

# L'accès aux services d'intérêt économique général – Un droit fondamental négligé ?

## Access to services of general economic interest – A neglected fundamental right?

Pierre-Olivier DE BROUX, *Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Professeur invité à l'Université catholique de Louvain*

Services of general economic interest – Charter of Fundamental Rights of the European Union (Art. 36) – Universal access – Equal treatment – Standstill effect – Internal market – Restriction of competition – Proportionality

*Access to services of general economic interest is a key concept in European legislation and case law. However, the recognition of this access as a fundamental right by Article 36 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union does not seem to have had very satisfactory legal effect so far. The actual or potential uses of this provision are addressed successively: the declinations of the right of access to SGEI in Community policies; the principle of equality and the standstill effect linked to the right of access; and the tool for interpreting and monitoring the legality of Community acts or national measures.*

Comme le souligne si justement une contribution récente relative au droit européen des services d'intérêt économique général, « l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau est pétrie de références à l'accès comme justification de l'imposition d'obligations de service public à des entreprises »<sup>1</sup>. La qualification même d'un service d'intérêt économique général (SIEG) est souvent fondée sur l'accessibilité de ce service, qu'il s'agisse notamment de sa régularité, de ses tarifs (sociaux) ou de sa couverture géographique. La notion d'accès est donc cardinale dans la législation comme dans la jurisprudence européenne. La reconnaissance de l'accès aux

SIEG comme droit fondamental par l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne semble cependant pas avoir eu jusqu'ici d'effet juridique très satisfaisant. Les usages effectifs ou potentiels de cette disposition vont être ici successivement abordés : les déclinaisons du droit d'accès aux SIEG dans les politiques communautaires (I) ; le principe d'égalité et l'effet de *standstill* liés au droit d'accès (II) et l'outil d'interprétation et de contrôle de la légalité d'actes communautaires ou nationaux (III). Ces usages nous paraissent tous s'inscrire dans le processus de « *constitutionnalisation* » des SIEG, pour reprendre l'expression de Loïc GRARD<sup>2</sup>, qui

<sup>1</sup> Th. DESTAILLEUR, « Essai de définition des services d'intérêt général par le prisme de l'obligation de service public », *Cahiers de droit européen*, 2020, p. 688.

<sup>2</sup> L. GRARD, « Place et signification de la charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt économique général », in J. VANDAMME et S. RODRIGUES (dir.), *L'accès aux*

a été consacré par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne<sup>3</sup>. Cette constitutionnalisation s'est accompagnée de diverses communications de la Commission européenne, dans lesquelles celle-ci aborde la définition, le régime juridique, les conditions de financement et les objectifs politiques poursuivis par l'Union européenne au travers des SIEG<sup>4</sup>. La réglementation, la jurisprudence et le *soft law* européens des SIEG visés par l'article 36 de la Charte sont désormais particulièrement fournis, justifiant ainsi pour partie la place éminente accordée à l'accès aux SIEG dans la Charte des droits fondamentaux. Une tension persiste néanmoins entre la compétence dévolue aux États membres essentiellement, dans ce domaine, et les compétences de l'Union européenne, en particulier dans le domaine du marché intérieur<sup>5</sup>, ou plus exactement entre les SIEG et le droit du marché intérieur et de la concurrence.

## I. Les déclinaisons du droit d'accès aux SIEG dans les politiques communautaires

Le droit d'accès aux SIEG consacré par la Charte des droits fondamentaux peut, dans son principe, être décliné tant au niveau national qu'au niveau communautaire. Le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, annexé au TFUE, affirme d'ailleurs « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter*

*services d'intérêt général*, Paris, ASPE Europe, 2003, pp. 31 et s. V. aussi C. WEHLANDER, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, The Hague, Asser Press, 2016.

<sup>3</sup> Outre l'accès de la Charte des droits fondamentaux au rang des traités européens, le traité de Lisbonne a également complété l'article devenu 14 du TFUE, et contient un protocole spécifique sur les services d'intérêt général. V. F. CHALTIEL, « Les apports du traité de Lisbonne au service public », *Actualités juridiques – Droit administratif*, 2008, pp. 1575 et s.

<sup>4</sup> V. en particulier : Communication de la Commission sur « Les services d'intérêt général en Europe », *JO*, n° C 17 du 19 janvier 2001, p. 4 ; « Livre blanc sur les services d'intérêt général », 12 mai 2004, COM(2004) 374 final ; « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », communication de la Commission du 20 novembre 2007, COM(2007) 725 final ; « Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe », communication de la Commission du 20 décembre 2011, COM (2011) 900 final ; Guide du 29 avril 2013 relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », SWD(2013) 53 final/2.

<sup>5</sup> V., en ce sens, les conclusions de l'avocat général M. WATHELET, présentées le 7 septembre 2017 (CJUE, *Comunidad Autonoma del Pais Vasco et autres*, aff. jtes C-66/16 P à C-69/16 P, C-70/16 P et C-81/16 P, ECLI:EU:C:2017:654, note 76).

