



**HAL**  
open science

# La contractualisation des obligations de service public : un vecteur d'efficacité économique des services d'intérêt économique général

Fabrice Jury

## ► To cite this version:

Fabrice Jury. La contractualisation des obligations de service public : un vecteur d'efficacité économique des services d'intérêt économique général. Droit. 2012. dumas-03997776

**HAL Id: dumas-03997776**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03997776v1>**

Submitted on 15 Mar 2023

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0  
International License



**LA CONTRACTUALISATION DES OBLIGATIONS DE  
SERVICE PUBLIC : UN VECTEUR D'EFFICIENCE  
ÉCONOMIQUE DES SERVICES D'INTÉRÊT  
ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL**

**Fabrice Jury**

Mémoire de Master 2 recherche Droit européen des affaires

*Sous la direction de Michaël Karpenschif  
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Directeur du Centre d'Études Européennes*

**N° 1**

**Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.**

**Il doit être cité comme suit :**

Jury (Fabrice). – *La contractualisation des obligations de service public : un vecteur d'efficacité économique des services d'intérêt économique général*. – Mémoire de master 2 recherche Droit européen des affaires / sous la direction du Professeur Michaël Karpenschif. – Lyon : Équipe de Droit International, Européen et Comparé, 2012. – 110 p. – (Les Mémoires de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé : n° 1). – Document disponible sur le site web de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé, à l'adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>. ISSN : 2778-2441

**Directrice de publication** : Frédérique Ferrand, Professeure des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

**Responsable d'édition** : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC  
**Université Jean Moulin-Lyon 3 – Faculté de Droit**

**Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185**

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251 – **Fax** : ++ 00 / 33 478 787 466

**Courriel** : [ediec@univ-lyon3.fr](mailto:ediec@univ-lyon3.fr) – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>





# **LA CONTRACTUALISATION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC : UN VECTEUR D'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DES SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL**

**Fabrice Jury**

Mémoire de Master 2 recherche Droit européen des affaires

*Sous la direction de Michaël Karpenschif  
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Directeur du Centre d'Études Européennes*

**N° 1**

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit  
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185  
Lyon – 2012**



« La puissance qui désacralise un lieu, un conseil,  
une religion, est aussitôt à son tour sacralisée »

Jacques Ellul, *Islam et Judéo-christianisme*, p. 64-65



## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Karpenschif pour sa disponibilité et pour avoir accepté de diriger mon mémoire.

Je tiens également à remercier Étienne Durand, doctorant contractuel-moniteur au Centre d'Études Européennes, pour sa patience face à mes multiples questions et ses précieux conseils.



## SOMMAIRE

### PREMIÈRE PARTIE

#### LA STANDARDISATION MATÉRIELLE DE L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DES SIEG

##### CHAPITRE 1 – LA STABILISATION DE LA CONCEPTION ÉCONOMIQUE DES OSP

SECTION 1 – L'OUTIL CONTRACTUEL COMME CLEF D'UNE DÉFINITION ÉCONOMIQUE PLURIELLE

SECTION 2 – L'OUTIL CONTRACTUEL COMME CLEF D'UN CONTEXTE ÉCONOMIQUE CONCURRENTIEL

##### CHAPITRE 2 – LA PROGRESSION DE LA PRÉCISION ÉCONOMIQUE DES OSP

SECTION 1 – L'IMPORTANCE DE LA DÉFINITION DES PARAMÈTRES POUR UNE PERTINENTE FORMULE ÉCONOMIQUE

SECTION 2 – LA TRANSFORMATION PROGRESSIVE DU CONTRÔLE DE SURCOMPENSATION EN UN CONTRÔLE D'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE

### DEUXIÈME PARTIE

#### LA GÉNÉRALISATION FONCTIONNELLE DE L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DES SIEG

##### CHAPITRE 1 – LA PERFORMANCE DES SUPPORTS DE FINANCEMENT

SECTION 1 – L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE D'ENCADREMENT DES OSP

SECTION 2 – L'EXISTENCE DE CADRES CONTRACTUELS D'ENCADREMENT DES OSP

##### CHAPITRE 2 – L'OPTIMISATION DES PROCESSUS DE FINANCEMENT

SECTION 1 – LE POIDS DE LA DONNÉE QUALITATIVE DANS LE CHOIX DE L'OPÉRATEUR INVESTI

SECTION 2 – LA CIRCULATION DES INFORMATIONS POUR UN CADRE PROCÉDURAL SÉCURISÉ



## LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

Aff. jtes	Affaires jointes
Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
Al.	Alinéa
Art.	Article
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
CDE	Cahier de droit européen
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions de l'avocat général
Cons.	Considérant
D.	Recueil Dalloz-Sirey
Doc. fr.	La Documentation française
Dr. adm.	Droit administratif
E. a.	Et autre(s)
JCP A	La Semaine juridique, édition Administrations et Collectivités territoriales
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
OSP	Obligation(s) de service public
PUF	Presses Universitaires de France
RDT	Revue de droit des transports
RDUE	Revue de droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes
RFD adm.	Revue française de droit administratif
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RMUE	Revue du marché unique européen
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
SIEG	Service(s) d'intérêt économique général
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TUE	Tribunal de l'Union européenne



## INTRODUCTION

Un récent sondage a souligné que seulement 37 % des usagers européens ont une opinion favorable de leurs services publics<sup>1</sup>. Si l'autorité publique est perçue comme pouvant améliorer la qualité de vie, son action, minorée par la récente crise économique, est jugée insuffisante dans la majorité des cas. Ce constat amène inévitablement à s'interroger sur la gestion de ces services ainsi que l'éventualité et la teneur d'un cadre européen qui leur serait dédié.

En effet, en dépit de la diversité de leurs histoires et traditions nationales, les États d'Europe occidentale ont développé un socle commun de tradition publique. Chacun d'entre eux pratique encore une action coutumière, à l'intensité variable, dans la gestion des affaires dites publiques décidées au nom de l'intérêt général. Version contemporaine du bien commun défendu dans les temps anciens, l'action de l'État, et plus globalement des autorités publiques se fondent sur la recherche de l'intérêt général aujourd'hui encore.

