouvre du régime juridique européen régissant les SIEG, concept qui « entre en résonnance avec les services d'intérêt général national, tout en les encadrant. **La Commission européenne considère ces services d'intérêt général comme des valeurs communes à l'Europe, des éléments de l'identité culturelle des États membres et constitutifs de l'appartenance citoyenne** » (C'est nous qui le soulignons). Et ceci n'est pas à minorer dans le projet social UE surtout que cette considération de la Commission est révélatrice d'une identité européenne que le modèle sociétal européen finira d'asseoir et rendre visible et lisible. C'est un pari à nos yeux tenable

[illegible]

car depuis 1997 (Traité d'Amsterdam) avec l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 § 2 CE, l'un après l'autre, les ingrédients de la conception du projet social européenne se sont mis en en place et le fruit nous semble mûr. S'il ne l'est pas, il est au moins à la maturité M2 tournant selon le vocabulaire des fruitiers qui opèrent la cueillette des fruits à exporter à ce degré de maturation pour éviter leur pourrissement au cours du transfert maritime de leur cargaison si le voyage doit durer plus de 11 jours. Nous prenons la doctrine académique européenne à témoin et surtout elle sera au banc des accusées si elle refuse de jouer de sa partition dans cette œuvre intellectuelle en livrant sa production juridique contribuant à façonner le modèle européen de société.

289. De tout ce qui précède et en observant les acquis politico-socio-économico-juridiques de l'UE depuis 1957, en 2016 la question de la possibilité ou non de l'élaboration d'un projet social UE ne nous semble plus la bonne. Il faudrait plutôt retenir celles du quand, comment, par qui et quel en sera l'apport de la doctrine universitaire UE ?

En attendant la réponse à cette question adressée expressément à l'ensemble de la doctrine universitaire UE, nous essaierons à présent de justifier notre proposition pour un projet social pouvant aussi se positionner au plan doctrinal par rapport aux écoles du service publics de Bordeaux et de Toulouse, tout en s'enrichissant d'autres apports juridiques et morale de même qu'en usant pleinement de la démocratie localiste inaugurée par le fonctionnement de l'UE.

Section 2 : Doctrine, morales et des forces créatrices du droit dans le modèle social UE

290. La réflexion sur le projet social européen a diverses portes d'entrées. L'on peut l'entamer par le regard économique qui n'est pas l'objet de nos propos. Elle peut également être amorcée par d'autres disciplines des sciences sociales dont a sociologie l'anthropologie, etc. Autant d'expertise dont l'élaboration ou la systématisation du modèle social européen ne peut absolument pas se passer. D'ici là, tout En restant dans le domaine juridique, il nous ne paraît pas surabondant d'ajouter un deuxième regard doctrinal à celui permit par le retour ci-dessus effectué sur les deux archétypes étatiques de la séparation des pouvoirs (partie 2, titre 2, chapitre 2 section 1). Ce double enracinement doctrinal du modèle européen que nous suggérons, se justifie aussi par la décision des États membres de l'Union Européenne d'élever les SIEG au rang des valeurs communes de l'UE avec la mission à eux assignés de réaliser la cohésion sociale par le partage du développement socio-économique par l'ensemble des collectivités territoriales de son espace géographique aux frontières territoriales désormais unique depuis la signature le 14 juin 1965, de l'accord Schengen[illegible]. Loin d'être un choix anodin, la création de cet espace a constitué un il virage de 180° opéré par les Hautes parties signataires de cet accord. Il suffit à convaincre les plus sceptiques l'UE n'est pas un aéronef sans pilote ou sans remonte control (guidance automatique à distance). Elle n'est pas le fruit d'un heureux hasard. Autrement dit, l'observation des circonstances qui ont présidées à la naissance et à l'évolution de l'UE depuis 1957 ont fait montre de ce que « le chaos des faits [n'a] pas [été] insaisissable »[illegible]. Ainsi, nous pouvons postuler qu'il découle de l'évolution de la Communauté vers l'Union européenne que « « la suite apparemment accidentelle des événements »[illegible] peut devenir intelligible »[illegible].

291. Parant, l'on peut considérer que le devenir institutionnel et politique de l'Union européenne, de même que son avenir peuvent donc être intelligemment façonnés et articulés par un projet social construit sur un nouveau primat de service d'intérêt général. Pour s'en

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

convaincre, il suffit de revisiter les primats du « service public » de l'« école de Bordeaux » et de la « puissance publique » prônée par l' « école de Toulouse » en les confrontant à la logique des SIEG, l'on s'aperçoit de l'existence du « primat des SIEG, un nouveau primat du service d'intérêt général de l'Europe unie (§1). Ce complément doctrinal au modèle social européen n'est pas suffisant. Il faudrait y ajouter des apports pluriels juridiques : l'apport des forces créatrices du droit articulés à un zeste de morale et celui inévitable de la jurisprudence de la CJUE (§2). Enfin l'on pourrait suggérer que le modèle social UE soit tout simplement l'œuvre de la force structurante des SIEG (§3).

§ 1 : SIEG, un nouveau primat du service public

292. **Partir du connu vers l'inconnu** – Avant d'aborder les deux conceptions classiques du droit français des services publics il nous semble important de préciser que dans cette partie, nos développements adoptent la même posture d'analyse que dans l'ensemble de notre recherche. Cette démarche intellectuelle subjective donc critiquable mais assumée, est annoncée par la rubrique méthodologie de recherche de notre introduction générale. Elle ne sera que rappelée sous la forme d'une insistance. Nous partons du droit européen vers les réalités étatiques dans l'appréhension de l'intérêt général sous la forme d'une mission de SIEG. C'est donc le droit européen en général et tout particulièrement celui des SIEG qui vient à la rencontre de ou des réalités sociétales juridiques dans le domaine du service public. C'est aussi le droit des SIEG qui est ici actionné ou proposé d'être le vecteur de la construction du projet européen de société. Le choix dans ce cadre de revisiter le modèle français du service public doit donc être justifié. Il tient à deux considérations.

293. **Droit administratif français, un droit pas neutre puisque procédant d'une idéologie politico-socio-juridique** – La première raison de ce choix vient de ce qu'il est seul articulé autour d'une logique politico-juridique construite par un droit général auquel il appartient, le droit administratif français. Il a montré sa solidité depuis le début de sa construction par l'arrêt ontologique *Blanco*[illegible] rendu par le Tribunal français des Conflits le 8

février 1873. Cette solidité aussi de la philosophie française du service public qui rime avec une immense dose de gratuité du service d'intérêt général dont l'évolution de ce droit franco-français atteste. C'est bien cela le service public à la française. Il se singularise et est le seul suffisamment structuré pour recevoir le droit européen des SIEG comme une intrusion déstructurant.

294. **Considération doctrinale du droit administratif français** – À cette première raison, s'ajoute une deuxième d'ordre doctrinale. La doctrine du droit français des services publics offre une conceptualisation qui si elle est négligée n'aura pas en face d'elle, une théorie du droit des SIEG capable de combler le vide juridique conceptuel que créerait à mise en ordre de soumission de tous les services publics français dans l'occurrence d'un

alignement éventuel de tous SIG sans aucune exception, sur la logique du SIEG qui prévoit l'applicabilité par principe des règles européennes de la concurrence. Dans le but d'une extension de la logique qui fait le soubassement des SIEG : service d'intérêt économique général de qualité presté à prix compétitif, il est possible que le projet model social européen opte pour sa généralisation à tous les SIG. Dès lors, la déconstruction de la logique français du service public que nous venons de rappeler créera un vide que seule une théorie européenne du service public saura combler. Autrement dit, si les écoles du service public de Bordeaux et de Toulouse doivent être abandonné par quelle école la remplacerait-on ? La nature juridique à tout autant peur du vide que de manière générale, toute nature a horreur du vide dit l'adage très bien connu. La doctrine européenne du droit des SIEG aura avant, pendant ou après la rédaction du projet social UE, l'occasion de créer l'école européenne des SIEG ou des SIG pour que le juge administratif français, juge par excellence du service public puisse s'accrocher à une nouvelle construction théorique du service public.

295. **Leçons apprises du droit administratif français, nécessité d'une construction théorique axiologique du modèle social UE** – Ces deux considérations ouvrent grandement le débat de la construction théorique nécessaire accompagnant la mission de vecteur de la cohésion du développement socio-économique assignée par le droit primaire aux SIEG élevés pour ce faire au rang des « valeurs communes »[illegible] de l'UE par le traité d'Amsterdam de 1997 et confirmé par l'article 14 du Traité de Lisbonne[illegible] de 2009. Cette confirmation est

[illegible]

en quelque sorte la réponse à la requête de certains États membres dont la Belgique, les Pays-Bas et la France qui est à l'origine du protocole 9 annexé au traité de Lisbonne qui est exclusivement consacré aux SIG. En espérant que ce rendez-vous de la création de l'école européenne des SIG/SIEG soit une opportunité saisie par la doctrine universitaire, nous suggérons un positionnement du projet social par rapport aux conceptions très connues du droit français que celles de Léon Duguit (école de Toulouse) et de Maurice Hauriou (école de Bordeaux). Précisons ici également qu'il s'agit d'une démarche tendant à extraire de ces deux conceptions, quelques ressorts de la pensée théorique juridique aux fins d'offrir au modèle social UE axé sur les SIEG, des bases théoriques complémentaires à ceux disponibles dans le concept lui-même ainsi que dans son régime juridique. Il ne s'agira pas de forcer la comparaison outre mesure, encore moins de faire rentrer les SIEG dans les deux conceptions qui lui ont préexisté et dont les rédacteurs du texte fondateur du concept juridique des SIEG ont pu tirer des avantages des insuffisances dans leur mise en œuvre. Le concept des SIEG n'est pas né en 1957 à Rome dans le Traité CEE qui porte le non de cette ville italienne sur un terrain juridique vierge de pratique de services d'intérêt général, qui renvoie en droit français au domaine polysémique du service public.

296. Cette dimension du concept juridique créé dans un contexte juridique où il vient se superposer à des conceptions nationales issues de cultures différentes de la gestion du service public rendu aux publics pour satisfaire à un besoin général permet de commencer par une précision de différence de genèse des concepts juridiques de SIEG et de service publics à la française (A). Par la suite, un bref retour sur ces deux conceptions classiques françaises du service public (B) permettra la confrontation de la logique juridico-économique des SIEG aux « primat service public » et « primat de la puissance publique » qui mettra au jour, un nouveau primat du service public en Europe. C'est le primat du service d'intérêt général de

qualité presté à prix compétitif instauré par le droit des SIEG (C). Enfin, la particularité du primat des SIEG ainsi mise en exergue se couplant à la force structurante du modèle européen de société posera la question de la création d'une école européenne du service public axée sur les droit et logique des SIEG (D).

A- Leçons de la genèse du concept juridique des SIEG

297. **Mise en place d'un cadre juridique pour une meilleure réponse de l'État et des pouvoirs publics territoriaux à un phénomène social** – Volonté législative versus volonté jurisprudentielle : deux acteurs juridiques différents pour une même volonté, celle de mettre en place un cadre juridique pour une meilleure réponse de l'État et des pouvoirs publics territoriaux à un phénomène social. La manifestation de ces deux volontés visant la même finalité met au jour, d'un côté, un lent processus initié et conduit par le pouvoir prétorien d'un pays, la France tandis que de l'autre, c'est le législateur européen (Conseil + Parlement) qui dans le Traité fondateur de la CEE qui crée le concept de SIEG qui depuis 1997 est en train de muer lentement et sûrement en notion juridique porteuse d'une logique de société.

298. Que l'on se situe dans le cadre français ou celui de l'Union européenne, les notions de service public (France) et de SIEG (UE) sont issues du même champ juridique, le droit administratif. Pour mieux comprendre la genèse et les enjeux politico-sociaux des deux conceptions, il importe de préciser qu'il s'agit de constructions mentales particulièrement tributaires de l'histoire, celle qui les a vu naître en les suscitant. De même, toutes les notions majeures qui y sont créés par l'intelligence humaine pour réguler au mieux les rapports sociaux, ne s'affranchissent pas de cette donnée sociologique et historique. En effet, « le droit administratif ne peut [pas] être détaché de l'histoire, et notamment de l'histoire politique ; c'est à elle qu'il doit sa philosophie et ses traits les plus intimes »[illegible]. Ces trois droits ne sont pas neutres et tout particulièrement, le droit administratif français est « né d'un miracle, (…) ne subsiste que par un prodige chaque jour renouvelé.

299. Aucune force ne peut contraindre matériellement le gouvernement à se soumettre à la règle de droit et à la sentence du juge, et l'État peut, en théorie du mois, mettre fin, quand il le désire, à l'autolimitation qu'il a consentie »[illegible]. Sur ce point, le droit des SIEG et le droit administratif classique se distingue et se différencie car le droit primaire européen, fondateur

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

de ce dernier est une force qui contraint l'État membre et les pouvoirs publics qui en découlent à respecter la règle de ce droit. Ils ne peuvent se soustraire à cette exigence qu'en appliquant encore le droit. Dans le droit des SIEG rappelons-le à la suite du professeur Pierres-Yves Monjal, « **ne pas appliquer le droit européen de la concurrence c'est encore appliquer le droit de … l'Union** »[illegible]. On le voit, la genèse n'est pas le seul point de différenciation des notions de SIEG et de service public franco-français. La philosophie politique et juridique qui les gouverne, les distingue également.

300. Le droit administratif tout comme ceux des SIEG et du service public français sont politiquement marqués et ne peuvent s'affranchir de cette connotation. Il est vrai, « dans son acception la plus large et la plus immédiatement perceptible, le droit administratif est l'ensemble des règles définissant les doits et obligations de l'administration, c'est-à-dire du gouvernement et de l'appareil administratif »[illegible]. Mais il est avant et après tout le droit qui régit la confrontation de l'État aux citoyens sur le terrain de la gestion d'un intérêt général. Á cet égard, il est identique à celui des SIEG qui sont aussi le droit de la réponse des pouvoirs publics étatique à un besoin d'intérêt général que ces pouvoirs auront définit comme économique. Cette réponse étatique au besoin parfois existentiels des citoyens (naissance santé, nourriture, bien être et ensevelissement correcte et respectueux de l'environnement pour le salut des survivants) est au demeurant politiquement organisé selon l'histoire de l'État ou de l'entité politique qui y procède. L'importance de la philosophie socio-politique dans l'organisation de cette réponse est telle que pour les SIEG, l'on doit comprendre que les rédacteurs des termes de l'article 90 CEE ont fait le choix de rompre avec la forte dose de gratuité de la prestation du service publique qui découla de l'État providence français.

301. **SIEG, une nouvelle philosophie de la gestion de l'intérêt général** – En décidant que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à

[illegible]

[illegible]

l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »[4] ; le droit primaire européen fait le choix d'une nouvelle philosophie politique sociale. Les rapports entre l'État membre français et ses citoyens changent face à besoin d'intérêt général économique. La prestation fournie aux citoyens par les pouvoirs publics sera, dorénavant de qualité à prix compétitif, lorsqu'il s'agira d'un intérêt général économique qualifié de SIEG par ces pouvoirs publics eux-mêmes.

302. **Notions de SIEG, de droit administratif et de service public français, des construits de l'histoire de la nation française et de l'édifice de l'Union européenne** – Les droits français administratifs et du service public français découle de l'élaboration conjointe la Haute juridiction française dite Conseil d'Etat anciennement le juge du Palais Royal. Tandis que dans le cadre de l'Union européenne, la notion de SIEG est le fruit du Traité institutif de la Communauté économique européenne (Traité CEE) de Rome de 1957, précisément de la volonté des rédacteurs des termes de l'article 90 CEE (devenu article 106 TFUE). Ces trois notions sont donc intimement liées à l'histoire des deux entités étatique (France) et *sui generis* (Union européenne). Dans le cadre français, le miraculeux droit administratif se doit de respecter certaines conditions « qui tiennent à la forme de l'État, au prestige du droit et des juges, [surtout] à l'esprit du temps. Le droit administratif ne peut donc être détaché de l'histoire, et notamment de l'histoire politique ; c'est en elle qu'il trouve son ancrage »[4].

303. L'ancrage historique de chacune de ces droits et notions renvoie à la philosophie sociale de l'entité dont ils procèdent. Ni le droit administratif, ni le droit français du service public, non plus celui des SIEG ne sont données juridiques neutres car tributaires du cadre spatio-temporel dont ils découlent. En revanche, le droit des SIEG n'étant pas celui d'une entité étatique même si elle est éminemment politique, il ne peut donc pas avoir son ancrage dans un tel passé d'État-Nation. Il ne peut s'ancrer que dans le modèle social de l'Union européenne où les valeurs communes désignent le pré-carré du « communs » dans et de l'Union.

304. De ce qui précède, l'on s'aperçoit de la différence des deux genèses même si elles concourent toutes les deux, à révéler l'importance de la nécessité du contrôle juridique de l'intervention de l'État même si celle-ci est une réponse à un besoin d'intérêt général. En effet, peu importe le cadre spatio-temporel dans lequel s'opère ou doit s'opérer l'intervention

de l'État, la nature publique et le but essentiel de réalisation d'un optimum social font rentrer l'intervention étatique dans le cadre du « droit de la place de l'État face à la Nation »[illegible] autrement dit, le droit administratif au reste fortement politisé. Ce droit administratif que M. Didier Truchet à raison de souligner qu'il procédait d'« un programme politique, c'est-à-dire d'organisation de la société »[illegible] est aussi, celui que le Doyen Maurice Hauriou considère que par son institutionnalisation, il participe de la limitation du pouvoir public.

305. **Intervention de deux types d'acteurs de droit dans les cadres des SIEG, du droit administratif et de la notion de service public français** – Au delà de leur genèse, notons que l'emploi des concepts de service public et de SIEG font intervenir deux types d'acteurs de droit. En droit français, le premier emploie du concept de service public est intervenu dans l'arrêt Blanco[illegible] le 8 févier 1873 avant que la notion et sa caractérisation ne soient élaborées par les jurisprudences *Terrier*[illegible] (CE, 6 février 1903) et *Thérond*[illegible] (CE, 3 mars 1910. Le premier emploi du concept de SIEG est sous la plume de ses créateurs, les rédacteurs des dispositions de l'article 90 CEE du Traité CEE de Rome de 1957. Tandis qu'en droit français l'emploi consacre une intervention jurisprudentielle, acteur juridictionnel de droit, c'est le droit primaire (Traité) qui créé la notion chargé d'une philosophie politique structurante du modèle social européen. Il nous semble que lorsque l'acteur juridictionnel intervient, il ne se détache pas de sa mission initiale qui selon Montesquieu est de dire le droit dont il est la bouche. Le législateur qui créé le droit peut structurer la société par son œuvre, l'emploi du concept par le droit primaire montre que suivant l'acteur du droit qui crée ou emploi un concept, celui-ci peut être ou pas politiquement connoté. Dès lors, la création et la manipulation des concepts juridique qui sont politiquement chargé d'une philosophie sociale devrait à notre avis obéir à des exigences formelle et matérielle rigoureuses.

306. **L'élaboration du modèle social européen ne saurait valablement s'affranchir d'une telle exigence qui implique une bonne maitrise des concepts juridiques qui pourront y être mobilisé** – L'ancrage théorique et historique étant inévitable en droit administratif et des SIEG, il peut être important que le projet social européen soit doublement enraciné dans des conceptions juridiques théoriques tout en tenant compte de l'impossible

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

neutralité de ces créations mentales. Ainsi, pour trouver un deuxième ancrage théorique au modèle social européen, le retour aux sources des conceptions du service public des Ecoles doctrinales françaises de Bordeaux et de Toulouse peut paraître éclairant.

B- Écoles françaises du service public et le modèle social UE

307. Aborder même à grands traits les conceptions du service public selon les écoles de la puissance publique (école de Toulouse) et du service public (école de Bordeaux) s'est s'aventurer une question doctrinale où le rapport entre l'État et la nation (ensemble des administrés d'un État) suivant le contexte politico-social est questionné. L'État en sa qualité de pouvoir public politique a sa conception du service public et la population s'en fait une. Le point d'intersection entre ces représentations est qu'elles s'accordent sur le fait que face un fait social de l'envergure de l'intérêt général, d'intérêt et d'utilité public, une intervention est nécessaire voire inévitable. Bien que cela ne soit pas l'objet de notre propos, précisons que l'interventionnisme face à un tel phénomène social est inévitable et cette notion mérite quelques précisons avant de présenter succinctement les deux positions doctrinales françaises sur la notion de service public.

308. **La première précision est que nous nous limiterons à l'appréhension des interventions des acteurs différents de droit, dans le cadre des rapports entre l'État et la société où le droit des services publics a été conçu et est mis en œuvre.** Il y a deux accueils à éviter lorsque l'on parle l'État et de la société et ne pas les prendre en compte rend toute bonne représentation juridique de l'intervention de l'État dans la société difficile voire impossible. Il s'agit en premier lieu de l'impossible confusion entre l'État et la société. Ne pas faire cette distinction fondamentale c'est ouvrir grandement la porte à la confusion des genres. L'État n'est pas la société et inversement, ils doivent être distingués. Les implications d'une telle distinction sont grandes. Mais nous n'en retiendrons que les trois qui se rapportent à la notion d'intervention face à un événement social. Le professeur Gilles J. Guglielmi précise à raison que « si l'on peut admettre en effet, que l'État n'est que la cristallisation d'un rapport de domination entre gouvernants et gouvernés, cela n'est qu'en raison 1°) de l'existence d'une différenciation claire entre les ces gouvernants et gouvernés, 2°) de l'acceptation de cette situation temporaire par les gouvernés qui y trouvent un avantage relatif, 3°) de la

possibilité d'un contrôle permanent sur les gouvernants et sur l'ensemble de leur activité »[illegible]. Le professeur G. J. Guglielmi pose ainsi le premier de trois axiomes qu'il formule dans l'acception juridique de la distinction entre l'État avant d'ajouter que « l'État et les autres personnes publiques ont pour but essentiel la réalisation d'un optimum social. Elles se livrent pour cela à deux grands types d'activités. Le premier est la production de normes juridiques, c'est-à-dire de prescriptions destinées à ordonner les relations sociales en imposant des comportements précis dont le respect est assuré par une menace de sanction garantie par l'autorité publique. **Le second est la production de services concrets destinés à satisfaire les besoins collectifs de la société** »[illegible] (Soulignées par nos soins).

309. C'est dans cette deuxième catégorie d'activité que nous situons l'interventionnisme de l'État car se rapportant au domaine des services rendus au public.

310. **La deuxième précision est de poser que la notion de service public dérive de l'interventionnisme de l'État et semble difficilement concevable en dehors de ce cadre juridique.** En effet, c'est dans ce cadre que les pouvoirs politiques aménagent pour la réalisation d'une réponse publique à un phénomène social. Dès lors, l'évocation de la notion de service public suppose la confrontation à une réalité sociale exigeant une intervention. Mais encore faut-il que cette intervention soit effectuée, avec discernement afin que sa finalité essentielle de réponse des pouvoirs publics étatiques à un événement social soit presqu'idéalement atteinte.

311. **Différence de cadre de socle entre les SIEG et les notions et droits administratif et de service public français** – Les missions de SIEG peuvent s'inscrire dans le cadre de la recherche d'une réponse idoine à un phénomène social à travers un cadre juridique plus exigeant où, une prestation de service publique de qualité est offerte au public à prix concurrentiel. Il s'agit donc d'une autre forme d'intervention des pouvoirs publics qui atteste que « **le cœur de la notion d'intervention publique ne peut pas être compris à la fin du XXe siècle, si l'on demeure dans le cadre de pensée, dans les catégorie juridiques, dans les principes qui ont été élaborés à la fin du XIXe siècle** »[illegible] (Soulignée par nos soins).

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

312. **Participation du droit des SIEG à l'élaboration du modèle social Union européen** – Dans le but d'une part, de faire participer le droit des SIEG à l'élaboration d'un projet social européen ; et d'autre part, surtout, de permettre à ce nouvel outil juridique qui gagne en importance depuis le traité CE d'Amsterdam de 1997, d'en être le vecteur de la conception et de la mise en œuvre, il nous paraît nécessaire que la base doctrinale de ce type particulier de SIG soit clairement établit. La compréhension de la philosophie politico-socio-économique qui sous-tend les SIEG peut, dans ce sens être facilitée, surtout à travers sa confrontation à des catégories systématisées et pratiquées à travers une logique sociale. Le choix des deux conceptions doctrinales françaises du service publics est ainsi justifié. Il paraît donc simplement nécessaire d'effectuer un bref retour sur les conceptions doctrinales du service public élaborées pas Léon Duguit et Maurice Hauriou (1). Puis, à la suite de cette courte visite doctrinale, il importerait de relever le rapprochement possible de la philosophie politico-socio-économique des SIEG de la représentation l'État selon Léon Duguit pour qui, l'État n'existe pas, car il n'est n'un faisceau de services publics. Autrement dit, il ne saurait avoir d'État sans être essentiellement interventionniste, son but principal étant la réalisation d'un projet social. La finalité de l'État au sens moderne du terme et celle des SIEG se recouperaient si les SIEG sont un jour orienté par le législateur européen vers la réalisation d'un projet social européen, le plus grand des « communs » européen (2).

1- Les primats des Écoles françaises du service public

313. **En droit français, le premier usage de l'expression « service public » découle de la jurisprudence *in casu* *tandis que les SIEG découle du Traité fondateur de la CEE* –**

Pour le dire autrement, c'est à l'occasion d'un litige, l'affaire *Blanco*[□□□□] du 8 février 1873 que l'expression service public apparaît dans le vocabulaire juridique français. Ce n'est donc pas le fait du législateur français mais il s'est agit purement et simplement d'une construction jurisprudentielle. Tandis que l'article 90 du Traité CEE, créé le concept de service d'intérêt économique général dont dérivera les services d'intérêt général (SIG) et les services d'intérêt général non économique (SIGNE) à travers le Protocole 26 sur les SIG adossé aux traités UE et TFUE de Lisbonne.

314. **Dans le cadre franco-français, représentation du service public en tant que notion juridique est l'œuvre des arrêts *Terrier*[□□□□] du Conseil d'État du 6 févier 1903 et *Thérond*[□□□□] du 5 mars 1910** – C'est à partir les décisions sous ces deux affaires que les juges du Palais Royal autrement appelé les magistrats du Conseil d'État français ont battit la définition du service public qui dès lors ne peut être reconnue que d'origine jurisprudentielle et non pas doctrinale. Mais la doctrine ne restera pas en marge de la construction du droit qui découlera de cette notion.

315. **Apport doctrinal à la construction de la notion française de service public, une source d'inspiration pour la doctrine du droit européen en matière de SIEG et d'élaboration du modèle social UE (?)** – En effet, l'évolution du droit français des services publics a enregistré un double apport doctrinal majeur. Le premier est celui de la confrontation des primats définis par les écoles de Bordeaux et de Toulouse dénommée école du service public (école de Bordeaux) et l'école de Toulouse (école de la puissance publique) avec l'arbitrage doctrinal de Gaston Jèze. Le deuxième apport significatif de la doctrine à la systématisation du droit français du service public est celui de Louis Roland qui dégagea les célèbres « Lois de Roland »[□□□□] du service public. Si les primats du service public et de la puissance publique qui seront succinctement revisité n'ont aucune référence directe dans le droit des SIEG, il en va autrement des « Lois de Roland » auquel il est clairement renvoyé à

[□□□□

travers ce que certains auteurs appellent les « Lois européennes de Roland »[illegible] tant la ressemblance est forte entre certains critères de fonctionnement des SIEG et les trois lois dégagées par le professeur de droit public français Louis Roland en 1930.

316. **L'histoire et l'évolution de la notion de service public français ne sont pas comparables à celles des SIEG** – Le concept de SIEG est né du droit primaire en l'occurrence des termes de l'article 90[illegible] CEE de 1957. Pour effectuer un retour à grands traits sur les primats doctrinaux du service public à la « française » initié par l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits du 8 févier 1873, l'on ne peut passer sous silence ; le fait qu'il est de coutume dans la science juridique que pour des besoins de théorisation ou dans l'exercice intellectuelle d'une saisie abstraite des données et faits sociaux, exercice conceptuel qu'elle affectionne particulièrement, elle se refuse de mettre sur un même niveau des tendances

[illegible]

théoriques. Dès lors, la théorisation juridique s'emploie parfois à son corps défendant comme si, à l'instar de Molière[illegible], elle ne pouvait faire autrement, qu'en opérant des classifications faisant primer une conception sur une ou plusieurs autres. Ainsi, la doctrine française tenta vainement depuis l'ontologique arrêt *Blanco* plusieurs fois cité, de faire emporter l'un des deux primats « du service public » et « de la puissance public ». Cette œuvre fastidieuse s'est par la suite révélée futile surtout que la position de Gaston Jèze[illegible] atteste, la possible conjugaison des deux.

317. **Recherche d'un ancrage doctrinal juridique solide ou d'un complément théorique, au droit des SIEG** – cette dernière hypothèse est celle que nous priorisons –, revisiter la confrontation entre les primats de « puissance public » et de « service public » peut s'avérer utile (1). Par la suite, l'étude à grands traits de cette confrontation permettra de relever l'arbitrage jurisprudentiel de débat doctrinal très relevé. Cet arbitrage suggère des idées de la contribution incontournable de la CJUE dans la construction du modèle social Union européen. (2).

[illegible]

2- Les Primats de la notion française de service public

318. **Revisiter les conceptions classiques française du service public c'est s'abreuver à la source du droit français en cette matière pour inventer le modèle social UE** – Ce droit patiemment construit après l'arrêt ontologique du droit administratif français qui est l'arrêt *Blanco* [illegible] rendu le 8 février 1873 par le Tribunal français des conflits entre juridictions françaises. Cet exercice intellectuel est d'emblée doctrinal et il nous semble inévitable dès lors que l'on cherche à déceler et comprendre le soubassement idéologique du services d'intérêt économique général (SIEG) européen. On le sait, le droit administratif français ou « droit de la place de l'État face à la Nation »[1889] – acception applicable au droit des SIEG – est un droit très politisé car « suivant un programme[1890] politique, i.e.

[illegible]

d'organisation de la société »[1891]. Il en est exactement des droit et missions de SIEG qui visent la cohésion socio-économique de l'ensemble des collectivités de l'UE peu important l'éloignement de Bruxelles de leur situation géographique. Il nous semble que c'est en cela que réside le véritable sens de l'érection des SIEG au rang des valeurs communes de l'UE par le traité d'Amsterdam de 1997.

319. Evitant soigneusement le débat doctrinal sur les deux primats de la puissance publique ou du service public, le professeur Didier Truchet à raison de désigner le droit du service public comme celui du « service d'intérêt général » qui ne peut être sorti du cadre global dans lequel il s'est tenu, celui du droit administratif français[1892]. Dès lors, qu'entend-t-on par droit administratif ?

Plusieurs définitions doctrinales ont été avancées mais nous ne retiendrons que de celle des professeurs Prosper Weil et Dominique Pouyaud pour leurs recoupements avec le domaine des SIEG. Ainsi donc, pour les deux professeurs français, « **dans son acception la plus large et la plus immédiatement perceptible, le droit administratif est l'ensemble des règles définissant les doits et obligations de l'administration, c'est-à-dire du gouvernement et de l'appareil administratif.** Il régit l'un des pouvoirs de l'État et le plus puissant des trois : ce trait fondamental, qui tient à ses bases constitutionnelles (Vedel) ; ne doit jamais être négligé. **Le droit administratif n'est pas, et ne peut pas être, un droit comme les autres : si ces mots avaient du sens, on dirait volontiers qu'il n'est pas un droit juridique, mais un doit politique. Il s'insère dans ces problèmes fondamentaux de la science politique que sont les rapports entre l'État et le citoyen, l'autorité et la liberté, la société et l'individu »[illegible].**

320. **Droit du service français et droit des SIEG, des droits politisés** – En paraphrasant l'affirmation précédente les professeurs P. WEIL, D. POUYAUD l'on s'aperçoit que le droit des SIEG non plus n'est pas droit un ordinaire car il est, à l'instar du droit administratif français, un droit de la relation entre l'État (les pouvoirs publics habilités à créer et organiser une mission de SIEG) et les particuliers dénommés consommateurs. Le droit des SIEG est un

[illegible]

droit juridique divergeant sur ce point du droit administratif français mais il n'est pas uniquement un droit juridique. Il est ambivalent car à la fois juridique et politique car dans son insertion dans « les rapports entre l'État et le citoyen, (…), la société et l'individu »[illegible], il fonctionne avec une part de lion accordée aux règles de la concurrence afin de réaliser un couple profitable au dernier en affaiblissant le premier. Le consommateur de SIEG jouit de services d'intérêt général prestés à prix compétitif parce que les règles du droit de la concurrences s'appliquent par principe à ce domaine ou les rapports entre l'État (puissant) et le (consommateur-citoyen : faible). Le droit des SIEG est d'abord et avant tout, un droit administratif économique qui réussit là ou le service public et le droits administratif et du service public français avaient échoué dans la conciliation entre des réalités et logiques de société naguères inconciliables : service public donc d'intérêt général non plus totalement gratuit mais moyennant paiement à prix compétitif mais presté de qualité. Dans cette définition du droit administratif, français esquissée dans le but de situer le débat doctrinal sur les primats qui ont façonnés le droit français des services publics, nous avons la première données théorique qui atteste de l'innovation réussie du programme de philosophie de société Union européenne où le mariage entre les représentation de service d'intérêt général et les l'application des règle de compétitivité. Cette donne n'évacue pas pour autant le véritable intérêt de revisiter la confrontation structurante du droit français des services publics que fut celle des deux primats « puissance publique » et « service public ». Mais avant de revisiter à grands traits ces deux primats du service public à la « française », quelques remarques supplémentaires sont utiles sur le droit administratif français, dont celui du service public fait partie intégrante.