*et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs* », sans pour autant priver les autorités communautaires d'un pouvoir d'initiative en la matière.

S'agissant d'un droit fondamental, il faut même considérer que les institutions de l'Union sont tenues de jouer un rôle actif pour garantir l'accès aux SIEG, comme le précise de manière transversale la communication de la Commission du 27 octobre 2010 relative à la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux. La référence à la cohésion sociale et territoriale, tant à l'article 36 de la Charte qu'à l'article 14 du TFUE, confirme d'ailleurs que le droit européen des SIEG trouve une place privilégiée au sein d'un des principaux domaines de compétence de l'Union – à savoir la cohésion économique, sociale et territoriale –, voire pourrait jouer un rôle important pour rencontrer un des buts premiers de l'Union, le développement durable. Tel est le sens, selon nous, de l'avis du Comité économique et social européen, rendu le 19 juin 2019 :

« Pour que le principe proclamé selon lequel “toute personne a le droit d'accéder à des services de qualité” soit effectif, il doit être suivi de mesures concrètes dans le cadre du développement durable et de la cohésion sociale et il faut, tout à la fois :

a) qu'il soit garanti par des dispositions législatives ou réglementaires, le déclinant et définissant ses modalités d'exercice pour chaque domaine ;

b) que soient définies les contreparties auxquelles les personnes peuvent prétendre en cas de non-respect ;

qu'il puisse faire l'objet de réclamations, plaintes ou recours judiciaires – individuels ou par actions de groupe »<sup>6</sup>.

Concrètement, les rapports annuels de la Commission sur l'application de la Charte devraient donner un premier aperçu de la mise en œuvre récente du droit d'accès aux SIEG au sein des politiques communautaires<sup>7</sup>. Selon ces

<sup>6</sup> Avis CESE du 19 juin 2019, TEN/692 « Pour une meilleure mise en œuvre du socle des droits sociaux et la promotion des services essentiels », § 3.6, *JOUE*, n° C 14/1 du 15 janvier 2020.

<sup>7</sup> Rapport annuel sur l'application de la Charte des droits fondamentaux, publiés par la Commission depuis 2010, et disponible sur <http://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/> (consulté le 3 mars 2021). L'article 36 de la Charte

rapports, le principal secteur concerné est celui de l'énergie, mais des textes comparables ont été adoptés par la plupart des autres secteurs en réseaux<sup>8</sup>. Dans ces matières, les documents de la Commission ou les projets de texte ne font pourtant que très occasionnellement référence à l'article 36 de la Charte, bien que les actes législatifs ou exécutifs modalisent l'accessibilité des SIEG<sup>9</sup>.

La récente directive 2019/882 du 17 avril 2019 relative aux exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services, qui ne s'applique en principe pas directement aux SIEG,

n'y est cependant traité que depuis le rapport 2014. Les rapports pour 2017 et 2018 sont en outre très insuffisants, négligeant totalement les droits sociaux prévus dans les nouvelles législations relatives aux industries de réseaux adoptées durant cette période (v. *infra*, notes 16, 17 et 18), et aucun rapport annuel n'est paru depuis celui de 2018.

<sup>8</sup> P. BOUCQUEY, « Les obligations de service public dans le marché belge de l'énergie : une irrésistible expansion ? », *Revue du droit des industries de réseau*, 2016/1, pp. 3 à 22. V. également les autres contributions du dossier consacré aux obligations de service public dans les industries de réseau, dans les numéros 2015/4 et 2016/1 de la même revue.

<sup>9</sup> Ainsi par exemple, pour reprendre certains des textes en jeu dans les affaires les plus récentes : la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (*JOUE*, n° L 211 du 14 août 2009 – invoquée dans CJUE, 7 septembre 2016, *ANODE*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:637 et dans CJUE, 30 avril 2020, *Overgas Mrezihi*, aff. C-5/19, ECLI:EU:C:2020:343), dont l'article 3, paragraphe 2, qui prévoit qu'« *En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 86, les États membres peuvent imposer aux entreprises opérant dans le secteur du gaz, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat. Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises de gaz naturel de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux. [...]* » ; ou le règlement 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 (*JOUE*, n° L 315 du 3 décembre 2007 – invoqué dans Trib. UE, 1<sup>er</sup> mars 2017, *SNCM*, aff. T-454/13, ECLI:EU:T:2017:134), selon lequel « *Le présent règlement a pour objet de définir comment, dans le respect des règles du droit communautaire, les autorités compétentes peuvent intervenir dans le domaine des transports publics de voyageurs pour garantir la fourniture de services d'intérêt général qui soient notamment plus nombreux, plus sûrs, de meilleure qualité ou meilleur marché que ceux que le simple jeu du marché aurait permis de fournir. À cette fin, le présent règlement définit les conditions dans lesquelles les autorités compétentes, lorsqu'elles imposent des obligations de service public ou qu'elles en confient l'exécution à une entreprise, octroient une compensation aux opérateurs de service public en contrepartie des coûts supportés et/ou leur accordent des droits exclusifs en contrepartie de l'exécution d'obligations de service public* ». Le rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte se prévaut, à propos de l'article 36, de l'entrée en vigueur de la directive 2016/2102 du 26 octobre 2016 relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public (*JOUE*, L 327, 2 décembre 2016), laquelle contribue notamment à l'accès aux SIEG. Le lien avec l'article 36 de la Charte demeure néanmoins fort lâche, et celui-ci n'est d'ailleurs visé nulle part dans la directive ou les textes qui l'exécutent.