Or la similitude des principes qui régissent et structurent l'intervention de ces dernières dans la sphère publique conduit la doctrine à rechercher dans chaque ordonnancement normatif national le vecteur commun de « subsidiarité fonctionnelle »<sup>2</sup>. Véritable ordonnateur, il façonne et guide la compétence des États pour satisfaire les besoins essentiels de leurs populations. Or, là où l'histoire a progressivement érigé un équilibre entre la nécessaire liberté du commerce et l'intérêt public variant selon les États, la construction européenne a rapidement imposé un modèle commun fondé sur le primat de la concurrence pour les activités économiques.

Néanmoins, toutes les activités publiques ne sont pas visées et concernées par les règles fondatrices du Traité de Rome. En effet, les activités régaliennes de l'État telles que la police, les services de protection sociale obligatoire, ou encore la justice et l'enseignement obligatoire, et toutes celles ne relevant pas d'une activité économique au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union ne sont pas concernées. Au-delà, les fondements mêmes de l'autorité publique sont consacrés et protégés par le Traité sur l'Union Européenne qui précise que l'Union « respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale »<sup>3</sup>.

Le minimalisme de l'expression ici utilisée ne doit toutefois pas être mal perçu. En effet, elle met en exergue, eu égard aux références à la matière qui se multiplient en droit de l'Union et en *soft law*, une dialectique centripète consolidant dans l'Union la présence publique. Aussi s'agit-il d'un véritable reflux après des années de réduction constante du périmètre de l'action publique, effectuée surtout sur le terrain des services d'intérêt économique général (SIEG).

---

<sup>1</sup> Sondage BVA juin 2012 pour le journal 20minutes.fr.

<sup>2</sup> F. Moderne, « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle à propos des rapports entre initiative économique publique et initiative économique privée dans les États européens ? », RFDA 2001. 563.

<sup>3</sup> Traité sur l'Union Européenne : art. 4 ; Traité portant constitution pour l'Europe : art. I-5, auquel renvoie l'article III-122 sur les services d'intérêt économique général.

## 1. Le risque d'une dogmatique application des règles concurrentielles en Europe

Dès l'origine de la vision européenne desdits services, le Traité de Rome précise que « les entreprises chargées d'une mission d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence ». Par exception toutefois, la soumission n'est possible que « 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 »<sup>4</sup>.

Il en résulte que le concept même de SIEG est conçu comme un service légitimant une dérogation au libre jeu de concurrence. Corrélativement, le traité instaure cependant la règle de neutralité communautaire quant au régime de propriété des États membres<sup>5</sup>. Celle-ci va *de facto* impliquer l'application des règles concurrentielles à toutes les activités économiques<sup>6</sup>, que leur gestion soit publique ou privée. Le principe induit alors inéluctablement la soumission des SIEG au jeu concurrentiel.

En effet, l'approche ainsi établie, a permis à la Commission européenne, soutenue en cela par la Cour de justice, de soumettre largement ces services à une discipline de marché. En se fondant sur sa compétence exclusive pour appliquer l'article 86 § 3 TCE, la gardienne des Traités s'est d'ailleurs révélée être un acteur institutionnel très puissant<sup>7</sup>. À cet égard, elle va favoriser la libéralisation de plusieurs activités marchandes auparavant réservées aux personnes publiques au nom de l'intérêt général attaché. Ainsi, le secteur des télécommunications, des transports, des services postaux, et de l'énergie, chacun décisif quant à la recherche d'une véritable productivité dans le marché intérieur, ont été prioritairement ouverts à la concurrence. Le but recherché était de favoriser et stimuler leur développement sur tout le territoire de l'Union.

Ce processus renvoyant à un ordre concurrentiel dominant a pu affecter l'identité et le rôle de certains États membres. À tel point d'ailleurs qu'il a constitué un point d'achoppement majeur entre ces derniers et les institutions. En définitive, « la souveraineté nationale et un modèle de société seraient remis en cause si l'on n'y prenait pas garde »<sup>8</sup>. Les institutions, sous l'impulsion première de la Cour de justice, ont alors infléchi leur position à l'égard des SIEG. En effet, l'obligation qui leur est faite d'appréhender tous les comportements anticoncurrentiels des opérateurs économiques, exerçant ou non une mission d'intérêt général, s'accorde mal avec la protection de cet élément clé du modèle européen.

Par un examen de toutes les activités d'intérêt général à l'aune de la concurrence, le risque d'une remise en cause de ces dernières par l'application dogmatique des règles du traité n'est pas à exclure. C'est ainsi que des activités, en apparence en dehors du spectre européen (placement de main d'œuvre, santé notamment<sup>9</sup>) ont été rattrapées par les règles libérales du traité. Toutes les activités d'intérêt général ne sont certes pas soumises au jeu concurrentiel, mais pour celles incontestablement de nature économique, l'étau se resserre. Il existe pourtant de nombreux cas dans lesquels les seules forces du marché ne peuvent assumer le coût réel des obligations de services publics. C'est pourquoi l'Union va reconnaître leur spécificité.

---

<sup>4</sup> Art. 86 § 2 TCE.

<sup>5</sup> Art. 295 TCE.

<sup>6</sup> Les services d'intérêt général de nature non économique et les services sans effet sur le commerce entre les États membres ne sont pas régis par les règles relatives au marché intérieur, à la concurrence et aux aides d'État.

<sup>7</sup> CJCE, 26 juillet 1982, *France, Italie, Royaume Uni c/ Commission*, aff. 188 à 190/80, Rec. I-02545.

<sup>8</sup> Conclusions du colloque « *Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et marché* », 17-19 octobre 1996, CEDECE, Doc. fr., 1998, Paris, 2 t., p. 499.

<sup>9</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Hoffner et Elser*, aff. C-41/90 ; CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA*, aff. C-244/94.

