

ARTICLE 36.

**ACCÈS AUX SERVICES
D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL**

par

Pierre-Olivier DE BROUX

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles**Professeur invité à l'Université catholique de Louvain*

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.

BIBLIOGRAPHIE

- CHEROT, J.-Y., « Article II-96 – Accès aux services d'intérêt économique général », in BURGOGUE-LARSEN, L., LEVADE, A. et PICOD, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, t. 2, Partie II, la Charte des droits fondamentaux de l'Union : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 472 à 482
- CREMONA, M. (ed.), *Market integration and public services in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- CALLIES, Chr. et RUFFERT, M. (hrsg.), *das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta : Kommentar*, München, Beck, 2016, pp. 2914 à 2916
- DE BROUX, P.-O. et LAGASSE, P., « Créer et organiser des services publics économiques : actualité des balises nationales et européennes », in NIHOUL, P. et DE BROUX, P.-O. (dir.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 65 à 98
- DONY, M., « 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. 97 à 159

BRUYLANT

- GALLO, D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milan, Giuffrè, 2010
- GODIVEAU, G., « La place des services d'intérêt économique général parmi les valeurs de l'Union européenne », in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 379 à 413
- GRARD, L., « Place et signification de la charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt économique général », in VANDAMME, J. et RODRIGUES, S. (dir.), *L'accès aux services d'intérêt général*, Paris, ASPE Europe, 2003, pp. 31 et s.
- MEYER, J. (dir.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos Verlag, 2014, pp. 553 à 558
- NETTESHEIM, M., « Les services d'intérêt général en droit communautaire entre libre concurrence et État social », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, 2008, n° 3, pp. 603 à 637
- PICOD, F., « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in PICOD, F., BERTRAND, B. et ROLAND, S. (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne : mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 767 à 782
- SZYSZCZAK, E., « Article 36, Access to services of general economic interest », in PEERS, St., HERVEY, T., KENNER, J. et WARD, A. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014, pp. 969 à 982
- VAN DE GRONDEN, J. et STEFAN RUSU, C., « Services of General (Economic) Interest Post-Lisbon », in TRYBUS M. et RUBINI, L. (eds), *The Treaty Of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 413 à 435
- ZEMANEK, J., « Access to Services of General Economic Interest Under Article 36 of the Charter of Fundamental Rights EU and the National Law », in ARNOLD, R. (ed.), *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Dordrecht, Springer, 2016, pp. 199 à 214

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	777
I. – LE DROIT EUROPÉEN DES SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL.....	777
II. – LA CONTRIBUTION DE L'ARTICLE 36 DE LA CHARTE AUX POLITIQUES EUROPÉENNES.....	781
III. – LA JUSTICIABILITÉ DE L'ACCÈS AUX SIEG	784
CONCLUSIONS	787

INTRODUCTION

1. L'accès aux services d'intérêt économique général (ci-après les « SIEG »), garanti par l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, ne constitue pas, selon les *Explications* relatives à celle-ci (1), un droit nouveau. Cette consécration vient en effet couronner la place croissante qu'ont occupés les SIEG dans l'agenda européen et, en particulier, dans le droit communautaire. Après une brève présentation du droit européen des SIEG (I), il nous paraît utile d'examiner d'une part la contribution de ce droit aux politiques communautaires (II), et d'autre part l'étendue du droit d'accès aux SIEG qui pourrait être prise en considération par le juge européen ou national et plus largement, par ce biais, le rôle de l'article 36 de la Charte dans la jurisprudence européenne (III).

I. – LE DROIT EUROPÉEN DES SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL

2. L'adoption de la Charte est donc l'aboutissement d'une lente évolution du statut des SIEG dans le droit européen. S'ils apparaissent dès l'origine, à l'article 90, paragraphe 2 du traité de Rome (art. 106, § 2, du TFUE), c'est essentiellement pour baliser le champ d'intervention du marché commun et des politiques économiques européennes, en particulier celle de la libre concurrence. Construite en négatif des libertés économiques, la notion de SIEG rassurait les États membres soucieux de préserver leur secteur public national.