illustre aussi la mesure dans laquelle l'Union européenne peut s'ingérer dans les modalités d'accès que doivent prévoir les États, ici spécialement au bénéfice des personnes en situation de handicap<sup>10</sup>. Rien n'interdit enfin que l'Union européenne ne mette elle-même en place un SIEG européen, en prévoyant des conditions d'accès conformes à l'article 36 de la Charte<sup>11</sup>.

Il faut encore souligner le rôle actif joué par le Comité économique et social européen dans la promotion et la défense de l'accès aux SIEG. Divers avis s'appuient expressément sur l'article 36 pour réclamer une intervention plus adéquate de la Commission ou de la législation, et ce déjà avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne<sup>12</sup>. C'est notamment en matière de droits sociaux que le rôle des SIEG est mis en exergue : « *la mise en œuvre de ces droits se réalise dans la plupart des États membres par l'intermédiaire d'un SIEG* »<sup>13</sup>. C'est enfin en s'appuyant implicitement sur le droit d'accès aux SIEG que s'est exprimée l'ambition de la Commission relative à la mise en place d'un socle européen des droits sociaux. Le principe n° 20 de ce socle européen

<sup>10</sup> Les secteurs visés (transport public, communications électroniques, services bancaires) comprennent néanmoins de nombreux opérateurs chargés d'un SIEG. Les considérants de la directive ne l'ignorent pas, et soulignent, dans ces cas où la directive 2019/882 ne s'applique pas ou pas complètement, que « *les États membres devraient encourager les prestataires de services à appliquer les exigences en matière d'accessibilité de la présente directive* » (considérant 34) ; ou que « *les exigences supplémentaires énoncées dans la présente directive viendraient compléter les exigences existantes, améliorant ainsi le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine des transports et procurant des avantages aux personnes handicapées* » (considérant 36).

<sup>11</sup> À tout le moins une infrastructure et une agence sont concernées par des missions d'intérêt économique général qui ne disent pas leur nom, à savoir les satellites appartenant au projet *Galileo* ainsi que la *European Global Navigation Satellite Systems Agency* (GSA) (v. règlement n° 1285/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2013, relatif à la mise en place et à l'exploitation des systèmes européens de radionavigation par satellite, *JOUE*, n° L 347 du 20 décembre 2013 ; règlement (UE) n° 912/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 22 septembre 2010, établissant l'Agence du GNSS européen, *JOUE*, n° L 276 du 20 octobre 2010).

<sup>12</sup> Avis CESE du 14 novembre 2012, *JOUE*, n° C 11, 15 janvier 2013, pp. 3 à 7 ; avis CESE du 23 mai 2012, *JOUE*, n° C 229 du 31 juillet 2012, pp. 98 à 102 ; avis CESE du 16 septembre 2010, *JOUE*, n° C 48 du 15 février 2011, pp. 81-86 ; avis CESE des 29 mai et 30 août 2008, *JOUE*, n° C 224 du 30 août 2008, pp. 50 à 56 ; avis CESE du 6 juillet 2006, *JOUE*, n° C 309 du 16 décembre 2006, pp. 135 à 141 ; avis CESE des 15 décembre 2004 et 28 juin 2005, *JOUE*, n° C 157 du 28 juin 2005, pp. 48 à 52.

<sup>13</sup> Avis CESE du 13 décembre 2012 sur « Les enjeux d'une définition du logement social en tant que service d'intérêt économique général » (avis d'initiative), *JOUE*, n° C 44 du 15 février 2013, point 1.3. V. aussi sur ce thème l'avis CESE du 16 septembre 2020 sur « Un accès universel à un logement décent, durable et abordable dans la durée » (avis d'initiative), *JOUE*, n° C 429 du 11 décembre 2020 ; ainsi que C. VANHECKE, « Le financement du logement social à l'épreuve du principe de non-discrimination », *Cahiers de droit européen*, 2016, n° 3, pp. 909-956.