321. On le sait, le droit administratif français ci-dessus définit s'est forgé à partir de l'arrêt *Blanco*[illegible] du Tribunal des conflit du 5 février1873. Mais c'est davantage dans le débat doctrinal entre l'école de la puissance publique (Maurice Hauriou) encore dénommée l'école de Toulouse et celle du service public ou de Bordeaux dont le leader fut le Doyen Léon Duguit, qu'il s'est structuré et systématisé. Dès lors, il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'à partir de la justiciabilité de l'État et de l'administration que consacra en premier lieu l'arrêt *Blanco* de 1873 précité, il s'est développé en France, un droit administratif avec un positionnement particulier d'un juge peu ordinaire, celui qui jugea et jugera jusqu'à ce jour, l'État et l'administration. Il s'agit du Conseil d'État. Puis dans son évolution, le droit

[illegible]

[illegible]

[illegible]

administratif s'est avéré être à tort ou à raison[illegible], le droit qui permet de protéger l'administration contre elle-même[illegible] d'une part. Et d'autre part, celui qui permet à l'usager

des services publics d'obtenir réparation d'un dommage à lui causé à l'occasion d'une mission d'intérêt général ou service public en droit français. Mais au plan doctrinal le droit français du service public oscilla longtemps entre deux notions : « primat du service public » et « primat de la puissance publique » qui seront présentés comme opposés. Mais qu'entend-t-on par notions de service public ou école de service public fondée par le Doyen Léon Duguit et que représente à son opposé (?) le primat de la puissance publique prônée par Maurice Hauriou ?

322. **Querelles de leadership ou véritable débat doctrinal autour des primats du service public français (?)** – D'ores et déjà, relevons que par service public, l'on doit entendre une œuvre, celle que réalise l'administration publique et dont la puissance publique est le moyen de sa réalisation. Dès lors, l'on s'étonne du débat doctrinal qui a semblé les dissocier en les éloignant étrangement le plus loin possible. Sauf pour l'unique but de servir de facteur d'identification de deux courants de pensées qui forgeront les écoles de Toulouse et de Bordeaux du service public français, l'on comprend mal que l'intérêt général accompli à travers le service public dont la puissance publique est le moyen de réalisation puisse s'accommoder avec des idéologies si opposées. Les construction des deux écoles ne nous paraissent pas aussi éloignées surtout qu'elles renvoient toutes les deux à l'intervention de l'État en faveur de ses administrés dans une logique d'activité très spécialisée dénommée service public, moyen de satisfaction d'un intérêt général. Il est vrai que la notion d'intérêt général, retenu comme polysémique par la doctrine majoritaire semble indéfinissable car rebelle à toute saisie abstraite qui en réduirait à la fois le pouvoir créateur de cet intérêt par les pouvoirs publics étatiques et la portée même de la notion. L'on peut sur ce seul point reprocher à toutes les deux d'avoir vue très courtement l'indissociabilité entre les deux réalités liées intrinsèquement à l'intérêt général. Peut-on valablement réaliser un service d'intérêt général par essence activité publique sans l'intervention d'une puissance public ?

La réponse négative à cette question semble s'imposer d'autant plus que le citoyen lambda d'un pays donné ne sacrifiera jamais toute sa fortune pour le faire, fut-il Coluche, fondateur des restaurants du cœur devenue une tradition en France. Mais il ne nous semble pas que pour créer ce qui est dorénavant une institution sociale française, Coluche ait choisi

de mendier son pain pour être aux services de ses semblables. Il nous semble même impensable de mettre des démunis au services d'autres démunis. C'est la raison qui nous pousse à admettre la belle écriture des termes de l'article 90 CEE de Rome qui fait dévolution à la puissance publique étatiques (les pouvoirs publics dûment habilité) à créer et organiser les services d'intérêt général économiques. L'idéologie sociale cachée dans ces termes s'est dévoilée à partir du traité d'Amsterdam de 1997 et elle est une vision louable du programme de société UE.

323. **Retour à la source du « primat de la puissance publique » ou de l'Ecole de Toulouse** – L'œuvre de Maurice Hauriou (1856-1929) pour qui, l'organisation de l'État était comparable à celle de l'Eglise avec l'idée de la justification de l'existence de cette dernière. Ainsi est-il qu'il posa presque comme un axiome, le lien inséparable entre la puissance publique t l'existence du droit administratif. Cette vue de la puissance publique découle de ce que Hauriou préférait l'exécutif au législatif d'où sa protection accru de ce dernier qui ne devrait aucunement être perturbé par les « intrusions » inapprécié par lui du pouvoir judiciaire. Dans la pensée de Maurice Hauriou, il y a une sacralisation de la puissance publique au point de la mettre à l'abri du contrôle du juge judiciaires mais ils accepta tout de même qu'en dehors de cette dernière et donc pour le (reste ?), la compétence des juges judiciaires étaient admise. L'on peut donc comprendre que pour lui, le juge administratif, juge extraordinaire (juge judiciaire : juge ordinaire) devrait demeurer le seul compétent dès l'usage par les personnes publiques de leurs pouvoirs. Cette idée était selon nous recevable jusqu'à l'arrêt « *Bac d'Eloka* »[illegible] ou affaire *Société commerciale de l'Ouest africain* du Tribunal français des conflit du 22 janvier 1921 qui en opérant la distinction entre service public administratif (SPA) et les services industriels et commerciaux (SPIC) a dépouillé le juge administratif d'une partie de ses compétences sur les activités de la puissance publique pour les affecter aux juges judiciaires (le domaine SPIC en général). Mais le glas n'était pas sonné pour l'idée de Maurice Hauriou sur la compétence du juge judiciaire en matière d'usage des pouvoirs publics par la puissance publique. Le juge administratif restait tout de même compétent pour contrôler la légalité des actes de portée générale des services publics industriels et commerciaux conformément à la décision du Tribunal des conflits rendue le 15 janvier 1968 dans l'affaire *Compagnie Air France contre Epoux Barbier*[illegible]. On le voit, Maurice Hauriou par son raisonnement doctrinal ci-dessus rapporté a influencé et le droit

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

administratif et le droit des service public français. Le dernier faisant partie intégrante du premier.

324. Il n'y eut pas que le primat de la puissance publique, une autre logique doctrinale fut construite dans la même époque en réaction à celle de Maurice Hauriou. Cette fois par Léon Duguit, il semblerait que bien qu'opposé au plan idéologique donc sur un plan intellectuel, les deux auteurs des primats du service public français furent des amis. Si cette information est vraie, elle pourrait inspirer les leaders de la construction de l'UE afin qu'ils restent amis surtout tous sans exception aucune, des européen et non plus des eurosceptique opposés aux euros optimistes que tout diviserait. L'Europe devrait pouvoir unir tous ses fils afin que les divergences même les plus affirmée au plan idéologique (Europe toute marchande versus Europe non antisociale) enrichissent la mère Europe des arguments idéologiques solides qui permettent d'éviter l'absence de nuance et de mesure dans les prise de positions dans l'édification du modèle social UE.

325. **Le second primat du service public français : « primat du service public » ou de l'Ecole de Bordeaux** – Le primat du service public semble à première vue, aux antipodes du précédent est né à Bordeaux et Léon Duguit (1859-1928) en a la paternité. La doctrine majoritaire du droit administratif français s'accorde à reconnaître que c'est ce primat qui façonna la doctrine du service public. Distant de la doctrine catholicisée (catholique romaine) de l'État ou de la vision de l'État comme une religion prégnante dans la pensée de Hauriou, le Doyen Duguit, aux allants plus démocrate et davantage républicain était très autoritaire nonobstant son attachement au socialisme municipal du début du XX siècle.

Y a-t-il véritablement du nouveau sous le soleil ? Nous pensons à une réponse négative à cette question lorsque nous observons aujourd'hui l'intercommunalité européenne qui pour nous est une forme de socialisme municipal déjà présent du temps de Léon Duguit et auquel il vouait son attachement. Le socialisme municipal ou interdépendance municipale ressort chez Duguit sous la terminologie de cohésion sociale qu'il affectionnait tout particulièrement. On le sait, pour lui, « **quant aux éléments constitutifs de la cohérence** sociale, ils me paraissent avoir été déterminés, d'une manière définitive par divers

sociologues et particulièrement par mon éminent collègue et ami, M. Durkheim. Je n'y insisterai pas. Mais ce mot a donné lieu à beaucoup d'abus et de confusions. **Les politiciens se sont emparés et l'on détourné de son vrai sens. Aussi je préfère dire interdépendance sociale** »[illegible] (Soulignée par nos soins).

326. Ces idées de Léon Duguit peuvent être approfondies et service de soubassement idéologique au rôle de cohésion socio-économiques que les traités d'Amsterdam (1997) et de Lisbonne (2009) ont dévolu aux SIEG. En effet, selon cette idéologie socialiste, il importe voire il faut que dans certaines hypothèses – liste exhaustive impossible –, que nous les personnes publiques (puissance publique) interviennent dans l'activité économique. Cette intervention est entendue dans le sens d'un palliatif aux carences du marché. Cette perception de l'interventionnisme des puissances publiques est au cœur de la logique des SIEG qui rapproche l'État (ensemble des pouvoirs publics dont les collectivités locales) de leurs administrés. La « démocratie localiste »[illegible] qui est aussi mobilisée dans l'accomplissement des missions de SIEG s'invitent dans les réflexions sur les compléments de base doctrinale aux SIEG et montrent aussi que la logique des SIEG est issue d'une idéologie sociale où sont présents, le socialisme municipal et démocratie locale ou « localiste ». Le parcours intellectuel de Léon Duguit montre qu'il fut fortement influencé[illegible] par le sociologue Emile Durkheim (1858-1917), éminent sociologue français au point qu'il suggéra

[illegible]

l'enseignement de la sociologie dans les facultés de droit. C'est là un exemple de la nécessité de l'ouverture d'esprit dont les juristes européens qui participeront à l'élaboration du projet social UE devront faire preuve. Cette ouverture de l'esprit intellectuel qui peut ainsi être soulignée chez Léon Duguit s'est certainement aussi opéré du côté d'Emile Durkheim car des « itinéraires intellectuels croisés » des deux personnalités du monde intellectuel français attestent que de certaines rencontres, l'on ne sort pas indemne tout comme la lecture de certaines ouvrages ne nous laisse pas intact. S'ouvrir à d'autres disciplines pour enrichir et socialiser davantage ce projet social ne fera aucun mal dans la mesure où l'adage africain bien connu indique que c'est de l'absence de viande (protéine animale) dans une sauce dont il faut rougir et non pas de son excès de présence.

327. **Sur l'idée de l'interventionnisme des pouvoirs publics en cas de carence du marché** – L'on se croirait dans le droit des SIEG où l'application du principe de subsidiarité prôné par l'article 5 TUE ; en conjugaison avec les termes de l'article 106 §1 et 2 TFUE impose premièrement, l'action des collectivités publiques pour répondre aux besoins d'intérêt général économique des citoyens européens. L'Union n'interviendrait que subsidiairement, si et seulement si il y a une carence ou une insuffisance de l'action de l'État membre. Mais il est remarquable de relever que cette vision Duguiste de l'intervention de proximité des pouvoirs public dérive de sa perception sociologique de l'État dont le service public est le moyen privilégié pour le rendre sociable. La thèse de Léon Duguiste est donc d'essence plus sociologique que juridique ou politiste. Elle s'inscrit dans la droite ligne de la représentation que Léon Duguit se fait du droit qui n'est rien d'autre que l'interdépendance entre les individus. Mais dans cette relation interdépendante entre individus, Duguit n'oubli pas

l'intervention de l'État, action qui doit être régenté par la loi avec une idée d'hiérarchie des normes. Pour Duguit, il existe ou devrait exister, une norme supra-toutes les normes juridiques. Cette norme ou règle sociale est une forme de solidarité de vie que devrait respecter soumettre l'État. Cette solidarité « suprême » semble être l'essence du primat du service public qui dans ce sens devient un service rendu au public dans un cadre que l'on ne peut concevoir que d'intérêt général de part la nature de l'acteur qui intervient pour répondre à ce besoin de service public. C'est donc compréhensible voire logique que Léon Duguit ait presque sacralisé la « SOLIDARITE INTERDEPENDANTE INDIVIDUELLE »[illegible] que nous mettons en majuscule. Dans la pensée de Léon Duguit, c'est à cette forme de solidarité sociale suprême que le droit, et l'État doivent se conformer. La représentation qu'il se fait du droit administratif découle de cette idée et se présente comme un mécanisme juridique de reproduction de cette solidarité dans laquelle il ancra sa perception de l'État dont la seule légitimité – pour Duguit[illegible] –, tient à sa participation à l'accomplissement d'une activité d'intérêt général dans le seul but d'atteindre la satisfaction des besoins collectifs dont il prend la charge, dans la mesure où il est le « manipulateur » des deniers publics collectés impérativement sous la forme de prélèvement d'impôts sur la force de la loi et donc par la volonté législative.

328. **Différence conceptuelle chez DUGUIT ET HAURIOU** – La visite à grands traits de ces deux primats indique que sur le point de la représentation de l'État et du pouvoir législatif, il y a véritablement, une différence entre Maurice Hauriou et Léon Duguit. Le premier (Hauriou) a la fascination de l'exécutif qu'il place dans une position quelque peu supérieure au législatif. Le second (Duguit) semble au contraire, opter pour la supériorité du législatif (faiseur de la loi) même s'il semble bien vouloir placer la solidarité de vie et l'interdépendante individuelle au dessus du droit et de l'État.

329. Sur ce point, nous optons pour l'approche de Léon Duguit car il nous semble que le droit des SIEG est, la manifestation juridique d'une solidarité avec un « S » majuscule au niveau de l'Union européenne à travers la réalisation de la cohésion socio-économique (article

[illegible]

[illegible]

14 TFUE et Protocole numéro 26 sur les SIG annexé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009. Les SIEG sont aussi l'occasion de recentrer la construction, la structuration et l'avenir de l'UE sur l'humain, citoyen qui doit être royalement servit par la prestation de service d'intérêt économique général de qualité à prix concurrentiel. Dès lors, est-il inutile de suggérer que la doctrine analyse un jour le thème « Léon Duguit l'européaniste SIEGnomie avant l'avènement de l'UE » ?

Il l'aurait peut-être fait lui-même vécu quelques années après la création du concept de SIEG par l'article 90 Traité de Rome sur la CEE. Osons espérer que des esprits savants UE s'empare de ce sujet.

330. **Le Doyen Duguit plus européaniste que le Doyen Maurice Hauriou car « SIEGnomiste[1912] » ou les SIEG Duguiste** – Un dernier constat sur la possibilité de partir de la pensée doctrinale de Léon Duguit pour construire une base doctrinale complémentaire aux SIEG pour les rendre davantage plus solidaire qu'ils ne le sont déjà, est formulé par le sociologue Claude Didry que nous reprenons en partie à notre compte. « Les analyses de Léon Duguit fondent le service public sur le droit d'agir en justice ouvert, aux particuliers pour obtenir de l'État l'exécution d'un service qu'il définit et garantit. **Les analyses de Léon Duguit conduisent alors à une vision très large du service public. Le service public déborde le secteur public, entendu comme prise en charge d'activités industrielles et commerciales par des agents de l'État ou assimilés, pour intégrer l'ensemble des activités règlementées par la loi. Il devient alors impossible de s'en tenir à la vision du service public réduit à la prise en charge d'activités industrielles et commerciales,**

périphériques par rapport au noyau de la puissance publique »[illegible](C'est nous qui le soulignons).

331. Cette vision du service rendu au public qui découle des travaux de Léon Duguit se rapproche suffisamment plus des SIEG que la pensée du service public découlant du primat de la puissance publique. Mais elle ne touche que partiellement la philosophie du programme social UE à travers les SIEG. Dès ors, il importe de s'intéresser à cette dernière en formulant quelques remarques provocantes de la réaction doctrinale et surtout sa participation effective et efficiente à l'élaboration du modèle social UE en dépendant les analyses sectorielles pour engager une véritable réflexion sur l'école européenne du service public (SIG) doté selon nous du primat des SIEG. Mais pour être le plus proche possible de la logique et du droit des SIEG, il faudrait compléter la représentation solidariste du service publique par celles de Gaston Jèze et de Mestre. En effet, l'on sait que pour le Doyen Duguit, il n'y a d'État[illegible] qu'une entité en rapport avec le service public qui dans sa pensée sont intrinsèquement liés. C'est ce que nous pensons et c'est la raison de notre adhésion à la définition Duguiste du service public : « Toute activité dont l'accomplissement doit être assurée, réglée et contrôlée par les gouvernements, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et quelle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée que par l'intervention de la force gouvernante »[illegible].

332. Aussi remarquable que soit cette définition, elle ne manque pas de contenir une imprécision sur ce que la collectivité doit effectivement prendre en charge. Cette imprécision n'a pas échappée au professeur Gaston Jèze qui compléta la définition de son illustre maître en y ajoutant que « sont uniquement des services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné à une époque donnée ont décidé de satisfaire par le procédé du service public (….) [Et], pour donner satisfaction régulière et continue à cette catégorie de besoins général, les agents publics peuvent appliquer les procédés du droit publics, c'est-à-

[illegible]
1914 [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible]

dire un régime juridique spécial »[1917] et selon Mestre, « on reconnaît cette intention du gouvernant dans le régime exorbitant auquel est soumis la collectivité »[1918]. Au sujet de la clause ou du régime exorbitant du contrat public (service public), pour Raymond Odent[1919] par exemple, on le sait, le contrat n'est un contrat administratif que lorsqu'il a pour objet de faire participer le cocontractant à l'exécution du service public. Ainsi, il conçoit que dans ce type de contrat, la clause exorbitante puisse figurer comme il la présente dans son traité réimprimé par Dalloz en 2007.

333. En revenant un tantinet particulièrement à ces trois conceptions ou définitions du service public formulées par le Doyen Léon Duguit, le professeur Gaston Jèze et le professeur Achille Mestre et surtout en les combinant, l'on s'aperçoit qu'il existe dans la définition du service publique, une double dimension : objective et matérielle (Léon Duguit)[1920], et subjective (G. Jèze et A. Mestre). Les professeurs G. Jèze et A. Mestre ont argumenté la

---

[1917] G. JÈZE, *Revista de droit public » ou Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, 1926, p.167

Cette citation est aussi relevée par J. CHEVALLIER, *Essai sur la notion de service public*. Nous recommandons la lecture de cet article pour sa clarté et surtout ses pistes de réflexions sur la crise de la notion du service public à la française qui permettent de penser à une construction solide de la notion juridique de SIEG qui puisse résister à la double épreuves du temps et des faits préconisé par le Doyen Duguit au sujet de la solidité d'une règle de droit. Nous avons à maintes reprises insisté sur cette recherche de solidité de la construction de la notion juridique de SIEG et du projet social UE axé sur cette notion au point que nous pouvons ici nous passer d'en rappeler les références.

Pour mieux apprécier l'analyse de Jacques Chevalier sur la notion de service public, elle est consultable en ligne : https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/7/chevallier.pdf

[1918] Sur la présence de la clause exorbitante dans le contrat de service public prônée par Achille MESTRE (1874-1960), nous partageons la remarque de sa non dissociation au critère organique de définition du service public formulé par le Doyen Georges Vedel. En effet, pour Vedel, « la présence d'une personne publique au contrat ne permet pas de croire que les clauses qui seraient bien peu vraisemblables entre des particuliers aient été écrites sous une influence autre que celle de la puissance publique. Le caractère inusuel de la clause a un sens qu'il ne faut pas minimiser ; il témoigne que, si ce n'était pas une personne publique qui avait contracté, la clause exorbitante n'aurait pas été écrite ». (Soulignées par nos soins). Voir notamment G. VEDEL, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, Mélanges Mestre, Sirey, 1956, p.527.

[1919] R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, t. I, réimprimé chez Dalloz, 2007, p. 444. Sur la clause exorbitante voir également J Lamarque qui s'interroge sur le déclin de ce critère du contrat administratif (J. LAMARQUE, *Le déclin du critère de la clause exorbitante*, in Mélanges Marcel Waline, p. 831) considéré par Didier Truchet comme un « illustre vieillard » qu'il considère même comme le label de service public et statut du service public. D. TRUCHET « *le label de service public et statut du service public* , AJDA 1992, 427. Prosper Weil ajoutera que cet illustre vieillard est particulièrement et résistant au point de traverser les « crises » du service public à la « française ». (Voir notamment : P. WEIL , Le critère du contra administratif en crise , in Mélanges Marcel Waline, t. 2, LGDJ, 1974.) ; Et même « celles qui ont jalonnées son parcours » selon Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamothe. (Voir notamment : J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les habits neufs de la clause exorbitante, AJDA, 2014, p.2180.

[1920] Pour Léon Duguit, la notion de service public est à concevoir de manière objective et matérielle. Voir notamment : L. DUGUIT, *Traité, t.* III, 3ème éd., p. 61

La question de la clause exorbitante n' est pas soulevée par le droit des SIEG, le mérite de l' évacuer tient à la formulation de l'article 90 CEE de Rome de 1957 et à l'économie générale du droit des SIEG.

subjectivité de l'intention créatrice du service public par la puissance publique. Ceci ne fut pas du goût du Doyen de Toulouse Maurice Hauriou. Puisque pour Hauriou : « ***La définition du service publique par l'intention subjective de l'administration qui organise l'entreprise serait éminemment dangereuse, s'il devait en résulter que l'administration pourrait ériger en services publics toutes sortes d'entreprises***. Il a évidemment, dans la nature même des entreprises, des obstacles, des résistances, des limites objectives (…). Ainsi, la question de l'exploitation théâtrale et du service public se trouve replacée sur son véritable terrain, qui est, non pas celui de l'intention subjective de l'administration, mais celui des exigences objectives » : le théâtre est une activité immorale que l'administration ne peut ériger en service public » (C'est nous qui le soulignons). Voir notamment : CE, 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Elysées c./ ville de Paris*, *Rec*. p.163, S. 1916,3,49, note Hauriou, RDP 1916, p.377, conclusions Corneille.

334. **Les SIEG peuvent être la colonne vertébrale du modèle social Union européen et conduire à la création de l'Ecole du traité de Rome de l'article 90 CE ou de Lisbonne 2009 de l'article 106 TFUE affranchie des querelles doctrinale françaises du service public** – Notons que de 1916 à 1957, il y a une évolution dans la « conscience du service publique » au point que les rédacteurs de l'article 90 CEE de Rome, n'ont pas entendu brider la subjectivité de la création des SIEG qui réside dans l'intention ou l'opportunité pour les pouvoirs publics étatiques de les créer aux termes des dispositions de ce texte fondateur du concept. Mieux, le droit européen des SIEG protège cette volonté (latitude) souveraine de créer des missions de SIEG pour répondre à un besoin social. Dans ce sens, Gaston Jèze a raison de relever que « **sont uniquement des services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné à une époque donnée ont décidé de satisfaire par le procédé du service public** ». Il ne manque à l'affirmation de Jèze la précision terminologique d'économique qui lorsqu'elle y est introduite, nous donne « sont uniquement des services publics [économiques], les besoins d'intérêt général [économique], que les gouvernants d'un pays donné à une époque donnée ont décidé de satisfaire par le procédé du service public ». Nous renvoyons à notre proposition de définition de la notion de SIEG pour retrouver une reprise complétée de la définition de Jèze. Pour ce qui est du droit des SIEG, ces deux dimensions ont été prises en compte par les rédacteurs de l'article 90 CEE (devenu

sous le traité de Lisbonne de 2009, article 106 TFUE). Les deux premiers paragraphes de ce texte fondateur des SIEG ne laisse aucune des deux dimensions de côtés. Nous relevons que la dangerosité[illegible] de la dimension subjective du service publique à la « française » formulée par Hauriou n'est pas vérifiable dans le droit des SIEG où de manière conjoncturelle (socio-politico-économique), les pouvoirs publics étatiques définissent les missions de SIEG par qualification juridique.

335. Retenons que le retour aux sources des primats du service public à la française ne nous semble pas avoir été inutile, au contraire, les rédacteurs du projet du modèle social UE pourraient les revisiter pour y trouver des bases doctrinales complémentaires. Ces éclairages doctrinaux peuvent potentialiser les effets bénéfiques des SIEG. Ce faisant, ils pourraient remplir, pleinement leur double rôles de cohésion socio-économique et de promoteur-vecteur de la réalisation du modèle social UE centré sur eux. La position axiologique du modèle social Union européenne des SIEG devient plausible.

336. **Extension *mutatis mutandis* du diptyque (service de qualité rendu au public à des prix compétitifs) à tous les services d'intérêt économique général** – Dans le prolongement de la pensée du Doyen Duguit, précédemment rapportée, nous rejoignons le plaidoyer de certains auteurs[illegible] en faveur de la soumission de tous les SIG à l'application par

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

principe des règles européennes de la concurrence pour garantir aux consommateurs de tous ces services, de la qualité prestée à prix concurrentiel. Nous sommes pour la fin de la gratuité car l'Organisation mondiale de la santé a réussit avec l'idée du ticket modérateur à faire admettre la fin de la gratuité des prestations médicales en matière de soins primaires. La participation aussi infime soit-elle aux SIG par une contrepartie à prix même forfaitaire oblige le prestataire du service à davantage de sérieux tout comme le bénéficiaire respectera l'ouvrage public et aura le droit d'en évaluer la prestation.

337. Cette analyse du statut du consommateur de SIEG versus usager du service public à la « française » pourrait être approfondie par les rédacteurs du projet social UE. En effet, Le reproche peut être fait au droit du service public franco-français de n'être qu'un droit dirigé vers des « citoyens éternels assistés » de l'État providence, un État « immensément » capable et « riche » volant à sa « bonne volonté » au secours de ses administrés d'où la forte dose de gratuité fondée sur la relation déséquilibrée entre l'État et les particuliers. Cette relation biaisée de l'État (capable de tout) avec ses administrés (mendiants faisant à la manche à l'intérêt général) a généré le concept d'usager des services d'intérêt général « généreusement » prestés par l'État providence issu de la révolution française. La révolution française a de ce point de vue dépouillé Louis XVI et Marie-Antoinette au profit de l'État-Nation, monstre moderne incompressible car tuer l'État en le faisant sortir par la porte de la société, il y reviendra plus fort par la fenêtre ou le toit qu'il fera voler en éclat. Fort heureusement, ce rapport déséquilibré qui fait de le l'usager du service public à la « française » un mendiant éternel, n'est pas celui qu'instaura la création textuelle du droit primaire européen à Rome en 1957 aux termes de l'article 90 CE. Cet article qu'il n'est pas suffisant de rappeler qu'il est le géniteur du concept juridique de SIEG.

338. Depuis 1997, le Traité CE a imposé plus de respect de l'usager des missions de services publics. Dans les SIEG, il n'y a pas d'usager mais des consommateurs qui se retrouvent de ce fait, dans une situation beaucoup plus confortable au plan juridique que celle des usagers au sens franco-français du droit des services publics. L'application des règles de la concurrence par principe aux prestations de SIEG met les consommateurs ce ces prestations dans une situation similaire au consommateur selon le droit consumériste. Or l'on sait que le consumérisme qui se définissant comme s'apparentant au consommateur en matière de droit commercial. Il s'agit dune logique consistant à donner aux consommateurs un rôle actif au niveau économique et social, « une action des organisations de consommateurs, visant à protéger la santé publique, l'environnement ; défense systématique des intérêts du consommateur. [L'on parle même d'un] consumérisme militant. "L'utilisateur (…) alarmé par la voix "dramatisante" du consumérisme »[1924] Le consumérisme[1925] se fondant sur le droit de la consommation est censé en théorie donner plus de protection juridique aux consommateurs des SIEG. Puisque dans le consumérisme, les biens et services produits sont vendus selon la logique mercantile qui se résume en offre/demande où l'acheteur est supposé être un roi. Dans le droit des SIEG, le consommateur est véritablement un roi dont le diadème précisons-le encore une fois, est la combinaison des termes des paragraphes 2 et 3 de l'article 106 TFUE.

339. En définitive, la revisite des primats des primats « du service public ou école de Bordeaux » versus « puissance publique ou école de Toulouse » s'est révélée fort utile en dégageant des pistes de réflexions exploitables par les rédacteurs du projet social UE. Parmi ses celles-ci, nous ajoutons donc dernière piste ci-dessus soulignée, de la situation juridique plus confortable du consommateur de SIEG par rapport à celle de l'usager du service public à la « française ». Aux termes de l'article 106 TFUE, la question du conflit des primats de

service public et de puissance public est très vite résolu puisqu'elle n'y a pas sa place. Les puissances publiques que sont les pouvoirs publics étatiques sont auteurs de la définition par qualification juridique de la mission de SIEG. Ils en déterminent également l'organisation (article 106, §1er et 2e TFUE). Les prestations de services d'intérêt économique général réalisées dans le cadre de ces missions sont donc les moyens d'accomplissement du service public. Il n'y a donc aucun primat possible dans les termes de l'article 106 TFUE car sa clarification sur le créateur des missions de SIEG et sa précision de cette mission comme moyen de satisfaction d'un intérêt économique général y sont limpides. Et montre les SIEG ne sont possible que lorsque ces deux aspects (puissance publique : acteur de droit, créateur de SIEG et le service public presté pour répondre à un IG) sont présents et que chacun accomplisse sa part d'action nécessaire à l'existence et à la réalisation de la mission de SIEG.

340. **Evoquer les SIEG dans le modèle social UE, c'est d'abord accepter les dispositions des articles 14 et 106, TFIUE, le Protocole numéro 26 sur es SIG puis évoluer vers le plus d'Union dans l'Union** – Il est vrai le Conseiller d'État français Marc Sauvé a raison de souligner que l'évocation de la notion de service d'intérêt économique général « ne peut se faire sans resituer le (sujet) dans son 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 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 d'exclure** [du débat sur les SIEG et de leur rapprochement entre les primats qui ont façonné le droit français du service public] **toute dimension idéologique** car, ainsi que l'a exprimé le professeur René Kovar, il y a bien, notamment en France, une « tendance à la sacralisation des services public « 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** »[1927] » (C'est nous qui le soulignons).

341. La réflexion du professeur René Kovar sur le « Droit communautaire et le service

public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? »[illegible] publiée, en 1996 est pour nous, un débat doctrinal inévitable sur les SIEG à reprendre, au moment où la rédaction du projet social UE sera à l'ordre du jour. En effet, comme l'a souligné à juste titre le vice-président du Conseil d'État français, Jean-Marc Sauvé en 2011, il nous semble que les question d'intérêt général, de service public à la « française », des services d'intérêt général (SIG) ou le service public à l'Union européenne et celle des SIEG sont tous des sujets idéologiques. La forme du service public à l'européenne qui est le SIEG est issue d'une idéologie, celle qui sous-tend le modèle social UE où le citoyen est un consommateur roi doté d'une couronne et qui concilie l'apparemment inconciliable dans l'idéologie sociale française du service public. Il nous semble que même si la question des primats a été savamment évacué par les rédacteurs de l'article 90 CEE qui donna naissance au concept de SIEG, il n'en demeure pas moins vraie – ceci vient d'être exposé –, que tout service public est le fruit d'une idéologie sociale.

342. **Pour Plus d'Union dans l'Union, les SIEG doivent dépasser le rang de valeur communes de l'Union pour devenir sacrée afin de permettre la réalisation du modèle social UE** – Si le Président de la Commission européenne Jean-Claude Junker ne se garder de parler franchement triste de l'Union car selon lui il est à propos, il n'y a pas assez d'Union dans l'Union pas à cause du Brexit ou des immigrants mais tout simplement parce que l'union ne valorise pas ou que très peu ses acquis depuis le traité d'Amsterdam et n'utilisent pas complètement ses moyens de progression dont les SIEG. Oui « c'est le moment de parler franchement des grands problèmes de l'Union européenne. Parce que notre Union européenne ne va pas bien. **Il n'y a pas assez d'Europe dans cette Union. Il n'y a pas assez d'union dans cette Union. Nous devons changer cela, et c'est maintenant que nous devons le faire** »[1929], a Strasbourg, le 9 septembre 2015, le Président de la Commission européenne déclaré Jean-Claude Juncker.

343. Dans ce sens, il nous semble le modèle social UE devrait aussi davantage sacraliser les SIEG afin que leur mission de vecteur de la réalisation de la cohésion socio-économique de l'UE en leur qualité de valeurs commune de l'UE en face la colonne vertébrale du modèle social UE. Les SIEG peuvent occuper cette place et jouer ce rôle car l'idéologie socio-économique du service public de qualité presté à prix concurrentiel ne vise que le bien être

[illegible]

des citoyens UE, des résidents et de tous ceux qui temporairement seraient de passage dans pays membres de l'UE. Mais à nos yeux, l'idée du primat du et dans les SIEG ne serait recevable lorsque l'on admettra la nécessité d'une école Union européenne des SIG dans laquelle le rôle éminemment important qu'ils y joueront en fera le primat. Mais en attendant la réception éventuelle de cette idée de primat de SIEG dans les SIG par la doctrine spécialisée des questions des SIEG, la revisite rapide ci-dessus effectuée, de l'histoire et de l'évolution juridique de la notion du service public à la française à travers le prisme des deux primats a été aussi révélatrice de l'important apport jurisprudentielle dans la naissance, la structuration et la systématisation des droits administratifs et du service publics français. Il se pose dès lors la question de l'apport jurisprudentiel à la construction du projet social UE axé sur les SIEG étant entendu que dans la construction du droit afférent à cette catégorie spécialement économique des SIG, la Cour de justice de l'Union européenne n'a de cesse d'intervenir depuis 1957 par des éclaircissement voire des créations notionnelles à travers son immense activité définitionnelle de 300 définitions formulée pour le seul domaine des marchés publics européens relevé par Philippe Maddalon dans sa thèse soutenue et publié en 1997. Cette interrogation permet d'émettre l'hypothèse qu'il peut y avoir de modèle social UE axé sur les SIEG sans l'apport jurisprudentiel.

