

Annexe 2 – La notion de service d'intérêt économique général

Le juge communautaire renvoie, de façon constante, au principe de subsidiarité s'agissant de la définition des SIEG. Il reconnaît, notamment, la compétence des Etats membres¹ quant à l'appréciation du caractère d'intérêt général d'une activité.

Son contrôle se limite sur ce point à vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. Il s'assure néanmoins que l'application des règles dérogatoires au droit commun de la concurrence est justifiée par la correction d'une défaillance du marché ou une raison impérieuse d'intérêt général.

Selon la jurisprudence de la CJCE, trois conditions doivent être réunies pour qu'un service confié à une entreprise soit qualifié de SIEG : la nature économique de l'activité en cause (1), le caractère d'intérêt général du service en cause (2) et l'investissement explicite de l'entreprise concernée par la puissance publique (3).

En tant qu'activités économiques, les SIEG sont soumis au droit communautaire de la concurrence mais leur caractère d'intérêt général leur permet de bénéficier de certaines dérogations, fondées sur les dispositions de l'article 86§2 du traité CE (4).

1. LA NATURE ECONOMIQUE DE L'ACTIVITÉ EN CAUSE

Les services d'intérêt général (SIG) comprennent deux catégories de services : les services non marchands, ou SIG non économiques, et les services marchands dits services d'intérêt économique général (SIEG).

Le droit communautaire de la concurrence ne s'applique qu'aux activités de nature économique, définies largement par la CJCE comme toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné².

La Cour refuse de qualifier d'économique une activité qui ne consiste pas à offrir des biens ou des services sur un marché. Tel est par exemple le cas de l'acquisition de produits sanitaires par des établissements hospitaliers³. Corrélativement, la notion d'entreprise en droit communautaire vise toute entité, quelle que soit sa forme juridique et son mode de financement⁴, qui exerce une activité économique⁵.

1.1. Services d'intérêt général (SIG) non marchands ou sans contrepartie économique

Selon la jurisprudence européenne, deux catégories d'activités ne se prêtent pas à la qualification économique :

- celles « *exclusivement sociales* »⁶, dispensées de l'application des règles de concurrence lorsque la collectivité territoriale caractérise son intervention par le principe de solidarité ;
- et celles impliquant l'exercice de prérogatives « *typiquement de puissance publique* » définies dans l'arrêt Eurocontrol⁷ qui correspondent globalement aux services publics régaliens français.

Pour établir la distinction avec les SIG économiques, il convient donc d'examiner les activités catégorie par catégorie et au cas par cas.

1.2. SIEG : services d'intérêt économique général

Contrairement au concept de SIG non marchands, les SIEG sont évoqués par le traité CE. Les SIEG ont un caractère économique dès lors qu'ils sont fournis sur un marché. Le marché est caractérisé par la confrontation (même potentielle) d'une offre et d'une demande.

¹ CJCE, 10 décembre 1991, « *Port de Gênes* », aff. C-179/90.

² CJCE, 18 juin 1998, « *Commission /Italie* », aff. C-35/96.

³ TPI, 4 mars 2003, *Fenin*, aff. T-319/99, points 35 à 40.

⁴ CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov ea*, aff. C-180/98 à C-184/98, point

⁵ CJCE, 23 avril 1991 « *Höfner et Elser c/ Macroton* », aff. C-41/90. L'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE modifiée a traduit la notion communautaire d'entreprise par celle d'« *organismes qui exercent des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands* ».

⁶ CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre* aff. C-159/91

⁷ CJCE, 19 janvier 1994, C-364/92

En considération de l'entité qui assure la prestation, l'un des critères déterminants pour qualifier une activité d'économique est pour la CJCE l'existence d'une rémunération correspondant à la contrepartie économique du service fourni. Elle reconnaît, par exemple, le caractère économique de l'activité de placement exercée par des offices publics pour l'emploi⁸, les services de transport d'urgence et de transport de malades⁹, la gestion des infrastructures de transport¹⁰. En revanche, les activités caractérisées par une absence de rémunération, comme l'enseignement public, dans la mesure où il est financé par des fonds publics et où les étudiants ne versent que des droits de scolarité, ne constituent pas une activité économique et sont donc susceptibles d'échapper à l'application du droit communautaire de la concurrence¹¹.

La notion de rémunération est toutefois entendue dans le sens le plus large.

D'une part, la notion d'activité « à but lucratif » doit plutôt être appréhendée au sens fiscal de la gestion désintéressée opérée par le code général des impôts (CGI)¹².