prévoit en effet, sous le titre de l'*accès aux services essentiels*, que « toute personne a le droit d'accéder à des services essentiels de qualité, y compris l'eau, l'assainissement, l'énergie, les transports, les services financiers et les communications numériques. Les personnes dans le besoin doivent bénéficier d'un soutien leur permettant d'accéder à ces services »<sup>14</sup>. Selon le Comité économique et social européen, à défaut de définition des « services essentiels » en droit européen, et vu les exemples de services énumérés au principe n° 20, « il est évident qu'il s'agit en l'occurrence de "services d'intérêt économique général", soumis à des obligations de service universel ou de service public couvertes par les articles 36 de la charte européenne des droits fondamentaux et 14 du TFUE, et par le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général »<sup>15</sup>. Diverses initiatives ont été prises à cet égard en matière d'accès aux communications électroniques (notamment la proposition « WiFi4EU »<sup>16</sup>), d'énergie propre<sup>17</sup> ou d'accès à l'eau potable (pour donner suite à l'initiative citoyenne européenne « Right2Water »)<sup>18</sup>. La crise sanitaire liée à la pandémie de coronavirus en 2020 a aussi renforcé le besoin d'encadrer et de modaliser l'accès aux SIEG liés aux soins de santé<sup>19</sup>. Dans l'ensemble, tous ces

textes se bornent néanmoins à établir des objectifs généraux ou des standards juridiques laissant une grande marge d'appréciation aux États membres dans leur mise en œuvre. Le contenu des modalités d'accès peut ainsi fortement varier d'un État à l'autre<sup>20</sup>.

Le Comité économique et social européen a par conséquent fermement plaidé, en 2019, pour la mise en œuvre d'une évaluation systématique des SIEG et pour le développement de l'encadrement législatif communautaire, en particulier en introduisant « des mesures législatives obligeant les États membres à définir des indicateurs pour déterminer, pour chaque SIEG, le caractère d'un accès universel (densité des points d'accès au service, distance maximale jusqu'à un point d'accès, régularité du service, nombre de bureaux, etc.) »<sup>21</sup>. Telles sont en effet les faiblesses de ces innombrables déclinaisons de l'accès à un SIEG qu'il est possible d'identifier dans la législation et les politiques communautaires. D'une part, elles ne se fondent que de manière exceptionnelle sur l'article 36 de la Charte, laissant de côté ce soutien précieux que pourrait offrir l'inscription explicite au sein d'un droit fondamental. Et d'autre part, l'article 36 lui-même ne bénéficie pas d'un arsenal juridique ou administratif permettant de mesurer sa mise en œuvre et son respect. *A minima*, il nous paraît indispensable que les prochains rapports annuels de la Commission sur l'application de la Charte prennent davantage au sérieux la disposition contrôlée, notamment grâce au travail minutieux et régulier du Comité économique et social européen, pour mieux faire connaître le champ d'application étendu des politiques communautaires en matière d'accès aux SIEG.

<sup>14</sup> Selon le considérant 14 du socle, « Pour être opposables, ces principes et ces droits nécessitent d'abord des mesures concrètes ou des actes législatifs devant être adoptés au niveau approprié ». V. la Proclamation interinstitutionnelle sur le socle européen des droits sociaux, *JOUE*, n° C 428 du 13 décembre 2017.

<sup>15</sup> Avis CESE précité du 19 juin 2019, § 3.4.

<sup>16</sup> V. le règlement (UE) n° 1316/2013 du 11 décembre 2013 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe (*JOUE*, n° L 348 du 20 décembre 2013, et tel que consolidé au 2 août 2018) et le règlement (UE) n° 283/2014 du 11 mars 2014 concernant des orientations pour les réseaux transeuropéens dans le domaine des infrastructures de télécommunications (*JOUE*, n° L 86 du 21 mars 2014, et tel que consolidé au 2 août 2018), ainsi que le site [www.wifi4eu.eu](http://www.wifi4eu.eu). V. également K. GILLADE, « Supersnel internet wordt een basisrecht, net zoals kraantjeswater », *Revue du droit des industries de réseau*, 2017/2-3, pp. 165-173.

<sup>17</sup> Il s'agit du *Clean Energy Packet* et de ses suites, dans les rares dimensions sociales qu'il contient (v. son commentaire, notamment sur le plan de l'accès à l'énergie propre, par le rapport d'information du CESE du 16 juillet 2020, « Évaluer l'Union européenne de l'énergie – La dimension sociale et sociétale de la transition énergétique », TEN/702).

<sup>18</sup> Directive (UE) 2020/2184 du 16 décembre 2020 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine (refonte) (*JOUE*, n° L 435 du 23 décembre 2020), dont l'un des deux objectifs est « d'améliorer l'accès aux eaux destinées à la consommation humaine » (art. 1<sup>er</sup>, § 2), notamment décliné en une obligation pour les États de « veiller » à « prendre les mesures qu'ils jugent nécessaires et appropriées afin de garantir l'accès à l'eau destinée à la consommation humaine pour les groupes vulnérables et marginalisés » (art. 16).

<sup>19</sup> Ainsi l'accessibilité des soins de santé est à peine énoncée comme objectif spécifique à l'article 3 du règlement (UE) n° 282/2014 du

Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 portant établissement d'un troisième programme d'action de l'Union dans le domaine de la santé (2014-2020) (*JOUE*, n° L 86 du 21 mars 2014) ; alors qu'elle devient un axe bien plus décisif de la proposition de règlement déposée au Parlement et relative à l'établissement d'un programme d'action de l'Union dans le domaine de la santé pour la période 2021-2027. L'avis du CESE du 18 septembre 2020 à propos de ce programme « EU4Health » (*JOUE*, n° C 429 du 11 décembre 2020) souligne encore davantage le rôle de l'Union européenne pour garantir cet accès aux soins, aux services de santé et aux médicaments.