2- Un modèle social UE impossible sans l'apport de la CJUE

344. **L'arbitrage jurisprudentiel, un incontournable dans l'élaboration et la mise en pratique du modèle Union européen de société** – Alors que la doctrine se tiraillait entre les deux primats du « service public » et de la « puissance publique » ci-dessus résumé, le juge administratif français a opéré un arbitrage. Celui de ne faire primer aucun d'eux d'une part. Et, d'autre part de choisir de ne s'atteler qu'à la reconnaissance ou non de qualification en service public d'une activité donnée. Ainsi, alors que sous l'arrêt *Astruc* de 1916, le Conseil d'État refusa la reconnaissance de service public à une activité théâtrale, l'on s'étonna guère de voir la Haute juridiction administrative s'écarter de certaines affirmation du Doyen de Toulouse seulement 7 ans plus tard dans une autre affaire. En effet, contrairement à sa

décision sous l'affaire *Astruc*, le Conseil d'État qui refusa la qualification de service public au théâtre des Champs-Elysées ne suivra pas le caractère immoral du théâtre mentionné par le Doyen Maurice Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Astuc*[illegible] précité. Il jugea dans l'affaire *Gheusi*[illegible] du 27 juillet 1923 que l'Opéra-comique est un service public l'existence dans l'espèce d'un lien juridique de concession attestant du contrôle d'une personne publique sur la gestion de l'activité. D'autres arrêts du Conseil d'État antérieurs à ces deux espèces avaient déjà établit le constat de Gaston Jèze, qui soutint non sans raison qu'en droit français du service public, « c'est la jurisprudence qui décide souverainement si l'intention du législateur a été de vouloir, dans tel cas, le procédé du service public »[illegible]. Et la jurisprudence décida que certaines activités pouvaient revêtir la qualification juridique de service public à la française. L'on peut retenir notamment les arrêts *Terrier*[illegible] du Conseil d'État du 6 févier 1903 et *Thérond*[illegible] du 5 mars 1910. C'est à ces décisions que le juge administratif doit sa position d'arbitrage entre les deux primats doctrinaux. Nous pouvons considérer de ce point de vu que l'œuvre jurisprudentielle amorcée par le premier emploi de la terminologie « service public » dans l'espèce *Blanco*[illegible] du 8 février 1873 s'est poursuivit à travers ces deux autres décisions. « Ces deux arrêts *Terrier* (1903) et *Thérond* (1910) qui, rétrospectivement, apparaissent précurseurs en ce qu'ils semblent admettre la gestion des services publics par des personnes privées sont reçus sans émotion par la doctrine qui les juge parfaitement conformes à la jurisprudence traditionnelle »[illegible] selon laquelle, la décision

[illegible]

[illegible] Exploitation théâtrale et Service public : nature juridique d'une convention portant sur la concession d'un emplacement pour la construction d'un "Palais philharmonique" ». Note sous Conseil d'Etat, 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Elysées c. ville de Paris*, S. 1916.3.41 note Hauriu, RDP 1916, p.377.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

revient au juge administratif de retenir ou non la qualification de service public à une activité donnée et à une époque donnée.

345. Puis l'arrêt du Tribunal des conflits *Feutry*[illegible] du 29 février 1908 a jugé qu'il pouvait exister un service public des collectivités territoriales. Mais la jurisprudence administrative n'a pas opté pour sa soumission aux créations et/ou pour une variation en fonction de la joute doctrinale. Elle n'a eu de cesse de se démarquer des méandres doctrinales parfois inextricables, depuis l'arrêt précurseur de l'engagement de la responsabilité de l'État en en faisant un justiciable – extraordinaire –, que fut l'arrêt Blanco cité à mantes reprises. Ainsi, nous souscrivons à l'entièreté de la constatation du professeur Gilles Guglielmi que nous reprenons à notre compte. « **Le Tribunal des conflits marque très rapidement ses distances par rapport à la théorie du service public**. Il reconnait le caractère privé d'un contrat passé par une commune avec l'autorité militaire pour loger des réservistes dans un immeuble municipal au motif que l'accord « par sa nature et ses effets rentre dans les contrats de droit civil « (TC, 4 juin 1910, Compagnie d'Assurances Le Soleil, Rec.446, concl. Feuiloley, D 1912.3.89). Deux ans plus tard, les conclusions de Léon Blum, alors commissaire du gouvernement sur *l'arrêt* CE, 31 juillet 1912, *Soc. Des Granits porphyroïdes* des Vosges, Rec.909, concl. Blum, RDP 1914.145, note Jèze, citent expressément la phrase de Romieu : « **il peut se faire que l'Administration tout en agissant dans l'intérêt d'un service public se place volontairement dans les conditions du droit privé** « pour qualifier l'acte en cause de contrat de droit privé »[illegible] (Soulignées par nos soins).

346. L'apport jurisprudentiel dans la construction du droit français du service public a été indéniable. Il l'est encore et continuera d'être remarquablement utile surtout que le juge du Palais Royal (Conseil d'État) ne se voit pas pour l'instant avoir ses jours de vie compté. La question utile à l'analyse de ce qui précède est : quels auraient été les droits administratif et du service publics sans la jurisprudence surtout que ces deux droit sont en France réputés jurisprudentiel ?

347. Il en va un peu différemment du droit des SIEG qui a une origine (naissance) textuelle et se co-construit et se solidifie par l'intervention conjuguée et non pas concurrentes de deux types d'acteurs du droit européen : le législateur (Conseil + Parlement à travers les

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

traités et directives) Conseil Commission européenne (directives, communication), tous des acteurs non juridictionnel et la juridiction qu'est la Cour de justice de l'UE. Mais force est de reconnaître que le contrôle juridictionnel que la Commission européenne peut engager aux termes de l'article 106 §3 TFUE sur le fondement d'une erreur manifeste d'appréciation de la qualification juridique de SIEG et non pas sur l'opportunité pour les pouvoirs publics locaux de créer ce types de missions spéciales d'intérêt général économique d'une part. Et, d'autre part, les nombreuses reconnaissances jurisprudentielles de la qualification de SIEG à diverses types d'activité depuis l'arrêt *Sacchi Como*[1940] en passant par Federutility sont des arguments solides pour un droit des SIEG impossible sans la CJUE.

348. Notons aussi l'affaire *Cristini contre SNCF* de 1975 qui a également offert l'occasion à la CJCE de procéder à activité définitionnelle dans la mesure où comme l'affirme à raison Philippe Maddalon, « qu' « en l'espèce, la Cour définit effectivement la notion d'avantages sociaux, au sens du règlement n°1612/68 »[illegible].

C- Les acteurs de l'élaboration du modèle social UE

349. **Institutions européennes, États membres et droit des SIEG, des artisans de la construction et de la mise en place du modèle social Union européen** – En se fondant sur l'idée de Didier Truchet qui perçoit le droit administratif comme celui de la place de l'État face à nation « [Suivant] un programme politique, *i.e.* d'organisation de la société »[illegible] et en combinant les trois approches du service public qui se dégagent des pensées de Duguit, Jèze

[illegible]

et Mestre, l'on peut formuler le postulat d'un modèle social impossible sans une conception particulièrement enrichie de la notion des SIEG. En effet, transcendant le statut de valeur commune de l'UE acquis à travers l'article 16 CE d'Amsterdam et réaffirmé par l'article 14 du TFUE de Lisbonne – reprise intégrale de l'article 14 TCE – ; la réalisation du projet social qui gérera au quotidien, le meilleur vivre dans le vivre ensemble UE doit être la seule et unique finalité des SIEG et des efforts à consentir par l'ensemble des États membres de l'UE.

350. On le sait, pour Léon Duguit, « L'État n'est pas (…) une puissance qui commande, une souveraineté : il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants (…). [C'est donc logique que dans la pensée sa pensée,] Le service public : c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale (…) »[illegible]. On le voit, dans la conception Duguiste de l'État, le service public est donc la seule et véritable finalité de l'existence de l'État.

351. Nous adhérons à cette représentation Duguiste de l'État avec une petite nuance qu'apporte le droit des SIEG qui permet que par l'État, l'on ne se limite plus à l'État-Nation centrale mais la gestion de proximité du service public par les collectivités territoriales. Dans le droit des SIEG, l'on s'aperçoit que la conception classique de l'État-Nation centralisée ou déconcentrée ou encre décentralisée est transcendée même si pour la CJUE, en cas de litige afférant à ce domaine particulier de service d'intérêt général, par État, il faut entendre toutes les entités que le droit interne à un État membre habilite de créer et organiser une telle mission. La CJUE a donc dans ce sens décidé qu'en matière de SIEG, le seul interlocuteur soit l'État, ce qui nous semble logique aux termes de l'économie des dispositions des paragraphes 1er et 2e de l'article 106 TFUE.

352. De ce qui précède, l'on pourrait admettre que la finalité de l'existence de l'État et des SIEG soit de fournir des prestations au public et donc de répondre à des besoins d'intérêt général. La nature de cet intérêt général peu varier selon le cadre spatio-temporel dans lequel ce besoin non pas particulier mais d'ordre général se présente. Dès lors, il peut être un SIG non marchands ou marchands. Dans ce derniers cas, il devient un SIEG sauf décision expresse des pouvoirs publics de l'État membre de procéder à la réponse de ce besoin d'intérêt général

[illegible]

par l'exception du « in house » aménagé par le doit des SIEG lui-même. Si l'on reste dans le cadre des SIEG alors il nous semble simple mais pas simpliste de vérifier que le couple service d'intérêt général économique de qualité fournit à des prix concurrentiel donc relativement soient réunit. Cette manière très particulière au droit UE de prester les services publics ou d'intérêt général économique peut, donner lieu à l'élaboration d'un primat du droit des SIEG. Ce primat se distinguerait de par sa particularité, des primats de « service public » et de « puissance publique » ci-dessus analysés qui ont structuré le droit français du service public soit présenté.

D- Modèle social UE par le primat des SIEG

353. **L'article 106-2[1944] TFUE, le primat des services d'intérêt économique général de haute qualité presté à prix compétitif une spécificité du modèle social Union européen axé sur les SIEG** – Les sont une catégorie de service public européens créés suivant le droit européen par les pouvoirs publics des États membres, organisés et gérés selon les règles du droit européen. Ils sont donc une création souveraine nationale par définition juridique. Ce mode de création laisse une large marge de manœuvre aux pouvoirs publics nationaux tout en aménageant un droit de regard de la Commission européenne sur leur organisation, modes de financement et de fonctionnement. Il n'y a donc pas de clivage possible ni dans le processus de création ni dans le fonctionnement au sujet du primat de la puissance publique et celui du service public. Les SIEG sont d'ailleurs une seule catégorie de SIEG particulièrement économique, ce qui donne l'avantage de n'avoir qu'un et un seul régime juridique qui ne nécessite pas une quelconque distinction catégorielle sur le fondement de la présomption d'administrativité ou de commercialité dégagée par l'arrêt Bac d'Eloka qui instaura la distinction entre service public administratif (SPA) et service public industriel et commercial (SPIC). Cette dernière catégorie a souvent été faussement assimilée aux SIEG alors même que des SPIC peuvent être des SIEG mais que tous les SIEG ne sont pas des SPIC. SIEG et SPIC ne sont donc pas en tous les points identiques et la comparaison en est de ce fait erronée et

inutile sauf pour une hypothèse d'école à titre pédagogique avec des nuances nécessaires. Mais il ne nous semble pas cela soit une hypothèse d'école que d'envisager une école européenne du service public autour des SIEG pourrait être une œuvre doctrinale utile à l'élaboration du modèle social UE. Les raisons qui en fonderaient la création méritent peu ou prou d'être exposées.

E- SIEG, une nouvelle école du service public

354. La combinaison des définitions du Doyen Léon Duguit, des professeurs Gaston Jèze et Achille de Mestre permet une perception un peu plus claire de l'idéologie des SIEG. En effet, les SIEG seraient donc une sorte de service public transcendant la notion se service public à la « française désignant », « "toute activité dont l'accomplissement doit être assurée, réglée et contrôlée par les gouvernements, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée que par l'intervention de la force gouvernante"[illegible] . [Mais ne sont] sont uniquement des services publics [de type SIEG], que [ceux satisfaisant] des besoins d'intérêt général [économique] que les gouvernants d'un pays donné à une époque donnée ont décidé de satisfaire par le procédé du service public [de ce type] (….) ; [Et], " pour donner satisfaction régulière et continue à cette catégorie de besoins général, les agents publics peuvent appliquer les procédés du droit publics, c'est-à-dire un régime juridique spécial"[illegible] [permettant l'atteinte de missions assignées conformément à l'article 106 TFUE] ; et "l'on reconnaît[ra] cette intention [des pouvoirs publics étatiques et des collectivités territoriales] du gouvernant ou dans le régime exorbitant[illegible] auquel est

[illegible]

[illegible]

[illegible] *Revista de droit public » ou Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, 1926, p.167

Cette citation est aussi relevée par J. CHEVALLIER, *Essai sur la notion de service public.* [illegible]

[illegible] https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/7/chevallier.pdf

[illegible]

[illegible]

[illegible]

soumis la collectivité [ou en accordant des droits spéciaux ou exclusifs aux opérateurs économique en charge de fournir ces missions d'intérêt générale économiques]" [illegible] ».

355. **Nécessité d'une Ecole Union européenne de service d'intérêt général** – La conception du service d'intérêt général précédemment présentée, à travers la combinaison des définitions de ces trois illustres juristes français est, spécialement économique et devra être appréhendée de cette manière. Elle nécessite la mise en place d'une véritable école Union européenne du service publique qui permette que tous les États membres s'y retrouvent et que les citoyens UE soient au cœur du modèle social UE. Il nous semble que seul la doctrine peut offrir une conceptualisation satisfaisante de la philosophe du programme socio-économique véhicule par les SIEG. Notre invitation à l'endroit de la doctrine universitaire du droit européen son endroit ne signifie pas que la jurisprudence soit totalement mise de côté dans cette construction abstraite donc théorique. Mieux, qu'elle y soit pleinement associée car à l'instar de son arrêt *Altmark*,[illegible] la CJUE peut beaucoup apporter à l'édifice. Cet apport jurisprudentiel pourrait par exemple aider à clarifier les notions « cohésion sociale » et « communautaire » tout comme celle d' « Union » pour qu'il puisse avoir plus d'Union dans l'Union. En effet, Mme le professeur Geniève Koubi souligne avec justesse que la notion de cohésion sociale elle-même, « ne contient pas, contrairement au droit français, une pensée explicite de l'intérêt général, elle repose en pratique sur une préoccupation de " minimum social ", d' "avantage élémentaire ", dont **la définition est menacée d'arbitraire** »[illegible](C'est nous qui le souligne. Nous ajouterons une petite nuance à ce constat dans la mesure où pour nous, « ce minimum social d'avantage élémentaire » prendra du volume dans le cadre des SIEG et c'est déjà le cas depuis l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 §2 CE du traité d'Amsterdam qui voit le développement[illegible] du secteur public couvert par les SIEG.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

§2 : Apports juridiques pluriels

356. L'apport des « forces créatrices du droit »[illegible], de la morale au modèle social UE (A) est indéniable. La contribution jurisprudentielle y est inévitable aussi (B) de même que sur les plans politique et social, la démocratie locale ou « localiste » ne peut être négligée (C).

A- Morale, forces créatrices du droit et projet social UE.

357. La morale et des forces créatrices du droit dans le modèle social UE – L'apport de la morale et des forces créatrices du droit au projet social UE est entendu dans la distinction entre doit naturel et droit positif d'une part, et d'autre part, l'inséparabilité du droit, de la morale et de l'idée de justices. Le modèle social UE pour refléter un bon vivre ensemble démocratiquement irréfutable, il se doit de conjuguer savamment des valeurs démocratique, de droit, de justice, probité et morale. Le défaut d'une seule de ces exigences au demeurant intrinsèquement et intiment liées les unes aux autres, donnera assurément un modèle social catastrophique dont les pourfendeurs de l'édifice européen se moqueraient.

358. **La distinction des droits naturel et positif, un éclairage méthodologique pour la rédaction du projet du modèle social Union européen** – La distinction des droits naturel et

positif est éclairante pour l'option que les concepteurs du projet social européen devront retenir comme approche du droit de base à ce modèle de société. Le droit naturel, se définit par rapport à la conception Platonicienne[illegible] de l'idée du droit. Pour Platon, le droit a trois caractéristiques : immuable, universel et idéal qui en fonde l'origine supérieure et transcendantale à la volonté humaine. L'assertion approche lato sensu du droit naturel le définit comme la législation modèle voire idéal à laquelle toutes les législations se devraient de se conformer. Mais dans sa conception la plus restrictive, il s'agit du droit universel, immuable qui se résume à quelques principes supérieurs et intangibles et contient l'idée d'un minimum de règles de justice, morales au point d'en faire des éléments de réguler et de corriger les lacunes des droits positifs ou droits en vigueur dans une société donnée à un moment précis. La double présence des idées du juste et d'équité dans le droit naturel semble être à la base de sa vocation à réparer les faiblesses et excès du droit positif. De ce point de vue, ces deux droits que la doctrine s'accorde majoritairement à opposer pour les distinguer ne semblent pas aussi inconciliables qu'il paraît. En admettant à la suite de Georges Ripert que, dans le droit positif, il doit absolument avoir la double idée de justice et de morale, nous pensons que qu'un droit qui se conçoit au mépris de ces deux valeur est un non droit puisqu'il consacre un déséquilibre qui sera forcement en faveur d'une partie. Puis un droit immoral et amoral n'est qu'un droit en dépit de toute idée de justice. Ce droit et l'idée qu'il véhicule ne siéent pas à la réalité d'un droit européen construit depuis ce Traité majeur de 1957.

359. À son opposé, l'on a le droit positif ou *lege lata* en latin qui est « l'ensemble des règles de Droit effectivement en vigueur par opposition à droit idéal ou droit naturel »[illegible] ci dessus définit. Ces deux droits sont différents de part leur origine et de part son contenu qui peuvent le cas échéant se recouper. Se recoupement est même recherché lorsque par exemple, Georges Ripert souligne à juste titre que « **le contenu [du] droit positif représenterait tout ce qui est considéré comme juste dans une société donnée, ou, plus exactement encore, il n'y aurait pas lieu de rechercher ce qui est juste, mais seulement ce qui est juridique,**

[illegible]

[illegible]

c'est-à-dire conforme aux règles en vigueur du droit positif»[□□□□]. (Soulignée par nos soins)

360. Il en découle l'idée d'une fâcheuse et irrecevable antinomie entre le droit positif et l'idée de justice que Georges Ripert rejette clairement puisqu'elle lui paraît désolante comme une vue générale du droit et nous y souscrivons, surtout que c'est à juste titre qu'« il s'efforce à développer un idéalisme sain, qui donne au droit des bases morales salubres »[□□□□]. G. Ripert avertit, « le positivisme juridique ne reconnaît d'autre droit que celui qui est créé par l'État, mais il ne dit pas que ce droit puisse être créée sans aucun sentiment de la justice »[□□□□]. Ceci est d'autant plus vrai que l'on peut se demander s'il est valablement concevoir le droit sans la justice ou sans une moindre idée de justice ?

361. Il nous semble que la seule réponse possible à cette question est la négation. Une société démocratique au sens vrai du terme et non pas de factice est forcément doté d'un droit[□□□□] qui ne peut pas faire abstraction de tout sentiment de justice sur un lit morale noble. Droit et morale nous semble le Janus ou l'autre Janus de la démocratie. Il en découle de manière nette et cela est notre point de vue, que l'on ne peut que rechercher voire établir dans le modèle social Union européenne, l'inséparabilité du droit, de la morale et de l'idée de justice tout en respectant la spécificité de la règle de droit se devant d'être générale, impersonnel dure et froide car *dura lex sed lex* (la loi est dure mais c'est la loi). La règle de droit est le gage de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'ordre dans toute société démocratique. Or la société Union européenne en construction est démocratique et à nos yeux, celle qui adviendra à la fin du processus d'édification ne devrait pas moins l'être.

362. **Modèle social Union européen, démocratique, moral où s'expriment les forces créatrices du droit** – Prenant en compte des considérations d'ordre générale, et surtout afin de ne pas se trahir en sa qualité de société démocratique, le modèle social UE que réalisera le projet social Union européen s'inscrira inévitablement entre autres, dans une conception du

[□□□□

droit positif forment ancrée sur la double idée de justice et de morale. Mais elle devra aussi se situer « dans le jeu des forces sociales déchainées pour parvenir à la création des règles juridiques nouvelles, il est salutaire que la morale fasse entendre sa voix : « Le pouvoir politique qui assume cette tâche (d'ordonner l'ensemble des rapports sociaux) aurait tout à gagner à s'appuyer sur les préceptes de la morale et par suite à développer l'éducation morale [non seulement] du peuple [mais également celle des politiques] »[illegible] afin que dans le vivre ensemble UE, le pouvoir publics ne puisse pas s'exercer pour des desseins personnelles[illegible] mais plutôt dans le seul but de rendre un service de qualité au public. La probité et la morale s'inviteront nécessairement à ce louable et inéluctable chantier Union européen.

363. **Le projet social UE devra composer, entre autres également, avec une réalité irréductible des sociétés démocratiques en matière de création de norme de droit** – En effet, selon G. Ripert, il existe dans les sociétés démocratiques, des forces économiques ou religieuses ou politiques qui travaillent, soit dans un sens conservateur, soit dans un sens réformateur[1961]. (…) Seuls les juristes peuvent empêcher dans la lutte des intérêts pour la création du droit le triomphe des plus forts pour la conservation ou la destruction. **Contre ces forces économiques qui de plus en plus sont seules engagées dans la lutte, ils doivent soutenir les forces morales qui peuvent atténuer les conflits. Dans la confusion actuelle [le droit en général et particulièrement les droits européens restent] une assise solide de la pensée et de l'action »** [1962]**en faveur de l'humain** (C'est nous qui soulignons).

364. Or la société UE qui devra se doter d'un modèle social est une société démocratique par conséquent, cette affirmation de Ripert lui est applicable et est déjà un acteur majeur du [illegible]

devenir du monde à en croire le débat sur le retrait des Etats-Unis de l'Accord de paris de 2015 sur le climat (COP 21°.. Le projet social UE ne pouvant postuler pour un droit naturel, l'UE est le produit d'un et non pas du droit naturel. Le droit positif est entendu de sens d'un droit posé[1963]. Le droit naturel ou droit juste, rationnel aux principes pouvant être immuables et éternels[1964] s'opposant au droit positif d'une part, et d'autre part tenant compte le droit des SIEG résulte du droit positif de l'UE, en faire le moteur du modèle social européen s'est à notre avis faire le seul choix constructif qui vaille la peine. Ainsi conçu, le modèle social Union européen opte pour la prise en compte non seulement de « toutes les forces qui travaillent à l'élaboration de son droit positif »[illegible] mais aussi de celles qui veulent le déconstruire. Il nous semble que dépouillé du venin de la déconstruction visant la destruction de l'œuvre d'ensemble de l'UE, ces forces de déstabilisation dont l'épisode du « *Brexit* » achevée le 24 juin 2016 peuvent aider à mettre au jour, les faiblesses de la construction de l'Union au quadruple plan politique, juridique, économique et sociale.

365. **Tirer à toutes les conséquences du Brexit pour renforcer l'Union et proposer un modèle social plus lisible, plus visible et faisant rêver, un rêve réalisable au bout de l'effort individuel** – Par la suite, les construction et solidification de l'UE pourront exploiter positivement ces « lacunes (?)» qu'elles auront contribué à mettre au jour en leur apportant

des réponses idoines. Ces forces de déstructurations seront de ce point de vue utiles à l'UE qui avancera sainement et sereinement vers la mise en place d'un meilleur vivre ensemble. Il aurait donc suffit de changer la nature haineuse viscérale des récriminations contre l'Union européenne pour en faire des regards critiques utiles permettant aux forces qui travaillent à l'élaboration et/ou à la déstructuration (?) de participer chacune à sa manière à l'édification de son droit positif. Ainsi, l'UE exploitera à bon escient, toutes les formes d'énergies intellectuelles mouvantes en son sein pour avancer vers des lendemains meilleurs pour ses citoyens et les résidants de ses États membres. Toutes les formes de forces abritées par l'UE peuvent lui être d'une grande utilité à la seule condition d'admettre l'utilité de l'existence en son sein comme dans toutes les sociétés démocratiques, « des forces économiques ou religieuses ou politiques qui travaillent, soit dans un sens conservateur, soit dans un sens réformateur »[illegible]. L'UE dans sa globalité, son droit et son évolution depuis 1957 semblent confirmer l'idée de Gaston de Bachelard. « L'habitude est l'exacte antithèse de l'imagination créatrice. L'image habituelle arrête les forces imaginantes »[illegible] du droit ; Et le droit des SIEG repousse les frontières de la conception intellectuelle. Il nous semble que les concepteurs et

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

les acteurs de la mise en pratique du modèle social UE devrait faire sienne, cette affirmation de Gaston Bachelard afin d'être ouverts à d'éventuels remise en causes des canons classiques de la pensées psycho-socio-politico-économique ancrées dans plusieurs disciplines qui seront mobilisées pour la réalisation de cette œuvre qui ne sera absolument pas une partie de plaisir.

366. **Mobilisation des forces créatrices et imaginantes du droit des SIEG** – Dans cette œuvre créatrice et de conceptualisation du modèle européen de société, les forces créatrices et imaginantes du droit des SIEG peuvent aussi être mobilisées dans l'élaboration du modèle social UE. C'est peut-être peu dire au sujet d'une œuvre sociale que l'ensemble de la doctrine s'accorde à reconnaître comme le fruit du droit et non du hasard fut-il le plus heureux. Toutefois, la maitrise voire la canalisation de toutes ces forces est nécessaire pour un projet social UE où il fera bon vivre et où l'intérêt général puisse être au départ et à la fin du fonctionnement de tous les services publics. Mais c'est davantage, en usant encore des forces créatrices du droit des SIEG dans le sens où elles structurent la société UE pour en faire une société de justice emprunte d'une bonne moralité, que le droit positif découlant de ce domaine particulier de l'ensemble du droit de l'UE pourra être véritablement le vecteur de la cohésion du développement socio-économique de l'UE.

367. **Un modèle social Union européen humain avec des valeurs de probité, d'éthique et de aussi solides** – Les forces imaginantes du droit même canalisées, ne peuvent opérées seules à l'élaboration et à la structuration d'un modèles social UE que l'on imaginera humaine avec des valeurs de probité, d'éthique et de morale solides, gérée par des personnalités publiques et politiques à la moralité irréprochable avec un sens élevé de la chose publique et du service public rendu au public. Précisons-le, la morale dont nous parlons ici est entendue comme l'avait perçu Georges Ripert avertissant que « **le positivisme juridique ne reconnaît d'autre droit que celui qui est créé par l'État, mais il ne dit pas que ce droit puisse être créée sans aucun sentiment de la justice [illegible] (…) ; [**Et pourtant, surtout, il faudra admettre que**] dans le jeu des forces sociales déchainées pour parvenir à la création des règles juridiques nouvelles, il est salutaire que la morale fasse entendre sa voix** : « ***Le pouvoir politique qui assume cette tâche*** (d'ordonner l'ensemble des rapports sociaux) ***aurait tout à gagner à s'appuyer sur les préceptes de la morale et par suite à développer l'éducation morale du peuple*** » »[illegible] (C'est nous qui le soulignons).

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

368. L'importance ces considérations ainsi faites par Georges Ripert est soulignée par certains auteurs [illegible] et il serait utile que les rédacteurs du projet social UE se les approprient surtout que la force et la pertinence des analyses de leur auteur ne sont pas à démontrer. En effet, la doctrine s'accorde à reconnaître que « La philosophie juridique de l'auteur a depuis longtemps conquis la doctrine française. Elle rejette toute idée de droit naturel et décrit toutes les forces qui travaillent à l'élaboration du droit positif ; sur ce point elle part d'un réalisme nécessaire. Mais elle met aussi l'accent sur les forces morales qui doivent concourir à l'élaboration du droit, si on veut qu'il ait l'autorité suffisante : c'est la part de l'idéalisme »[illegible].

369. Si l'on veut que le projet social européen soit crédible et socialement acceptable, ses rédacteurs ne peuvent œuvrer en faisant abstraction de la morale que les leaders politiques, les pouvoirs publics et le peuple de citoyens européens devront tous sans exception aucune adopter, vivre et pratiquer.

370. **La part de la morale dans l'élaboration du modèle social Union européen vient de sa pénétration dans le droit** – La structure de l'Union européenne est à ce jour encore formé par 28 membres mais bientôt 27 quand le Brexit sera définitivement acté. Dès lors,

[illegible]

l'UE étant une structure ouverte à tout ce qui est excellent et digne d'approbation, l'on peut concevoir que les valeurs morales y sont admises sans entraves de diverses manières. Depuis le traité CEE de Rome de 1957, la morale est entrée dans l'édifice en « pénétrant son droit au stade de son élaboration »[1972]. Pour M. H. L. A. Hart, même si « le droit de certaines société ait devancé occasionnellement la morale admise, le droit sui normalement la morale »[1973]. La pénétration du droit par la morale ne fait aucun doute chez Jürgen Habermas au point qu'il affirme que « les principes moraux du droit naturel sont devenus le droit positif des États modernes »[1974] au sujet du droit. « Distinct, droit et morale ne sont pas hermétiquement cloisonné. La proximité entre les deux ordres implique des frottement et l'exercice d'influences réciproques »[1975].

371. Ainsi, le modèle social européen établit autour du droit, celui de l'UE incluant le droit des SIEG sera celui où le droit et la morale font bon ménage pour la meilleure satisfaction des citoyens européens en premier lieu et par extension celle des résidants étrangers des États membres de l'Union. Le droit des SIEG est le meilleur vecteur de réalisation du modèle social Union européen où tout comme le droit administratif en général, « il s'insère dans ces problèmes fondamentaux de la science politique que sont les rapports entre l'État et le citoyen, l'autorité et la liberté, la société et l'individu »[illegible]. Les rapports entre l'État et le citoyen sont au demeurant au cœur de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne lorsque cette dernière a eu pendante devant elle, les affaires *Viking*[illegible], *Laval*[illegible] et celle du *Duche du Luxembourg*[illegible] sur laquelle il conviendrait à présent de revenir en insistant sur les apports au projet social UE des leçons qui y ont été apprises. Ces leçons apprises révèleront entre autres, l'apport jurisprudentiel inévitable à la

[illegible]

mise en œuvre du modèle social européen.

B- Apport de la CJUE au modèle social UE

372. **Utilité des leçons apprises des arrêts *Vinking, Laval* et *Grand-Duché du Luxembourg* à l'élaboration du modèle social UE** – Les affaires *Laval*[1980] et Viking[1981] dont la Cour de justice des Communautés européennes devenue Cour de justice de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2009, a rendu les décisions en 2007 font à nos yeux, l'objet de deux grandes méprises de la part des nombres d'analystes. Nous les relèverons avant de ces deux importants arrêts de la CJCE en contraste avec le droit des SIEG et le projet social UE. Nous notons deux grandes erreurs d'interprétations de ces deux décisions importantes pour la réalisation effective des libertés de circulation et d'établissement, facteurs cruciaux de l'effectivité du marché intérieur européen intégré qui prend en compte la circulation des marchandises, des capitaux, des biens et des personnes.

373. On le sait, le droit primaire de l'UE a institué deux libertés majeures, symboles de la libre circulation dans l'espace unique européen qui devrait se mettre en place à la suite de traité de Maastricht de 1986. Il s'agit de la liberté d'établissement visé par l'article 43[1982] TCE d'Amsterdam de 1997 et de la liberté de prestation de services régie par les dispositions de l'article 49[1983] du même traité CE.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[1982] [illegible] Ainsi, l'article 43 TCE de 1997 dispose :

« [illegible]

[1983] [illegible]

[illegible]

374. **La première erreur d'appréciation des décisions *Laval* et *Viking*** – Les deux arrêts de la CJCE ont subis les feux nourris des critiques alors même qu'à notre avis, il s'est agit la transformation des coupables en victimes d'une part. Et, d'autre part, nous trouvons le procès fait à la Cour de justice des Communautés européennes complètement surprenant, surtout qu'elle est taxée de sacrificatrice impitoyable, de l'Europe sociale au profit de l'Europe économique. La CJCE serait donc coupable de crime contre l'Europe social qu'elle guillotine en quelque sorte, sommes-nous tentés de déduire de la lecture de certaines interprétations de ces deux décisions. N'oublions pas qu'il découle des faits de ces deux affaires que les sociétés *Viking* et *Laval* sont les véritables coupables au banc des accusés. Elles sont à l'origine des litiges dont la Cour de justice fut saisis. Dans aucune de ces deux affaires, la CJCE ne s'est saisie *sua ponte*, terminologie latine qui signifie s'autosaisir d'une affaire en justice. Par la suite, il nous semble que l'accusation de la CJCE de trucider

l'Europe sociale au profit de l'Europe économique se reflète dans les titres de deux analyses distinctes de ces deux décisions. Le premier est d'Alain Supiot pour qui, « l'Europe sociale se subordonne à l'Europe économique »[illegible] par la faute ou l'excès de zèle de la CJCE (?). Le deuxième est plus acerbe, car Laurence Matthys affirme sans aucune réserve qu'à la suite de ces deux arrêts de la CJCE, dorénavant, l'« Europe : des droits sociaux subordonnés à la liberté économique »[illegible].

375. **La deuxième erreur** est à notre avis la plus importante à soulever car elle porte à la fois sur le sens et la portée de ces deux décisions. Sur cette dernière erreur, nous voulons souligner notre étonnement des propos du Secrétaire général de la Confédération Européenne des Syndicats (CES) prononcés en 2006 non pas en son nom personnel mais en sa qualité pré-indiquée. À la suite des décisions rendues par la CJCE dans ces deux affaires, John Monks affirme « **Les répercussions potentielles de ces affaires** aux plans juridique, politique et social vont plus loin que les modèles sociaux finnois et suédois et **elles affecteront les relations de travail partout en Europe** »[illegible] (Soulignées par nos soins).

376. Cette affirmation formulée à la suite de ces deux arrêts cache *in fine*, une interpellation à peine voilée de la CJCE qui suscite une double interrogation. S'agit-il d'une déception parce que la CJCE est un « méchant dérégulateur » des régulations nationales finnoises et suédoises en matière de droits sociaux et en même temps, de celles de tous les États membres de l'UE ? ou prévenait-il tout simplement, la Cour de se garder de produire un

[illegible]

[illegible]

[illegible]

effet d'harmonisation nécessaire des normes nationales inadéquates des États membres – toutes sans exceptions aucune en 2007 – , à la mise en application effective de la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs dans les États membres ?