3. C'est la Cour de justice qui a donné progressivement consistance à cette balise, dans la foulée de l'eupéanisation des grands monopoles publics (2), en insistant tout d'abord sur le fait que toute dérogation au droit communautaire doit être nécessaire à la mission d'intérêt général confiée à l'entreprise concernée (3). Elle a régulièrement

(1) Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOUE*, n° C 303 du 14 décembre 2007, p. 27.

(2) P.-O. DE BROUX, « Entre libéralisation et régulation : l'eupéanisation des industries de réseaux », in D. DUEZ, O. PAYE et Ch. VERDURE (dir.), *L'Eupéanisation. Sciences humaines et nouveaux enjeux*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 333 à 353.

(3) CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, ECLI:EU:C:1974:40, points 10 et 14-15 ; CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198, point 14 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, ECLI:EU:C:1997:501, point 54 ; CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, aff. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, point 44 ; CJUE, 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, aff. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, point 106 ; CJUE, 7 septembre 2016, *ANODE*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:637, point 53 ; CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK*, aff. C-660/15 P, ECLI:EU:C:2017:178, point 29. Voy. l'analyse approfondie de F. PICOD,

précisé que cette exigence n'imposait pas que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG soient menacés, et elle conclut que l'article 106, paragraphe 2, « vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou fiscale avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun » (4).

4. A partir des années 1990, la notion de SIEG est ensuite ancrée dans les textes de droit dérivé, puis dans les traités eux-mêmes. La présence de plus en plus marquée de « préoccupations relevant du service public [...] dans la plupart des textes de droit dérivé applicables aux services en réseau » est soulignée par la doctrine (5). Mais l'évolution la plus significative est l'insertion d'un nouvel article 16 dans le traité instituant la Communauté européenne par le traité d'Amsterdam de 1997. Selon cet article, « [...] 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 [...] veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions » (6). Pour la première fois, la place des SIEG est érigée en valeur positive, commune aux États membres, et plus seulement comme une limite à la libre concurrence (7).

5. C'est dans ce contexte qu'est débattue l'insertion des SIEG dans la Charte des droits fondamentaux. Celle-ci aurait été une des batailles les plus « rudes et incertaines » de sa négociation (8), qui

« Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in F. PICOD, B. BRUNESSEN 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.

(4) CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK*, aff. C-660/15 P, ECLI:EU:C:2017:178, point 31. Voy. le commentaire de cet arrêt dans la thèse de doctorat non encore publiée de E. DEFREYNE, *L'Européanisation des médias belges de service public par le droit des aides d'État*, Université de Namur, janvier 2018.

(5) P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Secteurs publics et droit communautaire : quelle constitutionnalisation, de quelles entreprises publiques ? », *Droit & Société*, 2003, pp. 119 et 120. Voy. *infra*, II.

(6) P. NIHOUL, « Les services d'intérêt général dans le traité d'Amsterdam », in Y. LEJEUNE (dir.), *Le Traité d'Amsterdam, espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 341 et s. ; S. RODRIGUES, « Les services publics et le traité d'Amsterdam. Genèse et portée du nouvel article 16 du traité CE », *Revue du Marché commun*, 1998, pp. 7 et s.

(7) Voy. également la communication de la Commission sur « Les services d'intérêt général en Europe », *JOCE*, n° C 281 du 26 septembre 1996.

(8) G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, p. 200.

explique la formulation très peu contraignante de l'article 36 de la Charte. Il n'empêche, cette consécration, symbole d'une tendance à la « constitutionnalisation » des SIEG (9), place désormais ces derniers à égalité avec les autres libertés économiques, et en particulier la liberté d'entreprise (voy. le commentaire de Th. Léonard dans cet ouvrage). L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne n'a fait que renforcer cette égalité, en rendant la Charte (et donc son article 36) contraignante, en complétant l'article devenu 14 du TFUE, et en adoptant un protocole spécifique sur les services d'intérêt général (10). L'article 14 du TFUE, étroitement lié à l'article 36 de la Charte, prévoit désormais explicitement le respect du financement des SIEG. Le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, annexé au TFUE, énonce pour sa part trois valeurs qui sous-tendent l'existence des SIEG, à savoir :

- « 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 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 ».