<sup>20</sup> Th. DESTAILLEUR, « Essai de définition des services d'intérêt général... », *op. cit.*, pp. 690-691.

<sup>21</sup> Avis CESE précité du 19 juin 2019, spécialement §§ 4.4, 5.3 et 8.3.

## II. | Le principe d'égalité et l'effet de *standstill*

La formulation du droit d'accès aux SIEG à l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux est considérée comme peu contraignante pour les institutions européennes ou nationales. La doctrine allemande, y voyant le « *cheval de Troie* » des valeurs non marchandes<sup>22</sup>, met l'accent sur les *Explications* de la Charte, selon lesquelles l'article 36 ne crée aucun droit nouveau.

L'article 36 est pourtant parfois classé parmi les dispositions de la Charte qui contiennent des éléments relevant d'un droit subjectif<sup>23</sup>. En effet, l'accès aux SIEG doit être *respecté* par l'Union. Or, comme le rappellent les *Explications* de la Charte sous l'article 52, paragraphe 5, ce sont les droits subjectifs qui doivent être *respectés*. À cet égard, il semble évident que, lorsqu'un SIEG communautaire, national, régional ou local a été mis en place, l'article 36 de la Charte consacre un égal accès à celui-ci pour tous ses usagers potentiels et crée donc, en ce sens, un droit subjectif dans le chef des usagers du service. L'article 36 pourrait d'ailleurs, dans un tel cas, être invoqué conjointement avec les articles 20 et 21 de la Charte qui consacrent les principes d'égalité et de non-discrimination<sup>24</sup>, dont les déclinaisons sont plus que jamais inépuisables<sup>25</sup>. Si le contentieux de l'égal accès aux SIEG par les usagers semble inexistant en droit communautaire, il est en revanche bien connu de la plupart des systèmes juridiques nationaux, au sein desquels les principes d'égalité et de non-discrimination sont régulièrement l'enjeu d'un recours auprès des juridictions suprêmes contre un texte modalisant l'accès à un service public national. Nul doute que la Cour de justice dispose de tous les outils juridiques pour réagir

adéquatement si elle était un jour saisie d'un recours mettant directement en cause l'égalité d'accès à un SIEG.

Selon certains auteurs, le droit d'accès aux SIEG pourrait, voire devrait, aussi faire obstacle à une évaluation d'un SIEG et, le cas échéant, à sa suppression, fondée exclusivement sur le critère de la libre concurrence<sup>26</sup>. On sait combien ce critère et son reflet, la carence du marché, sont essentiels, aux yeux des instances européennes, pour admettre l'existence et le financement d'un SIEG<sup>27</sup>. Le droit d'accès consacré à l'article 36 pourrait avantageusement contrebalancer ce critère très restrictif pour justifier l'existence ou le maintien d'un SIEG, et ce même en l'absence d'acte spécifique de mise en œuvre du droit de l'Union. Il aurait dans ce cas également une portée plus large qu'un principe, au sens de l'article 52 de la Charte. Il agirait en quelque sorte comme la garantie d'un niveau de protection spécifique aux SIEG, interdisant à tout acte communautaire ou à toute mesure nationale de réduire ce niveau sans justification. Cette forme d'application du principe de *standstill* imposerait, en d'autres termes, de fonder la suppression ou la régression d'un SIEG sur des motifs d'intérêt général autre que celui de la libre concurrence<sup>28</sup>. Concrètement, le législateur ou le juge européen qui voudrait supprimer ou réduire la portée d'une activité exercée en qualité de SIEG au sein d'un ou plusieurs États membres, devrait démontrer soit que la législation en cause garantit

<sup>26</sup> En ce sens, J. MEYER (dir.), *Kommentar zur Charta...*, *op. cit.*, p. 557.

<sup>27</sup> CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140, point 55 ; CJCE, 23 mai 2000, *FFAD*, aff. C-209/98, ECLI:EU:C:2000:279, points 78 et 79 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Iliad*, aff. T-325/10, ECLI:EU:T:2013:472, points 151 à 164. L'importance de la carence du marché est cependant plus nuancée dans une décision plus récente : Trib. UE, 18 janvier 2017, *Andersen*, aff. T-92/11 RENV, ECLI:EU:T:2017:14, point 70. V. M. DONY, « Les règles régissant le financement public des services d'intérêt économique général après la réforme de 2011 », *Cahiers de droit européen*, n° 2014/1, pp. 127 à 132 ; P.-O. DE BROUX et P. LAGASSE, « Créer et organiser des services publics économiques : actualité des balises nationales et européennes », in P. NIHOUL et P.-O. DE BROUX (dir.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 70 à 78.