377. La réponse à cette double interrogation intéresse notre propos sur l'apport de la CJUE à l'élaboration et la mise en œuvre du modèle ou projet social UE centré sur les SIEG. Pour répondre à ces deux questions, nous rappellerons succinctement les faits des deux affaires qui portent à nos yeux sur la même et unique question : la nécessité de la mise à niveau et donc d'une harmonisation des droits sociaux des États membres de l'UE afin qu'en les égalisant, les libertés de circulations et d'établissement des travailleurs sur l'ensemble de l'espace géographique de l'UE soit effective et ne comporte pas de disparités intolérables et préjudiciable à la sécurité juridique de l'UE. Pour mieux cerner le sens et la portée de ces deux décisions, nous retenons les résumés des deux affaires faits par Alain Supiot – rien à redire sur le rappel des faits –, afin de marquer d'abord nos distances sur certains commentaires de son auteur. Puis et enfin de donner à notre avis sur les sens et portée de ces deux décisions importantes pour la réalisation du marché intérieur intégré où circulerait librement les travailleurs sociaux des États membres de l'UE. Ces derniers devraient pouvoir exercer leurs talents en fournissant des prestations rémunérées dans la dignité, l'égalité de traitement sans aucune discrimination de l'origine nationale du travailleur (l'État membre dont il est originaire). Nous reprenons l'intégralité du résumé de ces deux affaires dressé par ainsi que le condensé de commentaire qu'il effectue par endroit. Nous avons indiqué ci-dessus, la raison de notre appropriation du résumé des faits de ces deux affaires. Ainsi donc, selon cet auteur :

> « ***Tous ceux qui espéraient que l'Europe pourrait incarner à l'échelle mondiale un « modèle social » qui mette les libertés économiques au service des hommes, attendaient donc avec impatience les deux arrêts qu'elle vient de rendre les 11 et 18 décembre dans les affaires Viking et Laval***. **Ces affaires posaient en effet la question de savoir si les syndicats ont le droit d'agir contre des entreprises qui utilisent les libertés économiques garanties par le traité de Rome pour abaisser les salaires ou les conditions de travail.**
>
> Dans l'affaire *Viking*, une compagnie finlandaise de transport de passagers souhaitait faire passer l'un de ses *ferrys* sous pavillon de complaisance estonien, afin de le soustraire à la convention collective finlandaise.
>
> L'affaire *Laval* concernait une société de construction lettonne, qui employait en Suède des salariés lettons et refusait d'adhérer à la convention collective suédoise.
>
> Dans les deux cas, les syndicats avaient recouru avec succès à diverses formes d'actions collectives (grèves de solidarité, blocus et boycott) pour contraindre les entreprises au respect de ces conventions. **La Cour européenne était interrogée sur le point de savoir si ces actions, bien que licites en droit national, n'étaient pas illégales**

au regard du droit communautaire, dans la mesure où elles entravaient la liberté des entreprises de se placer sous les règles sociales les moins favorables aux salariés.

Pour l'essentiel, la Cour a donné satisfaction aux entreprises [1]. Le droit de grève étant explicitement exclu du champ des compétences communautaires dans le domaine social, **l'on pourrait tout d'abord s'étonner qu'elle ait accepté de s'immiscer dans sa réglementation. Mais il y a longtemps déjà qu'elle juge que rien en droit interne ne doit échapper à l'empire des libertés économiques garanties par le traité. Si bien qu'aucune réserve de compétence nationale n'est de nature à limiter le pouvoir qu'elle se reconnaît de dire le droit dans les pays membres**. ***Plus surprenant est le***

fait que la Cour, après les mésaventures du projet de directive Bolkestein, n'ait pas hésité à remettre de l'huile sur le feu, en interdisant aux salariés de s'opposer par la grève aux entreprises qui décident de travailler dans un État sans en respecter le droit social. Car c'est précisément ce qu'elle leur interdit dans l'arrêt *Laval.* Au motif que le droit communautaire impose aux entreprises qui détachent des salariés dans un autre État un certain nombre de règles sociales minimales, la Cour décide qu'une action collective visant à obtenir, non pas seulement le respect de ce minimum, mais l'égalité de traitement avec les travailleurs de cet État, constitue une entrave injustifiée à la libre prestation de services. L'arrêt *Viking* affirme de son côté que le droit de recourir à des pavillons de complaisance procède de la liberté d'établissement garantie par le droit communautaire, et que la lutte que les syndicats mènent contre ces pavillons à l'échelle internationale est donc de nature à porter atteinte à cette liberté fondamentale. **La Cour reconnaît certes**

<u>que le droit de grève fait « partie intégrante des principes généraux du droit communautaire ». Mais elle interdit de s'en servir pour obliger les entreprises d'un pays A qui opèrent dans un pays B à respecter l'intégralité des lois et conventions collectives de ce pays B. Sauf « raison impérieuse d'intérêt général » [4], les syndicats ne doivent rien faire qui serait « susceptible de rendre moins attrayant, voire plus difficile » le recours aux délocalisations ou aux pavillons de complaisance</u>.

Cette jurisprudence jette une lumière crue sur le cours pris par le droit communautaire. **On savait déjà que l'évolution de ce droit échappait à peu près complètement aux citoyens, tant en raison de l'absence de véritable scrutin à l'échelle européenne que de la capacité des États à écraser les résistances électorales lorsqu'elles s'expriment dans des référendums nationaux**. »[1992] (Soulignées par nos soins).

378. Nous formulerons quelques remarques sur les commentaires ci-dessus de M. Alain Supiot puis nous donnerons notre perception du sens et de la portée qui pour nous sont identiques pour les deux décisions.

379. Ce commentaire de M. Alain Supiot suscite bien entendu, d'importantes remarques : La première concerne la belle introduction qu'il formule : «***Tous ceux qui espéraient que l'Europe pourrait incarner à l'échelle mondiale un « modèle social » qui mette les libertés économiques au service des hommes, attendaient donc avec impatience les deux arrêts qu'elle vient de rendre les 11 et 18 décembre dans les affaires Viking et Laval ».*** Nous partageons sans aucune réserve, cet avis et le conservons car pour nous, le sens et la portée de ces deux arrêts divergent de ceux de l'auteur des lignes qui précèdent. Concernant la portée de cet arrêt, il nous semble que M. Alain Supiot, tout en ayant raison de craindre quelques dévoiements d'une Europe toute économique semble passer sous silence le fait que la Cour de justice a déjà fait éviter à l'UE de prendre des allures du tout dangereusement économique dès le début de la construction de la maison Europe unie.

380. La deuxième remarque porte sur la conclusion de la partie reproduite ci-dessus de l'auteur que nous reprenons encore une fois afin de marquer notre étonnement. « **On savait déjà que l'évolution de ce droit échappait à peu près complètement aux citoyens, tant en raison de l'absence de véritable scrutin à l'échelle européenne que de la capacité des**

États à écraser les résistances électorales lorsqu'elles s'expriment dans des référendums nationaux ». Il y a dans cette remarque conclusive, deux idées forces auxquelles nous ne pouvons adhérer. La première est l'affirmation très étonnante concernant l'évolution du droit communautaire qui échappait déjà aux citoyens. Il nous semble qu'au delà d'un déficit démocratique que l'auteur semble pointer du doigt, il y a une véritable question de légitimité démocratique dont souffriraient tous les acteurs constructeurs de l'ensemble du droit de l'UE. Il nous semble que toutes les institutions européennes ont été crées et mise en place selon le droit primaire et leur fonctionnement y compris les règles organique sont régis par ce droit qui donne habilitation aux représentants de chaque États membres d'agir en son nom et pour le compte du « COMMUN » et donc l'ensemble de l'UE afin d'en garantir les intérêts généraux dont l'addition arithmétique donne le grand ensemble que désigne ce terme « COMMUN » que nous mettons en majuscule car étant le synonyme de l'intérêt supérieur de l'Union. S'il y a déficit démocratique dans l'UE du fait que les citoyens ne décide par scrutin donc par voie électorale de toute la normativité du droit de l'UE, l'on ne peut en faire le reprocher à la Cour de Justice qui au demeurant est légitime de par le Traité de Rome de 1957 qui l'a institué comme Cour de justice pour les trois communautés (CECA, CEE et EURATOM). La Cour ne s'est pas autoproclamée. Sa légitimité démocratique est celle inférée car déduite de celle des représentants des États membres ou Hautes parties contractantes qui ont signée librement tous les traités formant le droit primaire de l'UE depuis 1957.

381. **Le modèle social UE invente mais doit parfaire la légitimité inférée des institutions Bruxelloises pour taire les clameurs contre son déficit démocratiques à nos yeux invoqué à tord.** – Que les institutions UE bruxelloises et les deux juridictions du plateau Luxembourgeois de Kirchberg (Cour et tribunal) soit dans une position de légitimité et de démocratie inférée, nous l'admettons mais ceci ne leur enlève aucune juridicité dans la mesure où leur existence est ainsi prescrite par le droit des traités de l'UE. Nous pensons que l'UE accueillerait favorablement une proposition doctrinale concrète pour accroitre significativement la construction plus démocratique de son droit à travers une forme

d'association des citoyens. Il y a une nécessité de réinventer le système de conciliation des votations des citoyens européens afin de faire décroitre le sentiment de lassitude que les citoyens européen pourrait avoir de la trop grande sollicitation de leur scrutin à la fois au plan national que qu'européen.

382. **En attendant les propositions doctrinales « alléchantes » à ce niveau, l'on pourrait admettre que les SIEG permettent plusieurs égards de rapprocher Bruxelles des citoyens européens en répondant à leurs besoins d'intérêt général économique depuis le terrain où ils se posent.** – Puis nous pensons que c'est à juste titre que Pierre Rosanvallon avance l'idée que le peuple est certes la source de tout pouvoir démocratique dans sens moderne de l'État-Nation mais l'élection au le scrutin qui met en place un gouvernement, n'est pas la panacée pour que ce dernier soit et reste au service de l'intérêt général. La pensée juridique doit à notre avis évoluer dans le sens d'admettre que les urnes ou leurs verdicts est dorénavant loin de représenter le seul étalon de légitimité (démocratique). Puis Rosanvallon démontre que les citoyens ne sont pas dupent, il sont de plus en plus conscient du déplacement du curseur sur la légitimité dès lors, il nous semble que l'ouverture d'esprit de la belle science juridique s'impose afin d'admettre une représentation *lato sensu* de la notion sacro-sainte du droit constitutionnel qui est la volonté générale. Nous pensons que le fonctionnement de l'ensemble des institution européennes en général et tout particulièrement le droit des SIEG permet à Rosanvallon d'affirmer à raison qu' « un pouvoir n'est désormais considéré comme pleinement démocratique que s'il est soumis à des épreuves de contrôles et de validation »[illegible] ce qui se réalise avec élégance juridique dans l'application des disposition de l'article 106 TFUE, base juridique textuelle du droit des SIEG. Cette deuxième remarque faite, nous pouvons effectuer la troisième et dernière avant de dégager ce que nous pensons du sens et de la portée de ces deux arrêts rendus en 2007 par la CJCE.

383. **La troisième remarque faite par l'auteur porte sur ce qu'il appelle « mettre de l'huile sur le feu », le feu qui n'hésite pas à brûler « violemment » lorsqu'un droit aussi sacré en démocratie comme le droit de grève est touché par la CJCE.** Les termes employés par l'auteur nous apparaissent très forts : « ***Plus surprenant est le fait que la Cour, après les mésaventures du projet de directive Bolkestein, n'ait pas hésité à remettre de l'huile sur le feu, en interdisant aux salariés de s'opposer par la grève aux entreprises qui***

[illegible]

[illegible]

[illegible]

décident de travailler dans un État sans en respecter le droit social. Car c'est précisément ce qu'elle leur interdit dans l'arrêt *Laval*. Au motif que le droit communautaire impose aux entreprises qui détachent des salariés dans un autre État un certain nombre de règles sociales minimales, la Cour décide qu'une action collective visant à obtenir, non pas seulement le respect de ce minimum, mais l'égalité de traitement avec les travailleurs de cet État, constitue une entrave injustifiée à la libre prestation de services »[illegible] (C'est nous qui le soulignons).

384. Ce qui nous aurait surpris nous, c'est que la Cour de justice est manqué d »'audace à ces deux occasions de donner un coup d'accélérateur la mise en place des libertés visés par les article 43 et 49 TCE qui sont structurantes du marché intérieur intégré de l'Union européenne. Nous raison en creux à l'inverse de la logique de M. Alain Supiot. Quelle effectivité aurait eu la réalisation du marché intérieur intégré UE si les dispositions des articles 43 et 49 du Traité CE – droit primaire –, avaient pliés l'échine devant des droits nationaux entravant la réalisation de ce « COMMUN » UE par les décisions de la CJCE prise par peur de mettre de l'huile sur le feu ?

385. Nous sommes surpris de la surpris que l'auteur semble demander en d'autres termes, le sacrifice droit primaire sur l'autel des entraves nationales à l'atteinte d'objectif majeur dans la construction de l'UE dont le marché intérieur intégré. Rendre inapplicable le droit commun primaire Union européen, reviendrait à notre avis à mettre à mort, l'édifice de l'Union européenne.

386. Concernant enfin, le sens et la portée de ces deux arrêts, il faudrait d'abord les situer par rapport au marché intérieur intégré de l'UE. Ce contexte que nous veux tantôt, de rappeler est le seul qui vaille la peine de retenir à nos yeux pour appréhender les décisions de la CJCE dans ces deux affaires. Par suite, nous les dégagerons en ce qui concerne le droit des SIEG et le projet social UE axé dur ce droit.

387. À propos du marché intérieur intégré UE, la CJCE donne selon nous un coup d'accélérateur à la levée des restrictions à la réalisation des libertés fondatrices de ce dernier que contiennent les article 43 et 49 TCE d'Amsterdam de 1997. En effet, contrairement à ce que certains commentateurs de ces deux arrêts ont pu conclure, notamment "*Viking et Laval : libertés de circulation versus droits sociaux"*, il ne nous semble pas que la CJCE ait viser l'opposition entre les libertés de circulations et les droits sociaux. Il s'agit a notre État

[illegible]

membre à l'autre. Si la *lex specialia generalibus derogant* d'une manière permanent, la valeur de norme générale de la règle de droit disparaît. Et pour autant, les juristes s'accordent sans aucune réserve que les clauses spéciales dérogent aux générales, et non (les clauses) générales aux spéciales. Le général donc le « COMMUN » au droit de l'UE est l'ensemble des deux principes forgés par le droit primaire UE que recouvrent les article 43 et 49 TCE d'Amsterdam de 1997. Ce ne sont pas les droits sociaux finnois, suédois, français, allemand.. qui à l'égard de ces principes généraux du droit européen qui doivent avoir la latitude de déroger à ce général et « COMMUN ».

388. Il semble que le véritable sens des deux décisions de la CJCE sous ces deux affaires est bien celui que nous venons d'exposer. Les deux décisions de la CJCE mettent donc en exergue de la nécessité d'une égalisation des droit sociaux des États afin qu'il ne fassent plus restrictions au déploiement de la liberté de circulation au demeurant structurante du marché intérieur intégré de l'UE. Les dispositions de l''article 19 TCE sont d'autant plus limpides sur la levée de toutes entraves qu'il nous étonne que l'on puisse taxer la décision de la CJCE de vouloir les opposer. L'enjeu était de savoir si oui ou non la CJCE devrait dire le droit dans le sens à faire respecter la primauté des dispositions des articles 43 et 49 TCE sur les droits sociaux, droits sectoriels et remplis de disparités et de protectionnisme du marché interne du travail d'un État à un autre qu'ils se présentaient comme une gangrène ou un bouchon d'accès à ôter pour rendre possible la mise en œuvre des deux libertés. Ces droits devraient être amputés de toutes les entraves à ses deux libertés majeures. L'on sait que toute amputation chirurgicale est douloureuse même sous anesthésie générale car au réveil, l'amputé devra réaliser qu'il est bel et bien dans un nouvel état qui dans le cadre de l'application du droit primaire de l'UE ne devrait en principe être pénible à aucun seul des États membres car c'est ensemble qu'ils écrivent le droit primaire dont ils sont les premiers destinataires logiques. On le sait, l'économie générale du droit de l'UE ne permet pas à la CJCE de s'autosaisir pour produire du droit qui laisserait craindre le gouvernement des juges. Mais il nous semble logique voir impératif qu'une fois qu'elle est saisie, la Cour de justice de l'UE se doit de dire le droit, tout le droit, rien que le droit de manière sage comme elle le fait selon nous depuis ces arrêts ontologiques *Van Gend end Loos*[illegible] de 1963 et *Costa c/ Enel*[illegible] de 1964.

389. Enfin, concernant le droit des SIEG et le projet social UE ancré dans dc droit et ayant

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

pour leitmotiv la logique des SIEG qui traduit une philosophie de programme de société où le consommateur est un véritable roi orné d'un diadème, celui de l'article 106 TFUE. Pour nous, ces deux arrêts confirment l'hypothèse de Laetitia Driguez, l'on peut concilier le droit social et le droit de la concurrence dans l'UE, sur le double fondement des articles 43 et 49 TCE et en laissant les règles et principes de ce dernier gouverner cette conciliation[illegible] d'emblée impossible. Nous voulons souscrire à l'analyse du professeur Patrick Chaumette, qui relève d'abord que « les deux arrêts présentés [Viking et Laval] sont plus fondamentaux »[illegible] de la réalisation des objectifs de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996, relative au détachement de travailleurs s'inscrivant dans le cadre d'une prestation de services qui selon nous, est impossible à dissocier de l'application des principes d'égalité et de non-discrimination dans l'UE.

390. **Des décisions audacieuses de la Cour de justice pour une révitalose de l'Union dans le sens de plus d'union dans l'Union** – Nous pensons que dans le droit des SIEG et le projet social UE, des décisions jurisprudentielles audacieuses de la CJUE seront nécessaires afin d'égaliser les disparités entre États membres dans le domaine des droits sociaux. Les prestations de SIEG sont fournies par des travailleurs et cela suffit à justifier que la CJUE ne restent pas en marge de la construction du droit des SIEG et de l'élaboration du projet social UE autour des SIEG. L'intervention de la CJUE pourrait permettre que la remarquable constatation du professeur Patrick Chaumette soit évitée au modèle social UE centré sur les SIEG. Adhérant à la réalité de ce constat, nous le reprenons intégralement à notre compte en laissant intacte, sa formulation.

391. En effet, « **L. Driguez, analysant le droit allemand et celui des États-Unis, constate que les actions syndicales unilatérales, qui se développent sur le marché du travail, échappent globalement au droit de la concurrence, alors que les conventions collectives de travail ne bénéficient que d'une immunité précaire**[illegible]. **En France, le droit de la concurrence appréhende les effets sur le marché des biens et des services, même des accords collectifs de travail, quand ils organisent le boycott d'entreprises en vue de**

[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] [illegible]

leur rendre obligatoire les conditions négociées de reproduction des œuvres[illegible]. **Les autorités de concurrence ont ainsi délimité le champ de la licéité des actions syndicales**[illegible].

392. **En droit communautaire**, l'exclusion matérielle des conventions collectives de travail du champ des règles concurrentielles reste très imprécise, dans la mesure où ces accords collectifs pourraient poursuivre d'autres fins que de politique sociale, cependant **la jurisprudence communautaire retient un principe de séparation entre les fruits de la négociation collective et le droit de la concurrence**[illegible]. [La jurisprudence communautaire sait donc faire la part des choses pour éviter des confusions]. **Les juges communautaires ont reconnu au droit de grève le caractère d'un droit fondamental**[illegible] [C'est du contraire que l'on devrait être étonné. Mais ce pas pour cette raison que ce droit doit entraver le « COMMUN » de l'UE. C'est la raison pour laquelle nous comprenons que] **pour autant, les grèves des dockers italiens du port de Gênes ont pu être à la source d'un abus de position dominante, dès lors que leur entreprise dispose d'un monopole légal**[illegible]. Le principe de séparation fut aussi affirmé entre les prohibitions du travail dominical, de l'ouverture des magasins le dimanche, du travail de nuit, et la liberté de circulation des

[illegible]

marchandises. ***Après une phase de conciliation sous réserve de proportionnalité, la Cour de Justice décida, dans la lignée de l'arrêt Kerck et Mithouard n'est pas apte à entraver le commerce entre les États membres une réglementation nationale interdisant d'occuper des travailleurs salariés le dimanche qui s'appliquent à tous les opérateurs concernés***. (Soulignées par nos soins).

393. Nous insistons sur la fin de cet état du droit remarquablement dressé par le professeur Patrick Chaumette en relevant tout simplement que concernant de *l'arrêt Kerck et Mithouard* qu'il mentionne, il a été dit bon droit par la Cour de justice des Communautés européennes car comment comprendre autrement, qu'une disposition nationales de portée générale « ***n'est pas apte à entraver le commerce entre les États membres une réglementation nationale interdisant d'occuper des travailleurs salariés le dimanche qui s'appliquent à tous les opérateurs concernés » ?*** C'est du contraire que l'on devrait s'étonner surtout si la disposition générale nationale à pour but de créer une situation de monopole intolérable au regard de l'économie général du droit européen de la concurrence. On le sait, aux termes des dispositions de l'article 106-2 TFUE in fine, « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union »[2009].

394. Enfin, pour terminer, il nous semble que c'est de l'audace jurisprudentielle de la CJCE sous l'affaire *l'arrêt Kerck et Mithouard* que la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996, relative au détachement de travailleurs s'inscrivant dans le cadre d'une prestation de services doit sa source d'inspiration. C'est elle qui amorce l'expression du caractère inséparable des libertés majeures des article 43 et 49 TCE avec les principes d'égalité et de non-discrimination dans le cadre de la conciliation entre droits sociaux des travailleurs et application des principes des règles européennes de la concurrence dans un rapport prédominé par ces derniers comme Laetitia Droguez l'a

soulignée à juste titre. À la suite de l'arrêt *Keck et Mithouard*[illegible] de 1993 précité, la Cour de justice des Communautés européennes a maintenu le cap. Ainsi, en lisant la décision qu'elle rend sous l'affaire Viking sous le prisme du raisonnement amorcé avec son arrêt *Keck et Mithouard*, l'on n'est point surpris du rappel que la CJCE effectue sous cette espèce. La Cour après avoir rappelé que les articles 39 CE, 43, et 49 CE ne couvrent pas que l'action des autorités publiques, elle ajouta que leurs dispositions concernaient également les réglementations d'une autre nature régulant de manière collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services (les SIEG sont donc concernés).

395. L'article 43 CE dispose rappelons-le : *« Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.*

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux »[illegible].

396. L'économie générale de ces dispositions permet d'inclure dans le champ juridique couvert par ces dernières, les actions collectives des syndicats. Dès lors, ces actions sont saisies par le principe de primauté[illegible] du droit UE sur les droits internes en cette matière.

La démarche de la CJCE claire, il s'agit d'inclure dans le champ juridique, toutes les questions de droits pouvant entraver la mise en place des libertés d'établissement des ressortissants d'un État membre dans un autre État membre (article 43 CE) précité et libre prestation des services à l'intérieur d'un État membre (article 49 CE) a débuté avec l'arrêt *Keck et Mithouard* de 1993. Mais avant les arrêts *Viking* et *Laval* de 2007 largement précités, la Cour a continué à poser les pièces du puzzle juridique autour de ces deux grandes libertés sans lesquelles, la perception des citoyens d'appartenir à une Europe unie n'aurait été qu'une

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

vue de l'esprit. En effet, dans deux autres affaires, *arrêt Schmidberger*, affaire C-112/00 et *arrêt Omega*, affaire C-36/02 dont elle a rendu ses décisions en 2003, « la Cour a jugé que **l'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité et elle a considéré que cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et conforme au principe de proportionnalité.** Si les accords conclu dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux, en vue d'objectifs de politique sociale, doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85 § 1 du traité et échappent au droit communautaire de la concurrence[illegible], ***ce raisonnement ne saurait être transposé aux libertés fondamentales énoncées au titre III dudit traité***. **L'article 43 peut être directement invoqué par une entreprise privée à l'encontre d'un syndicat ou d'un groupement de syndicats, même si le droit finlandais confère aux syndicats le droit de mener une action collective (points 61[illegible] et 63)** [de l'arrêt Oméga précité] (Soulignées par nos soins).

[illegible]

397. De ce qui précède, en définitive, nous pensons que ces quelques leçons apprises de l'apport jurisprudentiel dans la réalisation des libertés prévues par le droit primaire à travers les dispositions des articles 43 et 49 TCE confortent l'idée que l'apport de la CJUE dans l'élaboration, la mise en place et la surveillance du modèle social UE centré sur les SIEG est indéniable et inévitable. Il est à rechercher surtout en espérant une belle conjugaison entre celui-ci et la contribution théorique de toute la doctrine juridique communautaire à ce projet social très attendu (?). L'UE on le sait est observé par plusieurs modèles sociaux dont *l'American way of life*, le modèle social chinois, etc. C'est l'une des raisons pour lesquelles, la finalité du modèle social UE axé sur les SIEG se doit d'être la plus claire possible pour ne donner aucune occasion aux interprétations.

C- Démocratie localiste, au service du modèle social UE.

398. Les SIEG sont un moyens efficaces et réels de rapprochement de l'Union de ses administrés mais mal valorisé – En 2008, Lorenzo Picciano estima que « parmi les problèmes auxquels l'Union aura à faire face dans les années à venir, celui du rapprochement entre les institutions de l''Union et les citoyens européens semble déterminant. [La raison selon lui (?) C'est que] plus de cinquante ans après la fondation des Communautés européennes, la distance entre l'Union européenne et ses citoyens reste en effet un obstacle à la reconnaissance d'un système intégralement démocratique : **l'Union est encore perçue, par la majorité des citoyens, comme un ensemble d'institutions qui génère des règles trop spécifiques, mise en place à l'issue de procédures compliquées et sans intérêt pour les citoyens de l'Union européenne** (Soulignée par nos soins).

399. Ce constat n'échappait pas aux acteurs de premier plan de la construction de l'UE que sont les Hautes parties contractantes ou États membres. Il s'en préoccupent de manière sérieuse et en recherche des solutions idoines au point de prévoir à travers le Traité de Maastricht de 1986, la mise en place d'« une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens » autrement dit, la tension vers la logique du *bottom up* un terme anglais qui signifie du bas vers le haut où par exemple, le « terrain » de naissance du problème social de nature d'un intérêt général est celui d'où par la décision pour y répondre. Bien avant ce traité de Maastrciht, le

Conseil européen de Fontainebleau constitua en juin 1984, un comité *ad hoc* pur l'Europe des citoyens parce qu'il jugea « indispensable que la Communauté réponde à l'attente des peuples européens en adoptant les mesures propres à renforcer et à promouvoir son identité et son image auprès de ses citoyens… »[illegible]. Ce Comité *ad hoc* fut créé et rendu un très intéressant rapport sur ce qui pourrait permettre aux citoyens européens de mieux se sentir concerné par l'l'UE. Pour inciter les concepteurs du projet social UE à le consulter, nous reprenons notamment le point *« **2.2. Le citoyen en tant que participant au processus politique dans les États membres :** Le comité recommande que le Conseil européen invite les institutions de la Communauté et les États membres : - à poursuivre, en les approfondissant, les discussions qu'ils avaient entamées précédemment sur le droit de vote et, en fin de compte, l'éligibilité aux élections locales pour les citoyens d'autres États membres dans les mêmes conditions que celles dont bénéficient les citoyens du pays d'accueil, moyennant une certaine période de résidence préalable dans le pays d'accueil. Cette question relève de la compétence des États membres. Des arrangements spéciaux doivent être possibles lorsque, dans un État membre, des circonstances particulières le justifient : (...) »*[illegible].

400. Ce point se rapport à la démocratie au sein de l'Union et le niveau local[illegible] ne peut y être négligé surtout qu'il est celui où s'expriment les besoins existentiels d'ordre d'un intérêt

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

général dont la satisfaction peut selon la décision des pouvoirs publics territoriaux, la création d'une mission de SIEG.

401. **La démocratie « localiste » au service du modèle social Union européen** – La démocratie « localiste »[illegible], terminologie à laquelle s'est beaucoup intéressée la doctrine européaniste ces dix dernières années, montre des réussites et des points forts sur lesquels nous préférons mettre l'emphase laissant subjectivement de côté ses faiblesses que nous ne signalerons pas. Mais avant de nous en intéresser à grands traits car il ne s'agit pas de débattre de la notion, le propos étant de mettre en exergue son utilité à la réalisation du projet social UE axé sur les SIEG. Nous l'envisagerons donc dans une quadruple dimensions : sa mobilisation avec les forces créatrices du droit des SIEG, son inséparabilité avec la morale et l'équité après l'avoir située par rapport aux droit positif des SIEG en comparaison avec le droit naturel. Le but est d'abord de montrer que le droit des SIEG n'est pas un droit divin doté d'une baguette magique divine pour façonner la société européenne. Il est un droit positif amorcé par le droit primaire UE à travers l'article 90 du traité CEE de Rome de 1957. Dès lors, il nous semble fort utile de préciser ce que l'on entend par droit naturel et droit positif dans le cadre du projet social Union européen.

402. Le droit naturel se définit à partir de la conception Platonicienne de l'idée du droit. Pour Platon, le droit a trois caractéristiques : immuable, universel et idéal qui en fonde l'origine supérieure et transcendantale à la volonté humaine. Partant, l'assertion *lato sensu* du droit naturel le définit comme la législation modèle voire idéale à laquelle toutes les [illegible]

législations se devraient de se conformer. Mais dans sa conception la plus restrictive, il s'agit du droit universel, immuable qui se résume à quelques principes supérieurs et intangibles et contient l'idée d'un minimum de règles de justice, morales au point d'en faire des éléments de réguler et de corriger les lacunes des droits positifs ou droits en vigueur dans une société donnée à un moment précis. La double présence des idées du juste et d'équité dans le droit naturel semble être à la base de sa vocation à réparer les faiblesses et excès du droit positif. De ce point de vue, ces deux droits que la doctrine s'accorde majoritairement à opposer à des fins de distinction, ne semblent pas aussi inconciliables qu'il ne paraît.

403. **Droit et morale, visage de Janus pour une société européenne égalitaire, véritablement non-discriminatoire et où le vivre ensemble deviendra le bien vivre ensemble dans un bonheur pour tous** – En effet, en admettant à la suite de Georges Ripert que dans le droit positif, il doit absolument avoir la double idée de justice et de morale, nous pensons qu'un droit qui se conçoit au mépris de ces deux valeurs est un non droit puisqu'il consacre un déséquilibre qui sera forcément en faveur de l'une des parties en présence. Puis un droit immoral et amoral n'est qu'un droit en dépit de toute idée de justice et ne peut pas être « le droit naturel, universel et immuable qui " se réduit à quelques principes supérieurs et intangibles, [fondements sur lesquels] le Doyen Gény[2020] [se base pour affirmer] qu'il faut respecter la parole donnée et réparer préjudice causé à autrui. [En définitive, le droit naturel serait] un ensemble. Une somme, de règles minima de justice, morales et qui doivent dominer les lois et qui permettent de juger les excès injustes des droits positifs. Enfin, pour Stammler, juriste allemand du 19e siècle, il existe un droit naturel donc un droit idéal supérieur dont le contenu varie selon les époques »[2021]. Le droit dit « naturel »[2022] serait donc un droit

immuable, universel, idéal, d'essence supérieure selon les conceptions Aristotélicienne et Platonicienne ne correspondrait pas à cette dernière appréhension d'un droit naturel qui lui serait variable et contingenté par le cadre spatio-temporel dans lequel l'on se situerait.

404. Pour un projet social UE respectueux de la morale, de l'équité et qui réalise un meilleur vivre ensemble UE, il nous semble que la légitimité du droit des SIEG fondée sur le traité CEE qui en signe l'acte de naissance soit assez suffisante pour éviter toutes *Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique* réflexion sur « P. GÉRARD, *Réflexions sur la légitimité du droit [des SIEG] dans la société démocratique [Union Européenne]*, »[2023].

405. **Rédaction du projet du modèle social en s'inspirant de l'immense héritage culturelle, politique et juridique des États membres** – Pour que le projet social UE basé, sur les SIEG ne donne aucune occasion de débattre d'une Europe sociale contre une autre économique, il serait tout simplement indiqué que les rédacteurs du projet social UE s'inspire davantage de la richesse de l'affirmation de Georges Ripert. Les SIEG, leur logique et leur droit devraient réaliser une cohésion socio-économique telle que les rapports sociaux dans l'UE soient axés sur les forces créatrices du droit des SIEG en particulier et tout généralement de l'ensemble du droit de l'UE.

406. Les rédacteurs du projet social UE devraient disposer les choses de manière à montrer que « le pouvoir politique qui assume cette tâche (d'ordonner l'ensemble des rapports sociaux) aurait tout à gagner à s'appuyer sur les préceptes de la morale et par la suite à développer, l'éducation morale du peuple »[2024]. L'inséparabilité des forces créatrice d'un modèle social UE par le droit des SIEG avec la morale, l'équité et la démocratie doit être intangible. Cette intangibilité de la démocratie « localiste » dans les SIEG résistera à l'épreuve du temps et des faits préconisé par le Doyen Duguit, si cette notion qui peut se

définir comme la pratique locale, à proximité du lieu d'habitation du citoyen du « régime politique dans lequel le pouvoir suprême est attribué au peuple qui l'exerce lui-même, ou par l'intermédiaire des représentant qu'il élit »[illegible] prend des allures qui permettent aux citoyens européens d'évaluer[illegible] de manière effective la qualité du service de SIEG prestées à sa proximité. En droit européen, la terminologie démocratie localiste mobilise un certains nombres de notions dont la place des « collectivités territoriales dans l'union »[illegible] tout en questionnant les rapports entre l' « Union européenne et les collectivités en territoriales »[illegible]. Cette terminologie se situe également au cœur du débat doctrinal du « droit européen des collectivités locales »[illegible].