6. Ces développements législatifs ont enfin été accompagnés de diverses communications de la Commission européenne, dans lesquelles celle-ci aborde la définition, le régime juridique et les objectifs politiques poursuivis par l'Union européenne au travers des SIEG (11). À la

(9) Selon les termes de L. GRARD (2003), « Place et signification de la charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt économique général », pp. 31 et s. Voy. aussi J.-Cl. BOUAL, « Les services d'intérêt général dans le Traité constitutionnel de l'Union européenne », *Pyramides*, n° 9, 2005, pp. 31 à 48 ; J.-Y. CHEROT (2005), « Article II-96 – Accès aux services d'intérêt économique général », in L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Tome 2, Partie II, la Charte des droits fondamentaux de l'Union : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 472 à 482.

(10) F. CHALTIEL, « Les apports du traité de Lisbonne au service public », *Actualités juridiques – Droit administratif*, 2008, pp. 1575 et s. ; C. BOVIS, « The State, Competition and Public Services », in P. BIRKINSHAW, et M. VARNEY (eds), *The European Union Legal Order after Lisbon*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 137 à 154.

(11) Communication de la Commission sur « Les services d'intérêt général en Europe », JO, n° C 17 du 19 janvier 2001, p. 4 ; Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM (2003) 270 final ; Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004, COM(2004) 374 final ;

suite de l'arrêt *Altmark* rendu par la Cour de justice en 2003, les conditions de financement des SIEG ont également été longuement précisées par la Cour et la Commission (12). 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. Ils ne résolvent cependant pas la tension persistante 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 (13), ou plus exactement entre les SIEG et le droit du marché intérieur et de la concurrence. C'est ce qu'illustrent tant la contribution de l'article 36 de la Charte aux politiques européennes que la référence qu'y font les magistrats européens.

« Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne », Communication de la Commission du 26 avril 2006, COM (2006) 177 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.

(12) CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 ; Guide du 7 décembre 2010 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 », SEC(2010) 1545 final ; Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application des dispositions de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne 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, *JOUE*, n° L 7 du 11 janvier 2012 ; Communication de la Commission 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, *JOUE*, n° C 8 du 11 janvier 2012 ; Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, *JOUE*, n° C 8 du 11 janvier 2012 ; Règlement (UE) n° 360/2012 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, *JOUE*, n° L 114/8 du 26 avril 2012 ; 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. Voy. 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. 97 à 159 ; ainsi que CJUE, 8 mars 2017, *Viasat Broadcasting UK*, aff. C-660/15 P, ECLI:EU:C:2017:178, précité.

(13) Voy., en ce sens, les conclusions de l'avocat général M. Wathelet, présentées le 7 septembre 2017 (CJUE, *Comunidad Autonoma del País 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).

II. – LA CONTRIBUTION DE L'ARTICLE 36 DE LA CHARTE AUX POLITIQUES EUROPÉENNES

7. Contrairement à une partie des dispositions de la Charte, l'article 36, lu en combinaison avec l'article 14 du TFUE et le protocole n° 26 du TFUE, permet l'intervention parallèle ou complémentaire du droit communautaire, malgré la prééminence donnée au droit national (voire régional et local)(14). 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.

8. La doctrine française se félicite généralement de la consécration des SIEG dans la Charte des droits fondamentaux. Selon Pierre Eckly, le rattachement de l'accès aux SIEG « à la politique de cohésion de l'Union européenne constitue l'une des grandes avancées de la Charte »(15) – même si cette avancée doit plutôt être imputée au traité d'Amsterdam –, et cela devrait donc, selon lui, avoir des conséquences concrètes « sur la manière de légiférer ou de réglementer sur ces services ». La doctrine allemande, notamment, se prononce plutôt en sens contraire, voyant dans l'article 36 le « cheval de Troie » des valeurs non marchandes(16) et mettant l'accent sur les *Explications* de la Charte, selon lesquelles l'article 36 ne crée aucun droit nouveau. La référence à la cohésion sociale et territoriale, tant à l'article 36 de la Charte qu'à l'article 14 du TFUE, confirme en toute hypothèse 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, placé au cœur des tensions entre valeurs marchandes et non marchandes(17).