## 2. La reconnaissance progressive de la spécificité sociétale des SIEG en Europe

Tandis que le texte fondateur de 1957 ne s'intéressait au service public que sous l'angle de l'exception, l'Acte unique de 1986 et le Traité de Maastricht de 1992 ont, eux, multiplié les références chères au thème des services publics : cohésion économique et sociale, protection des consommateurs, et de l'environnement, politiques de réseaux. L'augmentation consécutive des compétences de la Communauté imposa une appréhension plus globale des intérêts de l'Union et à repenser le service d'intérêt général.

Cette évolution aboutit à un saut qualitatif lors du Traité d'Amsterdam, qui introduit un article 16 TCE spécifique dédié au SIEG. Il dispose ainsi qu'« eu égard à la place qu'[ils] occupent parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission ».

L'article 16 TCE consacre la place de ces services qui « font partie des valeurs partagées par toutes les sociétés européennes et constituent un élément essentiel du modèle de société européen »<sup>10</sup>. Si la conception est entendue comme un modèle de société que l'Union européenne promeut<sup>11</sup>, alors le régime dédié aux services d'intérêt général qui émerge l'illustre avec force. Le progrès normatif reste néanmoins limité dès lors que la disposition ne s'applique que « sans préjudice des articles 73, 86 et 87 » c'est-à-dire dans le sens de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en la matière. Or, en tant que disposition figurant au titre des principes régissant la Communauté, elle ne peut être ignorée du législateur européen. Aussi, à l'aune de l'exigence, la Commission esquisse-t-elle un modèle nouveau, pour une concurrence dite régulée. Établi d'abord en matière de transports, l'institution estime en cela que « l'introduction de la concurrence doit s'accompagner de règles garantissant la protection de l'intérêt général »<sup>12</sup>.

Prenant acte de la consécration opérée par le Traité d'Amsterdam, les États décident de souligner à nouveau l'existence des services dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union approuvée par le Conseil européen de Nice en décembre 2000. Son article 36 ne crée pas de droit en lui-même mais reconnaît l'importance des SIEG et pose le principe de leur libre accès « tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales ». L'engagement reste cependant là encore enserré dans des limites concurrentielles rappelées chaque fois qu'il est possible. Apparaît alors clairement toute l'ambiguïté que ne cesse de recouvrir cette notion de SIEG, traduite par un refus constant de la Commission d'agir par une directive cadre, lui préférant les communications.

Matérialisant cette exigence régulatoire, le projet de traité créant une constitution pour l'Europe aurait pu marquer une étape décisive en la matière. Il pérennisait en effet l'existence de cette protection en précisant que « la loi européenne établit ces principes et fixe ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres dans le respect de la

---

<sup>10</sup> Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final du 21 mai 2005, p. 3 ; l'expression figure aussi dans la Communication sur les services d'intérêt général du 19 septembre 2001, JO C 17/5, p. 3.

<sup>11</sup> J. Rifkin, *Le rêve européen, ou comment l'Europe se substitue peu à peu à l'Amérique dans notre imaginaire*, Paris, Fayard, 2005.

<sup>12</sup> Considérant n° 9 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (JOCE n° C 365 E du 19 décembre 2000).

Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services »<sup>13</sup>. Ainsi, le traité permettait à l'Union de construire une véritable politique commune en matière de SIEG, un domaine relevant pourtant d'une compétence partagée. Un tel outil ouvrait la voie à la production de règles de financement et d'encadrement pour une meilleure sécurité que par la seule jurisprudence de la Cour.

### *3. Les potentialités ambiguës du Traité de Lisbonne ou la consécration du rôle de la Commission*

Malgré la funeste fin du Traité établissant une constitution, le Traité de Lisbonne, ratifié lui, procède à une toute aussi décisive avancée en la matière. Suscitant de multiples débats sur le thème des services publics en Europe depuis son entrée en vigueur en décembre 2009, le Traité sur le fonctionnement de l'Union soulève la question de la cohérence de l'action européenne au regard des besoins des citoyens et des autorités publiques. Or, dans ce domaine sensible, les règles européennes édictées ne doivent pas générer une confusion ou être un frein à l'efficacité des services d'intérêt général. Elles doivent avant tout préserver et valoriser ceux-ci, essentiels à la compétitivité de l'Union.

C'est là le sens des nouveaux éléments apportés par le Traité de Lisbonne. D'abord, il procède à une consécration des services d'intérêt général (SIG), avec un protocole spécifique qui leur est dédié<sup>14</sup>. Dès lors que les protocoles ont la même valeur juridique que les traités, les services intègrent alors officiellement et complètement le cadre européen. En cela, ils ne sont plus seulement le support de « valeurs communes » mais constituent une catégorie juridique à part entière intégrée au droit primaire. De la même façon, le protocole évoque en outre pour la première fois les services non économiques d'intérêt général (SNEIG) déjà définis auparavant par la Commission. Leur qualification est importante dès lors que les règles de concurrence ou de commande publique leur sont inapplicables. De plus, la compétence des États membres est pour eux totale, dans le respect de la subsidiarité.

Identiquement, en donnant valeur juridique à la Charte des droits fondamentaux, le Traité de Lisbonne procure une normativité au droit à l'accès aux SIEG que reconnaît le texte de 2000. Si cette consécration constitue une avancée politique et une assurance pour les tenants des services publics, le traité apporte d'autres modifications plus techniques. En effet, le Traité sur le fonctionnement de l'Union reprend l'article 16 TCE devenu l'article 14 TFUE mais ajoute à ce dernier un troisième alinéa *de facto* essentiel indiquant que les principes et conditions qui régissent les SIEG sont établis « dans le respect des traités », et sont adoptés par le Parlement européen et le Conseil « par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire ».