D'autre part, l'absence de but lucratif n'est pas de nature à écarter la qualification d'activité économique. La contrepartie économique déterminante dans la qualification de l'entreprise est envisagée principalement sous l'angle du seul marché sur lequel l'entité intervient. Sans être monétaire, la contrepartie économique que procure un avantage quelconque au prestataire de service ou qui renforce sa position sur le marché suffit à caractériser la contrepartie économique tirée par l'entreprise chargée d'un SIEG¹³.

Des exemples et précisions supplémentaires sur la notion d'activité économique figurent aux points 2.2 à 2.5 du document de travail de la Commission recensant les questions fréquemment posées sur le paquet « Monti-Kroes ».

2. DES ACTIVITÉS RECONNUES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Selon la CJCE, les services d'intérêt économique général doivent revêtir « *un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique* ». Plus précisément, c'est la présence d'obligations de service public qui lui permet de vérifier si la mission présente un caractère spécifique.

Les services d'intérêt économique général sont donc des services de nature économique, que les autorités publiques nationales considèrent comme étant d'intérêt général. Ils sont mis en œuvre par des entreprises soumises au respect d'obligations de service public.

Les collectivités publiques disposent d'un large pouvoir d'appréciation de la nature d'intérêt général des activités en cause, le juge communautaire se bornant à vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation.

3. UN ACTE OFFICIEL DE LA PERSONNE PUBLIQUE

Il ne suffit pas qu'une mission d'intérêt général soit confiée à une entreprise par une collectivité territoriale. Il faut que cette collectivité produise un acte officiel par lequel s'opère cette dévolution.

En effet, la CJCE exige que la mission d'intérêt général soit dévolue à une entreprise par un acte exprès et explicite de la puissance publique de nature législative, réglementaire ou conventionnelle¹⁴. Pour l'application du paquet « Monti-Kroes », la Commission qualifie cet acte de « mandat » et définit, beaucoup plus précisément que la CJCE, les informations que doit comporter ce mandat, notamment sur la nature des obligations de service public imposées par les autorités publiques (cf. annexe 3).

A noter enfin qu'en pratique, l'application en droit interne de l'exigence d'un acte officiel peut se traduire par l'attribution du label de service public. A ce titre, il convient de ne pas opérer une totale assimilation du SIEG au service public industriel et commercial (SPIC) au sens du droit interne. Certains services publics

⁸ CJCE, 23 avril 1991 « *Höfner et Elser c/ Macroton* », aff. C-41/90, points 20 à 23.

⁹ CJCE, 25 octobre 2001 « *Glöckner* », aff. C-475/99, point 20.

¹⁰ CJCE, 24 octobre 2002 « *aéroport de Paris c/ Commission* », aff. C-82/01, points 75 à 80.

¹¹ CJCE, 7 décembre 1993, « *Wirth* », aff. C-109-92, point 15.

¹² L'association, comme toute personne physique ou morale, est imposable selon les règles de droit commun. L'instruction fiscale du 15 septembre 1998, précisée par celle du 18 décembre 2006, décrit le régime fiscal des associations.

¹³ Dans sa décision du 15 janvier 2002 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur du Crédit Mutuel, la Commission signale notamment que « le réseau rural ne résulte pas d'une contrainte de service public mais bien d'une stratégie d'entreprise » compte tenu de son « positionnement sur le marché de la banque aux particuliers, notamment en zone rurale » (point 196).

¹⁴ CJCE, 21 mars 1974, « *BRT c/ Sabam* », aff. 127/73.

administratifs (SPA) sont susceptibles d'être économiques¹⁵ au sens du droit communautaire. Celui-ci est, en effet, indifférent aux qualifications nationales données par le juge ou les textes.

4. BÉNÉFICE DE DÉROGATIONS AU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

Les SIG non économiques étant sans effet sur le commerce, ils ne relèvent pas du droit commun de la concurrence. Les Etats et collectivités territoriales ont donc toute latitude pour les organiser.

En revanche, le droit communautaire a défini un système de régulation spécifique aux SIG lorsqu'ils sont de nature économique car ils relèvent des rapports entre les règles de concurrence et les missions d'intérêt général.

A ce titre, l'article 86§2 du traité CE dispose que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles du présent traité, 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 (...)* ».

Sur cette base, le juge communautaire vérifie la nécessité et la proportionnalité des dérogations accordées en faveur des entreprises chargées d'un SIEG. En pratique, c'est la correction d'une défaillance du marché qui justifie, le plus souvent, l'application aux entreprises chargées de SIEG de dérogations aux règles communautaires de la concurrence.

¹⁵ A titre d'exemple, certaines des activités de l'AFSSA, qualifiée d'établissement public à caractère administratif par le Code de la santé publique, sont néanmoins susceptibles d'être qualifiées d'activités économiques. En effet, les activités de recherche et de valorisation des résultats de cette recherche sont considérées comme des activités économiques au sens du droit de la concurrence.