(14) N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 661.

(15) P. ECKLY, « Les droits fondamentaux et la politique de cohésion », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruyant, 2017, pp. 311-312.

(16) Chr. CALLIESS et M. RUFFERT (hrsg.), *das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta : Kommentar*, München, Beck, 2016, p. 2914.

(17) Comme l'illustrent, au travers d'autres dispositions du TFUE, A. BAILLEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1, *Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruyant, 2015, p. 499.

9. Concrètement, ce sont les rapports annuels de la Commission sur l'application de la Charte qui donnent le premier aperçu de la mise en œuvre récente du droit d'accès aux SIEG, et des compromis qu'il implique (18). Le principal secteur concerné est celui de l'énergie, mais des textes comparables ont été adoptés par la plupart des autres secteurs en réseaux (19). Dans ces matières, si les documents de la Commission ou les projets de texte ne font que très occasionnellement référence à l'article 36 de la Charte, les actes législatifs ou exécutifs encadrent formellement la création de SIEG (20). Il faut souligner par ailleurs le rôle actif également 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 (21). C'est aussi en matière de droits

(18) Rapport annuel sur l'application de la Charte des droits fondamentaux, publiés en anglais par la Commission depuis 2010, et disponible sur http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm (consulté le 15 septembre 2017). L'article 36 de la Charte n'y est cependant traité que depuis le rapport 2014.

(19) 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. Voy. 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.

(20) 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), dont l'article 3, paragraphe 2, qui prévoit que « 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^{er} 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 ».

(21) Avis CESE du 14 novembre 2012, *JOUE*, 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.

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 » (22), en ce compris, dans une certaine mesure, pour garantir le respect de la dignité humaine consacré par l'article 1^{er} de la Charte (voy. le commentaire de Cl. Vial dans cet ouvrage) (23). C'est enfin en s'appuyant implicitement sur le droit d'accès aux SIEG que s'exprime l'ambition de la Commission relative à la mise en place d'un socle européen des droits sociaux. Celui-ci met notamment l'accent sur le droit aux services essentiels et sur les initiatives récentes prises à cet égard en matière d'accès aux communications électroniques (notamment la proposition « WiFi4EU » (24)), d'énergie propre ou d'accès à l'eau potable (pour donner suite à l'initiative citoyenne européenne « Right2Water ») (25).

10. Une dernière manière de mettre en œuvre l'article 36 de la Charte peut être imaginée lors de la mise en place de SIEG européens. Si de tels services ne sont pas prévus explicitement par les traités, force est de constater que, à tout le moins, une infrastructure et une agence sont concernés 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) (26). Dans la mesure où la Charte lie les institutions, organes et organismes de l'Union (voy. le commentaire de l'article 51 de la Charte par F. Picod dans cet ouvrage), il n'y a selon nous pas de motif pour ne pas respecter le droit d'accès consacré par l'article 36 de la Charte lors de l'exploitation de tels SIEG communautaires actuels ou futurs.

(22) 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. Voy. not. 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.

(23) En ce qu'elle implique l'accès à une série de « services essentiels » (logement, eau, électricité, téléphone, transports en commun). Voy. G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 201.

(24) Proposition de modification des règlements (UE) n° 1316/2013 et (UE) n° 283/2014 en ce qui concerne la promotion de la connectivité internet dans les communautés locales [COM(2016) 589].

(25) Communication de la Commission du 26 avril 2017, « Mise en place d'un socle européen des droits sociaux », COM(2017) 250 final ; ainsi que le document de travail qui l'accompagne, SWD(2017) 201 final.

(26) 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.