À l'instar de ce qu'augurait le Traité portant constitution pour l'Europe, la combinaison de l'article 14 avec le protocole *ad hoc* suscitent de nombreux espoirs quant à la création d'un cadre européen spécifique pour les SIG. Les deux textes offrent en effet une base juridique renouvelée ouvrant la voie à l'édition d'un acte précisant les conditions d'une efficace exécution des SIEG. L'opportunité d'une telle initiative n'est toutefois pas encore démontrée eu égard aux autres règles du droit de l'Union en la matière.

---

<sup>13</sup> Traité établissant une constitution pour l'Europe, art. I-122. Même si le traité ne fut pas ratifié *in fine*, une réelle volonté politique est apparue comme en témoigne le Livre blanc de la Commission du 15 mai 2004 : COM(2004)374.

<sup>14</sup> Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général.

Formellement, la référence que fait l'article 14 à la procédure législative ordinaire, formulée à l'article 289 TFUE, signifie que l'initiative attendue est soumise, en droit et en fait, à des règles qui sont autant de freins à son application. En pratique, elle a lieu par codécision du Parlement européen et du Conseil sur proposition de la Commission. Sur le fond, l'insistance de l'article 14 sur « le respect des traités » signifie que la liberté du marché reste la règle. L'article 106 §2 TFUE, qui soumet les SIEG « aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence », demeure en cela le fondement du régime européen de ces services. Cette nouvelle base juridique, dont la nature horizontale ou sectorielle est interrogée, doit coexister de plus avec l'article 107 TFUE relatif aux aides d'État ainsi qu'avec les directives sectorielles encadrant les activités de réseaux.

À cette aune, c'est bien la Commission qui, en toute hypothèse, « veille à l'application de ces dispositions ». Elle est en cela la seule juge de l'équilibre entre concurrence et SIEG, ainsi que des dérogations éventuelles. Cependant, en droit des aides d'État particulièrement, cette architecture nouvelle doit encourager l'institution à associer d'avantage ses partenaires, sa compétence étant exclusive. Le débat européen sur les services en serait alors enrichi.

#### *4. La qualification étatique des SIEG à l'épreuve d'un pragmatisme européen post-Lisbonne*

Malgré les progrès non neutres du Traité de Lisbonne, la notion même de SIEG demeure floue et à l'évolutive adéquation avec les acceptions nationales de l'intérêt général. Épuré de ses implications idéologiques grâce aux efforts de la doctrine<sup>15</sup>, le débat autour des SIEG démontre qu'il est possible de concilier les exigences découlant des règles du marché avec celles de la cohésion sociale. La recherche de cet équilibre relève principalement de la compétence nationale et la diversité des solutions adoptées par les États témoigne de la liberté dont ils disposent dans ce domaine. Cette liberté de principe, importante, s'étend de la définition des missions qu'ils estiment d'intérêt général, à la détermination de leur mode de gestion et financement.

Toutefois, et ce faisant, ils ne doivent pas être constitutifs d'une infraction aux règles de concurrence. Aussi la Commission a-t-elle opportunément employé le contenu des anciens articles 82 et 86 devenus 102 et 106 pour minorer le poids public sur ces services, marqués d'un *a priori* négatif quant au bon fonctionnement du marché. Sa pratique, combinée à celle de la Cour, a circonscrit progressivement la notion de SIEG, non initialement définie dans le traité et le droit dérivé. Or la qualification n'est admise que pour certaines activités soumises « à des obligations de service public en vertu d'un critère d'intérêt général [et] fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux »<sup>16</sup>. Le législateur européen définit à cette occasion pour ces services, un niveau minimal d'obligations en terme d'accès tarifaire, de fréquence et de qualité appelées service universel, dont l'exécution est imposée à l'État.

Corroborant cette vision pragmatique, la Commission maintient sa position minimaliste après le Traité de Lisbonne. Conservant l'initiative, et écartant toute directive cadre eu égard à

---

<sup>15</sup> Et grâce notamment à « une pensée laïcisée » proposée par le Professeur Robert Kovar, « *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée* », RTDE 1996. 493. Renvoyant dos à dos « les irréductibles du service public » et « les inconditionnels du marché », l'auteur souhaite que « l'esprit d'orthodoxie cède devant les exigences d'une pensée laïcisée », spéc. p. 533.

<sup>16</sup> Livre vert sur les services d'intérêt général, précité, note 10. La problématique du financement des services de nature non marchande, relevée par la Commission dans ce document, soulève des questions spécifiques non traitées ici.

la diversité des cas nationaux, la Commission estime qu'outre les éléments sectoriels, le protocole *ad hoc* est en lui-même un cadre solide pour les États. L'institution reconnaît néanmoins « des difficultés liées aux frontières entre catégories juridiques » et produit un guide de l'utilisateur, ainsi qu'une pluralité de « communications interprétatives »<sup>17</sup>. Dans sa communication de 2007<sup>18</sup> d'ailleurs, la Commission souligne que la dissociation entre SIEG et non SIEG est une grille de lecture valable pour tous les secteurs. Aussi les services sociaux, cristallisant les débats, ne sont-ils pas une exception. La différence existe plutôt entre les services ayant un intérêt économique et ceux n'en ayant pas.

Dans ce cadre global animé par la Commission, les États disposent en principe d'un large pouvoir d'appréciation pour définir les services qualifiables de SIEG. La Commission doit uniquement vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. L'enjeu est de taille puisque la qualification ouvre la possibilité de déroger par l'article 106 §2 TFUE aux règles du traité. L'accès à celle-ci est subordonné à quatre conditions : l'exécution par l'opérateur d'une mission d'intérêt général, son investiture publique, le caractère nécessaire et proportionné de l'atteinte au marché et la non-affectation des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt européen. Le statut des financements exposés pour le SIEG résulte alors de la reconnaissance effective de celui-ci. La question va épuiser les interactions entre acteurs.