407. L'échelon local est le lieu où « les politiques européenne se déploient et que le droit des marchés, des concessions, des SIEG, des libertés économiques (libre prestation de services et des liberté d'établissement… est quotidiennement mis en œuvre »[illegible]. C'est aussi à ce niveau que les principes structurants du concept de « gouvernance à mutinivaux »[illegible] (GNM) sont perceptibles. Entendons par GNM, « l'action coordonnée de l'Union, des États membres et des autorités régionales et locales, fondée sur le partenariat et visant à élaborer et

[illegible]

[illegible]

[illegible]

mettre en œuvre les politiques de l'Union européenne. Celle-ci induit la responsabilité partagée des différents niveaux de pouvoirs concernés et s'appuie sur toutes les sources de la légitimité démocratique et sur la représentativité des différents acteurs impliqués. Elle sucite la coparticipation des différents niveaux de gouvernance dans la formulation des politiques et de la législation communautaire par le truchement de différents mécanismes (consultation, analyses d'impact territorial) (…) »[illegible].

408. **Démocratie « localiste » un nouveau paradigme parajuridique au service des SIEG et de la réalisation du modèle social UE plus démocratique** – Avec la définition, l'organisation et la prestation à proximité du service d'intérêt général économique ou SIEG par des pouvoirs publics locaux ou collectivité territoriale, il nous semble que s'est instauré un « nouveau »[illegible] paradigme de la gestion de la chose publique qui est celui de la démocratie localiste. Pour nous, cette « nouvelle » forme démocratie dite locale ou « localiste » renvoi à d'autre terminologie qu'elle semble traduite. Il s'agit du « quotidien », de la « proximité » ou « du terrain » où agit l'acteur économique chargé, de prester la mission de SIEG.

409. Nous sommes dans le schéma du *bottom up* ou *bottom to the top* ou encore, du bas vers le haut top et non plus de l'inverse où seul le gouvernant décide des grandes orientations de la politique générale du pays comme cela transparaît de l'esprit et de la pratique de la constitution de Ve République française qui fait du Président de la République « la clef de voûte »[illegible] du système et du gouvernement, le véritable acteur de la politique générale du pays et qui est accompagnée dans sa tâche par le parlement qui le contrarie que très peu sauf dans la situation où le fait majoritaire[illegible] est défavorable au premier. La Constitution

[illegible]

française de la Ve on le sait, est la traduction d'un déséquilibre du fonctionnement institutionnel volontairement constitutionnalisé dans une démocratie institutionnelle arbitrée par le Conseil constitutionnel depuis sa célèbre décision de 1962 suite à la saisine de Gaston de Monnerville, alors président du Sénat français. Ce déséquilibre constitutionalisé est favorable au Président de l'exécutif dont l'homme fort est véritablement le Président de la République en période normale. Il ne devient un « pêcheur » de calamar c'est-à-dire réduit à des fonctions honorifiques que lors des périodes de la cohabitation. Fort heureusement, la révision constitutionnelle françaises de 2008 a significativement rééquilibré ce fonctionnement institutionnel en donnant un peut plus de moyens d'action au Parlement sur son propre ordre du jour par exemple et a comportée une séries de mesures importantes concernant la fixation de l'ordre du jour et les délais d'examen, les pouvoirs de contrôle du Parlement, les rapports du Président de la République et le Parlement, la procédure législative, le droit d'amendement, le statut des parlementaires et de l'opposition. Diverses analyses de cette réforme constitutionnelle française ont été faites mais pour notre propos, nous souhaitons qu'il n'y ait pas de déséquilibre dans les créations, organisation et prestation des missions de SIEG en faveur du pouvoir décisionnel des pouvoirs publics locaux.

410. **Quelques satisfactions de l'état actuel du droit des SIEG en matière de démocratie de proximité ou localiste** – L'état actuel du droit des SIEG semble assez satisfaisant sur ces points. Ces acquis pourraient être sauvegardés par le projet social UE sauf à les améliorer car toute œuvre humaine restent perfectible dans le but d'un mieux être du citoyen UE dans le vivre ensemble Union européenne que le projet social UE pourrait – c'est notre souhait –, baser sur les SIEG et la philosophie de programme de société qu'il véhicule. Dans le domaine des SIEG, la démocratie s'exprime de manière locale et est donc dans le nouveau paradigme localiste du service publique affectionné par certaines personnalités politiques françaises de la Ve République. En France, l'on constate depuis la décennie 1990 qui est aussi celle de l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 paragraphe 2e (article 106 § 2 TFUE) que « pour justifier leurs décisions, les responsables politiques se targuent par exemple de revenir "désormais à des approches concrètes, mesurables, avec une volonté : la proximité avec le terrain " (Dominique Voynet, 17 septembre 1997), " de privilégier une

approche locale, au plus près du terrain" (Claude Bartolone, 20 septembre 1999), ou prônent une " stratégie urbaine " qui " doit se concrétiser au plus près du terrain "(Louis Besson, 10 novembre 1999) »[illegible].

411. Serait-ce une simple coïncidence qu'un tel constat soit fait à partir de 1999 et donc après le traité d'Amsterdam de 1997 qui a signé l'entrée en scène des SIEG dans la prise en charge locale des besoins d'intérêt général de type économique ?

En répondant par l'affirmative à cette question – hypothèse plus plausible –, l'on se devrait d'ajouter qu'il s'agirait donc d'une belle coïncidence. Nous optons pour la réponse négative car le déploiement du droit des SIEG à partir de 1997 a remis les collectivités territoriales au centre de la gestion de l'intérêt général économique permettant qu'elle soit réalisé sur le terrain et donc l'on se retrouve dans la gestion locale qui renvoie à l'idée de démocratie locale ou localiste. Dès lors le privilège que les responsables politiques français accordent à l'approche locale des besoins d'intérêt générale peut bien trouver sa source d'inspiration dans l'événement ci-dessus indiqué de l'entrée en scène des dispositions de l'article 86 paragraphe 2 du TCE d'Amsterdam de 1997.

412. Dans la démocratie localiste, le *bottom*[illegible] ne subit pas le top et l'on semble se situer dans la gestion de proximité (sur ou à partir du terrain) de la chose publique dans le sens du « *bottom to the top* » ou du bas vers le haut où le citoyen consommateur des prestations de SIEG est le destinataires et bénéficiaire privilégiés des missions de SIEG dont il dispose de plus en plus de moyens d'évaluation. Cette démocratie « localiste » qui assurément, se renforcera dans le modèle social UE autour des SIEG, se devra d'être innovante en tirant des leçons de l'expression démocratique référendaire du peuple britannique du 24 juin 2016. En

[illegible]

effet, au sujet du rôle et de la place de la démocratie dans le projet social UE, nous pensons qu'il faudrait que la démocratie, meilleure invention humaine depuis le siècle des lumières se réinvente afin que le vivre ensemble UE que réalisera le projet social UE axé sur les SIEG soit le meilleur possible. À nos yeux, ce vivre ensemble UE se devra de tenir davantage compte de toutes les tendances surtout de la position des 18-24 ans lorsqu'à son terme, le peuple de citoyens européens sera appelé à valider ou non ce projet de société par la voie démocratique de l'élection, par exemple par un référendum comme ce fut le cas pour le projet constitutionnel UE.

413. Cette idée nous semble importante à creuser si l'on analyse les résultats du référendum britannique du 24 juin 2016 dit « Brexit ». En effet, pourrait-on passer sous silence la répartition du scrutin référendaire britannique du 24 juin 2016 quand celui-ci révèle que « 75% des 18-24 ans auraient voté en faveur du maintien contre seulement 44 % des 50-64 ans et 39% des 65 ans et plus »[illegible] ?

414. Il nous semble que cette répartition pousse à la réflexion profonde sur l'interprétation et la valorisation des résultats de la plus grande expression démocratique au monde qui est à une personne en âge de voter une voix. En effet, lorsque l'on est en face d'une situation comparable à celle de ce référendum britannique, l'on ne peut pas s'empêcher de s'étonner du fait que pour un fait social dont les conséquences sont plutôt inscrites dans le présent et l'avenir surtout un avenir durable, les personnes âgées de 50 ans et plus (Total des suffrages exprimés lors du référendum sur le Brexit : 44 % des 50-64 ans et 39% des 65 ans et plus = 83% des votes OUT ont été émis par les 50 ans et plus) décident de l'avenir des 18-24 (= 75% IN) alors mêmes qu'ils sont ceux qui vivront dans un temps beaucoup plus long, les conséquences du vote massif des plus âgés. Dans le modèle social européen, il nous semble que l'invention d'un procédé démocratique qui permette de mieux valoriser et tirer les leçons idoines pour une société UE démocratique fortes seraient les bienvenus afin d'éviter le cas de figure britannique où des personnes âgées décident du sort des plus jeunes à leur place sans que l'avis de ces deniers ne puissent valablement compter.

415. **Une société Union européenne plus démocratique et plus solidaire** – Davantage de démocratie dans l'Union européenne intéresserait la Direction générale des affaires politique et le Conseil de l'Europe comme en atteste « les réflexions sur l'avenir de la

[illegible]

[illegible]

démocratie en Europe »[2040] organisé les 17-19 novembre 2004 à Barcelone en Espagne. Il serait for utile que de telles initiatives de multiplies afin de déterminer sur le fondement du mécanisme juridique des SIEG, la réalité de la démocratie de proximité, en donner les meilleurs contours pour une participation accrus des citoyens au vivre ensemble UE.

§3: Axiologie du modèle social UE sur les SIEG

416. Une structuration progressive, patiente du modèle social UE pourrait être une voie de sagesse puisqu'elle éviterait que trop vite d'Union, même autour des SIEG ne desserve l'édifice. D'ailleurs, le professeur Pierre-Yves Monjal souligne avec beaucoup de justesse que l' « essence de l'Union en fait sa faiblesse ». Pour que le projet social UE axé sur les SIEG ne soit ni utopie ni fiction mais plutôt une réalité, il se doit d'être une réalité juridique indubitablement ancré dans l'impact de la lecture combinée des prescriptions des articles 16 TCE (devenu 14 TFUE) et du protocole 26[2041] sur les service d'intérêt général annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) de Lisbonne de 2009 d'une part. Et, d'autre part, il importerait que les préceptes et maximes socio-économico-juridiques dégagés par les SIEG soient mis au service de ce modèle social.

417. **Importance des préceptes et maximes des SIEG pour le modèle social UE** – À l'instar du philosophe et mathématicien français René Descartes, la pensée juridique européenne dégage en matière de SIEG, des préceptes et des maximes. Mais contrairement à une opinion largement répandue dans la doctrine française du droit où l'on s'alarme très vite

[illegible]

en dénonçant avec véhémence, une « destruction » du service public voire une « déstructuration définitive (?) » du droit administratif français, par son européanisation, dans le droit des SIEG, point de frayeur. Puisque les préceptes et les maximes de ce droit sont compatibles, concordantes et non en concurrence et c'est, ensemble qu'ils forment, structurent et produisent la cohésion socio-économique dans l'Union européenne en vertu de l'article14 TFUE et du Protocole numéro 26 sur les servies d'intérêt général annexé aux traités UE et TFUE de Lisbonne de 2009.

418. **Compatibilité des préceptes et maximes du droit des SIEG** – Il est presqu'évident d'admettre que les droits des SIEG comporte des préceptes. Par précepte, nous entendons « un commandement, un ordre, une formule qui exprime un enseignement, une règle (…) [allant dans le sens] des préceptes moraux et juridique. [Les préceptes des SIEG sont davantage juridique que moraux si l'on admet la moral dans son approche où], " les vieillards aiment à donner de bons préceptes" (La Rochefoucauld[2042]) (…) ; ou encore [qu']" il y a des moralistes dont la tâche est de rappeler certains préceptes imprescriptibles de la morale (Stegfried[2043])" »[2044]. En droit des SIEG les préceptes renvoient exactement à des règles juridiques structurantes. Encore faudrait-il les exposer pour les découvrir ou les redécouvrir En revanche, l'idée qu'à ces préceptes forts et intransigeants, l'on puisse trouver dans les traités et les protocoles qui leur sont parfois annexé des maximes et de l'ordre du difficile voire quasi-inadmissible. Pourtant, il existe des maximes du droit des SIEG prévus par les traités CE d'Amsterdam et TFUE de Lisbonne et aussi par certains des protocoles qui leurs sont annexés à tous les deux.

419. **Les préceptes : article 106-2 TFUE §2 et logiques de compétitivité** – L'article 106 § 2 TFUE (ex-article 86, §2 CE) en posant le principe assorti d'une dérogation de l'applicabilité à tous les SIEG des règles de la concurrence a ainsi forgé précepte majeur du droit des SIEG. C'est de ce premier précepte que découle le deuxième selon lequel, l'application par principes des règles de la concurrences aux SIEG doit viser la protection de l'intérêt des consommateurs, en d'autres termes, il s'agit de pratiquer la compétitivité en rendant nécessairement et obligatoirement des services d'intérêt général économique au

public consommateur (= usager-consommateurs) des SIEG.

420. **Les maximes du droit européen des SIEG** – Contrairement aux préceptes ci-dessus exposés, dans le droit des SIEG, les maximes doivent être perçues dans le sens d'une règle morale de la plus grande valeur. Il s'agirait donc d'« une règle de conduite, une règle morale (…), une appréciation ou un jugement d'ordre général »[2045] qui a été opéré par le traité CE d'Amsterdam en 1997 concernant la valeur des SIEG pour la cohésion socio-économique de l'UE. Dans le droit des SIEG, l'on pourrait en dégager deux tout comme les préceptes ci-dessus visés. L'un a été dégagé par le protocole 26 annexé au traité d'Amsterdam a été confirmé, précisé et complété par un deuxième formulé par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou TFUE de Lisbonne.

421. **Structuration et cohésion socio-économique de l'UE par les préceptes et maximes du droit des SIEG** – Ces préceptes et maximes susvisés sont compatibles tout comme une bonne lecture des préceptes et maximes cartésiennes le sont. Ces deux catégories de règles et principes juridiques susmentionnées ne sont pas opposables. Elle parfaitement complémentaires et c'est ensemble qu'ils participent tous à un bien-être du citoyen Union européen et pour la cohésion socio-économique dans l'UE. La conjugaison des préceptes et maximes du droit des SIEG contribue, à viabiliser le projet européen de société, qu'ils s'activent à réaliser avec pour ultime finalité macro-économique de la cohésion socio-économique, l'un des objectifs fondamentaux de l'existence de l'UE.

422. **Complémentarité entre préceptes et maximes du droit des SIEG au profit des consommateurs de SIEG** – Posons d'ores et déjà que, c'est par une complémentarité réussie entre préceptes et maximes du droit des SIEG que se réalise, l'atteinte des objectifs de protection des intérêts des consommateurs des services prestés dans ce cadre d'une part. C'est au niveau micro-personnel que chacun de ces consommateurs jouit des SIEG. Et, d'autre part, à travers cette même complémentarité construite de manière jurisprudentielle que ct autre but majeur de l'existence de l'UE qu'est la cohésion économique et social des régions et États membres sera une réalité. En effet, le social existe dans l'UE et est pris en compte de manière spéciale dans les SIEG selon une logique typiquement Union européenne. Ceci est d'autant plus vrai que loin s'en faut de l'idée de deux logique diamétralement opposées, les préceptes et maxime susvisés du droit des SIEG se complètes pour que les citoyens et résidents des

pays-membres de l'UE, accèdent à un mieux vivre qui leur ait offert par services d'intérêt général économique de qualité toujours élevé à moindre coût. C'est la pratique de la compétitivité assurée par l'application des règles européennes de la concurrence qui en est le gage. Le protection des consommateurs que surveillent les juges de la CJUE depuis *l'arrêt Cassis*[2046] *de Dijon* de 1979 précité n'est possible que si les règles de la concurrence sont respecté et rigoureusement appliquées. Dans son *arrêt Federutility*[2047] de 2011, la Cour de justice à la protection des intérêts des consommateurs dans le cadre de la fourniture du gaz, une définition beaucoup plus précise en la liant à la fixation et au maintient d'un prix de référence. Cette forme de rendre au public que forment les usagers-consommateurs des SIEG des États membres est une composante de la politique sociale qui est atteinte à travers l'application par principe des règles de la concurrence sauf en cas de dérogation conforme aux traités européens.

423. **L'édifice Union européen innove, son modèle social le sera assurément** – C'est aussi cela l'Europe que de faire comme jamais cela n'a été vu et pratiqué ailleurs. Du social dans le service public accompli selon les standards de la compétitivité, seul à l'occasion des SIEG, la leçon de cette pratique juridique somme toute particulière à l'UE est possible. De cette imagination constante de la complémentarité entre préceptes et maximes du droit des SIEG vient et résidera l'atteinte des objectifs de cohésion que vise le projet européen de société. C'est en aussi en cela que « l'imagination européenne gouvernera le monde « social » de demain à travers des règles de droit que seul les SIEG permettent de d'expérimenter, d'affiner et bientôt de théoriser. Le droit européen des SIEG peut donc permettre de « rêver » d'un lendemain humain européen dans un projet de société inédit car conciliant parfaitement l'œuvre prétorienne de la CJUE dont la force conceptuelle en matière de SIEG n'a nullement besoin d'être démontrée. Les jurisprudences « *Paul Corbeau* » de 1993 et « *Commune d'Almelo* » de 1994 et « Altmark » de 2003 suffisent amplement à l'attester surtout que, la liste subjectivement rendue courte par l'analyse qui ne cache pas son admiration pour les sages du plateau de Kirchberg Luxembourgeois. Nous pensons que le droit des SIEG même si il n'est pas encore achevé d'être construit, permet d'affirmer que « l'Europe est le seul rêve encore possible »[].

424. **La structuration du modèle social UE autour des SIEG, de leur droit et logique de société peut s'inscrire dans l'approche participative citoyenne** – La démocratie et/ou l'approche participative de la gestion à proximité de la chose publique ont fait l'objet depuis quelques années, d'abondantes réflexions doctrinales dont l'analyse n'en retiendra que deux à titre d'exemple.

425. **La première réflexion est celle d'une œuvre doctrinale collective coordonnée par Marie-Hélène Bacqué, Henri Rey et Yves Sintomer**. En effet, dans une approche comparatiste de « la gestion de proximité et de la démocratie participative », les auteurs de l'ouvrage collectif ont passé au peigne fin, des formes d'expressions contemporaines de la solidarité municipale[illegible] chère à Léon Duguit. Ainsi, « des conseils de quartier français aux jurys citoyens en Allemagne et en Espagne, de l'usage du référendum en Suisse aux *empowerment* zones en Amérique du Nord, en passant par les budgets participatifs d'Amérique latine et les politiques participatives de gestion de l'eau en Afrique australe, les différentes contributions analysent les modalités des transformations de l'action publique locale et, par là, des institutions et pratiques de la démocratie »[illegible]. Tout en respectant la richesse et les éclairages doctrinaux de ces différentes contributions dont nous recommandons la lecture intégrale, nous suggérons qu'une nouvelle œuvre doctrinale de cette envergure soit entreprise cette fois-ci en focalisant sur les modes d'expressions de la démocratie de proximité dans les 27 pays membres de l'UE afin d'en dégager les invariants qui enrichiraient et uniraient davantage ces États membres de l'UE.

426. **La seconde contribution doctrinale qui pourrait, suggérer aux rédacteurs du projet social UE des pistes de réflexion, sur la participation citoyenne au vivre ensemble UE structuré autour de la logique des SIEG est aussi une œuvre intellectuelle collective**.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Il s'agit de la réflexion collective sur « les utilisations des faits économiques dans le droit de l'Union européenne »[2051] où divers problématiques sont abordés allant de la force du droit dans la vie en société à la juridicisation ou juridicisation de la société. Lorsque l'on observe tout simplement la vie en société aujourd'hui, l'on est frappé par la présence du droit. Des actes triviaux aux plus complexe de la vie en société, l'on rencontre de manière simplement déconcertante le droit. Le fait de ne pas fumer en public, payer son ticket de bus, tram ou de train à grande vitesse, se pacser ou respecter les feux rouges ou acheter un bien immobilier par intervention d'un notaire jusqu'à l'incinération « correcte » d'un proche décédé, etc, l'on s'aperçoit que le doit est partout ou presque dans la société. Dès lors, la juridicisation de tout en société ou construire un projet social UE uniquement autour des SIEG, de leur logique et de leur mécanisme juridique, c'est faire usage du droit. Cette démarche sera-t-elle satisfaisante pour une Union européenne plus humaine et être à cet égard une véritable donneuse de leçon ?

Lorsque la société humaine de juridicise et judiciarise à l'excès l'on est en droit de se demander à la suite du Professeur Jean Carbonnier, dans la réalité des humains, « où va le droit »[illegible] et surtout, quel est son bon usage en société ?

La liste des questions peut indéfiniment s'allonger si l'on prend en considération l'idée bien connue selon laquelle, le plus mauvais des arrangements amiables est meilleur à l'issu du procès le plus équitable. Mais le droit a des vertus thérapeutiques pour une société malade de son inégalité entre humains, idée démontrée par M. Charles de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu dans son œuvre ontologique : *De l'esprit des lois*. À certaines des questions suggérées pas l'analyse, les rédacteurs du projet de modèle social Union européen devront inévitablement apporter des réponses s'ils veulent que le peuple de citoyens européens avalise ledit projet par son suffrage universel direct, le rejette. Le suffrage universel déjà pratique par l'édifice UE (cf. Référendum de 2005 sur la Constitution de l'Union européenne), continuera d'être la voix d'expression suprême, pacifique des citoyens UE. Meilleure expression de la démocratie, le suffrage universel, héritage de l'Europe des Lumières, continuera assurément d'être pratiquée par l'Union européenne.

[illegible]

Conclusion partielle titre 2

427. **La théorisation juridique dans le droit des SIEG est un passage presqu'obligatoire – C'est de là que viendra le niveau de précision selon lequel**, « de véritables notions juridiques pourraient impliquer un régime précis de notification ou non »[2053]. La construction des droits administratifs et du service public français depuis les arrêts « *Terrier* » et « *Bac d'Eloka* » précité peut valablement service de fondement à cette nécessité théorique.

428. **Laisser le temps au paquet Almunia de se déployer amplement avant de lui faire un procès** – Dans le football comme dans le droit, il y a des règles du jeu. Autant il est très dangereux pour toute une équipe de football, de jouer le match avant le coup d'envoi donné par l'arbitre central, autant périlleux voire suicidaire de présager ou de trancher prématurément du sort d'une règle de droit avant de l'avoir suffisamment mise en application. Laisser la règle de droit montrer sa solidité[2054].à l'épreuve du temps et des faits fait parie des préconisations du doyen Léon Duguit. Ainsi, faudrait-il laisser au « paquet Almunia » le temps nécessaire de se confronter aux faits singulièrement à sa mise en pratique en ce qui concerne ses dispositions relatives à l'octroi des compensations des aides d'Etat. Ce nouvel élément du dispositif juridique que représente le régime juridique des SIEG est tout de même l'aboutissement d'un processus de d'au moins neuf années de réflexion et de consultations jugées cette fois plus large. En effet, c'est en 2002 que selon son avis susvisé concernant les issues très attendues de l'affaire *Altmark* pendant à l'époque devant la Cour de Justice des communautés européennes, la Commission européenne s'est saisit de la question. Elle avait, comme susmentionné dans cet avis pris une position prématurée préjugeant à nos yeux de sa conduite à tenir face à la décision jurisprudentielle à venir sur la valeur juridique notionnelle des surcompensations. Pour elle, « quelles que soit l'évolution de la jurisprudence sur les compensations de service public, il est établi que les éventuelles surcompensations sont susceptibles de constituer des aides d'Etat »[2055]. Le « paquet Almunia » ne traduit pas de changement dans la position de méfiance de Commission sur les surcompensations, elle avait déjà considérées comme des aides d'Etat dans le « *paquet Monti-Kroes* ». Le durcissement de

son encadrement des aides d'Etats dans le nouveau paquet de 2011, soit neuf ans après son avis de 2002 susvisé n'est de ce point de vue pas étonnant. La notion de patience et de l'épreuve du temps sont très familières à la science juridique. Aussi, les faits, seulement que les faits ou selon l'interpellation du doyen Maurice Hauriou « donner des faits » au « paquet Almunia » pour qu'en s'y confrontant, ses lacunes s'étalent au grand jour. Ainsi, avec le temps, la vraie valeur du nouveau paquet se donnera à connaître.

429. **Par ailleurs, l'analyse a démontré les vertus protectrices juridiques du régime juridique des SIEG** – Concernant le régime juridique des SIEG, qu'il est véritablement doté de vertus protectrice juridique pour les pouvoirs publics étatiques, pour les opérateurs économiques chargé de prester des missions de SIEG et pour les consommateurs de SIEG. Il reste donc à approfondir la question de l'extension de ces vertus aux utilisateurs et/ou consommateurs de SIG, SIGNE et SSIG. Ce régime ainsi que la protection juridique qu'il offre reste néanmoins perfectible mais très peu valorisée. Or le peu de protection juridique est parfois préférable à son absence totale. est préférable au jamais.

430. **Possibilité d'une contribution à la réflexion sur le modèle social Union européen axiologiquement basé sur les SIEG** – Le statut de valeur commune de l'Union européenne reconnu aux SIEG en 1997 (article 16 TCE), confirmé par l'article 14 TFUE[2056] et renforcé par les termes du Protocole numéro 26[2057] annexé aux TUE et TFUE, s'ajoutent à l'idéologie qu'ils véhicule (article 106-2 TFUE) et à la conception européenne de la concurrence pour constituer des éléments significatif pour engager une réflexion sur le modèles social UE. C'est avec ces éléments que nous avons proposé une réflexion sur le modèles social Union européen axiologiquement basé sur les sIEG et l'idéologie d'intérêt général économique qu'ils véhicule dont la finalité est d'offrir aux consommateurs de leur services, des prestations

de qualité à des prix concurrentiels. Notre suggestion ne demande qu'à être apprécié dans le sens de son rejet ou de sa validation ou tout moins à être reprise pour son amélioration, surtout que plusieurs aspects lui manque dont le regard sociologique, anthropologique….

431. **Parlement européen, véritable protecteur des consommateurs citoyens européens en général et tout particulièrement, ceux des SIEG** – Dans les remarques conclusives de sa thèse de doctorat soutenue en 2002, couronnée par la médaille du Sénat français, M. Nicolas Clinchamps affirme qu'« au final, le droit parlementaire de l'Union européenne semble voué à un bel avenir, dans la mesure où le Parlement européen est incontestablement l'institution montante du système juridique de l'Union européenne. Progressivement, il devient le Parlement de tous les citoyens européens. Bénéficiant seul de la légitimité populaire directe, il est en passe de « légiférer » dans des domaines de plus en plus importants, en lieu et place des parlements nationaux. (…) Dans ce contexte, le Parlement européen, représentant les citoyens européens, se profile plus que jamais comme un moteur de la mutation constitutionnelle du droit communautaire et de l'émergence d'un État supranational »[2058]. C'est ce Parlement qui a gagné en importance depuis la thèse de M. N. Clinchamps qui, se pose aujourd'hui en véritable défenseur des consommateurs-citoyens européens, sans aucune exception et donc également des prestations de SIEG. En effet, sur le fondement juridique des articles 114 et 169 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité FUE), le Parlement européen arrête avec le Conseil, des mesures visant une large protections des consommateurs européens. Ainsi est-il qu'aux termes de l'article 114 TFUE, « sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »[2059].

432. Les mesures de protections des consommateurs prises, sur cette base juridique couvrent plusieurs domaines : la santé, la sécurité[2060] générale et les intérêts (économiques et

juridique) sur l'entièreté du territoire de l'Union et en dehors, lorsque les citoyens européens voyagent ou achètent à l'étranger. Les mesures de protections prises par le Parlement et le Conseil concernent également les transactions physiques, l'e-commerce ou commerce électronique[2061], les produits particuliers dont les médicaments, l'épineux domaine des organismes génétiquement modifiés, les produits dérivés du tabac, les jouets, les explosifs et les cosmétiques. La liste n'est pas exhaustive.

433. De plus, le 23 juin 2011, le Parlement a voté à une large majorité (615 voix pour contre seulement 21 abstentions), **la directive relative aux droits des consommateurs renforçant ces droits dans le domaine des contrats à distance et hors établissement**. Cette directive accentue les exigences de transparence des prix et instaure des mesures pour stimuler la confiance des consommateurs européens[2062].

434. L'Union européenne n'a donc pas de cesse de peaufiner et de renforcer son mécanisme de protection juridique et institutionnel des consommateurs de SIEG et de l'ensemble des citoyens européens ; *Wait and see*...

Conclusion générale

435. **Marché commun[2063], conception européenne de la concurrence et du service public (SIG[2064], SIGNE[2065], SIEG[2066] …), des moyens d'atteintes des objectifs de l'Union européenne, une Union axée sur l'humain et non pas contre l'humain citoyen européen** – Huit labyrinthes ont été parcourus représentant huit chapitres pour essayer de comprendre la notion de services d'intérêt économique général dans le droit européen général. Le parcours du labyrinthe ou mieux de l'ensemble des labyrinthes n'a absolument pas été aisé. Chemin faisant et surtout tenant compte de notre fil d'Ariane ou fil conducteur, le nombre des labyrinthes s'est finalement précisé. Nous en avons trouvés que huit, ce n'est pas beaucoup comme chiffre mais pas non plus « beaucoup trop petit » à nos yeux car d'autres que nous pourront en déceler plus ou moins de trésors cachés dans d'autres labyrinthes des temps ordinaires[2067] du droit, tout dépend de ce que la princesse Ariane et son pelote leur indiqueront.

436. **Dans le domaine des SIEG, la clef de voûte est la concurrence au service de l'intérêt général (article 106-2 FUE)** – Comprendre la notion de SIEG a très vitre permis à l'analyse de découvrir à la fois le caractère incontournable et la nature bénéfique de l'applicabilité des règles de la concurrence dans le domaine des services publics ou services d'intérêt général dans le vocabulaire européen. Le taux d'imprégnation des règles de la concurrence dans ce domaine est purement et simplement au dessus de la normale si tant est que, la normalité serait d'appliquer de temps à autre, les règles européennes de la concurrence. Il nous semble que le professeur Pierre-Yves Monjal, bien avant nous l'a parfaitement bien compris et résume la réalité de manière remarquablement très précise : « **ne pas appliquer le droit européen de la concurrence c'est encore appliquer le droit de … l'Union** »[2068] (C'est nous qui le soulignons).

437. Dès lors, l'analyse conclut que la logique ou le mécanisme de l'application des règles européennes de la concurrence dans le droit des SIEG est identique à ce qu'affirme ainsi, le professeur Pierre-Yves Monjal. Ceci ayant déjà été maintes fois soulignées dans toutes la recherche, nous le rappelons pour y insister puisque ne le dit-on pas que la répétition est pédagogique. Sous les tropiques africains, l'on soutient même que c'est du manque de viande dans une sauce qu'il faudrait se plaindre dans la mesure où sont excès ne saurait nuire sauf à celui qui en consomme coup sur coup en une seule fois, la totalité. Mais ce type de « viande », l'application des règles de la concurrence au service des objectifs de l'Union européenne (article 7 TFUE) qu'a trouvé le professeur Pierre-Yves Monjal n'est pas nuisible à la compréhension de la notion de SIEG.

438. **SIEG, une notion définissable et axiologique du modèle social Union européen** – L'analyse a démontré un changement de catégorie de la notion de SIEG par rapport à l'intérêt général qualifié floue, indéfinissable[2069] mais « épine dorsale »[2070] et « âme »[2071] du droit public français. Parce qu'il n'est pas sain qu'une notion fondamentale du droit ne puisse pas être définit et ne soit connue qu'à l'occasion d'un procès[2072], l'analyse fait échapper la notion de SIEG à la catégorie des notions juridiques à ne pas définir mais à constater[2073] en proposant une définition. Souhaitons donc à notre modeste proposition de rencontrer la faveur des exigences de la noble discipline juridique. Nous l'avons proposé en nous fondant sur le fait que toute définition est « libre » puisqu'il s'agit d'une opinion, découlant de la liberté de penser de d'exprimer. Seulement cette liberté de formulation s'arrête à la porte de l'épreuve du temps et des faits comme le souligne le Doyen Duguit[2074]. Cette épreuve est redoutable car ne s'accoutume pas de complaisance. En attendant que ces deux facteurs révélateurs de la pertinence et de la solidité ou des faiblesses de notre construction ne fassent et n'achèvent leur mise à l'épreuve, poursuivons nos propos conclusifs.

439. **Applicabilité des règles de la concurrence dans le marché commun intérieur**

intégré européen et dans les SIEG, une même logique : dérouler, dérouler, rembobiner puis ré-dérouler – L'analyse du régime juridique de la notion des SIEG a été le second point focal de la recherche. Il a été l'occasion dans un premier temps de mettre en exergue le fait que les droits européens des marchés en général et, tout particulièrement dans l'un de ses pans qu'est le marchés publics des services – SIEG s'y retrouvent souvent –, en nous inspirant de la clef de lecture susmentionnée dégagé par le professeur Pierre-Yves Monjal, les règles européennes de la concurrence y sont inévitables. Mais elles s'y appliquent de manière hasardeuse ou par une navigation à vue.

440. Un invariant a été dégagé dans leur application : **les laisser se dérouler tout le temps, rembobiner juste un tout petit peu suivant la conjoncture socio-économique de l'État membre où si les pouvoirs publics en vertu des termes de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 CE) décident souverainement de définir, d'organiser et financer des missions de SIEG dans le cadre de l'exception de « *in house* »**[2075]. En revanche, le « rembobinage » des règles du droit européens de la concurrence doit rester, dans le cadre juridique des SIEG, une exception puisqu'il est le fruit d'une dérogation comme l'indique le paragraphe 2 de l'article 106 TFUE (ex-art. 86 TCE §2), ce n'est pas le principe. Cette dérogation au demeurant très encadrée, n'est pas et ne doit pas être l'occasion de réaliser dans le droit des SIEG, une amputation inadmissible du droit des règles de la concurrence dont l'application est un gage de protection des intérêts des consommateurs finaux des missions de SIEG qui réside dans le duo inséparable ou le diptyque « plus de qualité à moindre coût ».