III. – LA JUSTICIABILITÉ DE L'ACCÈS AUX SIEG

11. S'il est aisé de s'appuyer sur l'article 36 de la Charte pour justifier l'adoption d'une nouvelle mesure communautaire ou nationale, il n'en va pas de même pour se prévaloir de cette disposition devant le juge européen. La formulation du droit d'accès aux SIEG est considérée comme peu contraignante pour les institutions européennes ou nationales. Si l'article 36 ne contient pas de droit nouveau, il est néanmoins parfois classé parmi les dispositions de la Charte qui contiennent des éléments relevant à la fois d'un droit et d'un principe (27).

12. L'élément de droit pourrait être l'accès aux SIEG, lequel doit être *respecté* par l'Union. Comme le rappellent les *Explications* de la Charte sous l'article 52, paragraphe 5 (voy. le commentaire d'A. Bailieux dans cet ouvrage), 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. L'article 36 devrait 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 (28) (voy. les commentaires de E. Bribosia, I. Rorive et J. Hislair dans cet ouvrage).

13. Selon certains auteurs, le droit d'accès aux SIEG serait même l'apport principal de l'article 36 de la Charte. Il devrait en effet faire obstacle à une évaluation d'un SIEG et, le cas échéant, à sa suppression, fondée exclusivement sur le critère de la libre concurrence (29). 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 (30). Le droit d'accès consacré à l'article 36 viendrait donc avantageusement contrebalancer ce critère très restrictif

(27) *Contra* : CHR. CALLIÈS et M. RUFFERT (hrsg.), *das Verfassungsrecht der Europäischen Union...*, op. cit., p. 2915, qui affirment que l'article 36 ne contient aucun droit subjectif.

(28) J. MEYER (dir.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos Verlag, 2014, p. 557. Voy. en ce sens la pertinente analyse de C. VANHECKE, op. cit., à propos du logement social.

(29) Voy. en ce sens J. MEYER (dir.), *Kommentar zur Charta...*, op. cit., p. 557.

(30) 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 récente : Trib. UE, 18 janvier 2017, *Andersen*, aff. T-92/11 RENV, ECLI:EU:T:2017:14, point 70. Voy. M. DONY, op. cit., 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 79.

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 donc dans ce cas 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, comme une forme d'application du principe de *standstill*, en imposant de fonder la suppression ou la régression d'un SIEG sur des motifs d'intérêt général autre que celui de la libre concurrence (31).

14. Pour le surplus, le contenu de l'article 36 de la Charte relève essentiellement de la catégorie des principes, qui doivent être mis en œuvre par des actes législatifs ou exécutifs de l'Union ou des États membres. Tel est le cas des différentes politiques évoquées sous le titre précédent. Dans ce cas, et conformément à l'article 52, paragraphe 5, de la Charte (voy. le commentaire d'A. Bailleux dans cet ouvrage), le recours au juge n'est admis « que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». Aucun recours réclamant la création d'un SIEG ou se plaignant de l'inexistence d'un SIEG ne serait donc recevable. En revanche, les juridictions européennes sont souvent saisies pour contester la création ou l'existence d'un SIEG. Elles pourraient également l'être – mais cela ne semble pas encore avoir été le cas – pour défendre un SIEG, soit qu'une législation communautaire porte atteinte à un service national, soit qu'une législation nationale empiète sur l'étendue d'un SIEG reconnu en droit européen.

15. 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 (32), 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 (33). L'arrêt de la

(31) P.-O. DE BROUX et P. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 78 à 79, 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-Bruyant-Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, pp. 420 et s., et 590 et s.

(32) Conclusions de l'avocat général Wathelet du 7 septembre 2017, *Comunidad Autónoma del País 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 c. Schlagbauer*, aff. C-293/14, ECLI:EU:C:2015:472, note 31 ; conclusions de l'avocat général Poiaras 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.

(33) CJUE, 7 septembre 2016, *ANODE*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:637. Commenté par A. VERHOUSTRAETEN, « Arrêt de la Cour de justice du 7 septembre 2016 », *Revue du droit des industries de réseau*, 2017, pp. 102 et 103.