##### *5. La fixation des débats autour de la question du financement des SIEG*

Le principe selon lequel les États membres jouissent d'une autonomie quant au choix de la forme d'exploitation de leurs SIEG s'applique aussi au financement de ces services<sup>19</sup>. Ils bénéficient en théorie d'une large marge décisionnelle pour choisir la meilleure stratégie financière fondant la production des services. En pratique d'ailleurs, les systèmes nationaux renvoient à différentes techniques combinées. Les SIEG peuvent ainsi être financés par le prix payé par les usagers<sup>20</sup>, sur le fondement duquel peut s'opérer une péréquation<sup>21</sup>, par des compensations de fonds de service universel<sup>22</sup> ou par des droits spéciaux ou exclusifs<sup>23</sup> accordés par les autorités aux gestionnaires du service. À ces différents moyens s'ajoutent les compensations qu'elles versent directement en contrepartie d'obligations de service public assumées par les entreprises.

Le droit de l'Union européenne n'impose pas aux États membres un mode prédéterminé de financement et, sans harmonisation, ils demeurent libres de recourir aux différents procédés. L'exercice de cette liberté doit cependant respecter les règles de concurrence même si en vertu de l'article 106 §2 les opérateurs chargés d'un SIEG n'y sont soumis que « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie ». Par-delà ces principes, l'approfondissement du marché commun a poussé l'Union à se saisir malgré tout de la définition et la gestion des SIEG.

---

<sup>17</sup> COM(2005)569 – Communication relative aux PPP et le droit communautaire des marchés et des concessions.

<sup>18</sup> COM(2007)725 – Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen.

<sup>19</sup> Le même principe est rappelé dans la communication de la Commission sur les compensations d'obligation de service public au secteur de la radio diffusion publique, JO C 320 du 15 novembre 2001, p. 5.

<sup>20</sup> M-T. Sur-Le-Liboux, « *Les prix et les services* », AJDA 1996. 62 ; G. Gonzalès, « *Le service public local : à quel prix ?* », LPA 1997, n° 146.

<sup>21</sup> Il s'agit d'un financement interne n'impliquant l'intervention d'aucune source financière extérieure au service.

<sup>22</sup> G. Eckert, « *Les modes de financement du service public dans l'environnement concurrentiel* », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, CEDECE, Doc. fr., 1998, t. II, p. 429.

<sup>23</sup> Le droit de l'Union ne s'oppose pas au financement d'un service par ce moyen.

Aussi le financement par la compensation devient-il progressivement le mode ordinaire de leur financement, au détriment des autres qui voient leur champ se réduire. Le financement par le prix, c'est-à-dire une redevance prélevée sur l'utilisateur, permet rarement de couvrir toutes les charges du service malgré son importance. De plus, les tarifs génèrent des difficultés affectant le développement économique du service. La rigidité du financement par compensations de fond universel limite ce mode aux seuls services nécessitant de lourdes infrastructures. Quant au financement avec des droits spéciaux ou exclusifs, ils disparaissent avec la libéralisation du marché. La Commission limite en outre leur emploi pour promouvoir des moyens restreignant moins la concurrence comme les fonds de service public.

À l'aune du cadre européen ainsi esquissé, la dialectique entre la liberté du marché et les exigences d'un bon fonctionnement des SIEG est transcendée par la question du financement. Celui-ci doit, en effet, respecter les règles du marché commun mais, en même temps, ces règles ne doivent pas à l'inverse empêcher les opérateurs investis d'assurer leurs missions dans des conditions économiques acceptables. Il en résulte que « le droit communautaire oblige à penser le service public dans un environnement concurrentiel »<sup>24</sup>. Définies comme tout avantage sous forme d'aide publique couvrant le coût des OSP, les contraintes conditionnant la compatibilité du financement de ces obligations avec le marché met en exergue l'équilibre établi par le droit de l'Union. Il s'agit même du cœur du débat puisque l'aide au SIEG, compatible avec les règles de concurrence, ne relève pas du contrôle européen des aides d'État.

Afin d'offrir aux acteurs une sécurité juridique quant à l'application des règles relatives aux aides dans ce domaine, la Commission a adopté en 2005 des instruments juridiques connus sous le nom de *paquet Monti/Kroes*. Le corpus précise les cas dans lesquels une aide accordée en vue du financement d'un SIEG est compatible avec le traité. Outre des décisions relatives à des cas spécifiques, la Commission a produit au surplus des recommandations et un service d'information interactif<sup>25</sup> destinés à rendre plus efficace le respect des règles européennes par les autorités. Aussi, au-delà de la seule sécurité des financements, la Commission recherche-t-elle leur adaptabilité au sein du marché.

#### 6. Le développement d'une thématique corrélative d'évaluation des SIEG

Depuis son rapport au Conseil européen de Laeken<sup>26</sup>, l'institution prête une attention soutenue à la thématique de l'évaluation des SIEG, déjà présente dans ses livres sur les SIG<sup>27</sup>. La dialectique évaluative y est présentée avec le financement et l'organisation comme l'un des trois points décisifs d'une bonne gouvernance en la matière. Dans ces documents, la Commission propose plus précisément une stratégie en trois axes : une évaluation sectorielle classique visant les industries de réseaux libéralisées, une évaluation horizontale annuelle visant tous les SIEG, et enfin la réalisation d'enquêtes auprès des consommateurs. Ces propositions émanent pour partie de sollicitations d'autres institutions, signe du consensus en la matière.

---

<sup>24</sup> Selon l'expression du Professeur Kovar, « *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée* », préc. ; voir aussi J. Caillousse, « *Le droit administratif français saisi par la concurrence ?* », AJDA 2000. 99.

<sup>25</sup> Un service d'information interactif : [http://ec.europa.eu/services\\_general\\_interest/registration/form\\_fr.html](http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_fr.html). La Commission a également produit une liste de « *questions fréquemment posées* », et le guide de l'utilisateur évoqué.

<sup>26</sup> COM(2001) 598 – Les services d'intérêt général – Rapport au Conseil européen de Laeken.

<sup>27</sup> Le livre blanc sur les services d'intérêt général de 2004, comme dans le livre vert qui l'avait précédé en 2003.