<sup>28</sup> En ce sens, P.-O. DE BROUX et P. LAGASSE, « Créer et organiser des services publics économiques : actualité des balises nationales et européennes », *op. cit.*, pp. 76 à 77, en s'appuyant notamment sur I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, Sakkoulas-Bruylant-Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, pp. 420 et s., et 590 et s. ; v. aussi D. DUMONT, « Le principe de standstill comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré », *Journal des tribunaux*, 2019, pp. 601-611 (1<sup>re</sup> partie) et pp. 621-628 (2<sup>e</sup> partie).

<sup>22</sup> Chr. CALLIENS et M. RUFFERT (hrsg.), *das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta : Kommentar*, München, Beck, 2016, p. 2914.

<sup>23</sup> *Contra* : Chr. CALLIENS et M. RUFFERT (hrsg.), *das Verfassungsrecht der Europäischen Union...*, *op. cit.*, p. 2915.

<sup>24</sup> J. MEYER (dir.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4<sup>e</sup> éd., Baden-Baden, Nomos Verlag, 2014, p. 557. V. en ce sens la pertinente analyse de C. VANHECKE, « Le financement du logement social à l'épreuve du principe de non-discrimination », *op. cit.*, à propos du logement social.

<sup>25</sup> V. E. BRIBOSIA, I. RORIVE, J. HISLAIRE, « Article 20. Égalité en droit » et « Article 21. Non-discrimination », in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 549-608.

au moins le même niveau d'accès au service, soit que l'intérêt économique général a disparu, à peine de méconnaître l'article 36 de la Charte. En ce sens, toute remise en cause d'un SIEG existant devrait donc au moins démontrer que le marché est en mesure de garantir un accès équivalent au service concerné, renversant la charge de la preuve traditionnellement imposée aux États membres de démontrer la carence du marché à offrir un service d'un niveau de qualité équivalent. Cette inversion de la perspective pourrait se révéler particulièrement importante lors des réévaluations régulières auxquelles la Commission astreint désormais les États membres pour justifier la persistance d'un SIEG<sup>29</sup>. Ce renversement de la charge de la preuve imposerait également un travail de justification important par les autorités européennes, au premier rang desquelles la Commission, pour justifier une éventuelle réduction ou suppression de l'accès à un SIEG au nom d'un autre motif d'intérêt général, fût-ce celui du bon fonctionnement du marché intérieur : la justification devrait se fonder sur un processus législatif ou administratif « *informé et fondé sur des données factuelles comme juridiques qui sont correctes, cohérentes et accessibles* »<sup>30</sup>.

Au-delà de ces deux facettes du droit d'accès, il ne semble en revanche pas admissible de reconnaître un droit autonome au bénéfice d'un SIEG. Aucune action réclamant la création d'un SIEG ou se plaignant de l'inexistence d'un SIEG ne serait donc recevable.

### III. L'interprétation et le contrôle de la légalité d'actes communautaires ou nationaux

Le droit d'accès aux SIEG est enfin utilisé comme outil d'interprétation et de contrôle de la légalité d'actes communautaires ou de mesures nationales. Il est le plus souvent invoqué pour justifier l'existence d'un SIEG contesté par un autre opérateur du secteur d'activité concerné.

<sup>29</sup> Notamment par le « paquet Almunia », dit « post-Altmark II » ou SIEG 2012 adopté par la Commission. La décision de la Commission du 20 décembre 2011 (*JOUE*, n° L 7 du 11 janvier 2012) qui en fait partie exige ainsi expressément que la durée d'un mandat de gestion d'un SIEG soit limitée dans le temps, imposant donc une réévaluation périodique de celui-ci au regard du droit du marché intérieur et de l'article 106, § 2, du TFUE.

<sup>30</sup> D. DUMONT, « Le principe de standstill comme instrument de rationalisation du processus législatif... », *op. cit.*, p. 627.

Il pourrait également être excipé – mais cela ne semble pas encore avoir été le cas – pour attaquer devant le juge européen une législation communautaire qui méconnaîtrait le SIEG organisé par un État membre, ou pour attaquer devant le juge national une législation nationale qui empièterait sur l'étendue d'un SIEG reconnu en droit européen.

C'est dans ce cadre que l'article 36 de la Charte a été quelques fois évoqué dans les conclusions des avocats généraux, souvent combiné avec l'article 14 du TFUE<sup>31</sup>, dans des affaires relatives au financement de SIEG. L'évocation est cependant restée assez incantatoire, et ce jusqu'à l'affaire *ANODE*, tranchée en septembre 2016<sup>32</sup>. L'arrêt de la Cour rendu dans cette affaire est le premier à utiliser directement l'article 36 de la Charte, pour évaluer la compatibilité d'un SIEG en matière de distribution de gaz en France avec la directive 2009/73/CE citée ci-avant. La Cour entend évaluer les deux motifs avancés par la France pour justifier son SIEG : la sécurité d'approvisionnement et la cohésion territoriale. Le premier est expressément prévu par la directive, mais pas le second. La Cour rappelle cependant que la cohésion territoriale est expressément citée tant à l'article 36 de la Charte qu'à l'article 14 du TFUE. Ceux-ci permettent dès lors aux États membres « *d'apprécier si, dans l'intérêt économique général, il y a lieu d'imposer aux entreprises intervenant dans le secteur du gaz des obligations de service public portant sur le prix de fourniture du gaz naturel [...] sous réserve que toutes les autres conditions que cette directive prévoit soient remplies* » (point 52). Le nouveau contexte « constitutionnel » post-Lisbonne a donc permis, dans cette affaire, de compléter