441. **Des trésors cachés supplémentaires de l'étude de la notion de SIEG** – En incluant la découverte de la clef de lecture de l'application des règles de la concurrence dans les SIEG précédemment rappelée, **un premier des trésors cachés supplémentaire a lui été découvert en 1964**, lors de la célèbre affaire fondatrice du principe de primauté en droit européen, *« Costa c/ Enel »*[2076] précité plusieurs fois par l'analyse. En effet c'est à l'avocat général français de la CJCE , Maurice Lagrange que revient la première fois lecture exacte des dispositions de l'article 90-2 CEE de 1957 devenu article 86-2 TCE en 1997, puis aujourd'hui 106 TFUE. En guise de rappel, l'Avocat général français Maurice Lagrange souligna que l'article 90 CEE posait d'abord un principe, celui de l'application des règles de la concurrence

aux SIEG. Mais que ce principe était assorti immédiatement d'une exception que justifie seulement le fait que leur application empêche « en droit ou en fait, l'accomplissement des missions qui leur sont assignées »[2077]. Le développement doctrinal postérieur à l'entrée en scène des dispositions de l'article 86-2 TCE à partir du traité d'Amsterdam se doit donc de restituer aux conclusions Maurice Lagrange cette primeur dans la compréhension exacte des dispositions de l'article 86-2TCE .

442. **Le deuxième trésor** mis au jour par la recherche est le fait que pour construire un définition de la notion de SIEG, il fallait nécessairement connaître les déterminants socio-juridico-démocratiques qu'elle mobilisent.

443. Puis, **un troisième** a aussi été découvert, il s'agit des vertus protectrices du régime juridique des SIEG. Même si nous admettons la perfectibilité de la protée protectrice du régime juridique des SIEG à l'égard des opérateur économique chargés de prester les missions de SIEG et des consommateurs finaux qui en bénéficient, force est de reconnaître que ledit régime est doté véritablement d'une telle portée. Elle n'est pas négligeable, loin s'en faut. Pour les consommateurs, leurs protections par le régime juridique des SIEG réside nous l'avons démontré dans le mécanisme du duo inséparable qui est la double exigence d'une qualité de service toujours élevée presté dans une logique compétitive avec la finalité d'un prix bas possible même dans un contexte monopolistique comme c'est le cas de la fourniture des services d'électricité, de gaz et de transport urbain ou interurbain. Ces services faisant souvent l'objet d'une prestation fournie dans le cadre d'un réseau de SIEG, le maintien de ce duo est vital pour la protection des intérêts des consommateurs finaux. Mais ce duo doit muter vers une triplette : « service de qualité toujours élevée + compétitivité + évaluation avec les usagers-consommateurs citoyens et résidents des pays-membres ».

444. Atteindre cette triplette ne devrait pas pour encore longtemps rester une vue de l'esprit, elle doit devenir nécessairement une réalité attenante au régime juridique des SIEG. Comment, la recherche n'a pas pu se consacrer à y répondre car cela n'était pas son objet. C'est donc une piste d'approfondissement possible en d'autres occasions…

445. Le **quatrième trésor** supplémentaire découverts est que le « projet européen de

société » qui lors du traité d'Amsterdam a été déclaré comme s'articulant autour du service public ou services d'intérêt général en droit européen, a connu la précision de son vecteur principal à travers le protocole 26 dit « sur les SIG » annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européen ou TFUE. Ce protocole faisant la part belle aux SIEG les a positionné comme les « moteurs » de l'élaboration et de la mise en œuvre du « projet européen de société ». Il est a souligné avec force que contrairement à une opinion repandue et politiquement entretenue, ni l'UE ni son droit dont découle celui des SIEG ne sont déshumanisants. Bien au contraire, dans le cadre des SIEG, la CJUE, acteur juridictionnel de la construction des droits et de l'Union européenne a réussir brillamment dans les jurisprudences précitées « Paul Corbeau » de (1993) et « Commune d'Almelo » à réconcilier deux logiques d'emblée inconciliables[2078] que sont le service public et la compétitivité. C'est dans le droit des SIEG que s'est réalisée cette réconciliation qui avec les correctifs nécessaires à envisager dans le nouveau « paquet Almunia » ne sera plus fragiles.

446. Le **cinquième et derniers trésors** mis au jour est que l'Union européen, ses institutions, son droit général, sa hiérarchisation judiciaires et son fonctionnement, sont *sui generis* et rebelles à tout enfermement dans les catégories juridiques préexistantes. C'est une réalité indiscutable et une formule imagée permet de mieux s'en rendre compte comme celle que monsieur Edgard Morin en donne par « **contrairement à l'insecte, l'Europe n'a pas le programme préalable de sa transformation, elle n'a pas de système central qui la gouvernerait. La métamorphose est inachevée. Nous ne sommes ni chenille ni libellule. Nous sommes encore dans la chrysalide. L'Effort décisif reste à faire** »[2079] (C'est nous qui le soulignons). En revanche, cette construction qui à terme donnera une unité « *sui generis* » c'est ce qu'il faudrait en espérer, a une histoire partie de l'époque des lumières où certains illustres penseurs par prémonition peut-être l'avait déjà comprise comme une entité à naître. Le fait que la construction européenne soit le fait du droit ne saurait guère surprendre l'observateur de l'histoire des peuples européens qui révèle qu'un jus commune a existé entre eux même si depuis la citoyenneté athénienne et grecque, aucune citoyenneté aussi unificatrice de différents peuples européens n'a été expérimenté comme depuis le traité de Maastricht de 1986, l'UE donne au monde entier de voir s'accomplir la « citoyenneté des peuples » non plus un peuple de citoyens étatisés comme le droit constitutionnels classique

français s'en est accommodé. Et, partant du fait que pour nous, c'est à juste titre que Le baron de Montesquieu ait pu affirmer que les « Lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ; à quoi l'on ajoute que dans ce sens tous les Etres ont leurs lois, la divinité à ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieurs à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs règles lois, l'homme a ses lois »[2080] (C'est nous qui les soulignons).

447. **L'édifice de l'Union européenne étonne et déconcerte la pensée classique de la science juridique** – Suivant la logique de cette pensée de Monsieur de Montesquieu, l'Union européenne en créant ses lois propres lois – elle en a le droit –, mêmes axées sur les règles de la compétitivité qu'elle seule est en train de réussir à « humaniser » en les socialisant à travers les SIEG, n'a pas finit d'étonner. Elle donnera aux juristes de voir à terme, dans le droit des SIEG, un nouveau *Jus commune* européen car qui d'autre que l'UE a réussit à travers son œuvre jurisprudentielle susvisée, à réconcilier des deux logiques condamnées par une certaine pensée humaine à ne pas pouvoir faire bon ménage : intérêt général et règles de la compétitivité. ***L'article 106-2 TFUE est le gage juridique de cette conciliation dans le cadre des SIEG***.

448. **Dans l'Union européenne, la Cour de justice n'est pas que la bouche de la loi prôné jadis par Montesquieu, elle est une co-constructrice de l'édifice** – La CJUE, institution judiciaire de l'UE a changé cette donne par une surprenante construction faite de deux jurisprudences (« *Paul Corbeau*[2081] » et « *Commune d'Almelo* »[2082] précitées. Que la l'Union européenne dans sa construction générale, dans son droit globalement pris et singulièrement dans celui des SIEG et dans son fonctionnement fasse preuve d'ingéniosité et d'imagination pour rester, quel mal y aurait-il à cela ? Il n'y en a pas à nos yeux surtout que « l'imagination gouverne le monde ! » selon Napoléon Bonaparte et « l'Europe est le seul rêve encore possible »[2083] même si nous convenons avec E. Husserl cité par le professeur Denys Simon que « Le plus grand danger de l'Europe est la lassitude »[2084] .

pp.9,10-11 de la Défense de l'Esprit des Lois paru à Genève en 1750.

449. **Assurément, d'autres importants trésors restent enfouis dans le terreau fertile et fertilisant du droit des marchés publics et des services publics européens** – Dans une thèse, il serait prétentieux d'avoir exploré tous les aspects de son sujet y qui compris tous ceux qui lui sont connexes. Notre parcours ou recherche n'a pu identifier seulement que huit labyrinthes des jours ordinaires des droits européens. D'autres, plus nombreux, restent à découvrir et à explorer. Souhaitons que nos esquisses de quelques centaines de pages de propositions de solutions de lecture et de compréhension, qui dorénavant pourraient être considérées comme notre modeste contribution au droit des SIEG puisse, réussir le défi qu'il s'est imposer : susciter d'autres réflexions qui soient plus constructifs et des plus approfondies de ce droit complexe mais fascinant. Il est en construction et donc offre plusieurs possibilités de théorisation et de systématisation à la doctrine universitaire qui en a le secret.

450. **Protection juridique des consommateurs de SIEG, diamant existant à parfaire** – À ces six trésors enfouis dans les labyrinthes du droit des SIEG, l'on pourrait ajouter la protection des consommateurs par le droit des SIEG, un diamant encore imparfaitement poli découvert dans l'étude du régime juridique de cette catégorie particulièrement économique de l'intérêt général. En droit européen, l'intérêt général est désigné par le concept de service d'intérêt général (SIG), un grand ensemble de service public en droit de l'UE. Cet ensemble englobant met au jour, la pluralité de l'intérêt général regroupée en « valeurs communes » ou intérêts communs de l'UE. La notion d'intérêt général s'avère donc impropre à la saisie abstraite du « communs » en droit des SIEG dans la mesure où l'économie de l'ensemble du droit de l'UE indique plusieurs type d'intérêt général, partant, la notion que la science juridique s'accorde à reconnaître protéiforme y est plurielle.

451. Le commun de l'UE au sens de valeurs commune, peut être politique (politique commune de l'UE de la gestion des frontières extérieures ou FRONTEX, politique commune UE en matière agricole, pêche, …), juridique, culturel voire économique comme le marché

intérieur UE intégré à la suite du traité de Maastricht[2085].

452. **Le Commun de l'UE, notion perdue en cours redécouverte dans les SIEG** – Au plan juridique, le commun ou valeur commune renvoi à plusieurs services d'intérêts qui se regroupe principalement en deux catégories en fonction de leur économicité ou non. Ainsi, le SIG nous suggérons que ce droit retienne l'intérêt commun comme l'ensemble des intérêts généraux (économiques et non économique). L'Europe est de ce fait davantage une Europe du commun à valeurs d'intérêts généraux qu'elle ne l'est de l'intérêt général comme l'affirme madame Déborah Lassale[2086]. C'est dans ce commun des SIG que se déploie une protection de l'usager des SIEG à juste titre dénommés consommateurs de des services prestés dans ces missions d'intérêt général.

453. **Le consommateur de SIEG bénéficie de tous les privilèges élaborés par le droit de la consommation et se trouve dans une position plus confortable que celle de l'usager du service public franco-français** – L'usager du SP français ne bénéficie pas forcément des privilèges de protection aménagés par le consumérisme. Mais lorsqu'il devient consommateur des SIEG, il est d'abord bénéficiaire de service d'intérêt général de qualité presté à prix compétitif, un gain non négligeable. Il est également protégé par le régime juridique des SIEG et cette protection, objet de nos développements du chapitre 1er du titre 2 de la deuxième partie, ne nous semble qu'insuffisamment valorisée par l'ensemble de la doctrine du droit de l'UE.

454. Il est vrai qu'à l'instar de toute œuvre humaine, la protection des consommateurs de SIEG est perfectible et, devrait s'enrichir d'une conception européenne de la réparation intégrale en matière de réparation de préjudice subit à l'occasion des SIEG. Le consommateur

des SIEG gagnerait aussi que le droit des SIEG établisse une taxinomie des réparations des préjudices subis afin que la réparation en Allemagne ne soit pas sensiblement différente de celle qu'aurait son homologue en Roumanie, en Pologne ou en France. Surtout s'il s'agit d'un dommage, sur tous les points identique.

455. Mais ces compléments à la réparation du préjudice subis du fait du SIEG n'enlèvent rien à la qualité actuelle de la protection que le régime juridique des SIEG offre aux consommateurs de cette catégorie de SIG.

456. **La doctrine savante française du droit européen, source significative de conceptualisation** – Nous terminons nos remarques conclusives par une réflexion qui résulterait d'une combinaison de pensées nourricières des professeurs Claude Blumann et Pierre Yves Monjal, Michael Karpenschif et de monsieur Stéphane Rodrigues. À l'instar des écoles du service public de Toulouse (Doyen Léon Duguit) et de Bordeaux (Doyen Maurice Hauriou), et le temps d'une école européenne[2087] du service d'intérêt économique général

semble être arrivé comme l'a suggéré monsieur Stéphane Rodrigues. Mais les résultats des constructions théoriques sur la notion de SIEG ne doivent pas manquer leur cible, celui d'être un service rendu au public formé par des « usagers-consommateurs finaux » de plus en plus exigeants à associer à l'évaluation des services prestés dans les SIEG. Ce ou ces constructions théoriques doivent être accessibles et lisibles par les pouvoirs publics des Etats membres à qui comme l'estime le professeur Michael Karpenschif, que « sous quelques réserves, finalement peu nombreuses, le paquet Almunia [tout comme les découvertes de cette

457. école soient] (vite apprivoisé par les Etats et très vite utilisés) [afin de maintenir] les objectifs de simplification et de clarification des règles applicables au financement des SIEG ; preuve, une fois n'est pas coutume, que les ambitions législatives annoncées ne sont pas nécessairement des chimères »[2088]. Cela sera bine dommage que de telles avancées dans le régime juridique des SIEG restent chimériques pas la faute d'une inutilisation ou d'un mauvais usage qui ici reviendrait au même.

458. **Tenant compte de l'ensemble des développements de cette étude, l'on peut retenir que l'Union européenne est remarquablement une œuvre du droit** – Le concept juridique de SIEG qui s'est progressivement mué en une notion juridique sous l'action conjointe et non concurrentielle de législateur européen (Conseil et Parlement), de la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne dont la belle illustration en a été donné par les précisions jurisprudentielles de la notion de compensation de service public sous la forme d'une aide d'Etat et les reprécisions voire distanciation et retour de la Commission européenne indique l'acte déclencher de la construction du droit des posé par les rédacteurs de l'article 90 CEE du Traité CEE de Rome (1957) pouvait être poursuivi par d'autres acteurs du droit de l'UE. Il est aussi vrai, cette œuvre intellectuelle juridique de la construction du droit des SIEG, s'est pas opérée et encore, se poursuivra par le même mécanisme de structuration par le droit, c'est du moins notre souhait. Quelques heurts ont été

constatés entre les acteurs du droit des SIEG mais cela n'a pas affecté l'œuvre, fort heureusement.

459. Il y donc eu quelques divergences parfois majeures et peut-être il en aura encore. Ce fut le cas lorsqu'il est arrivé que la Commission se distancier dans un premier temps de la conception d'une notion, avant de s'y référer par la suite de manière claire et précise, signant ainsi son alignement sur l'éclairage conceptuel opéré de manière très pédagogique par les sages du plateaux Luxembourgeois de Kirchberg. L'arrêt *Altmark Trans (2003)* et le paquet *Monti-Kroes* ou « *paquet Altmark* » (2005), en est une illustration frappante. Mais il s'est agit en réalité d'heurts intellectuels constructifs et non pas destructeur, de l'œuvre du droit des SIEG dont le processus de construction se poursuit toujours.

460. **Parlement européen, véritable protecteur des consommateurs citoyens européens en général et tout particulièrement, ceux des SIEG** – Dans les remarques conclusives de sa thèse de doctorat soutenue en 2002, couronnée par la médaille du Sénat français, M. Nicolas Clinchamps affirme qu'« au final, le droit parlementaire de l'Union européenne semble voué à un bel avenir, dans la mesure où le Parlement européen est incontestablement l'institution montante du système juridique de l'Union européenne. Progressivement, il devient le Parlement de tous les citoyens européens. Bénéficiant seul de la légitimité populaire directe, il est en passe de « légiférer » dans des domaines de plus en plus importants, en lieu et place des parlements nationaux. (…) Dans ce contexte, le Parlement européen, représentant les citoyens européens, se profile plus que jamais comme un moteur de la mutation constitutionnelle du droit communautaire et de l'émergence d'un État supranational »[2089]. C'est ce Parlement qui a gagné en importance depuis la thèse de M. N. Clinchamps qui, se pose aujourd'hui en véritable défenseur des consommateurs-citoyens européens, sans aucune exception et donc également des prestations de SIEG. En effet, sur le fondement juridique des articles 114 et 169 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité FUE), le Parlement européen arrête avec le Conseil, des mesures visant une large protections des consommateurs européens. Ainsi est-il qu'aux termes de l'article 114 TFUE, « sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité

économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »[2090].

461. Les mesures de protections des consommateurs prises, sur cette base juridique couvrent plusieurs domaines : la santé, la sécurité[2091] générale et les intérêts (économiques et juridique) sur l'entièreté du territoire de l'Union et en dehors, lorsque les citoyens européens voyagent ou achètent à l'étranger. Les mesures de protections prises par le Parlement et le Conseil concernent également les transactions physiques, l'e-commerce ou commerce électronique[2092], les produits particuliers dont les médicaments, l'épineux domaine des organismes génétiquement modifiés, les produits dérivés du tabac, les jouets, les explosifs et les cosmétiques. La liste n'est pas exhaustive.

462. De plus, le 23 juin 2011, le Parlement a voté à une large majorité (615 voix pour contre seulement 21 abstentions), **la directive relative aux droits des consommateurs renforçant ces droits dans le domaine des contrats à distance et hors établissement**. Cette directive accentue les exigences de transparence des prix et instaure des mesures pour stimuler la confiance des consommateurs européens[2093]. L'Union européenne n'a donc pas de

cesse de peaufiner et de renforcer, son mécanisme de protection juridique et institutionnel des consommateurs de SIEG et de l'ensemble des citoyens européens ; *Wait and see*...

463. **Inexistence de la pensée unique dans la coconstruction du droit des SIEG par la CJUE et la Commission européenne** – Cette affirmation est étayée par l'environnement de l'intervention de l'arrêt CJCE *Altmark*[2094] de 2003. Dans la période précédent la décision de la Cour de justice dans cette espèce, la Commission a indiqué que peu lui importait la décision à venir de la CJCE, elle retiendra « quelles que soit l'évolution de la jurisprudence sur les compensations de service public, il est établi que les éventuelles surcompensations sont susceptibles de constituer des aides d'Etat. Il est donc important de préciser les méthodes de calcul des compensations afin d'éviter les surcompensations »[2095].

464. Par la suite, en 2005 la Commission reprendra à son compte, les critères Altmark en précisant que « l'article 6 impose aux États membres de procéder à des contrôles réguliers afin de s'assurer que les entreprises ne bénéficient pas d'une compensation excédant le montant déterminé conformément à l'article 5 (avec toutefois des dispositions qui, au lieu d'exiger un remboursement immédiat, autorisent le report sur l'année suivante d'un montant limité de surcompensation). Il convient de préciser que ces conditions d'applicabilité se fondent sur les trois premiers critères Altmark, en fournissant quelques détails supplémentaires sur leur application pratique. La décision sur les SIEG ne contient toutefois aucun équivalent de l'exigence définie par le quatrième critère Altmark, qui porte sur la sélection du prestataire de SIEG par une procédure de marché public ou par une analyse comparative de ses coûts par rapport à ceux d'une entreprise moyenne bien gérée »[2096].

465. Cette épisode est tout simplement probante de l'inexistence de la pensée unique et

d'un quelconque dictat de la Commission ou de la CJCE dans le droit des SIEG au sujet d'un concept et/ou d'une notion juridique du droit des SIEG. De telles situations permises par le silence ou la vacuité volontaire ou involontaire (?) du législateur UE, offre une excellente opportunité d'une coconstruction du droit européen des SIEG. Il s'agit d'une attitude créatrice du droit que l'on pourrait espérer voir s'entendre à divers pans de l'ensemble du droit européen Madame le professeur Maryse Deguergue a bien indiqué que dans le domaine du droit de l'UE, il reste encore des cathédrale à construire, peut-être qu'il serait possible de relier en nuançant légèrement ce constat par le remplacement de la cathédrale par la basilique, œuvre plus grande et plus exigence au palan architecturale demandant plus d'expertise que l'on rechercherait aussi bien dans la doctrine universitaire malheureusement trop inerte voire absente des importants débats conceptuels du droit européen. Aussi il est-il que l'analyse oserait espérer quelle ne manque pas le rendez-vous de la construction du modèle social européen qui nécessairement exigerait des bases doctrinales solide à identifier ou à tout simplement construire par innovation théorique comme les développements consacrés à la réflexion sur ce projet social européen ont essayé de poser comme une nécessité de l'oeuvre intellectuelle.

466. Doctrine universitaire, jurisprudence et œuvres juridiques dans le droit des SIEG, une participation à la redécouverte et au renforcement du Commun UE perdu à retrouver – L'analyse a souligné la coconstruction du droit des SIEG par la CJUE et la Commission européenne à l'occasion de la mise en place du paquet Monti-Kroes de 2005 en s'inspirant de la jurisprudence Altmark de la CJCE de 2003. Même si des juristes savants français sont cité par la Cour de justice : les professeurs Claude Blumann, Denys Simon, Pierre-Yves Monjal … l'analyse considère que l'apport conceptuelle universitaire française est en deçà de qu'elle pourrait offrir. Si la doctrine se refuse de jouer le jeu, elle ne pourra que constater à ses dépens, son crime de non assistance à une œuvre conceptuelle du modèle social qui de ce fait serait en danger d'une difficile voire impossible conciliation des logiques de sociétés différentes qui s'exprime parfois dans la mise en place du « COMMUN » de et dans l'Union. Comment unir les postions tranchées dans la gestion des crises de l'UE comme celle de la Grèce qui donna l'occasion de comprendre que pour l'Union européen allemand, peu importe la manière dont la faute survient, le peuple dont les leaders politique commette une turpitude devrait en assumer les conséquences car *no turpitudinem allegans* dit la célèbre formulation latine contractée en *nemo auditur* selon laquelle, nulle ne saurait se prévaloir de ses propres turpitudes.

467. À cette position que l'on pourrait considérer assez salée pour le peuple grec s'opposait celle de la France qui va plutôt dans le sens d'une solidarité existentielle en faveur de l'allègement de ce peuple de citoyens européens. Si une cette opportunité pouvait être saisie par la doctrine universitaire comme lui offrant l'occasion de théoriser une nouvelle conception juridiquement centrée de la solidarité au sein de l'UE, le modèle social pourrait être l'un des plus innovant et démontrerait l'esprit humain encore capable de repousser ses limites conceptuelles et la science juridique dans son ensemble pourrait y trouver la raison de la réalisation de son aggiornamento.

468. **Il reste des basiliques à construire en droit européen et le droit des SIEG est toujours en chantier** – Un apport théorique et donc de la doctrine juridique dans l'édification de l'entièreté de l'Union européenne serait fortement apprécié dans la mesure où les domaines des SIEG et le nouveau chantier à ouvrir – élaboration du modèle social Union européen – en bénéficieraient assurément. C'est à la doctrine de magnifier et mettre au service du modèle social Union européen, les philosophies socio-politiques et les vertus structurante et dynamisante du droit et de la vie social de et dans l'Union européenne. Le professeur Georges Ripert a parfaitement démontré que le droit a des forces créatrices[2097]. Seule la doctrine juridique saura les mettre au service de l'édifice Union européen par sa puissance conceptrice déjà démontrée en France depuis l'arrêt *Blanco*[2098] du Tribunal français des conflit de 1873. A la suite de ce célèbre arrêt, le droit administratif et du service public français sont nés par des constructions doctrinales avec d'illustres jurisconsultes dont : les professeurs Léon Duguit, Maurice Hauriou, Gaston Jèze, Jacques Chevallier Didier Truchet, Didier Linotte, … pour ne citer que quelques uns.

469. **Le temps de l'Ecole du service d'intérêt général du Traité CEE de Rome de 1957 n'est-il pas venu ?** – Depuis 1997, l'entré en jeu des dispositions de l'article 86 § 2 CE qui permet de s'apercevoir véritablement de la logique ci-dessus indiquée des SIEG et l'érection de ces missions d'intérêt général spécialement économique en « valeurs communes » de l'Union, les pièces du puzzle du modèle social européen se mettre en place l'une après l'autre parfois de manière quelque peu accéléré par les événements socio-politique

qui révèle qu'il faudrait « plus d'union »[2099] dans l'Union européenne ». Pour y parvenir, la voie du droit reste privilégiée. Le droit des SIEG et la notion de SIEG offre des arguments difficilement négligeables parce qu'ils peuvent constituer le soubassement du modèle social de l'UE. Notre plaidoyer en faveur de l'élaboration d'un projet social européen axé sur le droit de l'UE en général et singulièrement centré sur le droit des SIEG y trouve son fondement. Il nous semble que le droit est incontournable dans une Union européenne démocratique où tous les États membres sont des Etats de droit.

470. **Pour un apport doctrinal à la démonstration de la position axiologique du modèle social Union européenne des SIEG consacrée par les articles 14 TFUE et le Protocole numéro 26 sur les services d'intérêt général** – Dans sa seconde partie, la recherche a exploré ce que l'on pourrait dénommer les « vertus » du régime juridique des SIEG longtemps passées sous silence par la doctrine : protections juridiques offerte aux acteurs et consommateurs des prestations de SIEG et position axiologique du modèle social Union européenne des SIEG consacrée par les articles 14 TFUE et le Protocole numéro 26 sur les services d'intérêt général qui nous semble contenu dans la notion même de SIEG ou pour le moins en découler fonctionnellement. Sur cette position axiologique des SIEG dans le modèle social Union européen, le plaidoyer de l'analyse va dans le sens de faire en sorte que l'Union reste une œuvre du droit. Construite par le droit des traités (Traités CECA, EURATOM et CEE), l'édifice Union européen se maintient par le droit comme l'ensemble des œuvres du professeur Claude Baumann en droit communautaire et européen donne à le comprendre et à l'espérer. À la suite des remarquables contributions à la systématisation doctrinale du droit de l'Union consignées, par le professeur Claude Blumann dans son manuel de droit matériel de l'Union[2100] devenu un classique du droit européen ; oserions-nous espérer que la contribution de la doctrine universitaire du droit de l'UE à l'élaboration du projet social de l'Union soit aussi savante et significative.

471. **Vers une Ecole Union européenne de service d'intérêt général avec point focal, les SIEG** – L'analyse adhère à l'idée qu' « au-delà de la remise en cause de certaines formes d'entreprises, on s'aperçoit que les institutions communautaires privilégie la gestion déléguée

des services publics, avec une attribution de la mission d'intérêt général après mise en concurrence – même si la Commission se garde d'en faire un modèle absolue ». L'arrêt *Höfner*[2101] de 1991 de la CJUE, en précisant la notion d'entreprise dans le cadre des SIEG jette un pavé dans la marre tranquille des conceptions bien ancrées dans leurs traditions juridiques des Etats membres. Dès lors, l'on peut bien penser que **depuis la décennie 1997, les développements des deux parties de la recherche permettent de postuler en faveur de la création d'une Ecole Union européenne du service public qui pourrait avoir la dénomination choisie par ses auteurs.** Il s'agit à nos yeux, d'un rendez-vous avec l'histoire de l'Union européenne à ne pas manquer, surtout qu'à l'analyse du droit européen, il est difficile de ne pas adhérer à la formule du professeur Maryse Deguergue, « il reste des cathédrales à construire »[2102]. Parmi ces dernières, nous suggérons l'élaboration du modèle social européen sous la doctrine universitaire. Accédera-t-elle à notre requête ? *Wait and see*…

472. **En droit des SIEG comme dans plusieurs domaine des droits de l'Union européenne, « il reste des cathédrales à construire »**[2103] – Enfin dans une Union européenne encore dans son « chrysalide » selon monsieur Edgar Morin suscité, que Jürgen Habermas voudrait plus « fédéral », où « **ne pas appliquer le droit européen de la concurrence c'est encore appliquer le droit de … l'Union** »[2104] comme le souligne le professeur, Pierre-Yves Monjal, le tout soit qu'elle reste une œuvre du droit qui se maintienne par le droit comme l'ensemble des œuvres du professeur Claude Baumann en droit communautaire et européen donnent à le comprendre et à l'espérer. Surtout qu'à l'analyse du droit européenne, il est difficile de ne pas adhérer à la formule du professeur Maryse Deguergue, « il reste des cathédrales à construire »[2105].

[illegible]

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

1- Quelques ouvrages majeurs

1. ATIAS (C)., *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p.15.
2. BARRAUD (B), *La recherche juridique, Sciences et pensées du droit*, Collection : Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2016, 550p
3. BAUBY (P), *Service public, services publics*, 2e ed., Paris, *La documentation française*, 2016
4. BEAUCHARD (J), *Droit de la distribution et de la consommation*, P.U.F., Coll. Thémis, 1re éd., 1996,
5. BEAUD (O), « Doctrine » in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p.388
6. BEAUD (O), « Doctrine », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche 2003
7. CARBASSE (J.-M), " Professeurs à la faculté de Droit ", in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003
8. CHAGNY (M), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse Paris I, 2 tomes, Dactyl., 2002
9. CHEVALLIER (J) et LOCHAK (D.), *Science administrative, Tome I, Théorie générale de l'institution administrative*, L.G.D.J., 1978
10. CHEVALLIER (J), *L'élaboration historique des principes de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., Bibliothèque du Droit Public, 1970.
11. CHEVALLIER (J), Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, C.U.A.P.P., P.U.F., 1978, pp.12-45., spéc. p.12.
12. CHEVALLIER (J), *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol.1, C.U.R.A.P.P., PUF, 1978
13. COOMUNIER (J.-M), *Droit fiscal communautaire*, Bruylant, 2001
14. CORNU (G), « Aperçu de la pensée juridique française contemporaine », Annales de l'Université de Poitiers 1960, n°1
15. CORNU (G). (dir), *Vocabulaire juridique*, dernière édiction mise à jour, Association Capitant, Collection Grands dictionnaires, Paris, QUADRIGE/PUF, 2011
16. CORNU (G)., « Linguistique juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p.953
17. DELORS (J), *L'Unité d'un homme. Entretiens avec Dominique Wolton*, Paris, Odile Jacob, 1994
18. DUDOUIS (L.), BLUMAN (C)., *Droit matériel de l'Union européenne*, 7e éd., Coll. : Domat, Paris, LGDJ., Lextenso éditions, 2015, pp.675-712.

19. DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel – Tome deuxième : la théorie générale de l'Etat – Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3e éd. , De Boccard, 1928

20. EISENMANN (C), *« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique »*, Archives de philosophie du droit, tome XI, 1966.

21. FABRE-MAGNAN (M) *Droit des obligations 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3e édition mise à jour, coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2013.

22. FRISON-ROCHE (M.-., *Le modèle du marché, in Droit et esthétique, A.P.D.*, Tome 40, Sirey, 1995,

23. FRISON-ROCHE (M.-A), *Le modèle du marché, in Droit et esthétique*, *A.P.D.*, Tome 40, Sirey, 1995

24. FRISON-ROCHE (M.-A), *Le modèle du marché, op.cit.*, spéc. n°10.

25. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, Berger-Levrault, Nancy, 1904, 1ère édition, 167p.*

26. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, Tome 2 : La notion de service public – Les individus du service public – le statut des agents public,* ouvrage paru en 1930 chez Marcel Giard, libraire éditeur et réédition avec la préface de S. Salon et J.-C Savignac, Paris Editions Dalloz, 2004,

27. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif, Tome 3 : Le fonctionnement des services publics*, ouvrage paru en 1926 chez Marcel Giard, libraire éditeur et réédition : G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif, Tome 3 : Le fonctionnement des services publics*, préface Pascale Donod, Paris Editions Dalloz, 2011, 519p.

28. GAUDEMET (V. Y.), *Les méthodes du juge administratif*, Bib. De Dr. Public, L.G.D.J. 1972, p.37

29. GAUDEMET (V. Y), *Les méthodes du juge administratif*, Bib. de Dr. Public, L.G.D.J., 1972, p.37

30. GENY (F), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.I , LGDJ, 1954 (cité par O. BEAUD, « Doctrine » in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p.388)

31. HAMONIAUX (T), *L'intérêt général et le droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2001

32. HAYEK (F V) : *La route de la servitude*, PUF, 2e éd., 1993

33. IDOT (L), Éditions de l'Université de Bruxelles, 3e éd., 2007,

34. JEZE (G) *L'influence de L. Duguit sur le droit administratif français*, A.P.D.S.J, 1932, n°s 1-2

35. KELSEN (H), *La théorie pure du droit*, 2e éd. traduction Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962,

36. KELSEN (H)., *La théorie pure du droit*, 2e éd. traduction Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962,

37. KITERI (G.), *Le droit civil européen*; préface de Jean-Pierre Marguénaud, Bruxelles-

Larcier, 2008, 1 Vol, 674p ; Spclt. : pp.326-327

38. L. DUGUIT, *L'Etat les gouvernant et les agents*, Editions Albert Fontemoing, en 1903, 774p. Réédition : L. Duguit, préface de F. Moderne, Paris, Editions Dalloz, 2005, 774p.

39. LALLEMENT (M), « La construction sociale de l'échange », in *Sciences Humaines*, H.S. n°3 nov.-déc. 1993

40. M. HAURIOU *Principes de doit public*, ouvrage paru en 1910 aux éditions Sirey. Réédition : M. HAURIOU, *Principes de droit public*, préface O. BEAUD, Editions Dalloz, 2010, 734p. Spécialement : pp493-496

41. M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, Librairie de la société du Recueil SIREY, 1921, p.25-33. `

42. M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit de la régulation, D., 2001, Chr., pp.610-616.

43. M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit de la régulation, D., 2001, Chr., pp.610-616.

44. MASSIGLI (R), La langue française dans la vie diplomatique, une langue diplomatique in *La Revue de Paris 1958*, 65e année

45. MONJAL (P.-Y) , *Droit européen des collectivités locales*, LGDJ Lextenso édition 2010, 202p.

46. MONJAL (P.-Y), *Droit européen des collectivités locale*, Paris, L.G.D.J. Lextenso éditions, 2010,

47. MONTESQUIEU, *l'Esprit des lois*, Paris, éditions « L'intégrale », Seuil, 1964, livre XI, chapitre 20 : « Fin de ce livre ».