Cour rendu dans cette affaire est le premier à utiliser 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 souligne que « l'interprétation de la condition relative à l'intérêt économique général doit être encadrée dans le nouveau contexte résultant de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne » (point 40), et s'appuie sur ce nouveau contexte pour 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 post-Lisbonne a donc permis, dans cette affaire, de compléter 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.

16. Au surplus, l'arrêt *ANODE* est particulièrement intéressant parce qu'il formalise et synthétise les conditions et les critères d'appréciation qui devraient permettre de concilier, à l'avenir, le droit des SIEG et le droit du marché intérieur et de la concurrence, voire les articles 16 et 36 de la Charte elle-même. L'exercice avait déjà été brillamment mené par Fabrice Picod (34) et est presque repris intégralement par la Cour. L'État qui entend justifier un SIEG doit désormais démontrer le respect des conditions suivantes : « Premièrement, cette intervention doit poursuivre un objectif d'intérêt économique général, deuxièmement, elle doit respecter le principe de proportionnalité et, troisièmement, elle doit

(34) F. PICOD, *op. cit.*, pp. 771 à 782.

prévoir des obligations de service public clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantir un égal accès des entreprises de gaz de l'Union aux consommateurs » (point 36). La Cour précise ensuite les critères d'appréciation de la proportionnalité de la mesure, à savoir : (i) la mesure en cause est « susceptible de garantir la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général envisagé » (point 55) ; (ii) l'intervention étatique doit être « limitée à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (point 60) ; (iii) « la méthode d'intervention mise en œuvre ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général poursuivi » (point 64) ; (iv) « l'exigence de nécessité doit également être appréciée au regard du champ d'application personnel de la mesure en cause et, plus précisément, de ses bénéficiaires » (point 67).

17. La Cour, en s'astreignant ces derniers mois à systématiser et à synthétiser le droit des SIEG, a certes fait œuvre de pédagogie dans une matière particulièrement complexe (35). Elle n'a cependant pas été d'une grande audace dans son interprétation du droit primaire des SIEG. 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 qu'elle a déçu. L'occasion lui a été donnée tant dans le secteur des communications électroniques (36) que dans celui du logement social (37), mais elle n'a pas saisi ces opportunités.

CONCLUSIONS

18. L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux couronne la consécration des SIEG comme valeur commune de l'Union européenne et, même s'il n'a rien créé, il a ancré le droit des SIEG dans le droit primaire. Ce droit fait désormais partie à part entière du système juridique européen, et a permis de rééquilibrer le rôle des SIEG dans les traités, qui ne sont plus réduits au régime dérogatoire de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a, en

(35) Voy. en particulier les arrêts *ANODE* du 7 septembre 2016 et *Viasat Broadcasting UK* du 8 mars 2017, ainsi que les conclusions de l'avocat général Wathelet du 7 septembre 2017, tous précités.

(36) 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.

(37) C. VANHECKE, *op. cit.*

outre, manifestement donné un nouveau coup de fouet aux politiques européennes pouvant s'appuyer sur l'article 36 de la Charte, à défaut d'avoir donné un cadre contraignant ou un régime juridique détaillé aux SIEG.

19. Cette consécration n'a cependant pas fait disparaître la tension évidente qui lie les nécessités sociales et territoriales du maintien, voire du développement d'obligations de service public, d'un côté, avec les exigences du droit du marché intérieur et de la libre concurrence, de l'autre côté. Cette tension n'a cependant rien de honteux ni de regrettable : elle participe à la logique des conflits entre droits fondamentaux, l'un étant nécessairement limité par l'autre (38). Et s'il est compréhensible que les instances européennes s'attachent à résoudre ce conflit au cas par cas, et avec prudence, la jurisprudence récente de la Cour nous conduit surtout à plaider pour le maintien de l'équilibre entre les deux droits en tension, sans donner une trop grande préférence aux libertés économiques « historiques » sur les SIEG.

(38) Nous rejoignons en ce sens la mise en garde de F. PICOD, *op. cit.*, p. 769, qui souligne que cette tension n'oppose pas par principe l'Union et les États membres.