Il s'explique par le fait que l'évaluation n'est autre que le point ultime du processus de valorisation des services publics en Europe initié dès les années 1990. L'érection progressive de celle-ci au rang d'étape inévitable par le prisme européen témoigne d'une évolution importante de la manière dont l'intérêt général justifie l'action publique dans l'Union. L'évaluation annihile en effet la légitimation *a priori* de l'action publique et oblige les autorités à prouver « l'efficacité des actions menées »<sup>28</sup>. Équivalent fonctionnel du marché consistant lui aussi à « une régulation par l'aval qui se substitue à la régulation par l'amont résultant de la contrainte politique »<sup>29</sup>, la conception a une résonance particulière lorsque les SIEG sont évalués. Ils sont en effet un lieu de confrontations de visions différentes quant aux rôles du marché et de la puissance publique dans l'atteinte de l'intérêt général.

Or, si la jurisprudence de la Cour de justice développée depuis le début des années 1990 définit la qualification de SIEG comme répondant aux critères d'activité économique soumise par une investiture publique à des obligations spécifiques, les positions de la Commission et du Tribunal accordent moins d'importance à l'action publique quant à l'activité économique<sup>30</sup>. Le marché lui-même peut en effet offrir les SIEG désirés. Mode de démonstration *a posteriori* du bien-fondé de l'action publique, la démarche évaluative développée permet aux institutions deux attitudes : contester la pertinence des organisations exorbitantes des services dans les États et imposer leur subsidiarité par rapport aux conditions normales de concurrence.

Au terme de cette évaluation, le Parlement européen rappelle dans un rapport d'octobre 2011 « l'importance particulière d'une qualité élevée » de ces services et « la nécessité d'un accès universel »<sup>31</sup> à ceux-ci. En réalisant ce lien entre la qualité et l'efficacité, le Parlement souligne l'importance du contenu de l'évaluation. Dépassant le simple audit, cette dernière consiste à apprécier les effets directs et indirects d'une action par rapport aux objectifs fixés. Elle impose alors une clarification des finalités des services et organise un bilan pour une meilleure performance. Conçue de façon économique au regard du marché avant d'être entendue plus globalement, l'évaluation a un rôle essentiel. Elle est mise au service d'une définition européenne du service public soulignant l'avantage du marché pour satisfaire l'intérêt général.

### *7. L'évaluation comme objectivation au service d'une définition européenne du service public*

Au travers de la jurisprudence européenne, de la riche production normative informelle de la Commission comme du droit primaire récent, les États conservent une totale liberté de principe pour consacrer une mission d'intérêt général, en délimiter son objet et en préciser son fonctionnement. Toutefois, au regard des éléments précédents, l'Union européenne dessine progressivement le régime juridique qu'elle souhaite voir appliquer dans les pays membres aux activités regroupées sous l'expression polysémique et parfois trop vague de « service public »<sup>32</sup>.

Le protocole annexé au Traité de Lisbonne réaffirme la marge d'appréciation laissée aux États dans la reconnaissance de ce qu'ils considèrent comme étant d'intérêt général sous le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation réalisé par la Commission et la Cour de justice. À

<sup>28</sup> J.Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, Droit et Société, 2008, p. 73.

<sup>29</sup> J.Chevallier, préc., p. 74.

<sup>30</sup> TPICE, 18 février 2008, *BUPA c/ Commission*, aff. T-289/03.

<sup>31</sup> Rapport sur la réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'État applicables aux SIEG (2011/2146(INI)) : point 34.

<sup>32</sup> Voir en ce sens D.Truchet, « Renoncer à l'expression service public », *AJDA* 2008. 553 ; aussi, M. Karpenschif, « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA* 2008. 48.

défaut d'une législation horizontale, il n'en demeure pas moins que des règles communes de fonctionnement existent (continuité, égalité, protection du consommateur, fiabilité et qualité du service notamment<sup>33</sup>), que des obligations de comptabilité doivent être respectées (notamment sous l'impact de la directive transparence<sup>34</sup>) et enfin que des catégories juridiques se dessinent (SIG, SIEG, SU, SNEIG). À tel point d'ailleurs que l'idée même d'une définition européenne du service public doit être sérieusement envisagée.

La Commission le reconnaît expressément dans sa communication sur les SIEG de 2001 en affirmant qu'« une conception centrale commune de ce qui constitue l'intérêt général peut être nécessaire pour garantir l'achèvement de l'Union ». L'institution va même au-delà et franchit implicitement le pas dans une décision très critiquée, relative au logement social aux Pays-Bas<sup>35</sup>. La Commission dépasse le simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, et contribue en l'espèce à la définition de la mission d'intérêt général.

La position de la gardienne des traités corrobore l'autonomie développée par la notion de SIEG. Le concept ne recoupe ni ne tient compte de l'ensemble des notions et de leurs spécificités conçues au niveau national. Aussi le SIEG inclut-il volontairement une grande variété d'activités pouvant être confiées à des opérateurs eux aussi très divers. Ces deux facteurs d'évolutivité que sont les catégories de services rendus à l'utilisateur et le statut de l'opérateur investi conditionnent la compréhension par les autorités de la notion de SIEG. Même si la Cour de justice en identifie les critères, elle fait preuve de finalisme, leur définition variant selon les cas et les acteurs.

En cela, les données ont fondamentalement évolué ces dernières années. Par l'ouverture à la concurrence de toutes les activités économiques d'intérêt général, la banalisation de l'action publique dans ses outils<sup>36</sup> et ses finalités<sup>37</sup>, ainsi que la libéralisation d'activités vitales pour les citoyens européens (l'eau, l'énergie, les communications) et l'exigence sociétale de leur garantir des services publics de qualité sur l'entier territoire de l'UE, l'équilibre subtil de l'article 106 TFUE n'est plus suffisant. Les institutions ont dû alors rechercher d'autres solutions.