48. P. PESCATORE Dans D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Editions A. Pedone, Paris 1981.

49. ROUVRIÈRE (F), *« Itinéraire de la recherche en droit – Qu'est qu'une bonne thèse ? »,* conférence à la faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 10 janv. 2012

50. SIMON D., *L'interprétation judiciaires des traités d'organisations internationales : Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, éditions A. Pedone, Paris, 1981.

51. SMITH (A), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, trad. Germain Garnier, Paris, Guillaumin et Cie, 1859, livre I, chapitre 1 ; livre IV, chapitres 2 et 9, p.337

52. SMITH (A), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, trad. Germain Garnier, Paris, Guillaumin et Cie, 1859, livre I, chapitre 1 ; livre IV, chapitres 2 et 9.

53. SOUTY (F.) , *La politique de la concurrence aux États-Unis*, Coll. : Que sais-je ? Paris, PUF, 1995, pp.103-112.

54. T. PAINE, (1737-1809, intellectuel pamphlétaire).

55. TANGUY (Y.), *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, Péf. J.-Cl. HELIN et Y. PRATS, L.G.D.J., Bibliothèque de science administrative, Tome X, 1979, p.223.

56. VEDEL (G,) *Les parties politiques ou l'écoles de la démocratie*, *Revue française de science politique*, 1951/Vol1, n°4

2- Quelles thèses de doctorat très utiles à la recherche

1. CHAGNY (M), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse Paris I, 2 tomes, Dactyl., 2002
2. D. LINOTTE, *Recherche sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactyl. Bordeaux, 1975, non publiée.
3. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Eta*t, thèse de doctorat d'Etat, n°268, Université Paris II Assas, 1975
4. MADDALON (P)., *La notion de marché dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, thèse de doctorat, Préface Alain Fenet, Coll. : Bibliothèque de droit public tome 253, Paris, L.G.D.J., 2007
5. MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse de doctorat, Sous-Collection : Bibliothèque de droit privé, tome 411, Paris, L.G.D.J., 2004
6. MONJAL (P.-Y), *Recherches sur la notion de hiérarchie des normes en droit communautaire*, Collection Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 112.
7. N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public,* thèse de doctorat, Paris, Torino, Budapest
8. S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe, Énergie, postes, télécommunications et transports*, Thèse de doctorat, Paris, Editions TEC&DOC, 2000, pp.487-490
9. SIMON (D), *Le système juridique communautaire*, PUF, 3e éd., 2001

3- Quelques colloques largement explorés

1. BARREAU (C.-T), Le rôle du droit de la concurrence en droit communautaire, in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Coll. : Res Publica, Presses universitaires de Rennes, 2015.
2. COOMUNIER (J.-M), *Droit fiscal communautaire*, Bruylant, 2001
3. L. IDOT, Remarques conclusives in *Colloque sur la place du droit de concurrence dans le future ordre juridique communautaire, Bruxelles, 8 Novembre 2007*, *Revue Concurrences* n°1-2008/Colloque/
4. SMITH (A) in CADIHON (F) & COSTE (L) (dir), *L'Europe des XVIIe et XVIIIe siècles : textes et documents*, Pessac : Presses universitaires de Bordeaux, 2008.

4- Revues, ouvrages collectifs et mélanges réellement mobilisés

1. REMICHE (B), Droit économique, marché et intérêt général, in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? *MELANGES G. FARJAT*, Paris, Ed. Frison-Roche, 2000

2. MELANGES CL. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, Sur la notion de marché, v. égal. J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation,* P.U.F., Coll. Thémis, 1ère éd., 1996,

3. MAINGUY (D), *Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé, J.C.P., Cahiers de Droit de l'entreprise*, 2000, n°3, pp.1-4, spéc.n°4, p.2.

4. FRISON-ROCHE (M.-., *Le modèle du marché, in Droit et esthétique, A.P.D.*, Tome 40, Sirey, 1995,

5. STEINER (P), « Le marché selon la sociologie économique » in *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLIII, 2005

6. PICOD (Y), *Rapport introductif, in Droit commun des obligations, R.T.D. com.*, 1998.

7. *A Rememberence of Law and Economics at Chicago 1932-1970*, in Journ. L. & Econ., avril 1983, p.163.

8. POSNER (R. A)., The Chicago School of Antitrust Analysis, *Univ. Of. Penn. L. Rev.*, 1979/127, p.931.

9. IDOT (L), « Europe et concurrence : le grand malentendu », Europe, 8-9/2005, Repères, p.3.

10. RIEM, (F)« Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *Revue internationale de droit économique* (2008/1 t. XXII, 1).

11. CHANTELAT (P), La Nouvelle Sociologie économique et le lien marchand : des relations personnelles à l'impersonnalité des relations, in *Revue française de sociologie*, 2002,

12. LALLEMENT (M), « La construction sociale de l'échange », in *Sciences Humaines*, H.S. n°3

13. PRIETO (C), « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.*, 2006, p.1603, n°2.

14. PRIETO (C), « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *JCP (G)*, 21 mars 2007, I, 132.

15. STEINER (P), « Le marché selon la sociologie économique » in *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLIII, 2005

16. FRISON-ROCHE (M.-A)., Le droit de la régulation, D., 2001, Chr., pp.610-616.

17. STEINER (P), « Le marché selon la sociologie économique » in *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLIII, 2005

18. JEANNOT (G)., « Services publics : l'usager, le client, le consommateur », *Urbanisme* n° 307, 1999

19. RIEM (F), *Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil*, De Boeck Supérieur, Revue de droit économique, 2008/1 t.XXII,

20. CHANTELAT (P) La Nouvelle Sociologie économique et le lien marchand : des relations personnelles à l'impersonnalité des relations, in *Revue française de sociologie*, 2002

21. CHAMPAUD (C), « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985,

22. de LEYSAC (L), « Concurrence et compétition », *D.* 2004, p.1723

23. FEIX (M). « Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne – Essai de généalogie des principes », Editions du Cerf, *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011/4 n°267, pp.59-70. DOI 10.3917/retm.267.0059.

24. DELORS (J), *L'Unité d'un homme. Entretiens avec Dominique Wolton*, Paris, Odile Jacob, 1994

25. BARREAU (C.-T), Le rôle du droit de la concurrence en droit communautaire, in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Coll. : Res Publica, Presses universitaires de Rennes, 2015, pp.15-40

26. MASSON (R.T). & P. D. *Qualls Editors, Essays on insdustrial Organization in Honor of Joe. Bain*, Cambridge, Ballinger, 1975

27. BAIN (J.S). cité par SOUTY (F)., *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, Coll. : Que sais-je, p.104.

28. IDOT (L), *L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ?*, J.D.E n°142 du 8/2007, pp.225 et ss.

29. BOUTAYEB (Ch)., *« Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire »*, R.T.D. eur., 2003.

30. REMICHE (B) Droit économique, marché et intérêt général, in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? MELANGES G. FARJAT, Paris, Ed. Frison-Roche, 2000, 587p., spéc., pp.253-260

31. FRISON-ROCHE (M.-A)., *Le modèle du marché, in Droit et esthétique, A.P.D.*, Tome 40, Sirey, 1995, pp.286-313

32. LEITAOS-MARQUES (M.-M.) , *Le droit économique entre l'Etat et le marché, in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20e siècle*, Mélanges Cl. CHAMPAUD, Dalloz, 1997,

33. BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation,* P.U.F., Coll. Thémis, 1ère éd., 1996,

34. MAINGUY (D), *Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé, J.C.P., Cahiers de Droit de l'entreprise*, 2000, n°3, pp.1-4, spéc.n°4, p.2.

35. CHAGNY (M), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse Paris I, 2 tomes, Dactyl., 2002, spéc. n°553 et ss., pp.506 et ss.

36. PICOD (Y), *Rapport introductif, in Droit commun des obligations, R.T.D. com.*, 1998, pp.1-5, spéc. p.1

37. FRISON-ROCHE (M.-A), Le droit de la régulation, D., 2001, Chr.

38. SMITH (A.), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, trad. Germain Garnier, Paris, Guillaumin et Cie, 1859, livre I, chapitre 1 ; livre IV, chapitres 2 et 9, p.337

39. SMITH (A.) in CADIHON (F) & COSTE (L.) dir), *L'Europe des XVIIe et XVIIIe siècles : textes et documents*, Pessac : Presses universitaires de Bordeaux, 2008, 1 vol, 441p. spéc., p.337.

40. DONY (M) (dir), « Contrôle des aides d'État », *Commentaire Mégret,*

41. MOZOL (P.), Administration / Citoyens – Les conseils de jeunes de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté : entre classicisme et futilité(s) de la participation, in *La Semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales n°35*, 4 septembre 2017, 2009

42. FAURE (B) *Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales : bonnes raisons, fausses solutions ?* : AJDA, 2009, p. 859

43. MARCOU (G), *Rapport du Comité Balladur : les bonnes pistes et les fausses pistes : RLCT*, mars 2009, n° 44, p. 91

44. MOZOL (P) , *Rapport du comité Balladur : quelles perspectives de réforme des collectivités locales ?* : JCP A 2009, étude 2070

45. VERPEAUX (M) , *Le rapport Balladur sur la réforme des collectivités locales, des raisons et des solutions* : RFDA 2009, p. 407.

46. PORTIER (N.) , L'intercommunalité au tournant *in J.-C.* NEMERY, *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales ? : L'Harmattan,* GRALE, 2010, p. 130.

47. MOZOL (P)., Collectivités territoriales – Les compétences rôle joué par les collectivités territoriales dans la conduite de l'action publique locale ? – Etude, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 2*, 10 Janvier 2011, 2013.

48. TROPER (M), *Le réalisme et le juge constitutionnel*, Coll. : Nouveau Cahiers du Conseil, Cahier du conseil constitutionnel n°22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel) – Juin 2007, publié le 10/11/2016.

49. VEDEL (G), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », in Marshall (T.) (éd.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, La Garenne-Colombes, Éditions de l'Espace européen, 1992

50. KOPELMANAS (L).: *RDP* 1955

51. JEANTET (F.-C).: *RDP* 1955

52. REY (A) « Polysémie du terme définition », in *La définition*, ouvrage collectif du centre d'Études du lexique, Larousse, coll. Langue et langage, 1990.

53. IDOT (L.), Aides d'État-Notion d'entreprise – Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 juin 2017, *Congregació de Escuelas Pìas Provincia Betania*, Aff. : C-74/16, ECLI :EU :C :2017 : 496. *Revue Europe n° 8-9*, Août 2017, comm. 313.

54. DEBARD (T)., LE BAUT-FERRARÈSE (B)., NOURRISSAT (C)., *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, 2e édition enrichie et mise à jour, Paris, Ellispes Editions Marketing, 2007, p.130

55. RODRIGUES, (S). Les services d'intérêt général (SIG) : quelles perspectives pour les services publics en Europe? - Conclusions in P.-Y. MONJAL, Les services d'intérêt général (SIG) : quelles perspectives pour les services publics en Europe? *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n°570, 2013.

56. COLARD-FABREGOULE (C)., *Les contours de l'intérêt général en droit international public, in « Liber Amicorum Darcy, Détours juridiques : le praticien, le théoriciens et le rêveur »,* pp.71-96

57. LEITAOS-MARQUES (M.-M)., *Le droit économique entre l'Etat et le marché, in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20e siècles*, Mélanges Cl CHAMPAUD, Dalloz, 1997

58. MAINGUY (D.), *Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé, J.C.P., Cahiers de Droit de l'entreprise*, 2000, n°3, pp.1-4, spéc. n°4, p.2.

59. SIMON (D)., « L'intérêt général vu par les droits européens », allocution de la journée d'étude L'intérêt général, norme constitutionnelle, Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris 1, 6 octobre 2006. Actes publiés : L'intérêt général, norme constitutionnelle, sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, Dalloz, 2007».

60. CHEVALLIER (J.), Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, C.U.A.P.P., P.U.F., 1978, pp.12-45., spéc. p.12.

61. KOVAR (R). & CONTINESCO (V). cités par C.-T. BARREAU, Le rôle du droit de la concurrence en droit communautaire, in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Coll. : Res Publica, Presses universitaires de Rennes, 2015, pp.15-40

62. C.-T. BARREAU, Le rôle du droit de la concurrence en droit communautaire, in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Coll. : Res Publica, Presses universitaires de Rennes, 2015, pp.15-40,

63. C.-T. BARREAU, Le rôle du droit de la concurrence en droit communautaire, in P. HASSENTEUFEL, S. HENNION-MOREAU (dir), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Presses universitaires de Rennes, 2003, pp.15-40

64. J.-Y CHEROT *AJDA* 20 mars 1996, p.172.

65. IDOT (L.) « Les SIEG et les règles de la concurrence » in J.-V. LOUIS & S. RODRIGUES (*dir*), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2006, p.45,

66. MAITREPIERRE (A). & BARBIER DE LA SERRE (E) .in PINGEL (I), (dir) *De Rome à Lisbonne Commentaire Article par article des traités UE et CE*, 2e éd. Paris, Dalloz, 2010, p.739

67. MONJAL (P.-Y), *« Ne pas appliquer le droit de la concurrence c'est encore appliquer le droit de ... de l'Union»* in J.-C MASCLET, *« La Constitution, L'Europe et le Droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet Liber amicorum discipulorumque »* Travaux de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Coll. De Republica-11, Paris, Publication de la Sorbonne, 2013, pp.743-804.

68. MADDALON (P), *« Paquet Altmark : quelle sécurité juridique ? »*, Conc. Cons., 2006, n°4, étude 5.

69. IDOT (L.), *« Le paquet de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : « codification » de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission ? »* Europe, octobre 2005, focus n°75.

70. BERNARD (E), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010,

71. SIMON (D.), *« L'interprétation des notions juridiques floue : dérive ou déviance de la normativité ? »* in DUBOUIN (C)., (dir), Dérives et Déviances, Paris, Le Publieur, 2005

72. GENY (F.), *« Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif »*, Paris, A. Chevallier-Marescq, 1899, p.XI.

73. COLIN (J.-P)., *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, Paris 1966

74. JEZE (G), *L'influence de L. Duguit sur le droit administratif français*, A.P.D.S.J, 1932, n°s 1-2.

75. KARPENSCHIEF (M), « A qui profitent les incertitudes ? Retour sur la décision de la Commission du 28 novembre 2005, *JCP* éd° A, n°52, 26 décembre 2005

76. MADDALON (P), « Paquet Altmark : quelle sécurité juridique ? » con. Cons. cons. 2006, n°4, étude 5

77. IDOT (L.), *« Le paquet de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : « codification » de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission ? »* Europe, octobre 2005, focus n°75.

78. KALFLÈCHE (G). &. SORBARA (J.-G), *Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté*, Europe n°6, Juin 2012, étude 7, Revue Europe, Paris, Revues JurisClasseur, LexisNexis, 2012

79. *« Le paquet de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : « codification » de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission ? »* Europe, octobre 2005, focus n°75.

80. [illegible]

5- ***Bibliographie la plus mobilisée***

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

101.

*6 - **Dictionnaires et ouvrages divers***

1. BALIBAR (S), *Je casse de l'eau et autres rêveries scientifiques*, Editeur, LEPOMMIER, 2008
2. BISSARDON (S), Guide du langage juridique, vocabulaire, pièges et difficultés, 3e éd., Paris, LexisNexis Litec, 2009
3. BISSARDON (S), *Guide du langage juridique, Vocabulaire*, pièges et difficultés, LexisNexis Litec, 3e éd., Paris 2009
4. BISSARDON, (S) *Guide du vocabulaire juridique Vocabulaire, pièges et difficultés*, 3e édition, LexisNexis Litec, Paris, 2009
5. CABRILLAC (R) (*dir*) *Dictionnaire juridique 2015*, Paris, Litec LexisNexis, 2014, p.205
6. CABRILLAC (R), (dir), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2012*, Paris, LEXISNEXIS, 2011
7. CABRILLAC (R), *Dictionnaire du vocabulaire juridique de 2012*
8. CORNU (G) & H. CAPITANT, Vocabulaire juridique, 7e édition, Paris, QUADIGE/PUF, 1987
9. CORNU (G) Association Henri Capitant (dir), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., Paris Quadrige-PUF, 2014

10. CORNU (G), Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 11e éd., Paris, PUF, 2016,
11. DEBRE (M), Discours du 27 août 1958 devant le Conseil d'Etat, Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la Ve République, Edition mise à jour au 1er mars 1998. Textes rassemblés par Didier MAUS, Coll. « Retours aux textes », La documentation française.
12. DESCARTE (R) (1596-1650), *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, date de publication 1637. Ou encore l'édition de 1881
13. DESCARTES (R-, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences, 1 vol. (IV-123p), Paris, Edition V. Palmé, 1881, éditeur scientifique : Antonin Rondelet (1823-1893).*
14. GUICHARD (S), DEBARD (T), *Lexiques des termes juridiques*, 22e édition 2014-2015
15. GUINCHARD (S.) & DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques*, 20e éd. 2013, Paris, Dalloz, 2012,
16. GUINCHARD (S) & DEBARD (T), Lexique des termes juridiques 2014, Paris Dalloz, 2013, p.424)
17. GUINCHARD (S) & T. DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques 2016-2017,* Paris, Dalloz, 2016,
18. GUINCHARD (S), DEBARD (T) (dir), *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Paris, Dalloz, 2016
19. GUINCHARD (S), DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques*, 20e éd., Paris, Dalloz, 2013
20. JEANGÈNE WILMER (J.-B)., *Cogito, ergo sum : induction et déduction*. Archives de Philosophie, 2004, 67 (1).
21. KENNEDY (J. F). (Président des USA) Discours devant le Congrès en 1962.
22. LE PETIT ROBERT, *Nouvelle édition millésime 2014*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2013
23. *Les Carnets de Joseph JOUBERT*/ Joseph JOUBERT ; textes recueillis sur les manuscrits autographes par André BEAUNIER ; Préface de Mme André BEAUNIER et de M. André BELLESORT.
24. MONJAL (P.-Y), *Termes juridiques européens*, coll. Glossaire, Paris, Gualino éditeur-EJA, 2006
25. MONJAL (P.-Y)., *Termes juridiques européens*, Collection Glossaire, Paris, Gualino éditeur, 2006, p.86
26. REY-DEBOVE (J) & REY (A) (dir) *Le Petit Robert 2014*, Paris, Ed. Le Robert, 2013, p.1347
27. REY-DEBOVE (J) & REY (A), *Nouvelle édition du Petit Robert de Paul Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2017
28. ROLAND (H), Lexique juridique Expressions latine, 5e éd. Paris LexisNexis Litec, 2010
29. ROLAND (H), *Lexique juridique Expressions latines*, 5e éd., Paris LexisNexis Litec, 2010
30. ROLAND (H), *Lexique juridique, Expressions latine*, Coll. Objectif droit dictionnaire, 5e éd. Paris LexisNexis Litec, 2010
31. ROSENSTIEHL (P), *Le labyrinthe des jours ordinaires, Librairie du XXIe siècle*, Paris, SEUIL, 2013
32. SERRES (P) *Le livre des proverbes chinois*, Collection Sagesse de l'Orient, Paris, édition Presse du Châtelet, 2009
33. SERVET (J-M) (dir), *Idées économiques sous la révolution – 1789-1794*,Lyon, PUL, 1989
34. SERVET (J-M), Les monnaies du lien, Lyon, PUL, 2012
35. TESTU (F.-X), in ALLAND (D) & RIALS (S) (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1e éd., Paris, QUADRIGE/LAMY-PUF, 2003
36. ZOLA (E) in Le Petit Robert 2014, Paris, Nouvelle édition millésime 2014, p.2508

*7- **Sources tirées du droit primaire***

Article 106 § 2 TFUE.
article 106 TFUE
Article 14 TFUE

Article 14 TFUE
Article 14, traité CEE Rome 1957.
Article 2 TCEE
Article 2 Traité CEE de Rome 1957.
Article 2 TUE.
Article 3 TFUE.
Article 3 TUE.
Article 3 TUE. Remplace en substance l'article 2 TCEE abrogé.
Article 43 TCE
Article 49 CE
Article 5 précité du traité CEE.
Article 5 Traité CEE de Rome de 1957.
Article 8 TFUE
article 90 CEE
Article L.464-2 du Code français de commerce.
articles 18 et 101 à 109 TFUE
articles 7 et 85 à 94 CEE
Protocole numéro 26 sur les SIG adossé aux traités UE et TFUE
TFUE, Protocole 26 sur les services d'intérêt général, JOUE C-115 du 9 mai 2008, p.308.
Traité (article 43 du traité CE).
Traité CECA signé à Paris, le 18 avril 1951
Traité CEE, article 37 alinéa 1er.

8- Jurisprudences

TPI

1. TPIY, 2 oct. 1995 *arrêt Procureur c/ Dusko Tadic,* cas n°IT-94-1, ch. d'app., affaire relative à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence.

TRIBUNAL DES CONFLITS

2. TC, 8 février 1873, Blanco, 1er supplt. Rec. Lebon p.61
3. TC 22 janvier 1921 *Arrêt Société commerciale de l'Ouest africain dit arrêt du Bac d'Eloka*, Rec. Lebon p.91
4. Tribunal des Conflits (TC) 22 janvier 1921 *Arrêt Société commerciale de l'Ouest africain dit arrêt du Bac d'Eloka*, précité
5. Tribunal des conflits (TC), 22 janvier 1921 - *Société commerciale de l'Ouest africain*, affaire dite *arrêt Bac d'Eloka,* Rec. Lebon p.91.
6. TC, 22 janvier 1921, *arrêt Bac d'Eloka*, n°00706, Recueil Lebon
7. TC, 4 juillet 1983, Gambini : JCP 1984, II, 20275, concl. Labetoulle.

COUR DE CASSATION FRANCAISE

8. Civ. 2e chambre, 21 Juillet 1982, *arrêt Desmarres*, pourvoi n°81-12850, GAJC, T.2, comm. N°211-213.
9. C.Cass, Civ., 2e , 17 janv. 2013, n°12-12.158 ; Voir notamment T. confl., 26 juin 2006, n°06-03.499,

Conseil d'Etat

10. C.E. 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, S. 1907, 3 Conclusions Romieu, pp.23-25 et spéc. p.24.

11. CE, 1912, *Société des granites porphyroïdes des Vosges*, n°30701, Recueil Lebon
12. CE 6 févier 1903, Arrêt *Terrier*, Rec. 94, concl. Romieu (D. 1904.3.65, concl. Romieu ; S. 1903.3.25, concl. Romieu, note Hauriou ; AJ 2003.153, art. D. Costa) ; GAJA.
13. CE 6 févier 1903, *Arrêt Terrier*, Rec. 94, concl. Romieu (D. 1904.3.65, concl. Romieu ; S. 1903.3.25, concl. Romieu, note Hauriou ; AJ 2003.153, art. D. Costa) ; GAJA.
14. C.E., Ass. 18 juillet 1973, Ville de Limoges, Rec., p.530 ;
15. C.E. Sect.., 16 décembre 1994, Polytechnique des Minguettes, Re. Dr. Santit. Soc., 1995, p.288, concl. De C. VIGOUROUX
16. C.E. Sect., 9 juillet 1997, *Rec.*, p.300 ; *D.*, 1998, pp.317-321, note E. DREYER.
17. C.E 12 décembre 1997, *Rev. Dr. adm.*, février 1998, Chr., n°4, Concl. J.-H. STAHL.

COUREDH

18. *CEDH, Neumeister c./ Autriche, 27 juin 1968*
19. CEDH, Cour plénière, *Handyside c/ Royaume Uni*, 7 décembre 1976, points 48-50
20. CEDH, Cour plénière, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976
21. CEDH, Cour plénière, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976 ; Requête n°5493/72.
22. CEDH, *Arrêt Golder* du 21 février 1975, série A n° 18, pp. 21-22, par. 45).
23. *CEDH, Axen c/ Allemagne, 8 décembre 1983*, série A n°72
24. *CEDH, Häkansson c./ Suède, 21 février 1990*, série A n°171-A.
25. *C.E.D.H., Werner c. Autriche, 24 novembre 1997*, Recueil 1997-VII, § 45.
26. CEDH : CEDH, *Werner c./ Autriche, 24 novembre 1997*, Rec. 1997-VII, § 45
27. CEDH, Cour plénière, *Handyside c/ Royaume Uni*, précité, points 48-50
28. CourEDH 2000, *arrêt Kudla c/ Pologne*, requête n°30210/96
29. CEDH, *Kress c/ France* du 7 juin 2001
30. CourEDH, 21 nov. 2001, Arrêt *« Al Adsani c. Royaume-Uni »,* requête n°35763/97 :
31. CourEDH, Sect. 30 nov. 2005, arrêt *Moldovan et al. c/ Roumanie,* requêtes n°s 41138/98 et 64320/01
32. CourEDH, Sect. 2, du 24 juillet 2012, *arrêt Yerme c/ Turquie*, requêtes n°3434 ; CourEDH, 24 juillet
33. CourEDH, 2012, *arrêt Sarp Kuray c/ Turquie*, requête n° 23280/09.

CJUE

34. CJCE, 21 juin 1978, précitée et la deuxième, CJCE, 19 janvier 1993, aff. C-89/91, *arrêt Shearson Leghman Hutton*, Rec. 1978 I-183.

35. CJCE, 21 décembre 1954, *France c/Haute autorité CECA*, 1/54
36. CJCE 21 décembre 1954, *France c/Haute Autorité CECA*, 1/54, Conclusions, p.54.
37. CJCE 5 février 1963, *Arrêt Van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, Affaire 26-62.
38. CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec.p.1.
39. CJCE, 5 février 1963, *Arrêt Van Gend en Loos*, Aff. 26-62.
40. CJCE, 5 févr. 1963, Van Gend en Loos, aff. 6/64
41. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, Aff. 6-64, Rec. 1964-01141.
42. CJCE, 15 juillet 1964, arrêt *Costa c/Enel,* Rec. 1964-01141
43. CJCE, 15 juillet 1964, *Arrêt Costa c/ Enel,* Affaire 6-64.
44. CJCE, 14 juillet 1971, *Arrêt Ministère public luxembourgeois c/ Mme Muller.*
45. CJCE, 14 juillet 1971, *Arrêt Ministère public luxembourgeois c/ Mme Muller.*
46. CJCE, 14 juillet 1971, *Arrêt Ministère public luxembourgeois c/ Mme Muller.*
47. CJCE, 14 juillet 1971, *Arrêt Muller*, Aff. 10/71, *Rec.* de la jurisprudence 1971, p.00723.
48. CJCE, 14 juillet 1971, *Arrêt Muller*, Aff. 10/71, *Rec.* de la jurisprudence 1971, p.00723.
49. CJCE, 14 juillet 1971, *Arrêt Muller*, Aff. 10/71
50. CJCE, 21 mars 1974, *Arrêt BRT c/SABAM*, Aff. 127/73, Rec. CJCE p.313.
51. CJCE, 30 avril 1974, *Arrêt Giuseppe Sacchi*, Aff. 155/73.

52. CJCE, 30 avril 1974, *Arrêt Giuseppe Sacchi*, Aff. 155/73, p.I-432
53. CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, Aff. 155-73, *Rec. :* 1974-00409
54. CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, Aff. 155-73, *Rec. :* 1974-00409.
55. CJCE, 30 avril 1974, *Arrêt Giuseppe Sacchi Aff. 155/73*, Rec. de la jurisprudence 1974, p.409
56. CJCE, 30 avril 1974, *Arrêt Sacchi*, *Affaire* 155/73
57. CJCE, 30 sept 1975 *Arrêt Anita Cristini c/SNCF*, Affaire 32/75, Rec. p.1085. Voir point 2 des conclusions de l'Avocat général Alberto Trabucchi où il formule sa requête susvisée. Spécialement, Rec. p.1097
58. CJCE 16 décembre 1975, *Suiker Unie et autres c/Commission*, aff. Jointes : 40 à48, 50,54 à 56, 111, 113 et 114/73, Rec., 1975 - 01663.1663. Point 174 de l'arrêt
59. CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, affaire 106/77, Rec. CJCE 1978
60. CJCE 9 mars 1978 *Arrêt Administration des finances de l'Etat c/ Société anonyme Simmenthal*, Aff. 106/77, Rec. jurisprudence CJCE 1978 p.00629
61. CJCE, 21 juin 1978, aff. 150/77, *arrêt Bertrand*, Rec. CJCE, I, p.1431
62. CJCE, 12 octobre 1978, *Arrêt Commission c/Belgique*, Aff., 156/77, Rec. CJCE.p.1881.
63. CJCE 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, Aff. ; 120/78, Rec. : 1979-00649.
64. CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, Aff ; 120/78, Rec. : 1979-00649 :
65. CJCE, 20 février 1979, *Rewe c/ Bundesmonolverwaltun für Branntwein [dit Cassis de Dijon]*, aff. 120/28, Rec.1979, p.00649
66. CJCE, 25 mars 1985, *Arrêt British Telecom,* Aff., 41/83, Rec. CJCE. p.873
67. CJCE, 4 mai 1988*, Arrêt Corinne Bodson*, Aff. 30/87, Rec.1988.p.02479
68. CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Siber Line Reisbüro*, 66/86
69. CJCE, 11 avril 1989, *Arrêt Ahmed Saeed Flugreisen (Silver Line),* Affaire 66/86, Rec. CJCE p.803
70. CE, 20 oct. 1989, *arrêt Nicolo*, n°108243, Recueil Lebon.
71. CJCE, 23 mars 1991, *Arrêt Höfner et Elser c/ Macrotoon*, Aff. C-41/90, Rec. CJCE p.I-1979
72. CJCE, 23 mars 1991, *Arrêt Höfner et Elser c/ Macrotoon*
73. CJCE 23 mars 1991, *Arrêt Höfner et Elser c/ Macrotoon*, Aff. C-41/90, Rec. CJCE p.I-1979
74. CJCE, 23 avril 1991, Höfner, Aff. C-41/90, point 21 ; Rec., p.I-1979
75. CJCE, 23 avril 1991 *Höfner et Elser*, Affaire C-41/90, Rec. I-1979, point 12, question n°4
76. CJCE, 23 avril 1991, *Arrêt Höfner et Elser*, Affaire C-41/90, Rec. I-1979, point 21
77. CJCE, 23 avril 1991, Höfner, C-41/90
78. CJCE ,10 décembre 1991, *Arrêt Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli, Aff. C-179/90,* Rec. CJCE p.I-5889.
79. CJCE, 17 février 1993, *Arrêt Poucet et Pistre*, Affaires jointes, C-59/91 et C-160/91, point 7, Rec. CJCE p.I-0037
80. CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, Aff. C-320/91, Rec. 1993 I-02533.
81. CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau,* Aff. C-320/91, Rec. 1993 I-02533.
82. CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, Aff. C-320/91, Rec. : 1993 I-02533.
83. CJCE 19 mai 1993, *Arrêt Paul Corbeau,* Aff. C-320/91, Rec. CJCE, p. I-2533.
84. CJCE, 19 mai 1993, *Arrêt Corbeau*, Affaire C-320/91, Rec. CJCE p.I-2533
85. CJCE 23 octobre 1993, *Arrêt Commission c/France*, Aff. C-159/94, Rec. I-5815, point 55, Europe 1997, comm. 380, obs. F. BERROD.
86. CJCE 27 octobre 1993 *Lagauche e.a*, Affaires C-46/90 et 93/91, Rec. I-5267
87. CJCE, 19 janvier 1994, *Arrêt SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol,* Aff. C-364/92, Rec. 1994 I-43
88. CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/Eurocontrol*, aff. C-364/92 ; Rec.p1-43
89. CJCE, 22 avril 1994*, Arrêt Commission c/Royaume de Belgique*, Affaire C -87/94 R, Rec. CJCE, p.I-1395
90. CJCE, 27 avril 1994, *Arrêt Commune d'Almelo et a. c/ Energiebedrijf Ijsselmij*, Aff. C-393/92, Rec 1994 I-1477.
91. CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Aff. C-393/92, Rec. 1994 I-01477.
92. CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Aff. Rec.1994 I-01477.
93. CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Aff. C-393/92, Rec. : 1994 I-01477.