<sup>31</sup> Conclusions de l'avocat général WATHELET du 7 septembre 2017, *Comunidad Autonoma del Pais Vasco et autres*, aff. jtes C-66/16 P à C-69/16 P, C-70/16 P et C-81/16 P, ECLI:EU:C:2017:654, note 92 ; conclusions de l'avocat général SZPUNAR du 16 juillet 2015, *Hiebler/Schlagbauer*, aff. C-293/14, ECLI:EU:C:2015:472, note 31 ; conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 10 novembre 2005, *FENIN*, aff. C-205/03 P, ECLI:EU:C:2005:666, note 33 ; conclusions de l'avocat général STIX-HACKL du 7 novembre 2002, *Enirisorse*, aff. jointes C-34/01 à C-38/01, ECLI:EU:C:2002:643, note 101 ; conclusions de l'avocat général JACOBS du 30 avril 2002, *GEMO*, aff. C-126/01, ECLI:EU:C:2002:273, point 124.

<sup>32</sup> CJUE, 7 septembre 2016, *ANODE*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:637. V. S. DE LA ROSA, « De la difficulté à concilier les impératifs concurrentiels et la satisfaction des exigences d'intérêt général sur les marchés régulés. À propos de l'intervention étatique sous forme de prix réglementés sur le marché du gaz », *R.A.E.*, n° 2016/3, pp. 529-537 ; C. GEORGIEVA, « Arrêt "Anode" : tarifs réglementés et libéralisation du secteur de l'énergie », *Journal de droit européen*, 2017, pp. 12-14.

l'énumération des motifs de création d'un SIEG prévue par le droit dérivé. Si cette avancée est bienvenue, la manière de la présenter n'en est pas moins un peu inquiétante : d'une part, le motif complémentaire, celui de la cohésion territoriale, est un objectif explicitement énoncé dans les trois textes de droit primaire (la Charte, le TFUE et le protocole n° 26), laissant craindre qu'un autre motif ne soit pas aussi facilement retenu, malgré la large marge d'appréciation laissée aux États membres ; d'autre part, la Cour rappelle la nécessité de remplir toutes les autres conditions prévues par la directive concernée, faisant douter de la volonté ou du souhait de la Cour de faire primer, dans cette matière, le droit primaire sur le droit dérivé.

Dans un nouvel arrêt récent, toujours relatif à la distribution de gaz, mais en Bulgarie cette fois, la Cour se prononce de la même manière sur les motifs justifiant l'existence du SIEG, à savoir la sécurité d'approvisionnement toujours, mais aussi la régularité de la fourniture de gaz naturel au cours de la saison hivernale, soit deux motifs explicitement visés par la directive 2009/73/CE précitée<sup>33</sup>. L'originalité de cette affaire repose en réalité sur le fait que l'article 36 de la Charte est invoqué conjointement avec l'article 38 de celle-ci, relatif à la protection des consommateurs, pour s'assurer que le coût de ces SIEG peut être répercuté sur le tarif imposé au client final. La réponse de la Cour reprend celle déjà donnée dans l'arrêt *ANODE*, limitant malheureusement son examen aux conditions dans lesquelles une restriction de concurrence serait permise. Selon la Cour, cette répercussion des coûts est possible, à la lumière des articles 36 et 38 de la Charte, « pour autant que cette réglementation poursuive un objectif d'intérêt économique général, qu'elle respecte le principe de proportionnalité et que les obligations de service public qu'elle prévoit soient clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises de gaz de l'Union un égal accès aux consommateurs nationaux » (point 88). La Cour approfondit alors son analyse de la proportionnalité de la répercussion des coûts sur les clients finaux en soulignant, d'une part, que « la situation des entreprises est en principe différente de celle des consommateurs

*domestiques, les objectifs poursuivis et les intérêts en présence n'étant pas nécessairement les mêmes »* et qu'il existe « des différences objectives entre les entreprises elles-mêmes, selon leur taille » (point 76) ; et, d'autre part, que l'exigence de proportionnalité permettrait tant « le fait que la charge économique des obligations de stockage, supportée par les différents types de clients finals, affecte tous les clients de la même manière », que « le fait que, si elle n'affecte pas tous les clients de la même manière, la différenciation opérée entre les types de clients se justifie objectivement, par exemple en raison de l'incidence de leur consommation sur les coûts de stockage » (point 79). Par ces dernières considérations, la Cour répond également à la seconde objection que la mesure pouvait susciter : en répercutant les coûts sur le consommateur final, l'accès au service tout comme le niveau élevé de protection des consommateurs peuvent être considérés comme directement entravés. La proportionnalité ici examinée ne justifie pas seulement la restriction de concurrence, mais aussi la restriction relative de l'accès au service, dans la droite ligne de l'admissibilité des restrictions à un droit fondamental.