## *8. L'interaction entre évaluation et contractualisation du financement pour un cadre renouvelé*

Casuistique, le cadre dérogatoire ainsi établi n'offre pas la sécurité juridique exigée par le développement d'une conception européenne du service public. La difficulté est bien celle-ci et a été clairement mise en exergue par les institutions lors des travaux préparatoires à la révision du paquet *SIEG*<sup>38</sup>. Déjà, à l'occasion de son nouveau règlement 1370/2007 relatif au transport

---

<sup>33</sup> M.-L. Basilien-Gainche, « *La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz : une reconfiguration des obligations de service public* », AJDA 2007. 74.

<sup>34</sup> Directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

<sup>35</sup> Décision C(2009)9963 du 15 décembre 2009 relative au système d'aides E 2/2005 et N 642/2009. Cette décision a fait l'objet d'un recours en annulation rejeté pour irrecevabilité par le TPICE : aff. T-202/10, *Stichting Woonlinie e.a. c/ Commission*. Aussi un pourvoi a été introduit : aff. C-133/12 P.

<sup>36</sup> D.Bailleul, « *Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ?* », CJEG/RJEP 2006. 105.

<sup>37</sup> A l'État pompier succède pas à pas l'État investisseur et le droit au capitalisme public encouragé par l'Union.

<sup>38</sup> En septembre 2009, le candidat à la Présidence de la Commission, M. José Manuel Barroso, avait exprimé le souhait de définir dans son nouveau mandat « un cadre de qualité pour les services publics européens ». Participant du débat, le rapport du Professeur Monti remis au Président Barroso en 2010, intitulé « *Une nouvelle stratégie pour le marché unique* », requiert une adaptation des règles en matière d'attribution et de financement des SIEG.

public de voyageurs, la Commission a consacré sa matrice concurrentielle nouvelle, à savoir l'instauration d'une concurrence régulée consistant à « rendre ces services plus attrayants, plus innovants et moins chers, sans entraver les opérateurs de services publics dans la poursuite des missions spécifiques qui leur ont été imparties »<sup>39</sup>.

Afin d'atteindre cet objectif et annihiler l'insécurité économique et juridique, il convient alors de développer d'autres moyens qu'un examen pragmatique de la Commission l'obligeant à vérifier la compatibilité des fonds publics exposés avec les règles du traité. Dans tout l'arsenal juridique européen, un outil paraît particulièrement adapté pour opérer ce tour de force : le contrat qui, selon la Commission, permet « un maximum de transparence dans les relations entre autorités publiques et entreprises en charges de SIEG »<sup>40</sup>. À cet égard, la récente réforme du paquet *Monti/Kroes*, peu utilisé par les États du fait de sa complexité et de sa faible normativité, est venue confirmer la voie contractuelle établie par la Commission.

En effet, le paquet *Almunia* adopté le 20 décembre 2011 est animé d'une logique évaluative allant jusqu'à l'efficacité économique des activités d'intérêt économique général<sup>41</sup>. Or l'efficacité se distingue de l'efficacités. Celle-ci désigne la capacité à atteindre des résultats et ne se limite pas aux aspects économiques. Elle prend en compte des éléments qualitatifs plus sociaux. Si l'efficacité met également en relation des moyens à des résultats, elle se différencie de l'efficacités en visant la recherche du meilleur rendement. D'abord économique, l'efficacité renvoie à la maîtrise des coûts ainsi qu'aux résultats obtenus compte tenu des moyens utilisés. Elle matérialise alors la réflexion des institutions orientée vers une optimisation de l'action publique dans le marché outre la seule efficacité.

Plus encore, le nouveau corpus complète cette dynamique par la généralisation du mandatement, donc de la voie contractuelle, en tant que support du financement des SIEG. Cette conjonction des tendances européennes existe déjà et avec succès dans le domaine des transports<sup>42</sup>, comme souvent précurseurs. Outre cette existence sectorielle, il n'est pas anodin que cette révision du corpus de la Commission participe plus généralement de la modernisation du cadre européen régissant les SIEG sur le fondement de l'article 14 TFUE telle que prévue par l'Acte pour le marché unique de 2012<sup>43</sup>. Pareil contexte n'est pas neutre dès lors qu'il prévoit de plus une rénovation du régime de la commande publique et des contrats publics dans l'Union<sup>44</sup>.

Il reste à espérer que les collectivités, principales concernées, sauront s'approprier ces nouveaux textes. Or des interrogations émergent déjà, et notamment celle consistant à savoir si cette nouvelle approche du financement des SIEG ne donne pas une place trop importante à la rationalité économique au détriment de l'amélioration et de la qualité des services rendus.

---

<sup>39</sup> Règlement CE n° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements CEE n° 1191/69 et n° 1170/70 du Conseil : considérant n° 7.

<sup>40</sup> COM (2002) 636 – Rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux SIEG, 27 novembre 2002.

<sup>41</sup> COM(2012/C 8/02) – Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'UE en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de SIEG ; COM(2012/C 8/03) – Encadrement de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public ; Décision (2012/21/UE) du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'art. 106 §2, du TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG.

<sup>42</sup> Le règlement CE n° 1370/2007 prévoit en effet une contractualisation de principe des OSP imposées.

<sup>43</sup> COM(2011)0206 final du 13 avril 2011 – L'Acte pour le marché unique : douze leviers pour stimuler la croissance et restaurer la confiance : article 2.10, la rénovation du régime des SIEG et la réforme de la commande publique dans l'Union sont évoquées de façon symptomatique dans le même article.

<sup>44</sup> La première pierre de cet édifice normatif renouvelé est la proposition de directive régissant ensemble les concessions de travaux et de service en date du 20 décembre 2011 – COM(2011)897 final.

L'avis très remarqué du Comité des régions est à cet égard topique<sup>45</sup>.