94. CJCE 27 avril 1994, *Arrêt Commune d'almelo et a. c/ Energiebedrijf Ijsselmij*, Aff. C-393/92, Rec CJCE, p. I-1477.
95. CJCE, 27 avril 1994, *Arrêt Commune d'Almelo*, Affaire C-393/92, Rec. Jur. 1994 page I-01477
96. CJCE, 17 mai 1994, *Arrêt Corsica Ferries Italia, Aff. C-18/93,* Rec. CJCE p.I-1783.
97. CJCE, 16 novembre 1995, *Arrêt Fédération française des sociétés d'assurances,* Aff. C-244/94, Rec. CJCE p.I-4013.
98. CJCE 18 mars 1997, *arrêt Diego Carli*, aff. C-343/95, Rec., p.I-1547, comm. L. IDOT n°160
99. CJCE, 18 mars 1997, *Diego Carli & Figli*, Aff. C-343/95 Rec. 1995 I-1547.
100. CJCE, 17 juillet 1997, *Arrêt GT-Link*, Affaire C-242/95, Rec. CJCE p. I-4449
101. CJCE, 17 juillet 1997, *Arrêt Federutility e.a c/Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Affaire C-265/08 Rec. CJCE p. I- 03377
102. CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, Aff. C-360/96, *Rec.* : 1998 I-6846 : Selon la CJCE, l'enlèvement d'ordures ménagères peut être qualifié de SIEG.
103. CJCE, 18 novembre 1999, *Arrêt Teckal*, Affaire c-107/98, Rec. I-8139.
104. CJCE, 18 novembre 1999, *Arrêt Teckal*, Aff. C-107/98, Rec. I-8140
105. CJCE 18 novembre 1999, *Arrêt Teckal*, Affaire C-107/98, Rec. I-8139
106. CJCE, 12 septembre 2000, Pavlov, aff. Jointes C-180 à 184/98, Rec. P. I-6451
107. CJCE, 20 février 2001, *Analir*, aff. C-205/99, Rec. p.I-1271
108. CJCE 13 mars 2001, Arrêt *PreussenElektra AG contre Schhleswag AG,* aff. C-379/98, Rec. 2001 I-02099; Conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS présenté le 26 octobre 2000, Rec. pp. I-2103 à I-2158.
109. CJCE, 20 sept. 2001, *arrêt Courage c/ Crehan*, aff. C-453/99
110. CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff.C-475/99, Rec., p.I-8089
111. CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff.C-475/99, Rec., p.I-8089.
112. CJCE « *Ferring* » du 22 novembre 2001, affaire C-53/00, Rec. p. I-9037, dont elle renvoie aux conclusions TIZZANO.
113. CJCE 22 novembre 2001, arrêt *Cape SNC c/ Idealservice Srl, et Idealservice Srl MN RE Sas c/ OMAI Srl*, Aff. Jointes C-541/99 et C-542/99, Rec. 2001 I-09049
114. CJCE 22 novembre 2001, arrêt *Cape SNC c/ Idealservice Srl, et Idealservice Srl MN RE Sas c/ OMAI Srl*, Aff. Jointes C-541/99 et C-542/99, Rec. 2001 I-09049
115. CJCE, arrêt du 22 novembre 2001, *Corsica Ferring* Aff. C-53/00, Rec. p. I-9037, conclusions TIZZANO
116. CJCE, 19 mars 2002, arrêt *H. Lommers contre Minister van Landbouw* dit arrêt *H. Lommers* , Aff. C-476/99, Rec. 2002 I-02891
117. CJCE, 19 mars 2002, arrêt *H. Lommers contre Minister van Landbouw* dit arrêt *H. Lommers* , Aff. C-476/99, Rec. 2002 I-02891
118. CJCE 24 juillet 2003, *Arrêt Altmark Trans,* Affaire C-280/00, Rec. p.I-7747
119. CJCE 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH dit arrêt Almark, Aff. C-280/00, Rec. 2°°3 I-07747
120. CJCE 24 juillet 2003, *Arrêt Altmark Trans,* Affaire C-280/00, Rec. p.I-7747
121. CJCE 24 juillet 2003, *arrêt Altmark*, Aff ; c-280/00, Rec. 2003 I-07747,
122. CJCE 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, Aff. : C-280/00, Rec. : 2003 I-07747
123. CJCE 24 Juillet 2003, *Arrêt Altmark Trans*, Aff. 280/00, Rec. de la jurisprudence CJCE, I-07747
124. CJCE 21 octobre 2003, *Arrêts Eran Abatay e.a et Nadi sahin* c/ Bundesanstalt für Arbeit, Affaires préjudicielles jointes C-317/01 et C-369/01. *Rec*. p.I-12301.
125. CJCE, 21 octobre 2003, *Arrêts Eran Abatay e.a et Nadi sahin* c/ Bundesanstalt für Arbeit, précités, spclt. Point 69, *Rec*. p.I-12372.
126. CJCE, 11 janvier 2005 *Arrêt Stadt Halle,* Aff. C- 26/03 , Rec. I-27
127. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, Rec. p.I-6455
128. CJCE, 22 février 2005, *Commission c/ max.mobil*, aff. C-141/02, Rec. p.I-1283.
129. CJCE du 21 juillet 2005, *Arrêt « Coname »*, Aff. C-231/03, Rec. I-7311
130. CJCE, 13 octobre 2005, *Arrêt « Brixen GmbH »*, Aff. C-458/03, Rec. I-8613
131. CJCE, 6 avril 2006 *Arrêt ANAV c/ Commune di Bari*, Aff. C-410/04, Rec. I-3303

132. CJCE, 6 Avril 2006, *Arrêt ANAV*, Aff. C-410/04, Rec. I-3311
133. CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. Jointes C-295/04 à C-298/04, Tec., 2006, p. I-6619, pt 91
134. CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. Jointes C-295/04 à C-298/04, Tec., 2006, p. I-6619, pt 91 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, aff. C-453/99, Rec., p. I-6297, pts 26 et 27.
135. CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, Rec. jur. 2007 I-10779.
136. CJCE, 3 avril 2008 *Rüffert c/ Land Niedersachen dit arrêt Rüffert*, aff. C-346/06, Rec. jur. 2008 I-01989
137. CJUE, 28 janvier 2010, Commission c/France, aff. C-333/08, non publié au Recueil.
138. CJUE, 20 avril 2010, arrêt *Federutility*, aff. C-265/08, Rec. 2010 I-03377
139. CJCE, 20 avril 2010, arrêt *Federutility*, Aff. C-265/08, Rec. : 2010 I-03377.
140. CJUE, 20 avril 2010, *Arrêt Federutility e.a c/Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Affaire C-265/08, Rec. I-03377.
141. CJCE 20 avril 2010 *Arrêt Federutility c/ Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Aff. C-265/08
142. CJUE, *6e ch., 21 déc. 2011, Aff. C-318/09 P, A2A*
143. CJUE, *6e ch., 21 déc. 2011, Aff. C-319/09 P, ACEA*
144. CJUE, *6e ch., 21 déc. 2011, Aff. C-320/09 P, A2A*
145. CJUE, *6e ch., 21 déc. 2011, Aff. C-329/09 P, Iride*
146. CJUE, gde ch., 5 juin 2012, aff. C-214/10 P, EDF
147. CJUE, 30 mai 2013, *Arrêt Doux*, affaire C-677/11
148. CJUE, 30 mai 2013 dite « *Dirk frederik Asbeek Brusse c/Jahani BV* »
149. CJUE, 27 juin 2017, *Congregació de Escuelas Pìas Provincia Betania*, Aff. : C-74/16, ECLI :EU :C :2017 : 496.

TPUE

150. TPICE 15 juin 2005, *Arrêt Corsica Ferries SAS*, Affaire T-349/03, Europe, août-septembre 2005, comm.n°302.
151. TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen*, aff. T-17/02, Rec. p. II-2031.
152. TPICE, 12 février 2008, arrêt *BUPA e.a. /Commission européenne*, op.cit., point 167 *in fine.*
153. Trib. UE, 13 déc. 2011, Aff. T-244/08, Konsum Nord ekonomisk Förening
154. Trib. *UE, ord., 16 déc. 2011, Aff. T-203/10, Stichting Woonpunt*

9- Sources Commission européenne (classées en fonction de la date d'intervention du texte)

1. Comm. UE, Aide d'Etat : la Commission adopte le règlement de minimis pour les service d'intérêt économique général (SIEG), Commission, Communiqué de presse du 25 avril 2012.
2. COM (2011) *9404 final,* SEC (2011) *1581 et 1582 final.*
3. COMMISSION EUROPEENNE, Décision n°2005/842/CE dit paquet « Monti-Kroes »,
4. Décision n°2005/842/CE dit paquet « *Monti-Kroes* » une bonne fortune auprès des collectivités territoriales françaises.
5. COMMISSION DES COMMUNAUTE EUROPEENNES, COM (2002) 636 final
6. Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlement (CEE) n°1191/69 et (CEE) n°1107/70 du conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p.1), cité par la Commission européenne.
7. COM (2011) *9406 final,* SEC (2011) *1581 et 1582 final.*
8. COMMISSION EUROPEENNE, Décision n°2005/842/CE, précité
9. Décision de la Commission relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2e TFUE aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général (COMM. UE, déc. 2012/21/UE, 20 décembre 2011) a donc entre autre une portée lexicale pour le droit des SIEG. (Voir : COMM. UE, déc. 2012/21/UE, 20 décembre 2011 : JOUE n° L 7, 11 janv. 2012
10. Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie,

des transports et des services postaux, JO L 134 du 30.4.2004, p.1, telle que modifiée par le règlement (CE) n°1177/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009, modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'applications en matière de procédure de passation des marchés, JO L 314 du 1.12.2009

11. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30.4.2004, p.114, telle que modifiée par le règlement (CE) n°1177/2009 de la Commission. Le présent livre vert se réfère aux dispositions de la directive 2004/18/CE, mais sauf indication contraire, il peut être entendu comme renvoyant mutatis mutandis aux dispositions correspondantes de la directive 2004/18/CE. Le terme « pouvoirs adjudicateurs » peut s'entendre comme désignant à la fois les organismes dont les marchés relèvent de la directive 2004/18/CE et les « pouvoirs adjudicateurs » au sens de la directive 2004/17/CE.
12. Directive 2004/18/CE et considérants 12 et 55 de la directive 2004/17/CE.
13. Directive 2004/18/CE et considérant 54 de la directive 2004/17/CE.
14. COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics - Vers un marché européen des contrats publics plus performant*, COM (2011) 15 final du 27.1.2011, Bruxelles, 2007
15. *COM (2011) 9380 final, SEC (2011) 1581 final et 1582 final.*
16. *COM (2011) 9380 final, SEC (2011) 1581 final et 1582 final*
17. Communication de la Commission, COM (2000) 580 final
18. COMMISSION EUROPEENNE, *Services d'intérêt général: de quoi s'agit-il et que fait l'UE pour veiller à ce que les citoyens y aient accès.* Documentation en ligne :
19. [illegible]
20. COMMISSION EUROPEENNE, *Services sociaux d'intérêt général ;* Documentation consultable en ligne : [illegible]
21. DIRECTIVE 2014/104/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 26 novembre 2014 *relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE* L349 du 2/12/2014. Voir notamment point 3 *in fine* de la Directive.
22. Comm. CE, Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, COM (2005) 672 final, 19 déc. 2005.
23. Comm. CE, Livre blanc sur les actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, (COM 2008) 165 final, 2 avr. 2008
24. COMMISSION EUROPEENNE, *Communication sur les services d'intérêt général en Europe*, n° 96/C 281/03 de 1996 , JOCE n°281/03 du 26 septembre 1996
25. COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert* sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003, COM (2003) 270 final, point 15, Bruxelles, 2003, pp.6-7.
26. Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM(2005) 672 final.
27. COMP H1FSP/ 1c (2005) A /30854D/1001.
28. COMMISSION EUROPEENNE, *20e Rapport sur la politique de la concurrence*, Document officiel de la Commission européenne, 1991, p.11 et s.
29. COMMISSION EUROPEENNE, *20e Rapport sur la politique de la concurrence*, Document officiel de la Commission européenne, 1991, p.11 et s.
30. DIRECTIVE 2014/104/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 26 novembre 2014 *relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE* L349 du 2/12/2014. Voir notamment point 3 *in fine* de la Directive.
31. DIRECTIVE 2014/104/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 26 novembre 2014 *relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en*

droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L349 du 2/12/2014. Voir notamment point 3 *in fine* de la Directive.

32. Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JO L 185 du 16.8.1971
33. Décision de la Commission, 17 décembre 1981, Navewa Anseau, JOCE 1981, n°L 167/39
34. Directive 91/440/CEE du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, JOCE 24 août 1991, n°L237/5.
35. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs. JOCE L 95/29 du 21/04/93.
36. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs. JOCE L 95/29 du 21/04/93.
37. « Encadrement » des aides d'Etat de novembre 2005 ou du paquet « *Monti-Kroes* » de 2005. Voir : COMM. *Décision 2005/842/CE ; Encadrement 2005/C 297/04 ; et Directive 2005/ 81/CE*
38. Comm. UE, *décision 2012/21/UE, 20 décembre 2011*, JOUE n° L7, 11 janvier 2012
39. Comm. UE, *décision 2012/21/UE, 20 décembre 2011*, JOUE n° L7, 11 janvier 2012
40. Comm. UE, *décision 2012/21/UE, 20 décembre 2011*, JOUE n° L7, 11 janvier 2012
41. Comm. UE, *décision 2012/21/UE, 20 décembre 2011*, JOUE n° C8, 11 janvier 2012
42. Règlement (UE) n°360/2012 du 25 avril 2012 fut adopté le de la Commission *relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt général.* Voir : JOUE L n°114 du 26/04/2012.
43. COMMISSION EUROPEENNE, SWD (2013) 53 final/2 du 29 avril 2013, Document de travail des services de la Commission : *« Guide relatif à l'application aux services d'intérêt général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, de " marchés publics " et de " marché intérieur " »*, p.20.
44. COMMISSION EUROPEENNE, SWD (2013) 53 final/2 du 29 avril 2013, *op.cit.*, p.19.
45. COMMISSION EUROPEENNE, SWD (2013) 53 final/2 du 29 avril 2013, *op.cit.*, p.17
46. COMMISSION EUROPEENNE, SWD (2013) 53 final/2 du 29 avril 2013, Document de travail des services de la Commission : *« Guide relatif à l'application aux services d'intérêt général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, de " marchés publics " et de " marché intérieur " »*, p.20.
47. Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines autres catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité. Voir : Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014, *JOUE* L 187, 26.6.2014
48. Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014, *JOUE* L 187, 26.6.2014
49. COMMISSION EUROPEENE, Communication 2012/C8/01 relative aux autorisations des aides d'Etat dans le cadre des dispositions des articles 107 et 108 du TFUE, numérotée 2012/C8/01à 04, JOUE C8 du 11 janvier 2012 (2012/C8/01)
50. COMMISSION EUROPEENNE, Décision du 20 décembre 2011 portant paquet « Almunia » précité, [notifiée sous le numéro C(2011) 9380], point 21 des considérations générales, JOUE L7 du 11/01/2012
51. DECISION 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 compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* [notifiée sous le numéro C (2005) 2673] (2005/842/CE), Journal officiel de l'Union européenne du 29/11/2005, L 312/67

10- Sources diverses

1. Article 1242 et s. du Code Civil
2. Avis du comité des régions 91e session plénières, 30 juin-juillet 2011, sur la « Réforme des règles en matière d'aide d'Etat applicables aux services d'intérêt économique général » (ECOS-V-016)
3. Circulaire du 4 juillet 2008, relative à *«l'application par les collectivités territoriales des règles de la concurrence relative aux aides publiques entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général* (SIEG) » NOR/INT/B/08/00133.
4. Code civil français, article 4.
5. Conseil d'Etat, *Intérêt général, Rapport Public*, Coll. Etudes et documents n°50 (EDCE n°50), 1999, 449p. , spéc. , p.277.
6. Conseil d'Etat, *Intérêt général, Rapport Public*, Coll. Etudes et documents n°50 (EDCE n°50), 1999, 449p. , spéc. , p.277.
7. Conseil d'Etat, *Intérêt général, Rapport Public*, Coll. Etudes et documents n°50 (EDCEn°50), 1999, 449p., spéc., p.277
8. COP21 ou la conférence de Paris du 30 novembre au 12 décembre 2015 a été l'occasion de la conclusion de l'Accord de Paris sur les changements climatiques. Signé par 195 États, cet Accord de paris visant la réduction des émissions de gaz à effet de serre est entré en vigueur le 4 novembre 2016.
9. Décision *Cons. const. déc. N°2015-510 QPC, 7 janv. 2016*,
10. GATT est l'«Accord conclu à Genève en 1947
11. *Genèse et déclin de l'Etat, A.P.D.*, Tome XXI, Sirey, 1976
12. NATIONS UNIES, CONFERENCE DES NATIONS UNIES POUR LE COMMERCE ET LE DEVELOPPEMENT (CNUCED), *Principes directeurs de l'ONU pour la protection des consommateurs* (A/C.2/54/L.24) UNCT AD/DITC/CL, New York et Genève, 2001
13. Rapport du Comité pour la réforme des collectivités locales présidé par Monsieur Édouard Balladur : Gaz. cnes, cahier détaché n° 2, 16 mars 2009. – Pour un commentaire de ce rapport, voir notamment

11- Sources webographiques :

1. ALMUNIA (J), Déclaration du 20 décembre 2011 : [illegible]
2. BAUBY (P), « Financement des services d'intérêt général : L'arrêt Altmark et le paquet Altmark » [illegible]
3. BAUBY (P), « Financement des services d'intérêt général : L'arrêt Altmark et le paquet » : [illegible]
4. C'est un proverbe arabe ou africain qui affirme que « quand on marche seul on va vite, mais quand on marche à deux on va plus loin ». (Voir : [illegible]).
5. CARREL (A) : [illegible]
6. Commission Européenne-IP/12/402 25/04/2012 : [illegible]

7. Commission européenne, communiqué de presse du 25 avril 2012 :
8. DE BEAUVOIR (S) in Mots d'auteurs, citations, bonnes phrases… :
9. Document disponible sur le site web de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé, à l'adresse :
10. ELIOT (G) *Citations diverses : authenticité* : Voir notamment : Le monde de la philo et de la poésie,
11. FRANCE, PREMIER MINISTRE, SECRETARIAT GENERAL DES AFFAIORES EUROPEENNES, Guides relatif à la gestion des services d'intérêt économique général (SIEG), p.16 Voir :
12.
13.
14.
15. L. BURGOGUE-LARSEN, *« Les Cours régionales des droits de l'homme, Conclusions pour une coopération interrégionale renforcée »* pp.2-3 :
16. LECLERC (F), Mots d'auteurs, citations, bonnes phrases… :
17. Lire l'article « Un avion forcé d'atterrir d'urgence à cause... d'un bouchon de bouteille de champagne » posté le samedi 29 août 2015 sur le site atlantico.fr : Source :
18. MIEGE (C), *« Le sport dans l'Union européenne : entre spécificité et exception ? »*, dans Etudes européennes, mars 2006, revue en ligne :
19. PORTAIL DE LETAT FRANÇAIS POUR LRES COLLECTIVITES, Définition de SIEG consultable en ligne :
20. Proverbe baoulé in Mots d'auteurs, citations, bonnes phrases…

Selon une affirmation de la banque Royale du Canada, « nous sommes tous des consommateurs » : Voir : BANQUE ROYALE DU Canada, Bulletin mensuel, Montréal Août 1952 consultable en ligne :

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION....11
I- Précisions du sujet....32
II- Objet et champ de l'analyse....54
III- Problématique....58
IV- Méthodologie....62
PREMIERE PARTIE : DEFINITION DE LA NOTION DE SIEG....71
Titre 1 : Données historiques juridiques des SIEG....74
Chapitre 1 : SIEG et de service public français de 1957 à 2012....75
Section 1 : SIEG et service français de 1957 à 2012....75
§ 1 : SIEG et service public français de 1957à 2012....78
A- 1957- 2012 : Trajectoire antagoniste SIEG et service public français....78
B- SIEG et du service public français de 1957 et 2012, que retenir ?....79
§ 2 : SIEG, un concept juridique revitalisant....86
A- La crise du servcie public français entre 1956 et 1983....88
B- SIEG, un sauvetage de service public nationaux : exemple français....91
C- Rôle du Conseil d'Etat et de la CJUE dans cette évolution....92
§3 :«Européanisation» du droit administratif français....95
Section 2 : Prisme des SIEG et apports historiques de l'Europe....96
§ 1 : Le prisme des SIEG....97
§ 2 : Passé juridique européen dans la définition des SIEG....98
A- Ancrage dans un riche passé intellectuel juridique....98
B- Six des sept « Europe » historiques dans la définition des SIEG....108
Chapitre 2 : Quelques terminologies des SIEG....117
Section 1 : Les incontournables du droit des SIEG....117
§ 1 : Principe de subsidiarité, d'égalité et SIEG....118
A- Principe de subsidiarité dans l'article 106 TFUE....118
B- Autres principes généraux du droit européen dans les SIEG....121
1- Principe d'égalité d'accès aux SIG/SIEG....121
2- Principe d'égalité et le protocole 26 du traité de Lisbonne....124
3- Principes d'égalité et de non-discrimination inséparables....125
§2 : Quelques terminologies juridiques confuses des SIEG....126
A- Terminologies du droit des SIEG....126
1-Concept d'activité économique....127
a) Activité économique et intérêt général....128
b) Activités économiques inclues....131
c) Activités économiques exclues....133
d) Impossibilité d'un listing exhaustif....134
2- L'entreprise en droit des SIEG....135
3- Notion de « fait économique » dans les SIEG....137
B- Aides d'État dans les SIEG....139

1- Aide d'État et SIEG 139
2- Compensation de SIEG 141
3- Logique compensatoire dans les SIEG 144
Section 2 : Autres paramètres définitionnels des SIEG 146
§ 1 : Autres paramètres de la définition des SIEG 146
§ 2 : Notion de SIEG, notion d'un peuple de citoyens UE 153
Conclusion partielle titre 1 160
Titre 2 : Proposition d'une définition de la notion de SIEG 162
Chapitre 1 : Déterminants juridiques de la définition des SIEG 163
Section 1 : L'intérêt général dans la définition des SIEG 164
§ 1 : Apport de l'intérêt général à la définition des SIEG 164
A- Conceptions introuvables de l'intérêt général dans les SIEG 164
B- Représentations de l'intérêt général dans les SIEG 177
§2 : SIEG une conception originale de l'intérêt général 195
Section 2 : Article 106 TFUE base de la définition des SIEG 205
§ 1 : Idéologies juridiques de l'Article 106 §2 TFUE 206
A- Idéologie des règles de la concurrence de l'article 106 § 2 TFUE 206
1- Notion de concurrence dans la définition des SIEG 206
2- Idéologie des règles de la concurrence dans les SIEG 242
B- Idéologie de la soumission des SIEG aux règles de la concurrence 254
§ 2 : Connotation idéologique de l'article 106 §3 TFUE 268
Chapitre 2 : Notre définition de la notion de SIEG 280
Section1 : CJUE et Commission dans la définition des SIEG 282
§1 : Apports de la CJUE à la définition des SIEG 282
§ 2 : Le paquet Almunia dans la définition des SIEG 288
§3 : Le faisceau d'indices de la définition la des SIEG 291
Section 2 : Notre définition de la notion de SIEG 291
§1 : Identification et non définition des SIEG 292
A- Confusion entre l'identification et la définition des SIEG 292
B- Formulation d'une définitionnelle juridique, une ascèse 301
B- Formulation d'une définitionnelle juridique, une ascèse 301
§2 : SIEG, une notion juridique à caractère opérationnel 305
§3 : Notre définition de la notion de SIEG 314
A- Analyse de trois propositions de définition des SIEG 314
1- SIEG une notion juridique définissable 314
2- Définitions de la Commission européenne et de la France 315
3- Apport conceptuel de la définition de l'IG en droit privé 320
B- Notre définition de la notion de SIEG 327
Conclusion partielle titre 2 : 330
Conclusion première partie 333

DEUXIEME PARTIE : LE REGIME JURIDIQUE DES SIEG 339
Titre 1 : Régime juridique des SIEG en 2005 et 2012 341
Chapitre 1 : Régime juridique des SIEG de 2005 342
Section 1 : Eléments textuels juridique des SIEG avant 2011 344
§1 : Article 106 TFUE fondement du droit des SIEG 344
A- L'article 90 CE (article 106 TFUE) naissance des SIEG.....344
1- Article 90 CEE : nouveau concept de service public.....345
2- Un concept imprécis de service public.....348
B- Article 86 CE : difficultés de lecture ?.....352
1- Article 86 § 1er et 3e : une lecture aisée.....354
a) Obligations imposées aux États membres 354
b) Les entreprises visées 357
2- Principe et dérogation posés par l'article 86 TCE 358
b) Le principe dégagé par l'article 106 TFUE 359
c) La dérogation au principe posé par de l'article 86 §2e CE.....363
3- Attrait du régime dérogatoire de l'article 106-2 TFUE.....365
C- Confirmation des acquis de l'article 86 CE par l'article 106 366
§ 2 : Le «paquet Monti-Kroes » 368
1- Composition du «paquet Monti-Kroes ».....369
a) Précision de la notion de COSP de SIEG 371
b) Décision dite « encadrement communautaire 2005/C de 2005 375
c) « Directive « transparence » 2005/81/CE de 2005.....381
2- Extension du « Paquet Monti-Kroes » des SIEG au SSIG.....384
a) SSIG partie intégrante du régime juridique des SIEG.....384
b) Retour des compensations dans la catégorie des aides d'État.....385
3- Forces et faiblesses du «paquet Monti-Kroes ».....386
Section 2 : Données jurisprudentielles avant 2011.....389
§ 1 : Décisions jurisprudentielles majeures de 1974 à 2003 389
A- Les arrêts CJCE « Muller » de 1971, « BRT c/SABAM » et « Giuseppe Sacchi » de 1974.....389
1- L'arrêt « Muller » de 1971 dans le droit des SIEG.....390
2- L'arrêt « Giuseppe Sacchi » et le droit des SIEG.....391
B- Les apports jurisprudentiels majeurs de la décennie 1990 392
1- Les arrêts CJCE de 1991 : Affaires « Höfner et Elser c/ Macrotron »
et « Merci Convenzionali Perto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli ».....393
a) L'affaire *« Höfner et Elser c/ Macrotron »* et le droit des SIEG 393
b) L'affaire « Merci Convenzionali Perto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli » 394
2- Les Arrêts « Poucet et Pistre » et « Paul Corbeau » 395
3- Les arrêts CJCE de 1994 : « SAT Fluggesellschaft c/Eurocontrol », ...396
« Commune d'Almelo » et « Corsica Ferries Italia » 396

4- CJCE arrêt *Fédération française des sociétés d'assurance (1995)*.....398

5-L'arrêt CJCE du 18 mars 1997 : « Diego Cali et Figli »....398

C- Les critères « Altmark » et les SIEG....401
1- Les quatre critères « Altmark » 401

a) Enoncé des critères Altmark 401
b) Altmark : « une boîte » à outil des pouvoirs adjudicateurs 403
2- Caractère cumulatif et rigidité des critères Altmark 404

a) Caractère cumulatif des critères Altmark 404
b) La rigidité des critères Altmark 404
D- La jurisprudence Altmark et le « Paquet Monti-Kroes » 405
1- Rapport Almark et « Paquet Monti-Kroes » 406

2- La double portée du rapport Almark et « *Paquet Monti-Kroes* »....415

a) Portée normative du rapport *Almark* et « *Paquet Monti-Kroes* » 415
b) « Paquet Monti-Kroes », valorisation d'Altmark....416
§2 : L'exception du « *in house* » une résistance nationale....422

A- L'exception du « in house »....422
1- Définition et principe de la gestion intégrée ou le « in house » 422

2- Aménagement et précisions jurisprudentiels du « in house » 426

a) Apport de l'arrêt ANAV....426
b) Arrêt CJCE, 19 avril 2007 « *ASEMFO* » et le régime du « i*n house* »....427
c) Apport de l'arrêt Commission c/ Italie du 17 juillet 2008....427
B- « In house » : résistance aux règles de la concurrence (?)....429
Chapitre 2 : Régime juridique des SIEG à partir de 2012 434
Section 1 : Le Traité TFUE de Lisbonne et le droit des SIEG....435
§1 : Importance de l'article 14 TFUE pour les SIEG 435

§2 : «*Lois de Rolland » européennes* » dans les SIEG 444

Section 2 : Composition et apports juridiques du « *Paquet Almunia* »....444
§1 : « *Paquet Almunia* » et Paquet « *Monti-Kroes* » 448

A- Composition du «paquet Almunia » 449
1- « La décision »....450

2- « La communication »....451

3- « L'encadrement » des aides d'Etat....452

4- « Le règlement de minimis »....452

B- Préservation des acquis « Monti-Kroes »....453
1- Valorisation des acquis du Paquet « Monti-Kroes »....453

2- Paquet « Almunia » une valeur ajoutée aux SIEG 457

a) Paquet Almunia avec les critères *Altmark*....457
b) Rigorisme de l'encadrement de aides d'État dans les SIEG 460
§ 2 : Les apports « *paquet Almunia* » au droit des SIEG....463

A- Insuffisances du « paquet Almunia » 464
1- Les insuffisances du paquet « Almunia » 466

2- La perfectibilité du paquet « Almunia » 476

B- Forces du « paquet Almunia » 477
1- Simplification du régime des compensations 478

2- Typologie des compensations et aides d'Etat de SIEG 491

3- Simplification et renforcement de la sécurité juridique 493

C- Modernisation du contrôle des aides d'État 495
1- Bilan modernisation du contrôle des aides d'Etat 495

2- De la modernisation du contrôle des aides d'Etat 496

D- Commission et les décisions étatiques en matière de SIEG 500
§3 : Perspective juridique des SIEG 510

a) Inspiration des arrêts « *Bac d'Eloka* » et « *Desmares* » 511
b) Plaidoyer pour un arrêt de provocation de la CJUE 513
C) Fin du recours aux aides d'État dans les SIEG 517
§ 4 : Evolution du « paquet Almunia » depuis 2013 518

Section 3 : Maîtrise des effets du régime juridique des SIEG 518
§1 : L'enjeu de la maîtrise des effets juridiques des SIEG 519

§2 : Enjeux et dangers juridiques des SIEG 533

Conclusion partielle du titre 1er 536
Titre 2 : SIEG : protection et axiologie du modèle social 541
Chapitre 1 : Protection juridique du droit des SIEG 542
Section 1 : Protection juridique des acteurs des SIEG 544
§1 : Protection juridique des pouvoirs publics étatiques 544

§ 2 : Protection des opérateurs économiques 545

Section 2 : Protection juridique des consommateurs des SIEG 549
§1 : Droit à la réparation dans les SIEG 549

§2 : Consommateurs SIG, SIEG, SIGNE 555

§3 : De la réparation intégrale en droit des SIEG 568

A- Le clivage intolérable de la réparation intégrale en droit des SIEG 569
1- La réparation intégrale dans quelques pays UE et en Suisse 569

2- Intolérable discordance de la réparation intégrale en droit des SIEG. 585

B- Le droit positif de la protection des consommateurs de SIEG 592
C- Un seul régime de protection des consommateurs de SIG? 614
1- Unique protection des consommateurs de SIG (SINE +SIEG) 614

2- Nécessité d'une échelle ou d'un Quantum UE d'indemnisation 615

Section 3 : Mécanismes UE et CEDH pour un consommateur spécial 623
§1- Protection UE et CEDH des consommateurs de SIEG 623

§2 : La consommateur dans la typologie des SIEG 636

§3 : La notion de consommateur des SIEG 637

A- La notion de consommateur de SIEG 637

B- Le consommateur de SIEG quelle particularité ? 639
C- Un « usager-consommateur-exigeant » de SIEG.....641
Chapitre 2 : SIEG, axiologie du modèle social UE.....648
Section 1 : Ancrage doctrinal du modèle social UE.....648
§1 : La séparation des pouvoirs et le modèle social UE.....649
A- Construction de l'Union Européenne, non hasardeuse 650
B- SIEG mi Monstesquiste mi Rousseauiste Mixage.....657
1- Retour aux archétypes de la séparation des pouvoirs.....657
2- Un positionnement doctrinal clair (?).....664
3- SIEG, un mixage des deux archétypes 677
a) Modèle social mi-Montesquiste mi-Rousseauiste.....678
b) Insuffisance du mixage des conceptions classiques.....683
§2 : SIEG, innovation de la séparation des pouvoirs.....696
Section 2 : Doctrine, morales et des forces créatrices 709
du droit dans le modèle social UE.....709
§ 1 : SIEG, un nouveau primat du service public.....710
A- Leçons de la genèse du concept juridique des SIEG 714
B- Écoles françaises du service public et le modèle social UE.....718
1- Les primats des Écoles françaises du service public.....720
2- Les Primats de la notion française de service public.....724
2- Un modèle social UE impossible sans l'apport de la CJUE.....744
C- Les acteurs de l'élaboration du modèle social UE.....747
D- Modèle social UE par le primat des SIEG 749
E- SIEG, une nouvelle école du service public 750
§2 : Apports juridiques pluriels.....752
A- Morale, forces créatrices du droit et projet social UE.....752
B- Apport de la CJUE au modèle social UE 761
C- Démocratie localiste, au service du modèle social UE. 777
§3: Axiologie du modèle social UE sur les SIEG.....787
Conclusion partielle titre 2.....793
Conclusion générale 796
BIBLIOGRAPHIE 816
TABLE DES MATIÈRES.....844

En retraçant la trajectoire de l'évolution du concept de SIEG vers la notion juridique de SIEG, notre recherche met l'accent sur l'évolution d'un concept juridique aux contours flous et à la portée incertaine, notamment pour les juristes français, dans sa perception initiale, vers une notion juridique porteuse d'un idéal social ; le modèle social Union européen. Ainsi, cette thèse aboutit-elle, premièrement, à redessiner les contours de la notion de SIEG en prenant en compte sa capacité à faire peau neuve de la notion d'intérêt général, familière au droit public français, progressivement devenue « intérêt économique général — ou intérêt général économique » dans le cadre strict du concept qui nous retient ; intérêt économique général adossé par ailleurs aux idéologies et principes juridiques européens de la concurrence (article 106-2 TFUE) et de régulation économique (article 106-3 TFUE) (**Partie 1**).

En second lieu, la recherche explore ce que l'on pourrait dénommer les « vertus » du régime juridique des SIEG longtemps passées sous silence par la doctrine : protections juridiques offerte aux acteurs et consommateurs des prestations de SIEG et position axiologique du modèle social Union européenne des SIEG consacrée par les articles 14 TFUE et le Protocole numéro 26 sur les services d'intérêt général qui nous semble contenu dans la notion même de SIEG ou pour le moins en découler fonctionnellement (**Partie 2**).

Retracing the evolutionary trajectory of the Service of General Economic Interest (SGEI) concept concept to the legal notion of SGEI, my research focuses on the evolution of a legal concept with uncertain outlines as initially perceived, particularly with reference to the French public law theory, towards a juridical notion which carries a social ideal: the European Union social model. The thesis thus leads, first, to the redrawing of the concept of SGEI taking into account its ability to revamp the notion of general interest, a notion familiar to French public law, gradually becoming "economic interest" generally or "general interest economically speaking" within the strict framework of the principles of EU Law relating to competition (Article 106 (2) TFEU) and economic regulation (Article 106-3 TFEU) (Part 1).

Secondly, my research explores what might be called the "virtues" of the legal regime of SGEIs that have long been ignored by the doctrine: legal protection offered to actors and consumers of SGEI services and the axiological position of the European Union social model of SGEI enshrined in Articles 14 TFEU and Protocol 26 on services of general interest, which seems to us contained in the concept of SGEI or at least functional (Part 2)