Ce raisonnement tend, en outre, à réduire la tension existante entre droit d'accès aux SIEG et droit de la concurrence : dans cette affaire à tout le moins, la concurrence peut aussi être perçue comme favorisant l'accès au SIEG, grâce à des tarifs moins élevés, concurrentiels. En réalité, ces arrêts formalisent et synthétisent les conditions et les critères d'appréciation qui devraient permettre de mieux concilier, à l'avenir, le droit des SIEG et le droit du marché intérieur, voire les articles 16 et 36 de la Charte elle-même. L'exercice avait déjà été brillamment mené par Fabrice PICOD<sup>34</sup> et a été repris presque intégralement par la Cour dans les deux arrêts commentés.

Cette jurisprudence fait certes œuvre de pédagogie dans une matière particulièrement complexe. Elle n'en demeure pas moins, tout comme pour les déclinaisons du droit d'accès dans les politiques communautaires, relativement isolée et contenue à une matière, la distribution de gaz, où le droit dérivé européen encadre étroitement

<sup>33</sup> CJUE, 30 avril 2020, *Overgas Mrezhi*, aff. C-5/19, ECLI:EU:C:2020:343, point 63.

<sup>34</sup> F. PICOD, « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in F. PICOD, B. BERTRAND et S. ROLAND (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne : mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 767 à 782.

la marge de manœuvre des États membres<sup>35</sup>. La Cour n'est manifestement pas d'une grande audace dans son interprétation du droit primaire des SIEG et reste d'ailleurs particulièrement en retrait lorsque le droit dérivé est moins approfondi. Comme plusieurs auteurs l'ont relevé plus ou moins explicitement, c'est surtout là où elle n'a pas cherché à s'appuyer sur l'article 36 de la Charte, l'article 14 du TFUE et/ou le protocole n° 26 annexé au TFUE que la Cour a déçu. L'occasion lui a par exemple été donnée tant dans le secteur des communications électroniques<sup>36</sup> que dans celui du logement social<sup>37</sup> mais elle n'a pas saisi ces opportunités.

## Conclusion

La qualité de droit fondamental conférée à l'accès aux SIEG nous paraît donc régulièrement négligée, tant par le législateur que par les

juges européens, voire même par de nombreux commentateurs doctrinaux, trompés par le prisme concurrentiel dans lequel la plupart des affaires ici commentées se sont inscrites. Les politiques communautaires s'appuient trop rarement sur le droit d'accès, bien qu'elles en déclinent régulièrement les modalités. La non-discrimination ou l'effet de *standstill* ne sont pratiquement jamais invoqués pour protéger ou améliorer l'accessibilité d'un SIEG. Plus que jamais, il nous semble qu'il y a là une certaine paresse, voire une négligence des acteurs européens envers une disposition qu'ils ont pourtant choisi de consacrer dans leur Charte des droits fondamentaux. Cette négligence nous paraît d'autant plus regrettable que, désormais, des balises de plus en plus prometteuses ont été adoptées par la Cour de justice pour faire coexister ce droit fondamental avec le droit du marché intérieur et les règles de droit de la concurrence. C'est peut-être une caractéristique propre aux droits fondamentaux que de devoir patienter plus longtemps que d'autres droits avant d'être pris suffisamment au sérieux et de bénéficier d'une certaine effectivité. Il fallait peut-être que jeunesse se passe. L'audace initiale des rédacteurs de la Charte s'inscrit néanmoins aujourd'hui dans un contexte de plus en plus approfondi, circonstancié, complexe et exigeant : il nous semble donc que ce jeune droit fondamental arrive à maturité et qu'il convient désormais de le laisser déployer les multiples promesses dont il est porteur.

<sup>35</sup> Sans que cette condition soit décisive pour faciliter le recours à l'article 36 de la Charte : dans un autre arrêt récent (CJUE, 11 avril 2019, *Repsol Butano SA*, aff. C-473/17 et C-546/17, ECLI:EU:C:2019:308), il n'est fait aucune référence à l'article 36 de la Charte (et spécialement au critère de cohésion territoriale) pour justifier la proportionnalité d'une mesure imposant un prix maximal pour du gaz en bouteille, et imposant à l'opérateur dominant la distribution à domicile de ce gaz pour les particuliers.

<sup>36</sup> E. SLAUTSKY, « Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale : quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union », *Cahiers de droit européen*, 2016, pp. 901-905. V. également l'analyse plus large du respect de l'autonomie nationale dans le domaine des SIEG : E. SLAUTSKY, *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 231-232.

<sup>37</sup> C. VANHECKE, « Le financement du logement social à l'épreuve du principe de non-discrimination », *op. cit.*