Aussi devient-il intéressant de se demander *dans quelle mesure la contractualisation des obligations de service public est un vecteur d'efficacité économique des SIEG ?*

Consacrant le principe de concurrence régulée, l'utilisation du contrat permet une réelle optimisation du financement des SIEG. Par ce cadre concurrentiel renouvelé, apparaît alors une continuité entre contractualisation et performance économique qui se manifeste en deux temps. L'efficacité des SIEG trouve d'abord une traduction dans le contenu du contrat, par la qualification et les paramètres de leur financement qui sont aujourd'hui stabilisés et standardisés par les institutions (Première partie). Ensuite, l'efficacité des SIEG trouve une traduction dans le choix du support et de ses modalités de passation. Progressivement émerge un véritable modèle d'encadrement tendant à se généraliser et sécurisant les fonds publics exposés (Deuxième partie).

---

<sup>45</sup> Avis du Comité des régions (91<sup>e</sup> session plénière, 30 juin-1<sup>er</sup> juillet 2011) sur la « Réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'État applicables aux SIEG » (ECOS-V-016) : points 28 et 49.



## PREMIÈRE PARTIE

### LA STANDARDISATION MATÉRIELLE DE L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DES SIEG

La tendance contractuelle structurant le recours aux OSP souligne dans un premier mouvement économique et juridique une standardisation du contenu du contrat. Elle résulte d'abord d'une stabilisation de la conception européenne du financement de ces obligations (Chapitre 1). Par interdépendance, les institutions, et notamment la Commission, accroissent le degré de précision économique exigé pour l'utilisation d'OSP. Elles consacrent alors la réalisation d'un calcul économique public (Chapitre 2).

#### CHAPITRE 1 – LA STABILISATION DE LA CONCEPTION ÉCONOMIQUE DES OSP

La contractualisation des obligations de service public aujourd'hui à l'œuvre anime une analyse d'efficacité dont la plus-value économique est en premier lieu exogène. En effet, le contrat en tant que support de financement des OSP optimise d'abord la macroéconomie de l'intervention des acteurs publics sur le marché. En cela, il constitue un outil fondant la performance des autorités en deux temps.

Clef d'un financement à la conception plurielle, le contrat stabilise d'une part la qualification économique des OSP en garantissant par sa présence une approche compensatoire (Section 1). Plus encore, le contrat est la clef d'un financement des OSP réalisé dans le contexte concurrentiel du marché. Par le finalisme qu'il postule, et l'absolue nécessité de défaillance du marché, il permet d'autre part la dégressivité publique pour une action des autorités ajustée (Section 2).

#### SECTION 1 – L'OUTIL CONTRACTUEL COMME CLEF D'UNE DÉFINITION ÉCONOMIQUE PLURIELLE

Si les SIEG sont, par définition, non ou moins rentables, les opérateurs investis doivent malgré tout pouvoir les réaliser dans des « conditions économiquement acceptables »<sup>46</sup>. À la croisée des chemins, entre action compensatoire et dialectique rémunératrice, le financement des OSP par les autorités devient alors économiquement pluriel. Face à cette protéiformité, les institutions utilisent d'abord la qualification d'aide d'État pour établir le régime applicable (§ 1).

Mais, devant l'inadéquation des règles existantes, les juges de l'Union tentent, à partir d'une théorie compensatoire consacrée<sup>47</sup>, de redéfinir le financement des OSP. L'enjeu est important dès lors que sans aide, il n'y a pas d'objet intéressant la politique de concurrence. Par sa complexité cependant, l'appréciation parallèle à l'article 106 § 2 TFUE cède au pragmatisme. Entre compensation et aide compatible, le contrat tranche alors l'incertitude et devient l'élément clef de stabilité (§ 2).

---

<sup>46</sup> CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C 320/91, Rec. I-2563.

<sup>47</sup> CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00.

## § 1 – L'adéquation incertaine entre conception économique et qualification juridique du financement des OSP

Le financement des OSP constitue un concept plus qu'une réalité immédiatement saisissable. Aussi est-il impossible de l'appréhender juridiquement en un seul mouvement. L'équivoque doit d'abord être levée quant à sa nature économique, celle-ci renvoyant à une conception plurielle (A). Or la conception conditionne la qualification de la subvention et le contrôle des institutions. C'est là la seconde équivoque. Le financement des OSP va d'abord être appréhendé par le prisme des aides d'État, les institutions n'étant équipées que des outils relatifs à celles-ci. Par ses lourdeurs, le régime va toutefois se révéler inadapté (B).

### A – La conception économique plurielle du financement

Le financement des services publics en Europe renvoie à une pratique ambivalente. Il passe soit par l'octroi de droits exclusifs et spéciaux soit par le biais d'un financement direct. Mais parce qu'il permet un contrôle plus profond et efficace, « la préférence européenne se porte sur le financement direct »<sup>48</sup>. Or celui-ci peut être conçu de plusieurs manières avec des conséquences à chaque fois différentes<sup>49</sup>.

D'abord, le financement des OSP peut être appréhendé par la théorie de l'indemnisation. Élaborée aux États-Unis, elle repose sur la dialectique concessive et vise à réglementer les prix des services publics. Cette théorie « prend largement en compte les intérêts de l'opérateur investi qui doit percevoir un *fair return* de son investissement »<sup>50</sup>. En cela les prix des services ne peuvent être inférieurs aux prix nécessaires pour garantir la pérennité de l'entreprise et son bénéfice raisonnable. Si toutefois les exigences sociétales imposent un prix inférieur à ce prix d'équilibre, alors l'autorité publique doit compenser la différence auprès de l'opérateur. À défaut, il y aurait une confiscation de la propriété.

Cette théorie pourrait trouver à s'appliquer aux OSP en Europe. D'ailleurs, des pistes fondées sur cette théorie pourraient expliquer une part des évolutions normatives en la matière. Toutefois, il faut bien reconnaître que la neutralité du droit originaire quant au régime de la propriété empêche pour le moment d'admettre cette théorie comme étant du droit positif.

Ensuite, la problématique du financement peut être entendue à partir de la théorie de la rémunération. Renvoyant à l'idée que l'autorité achète un service public contre un prix, cette théorie repose sur une démarche contractuelle classique. Elle rapproche ainsi le service public d'un marché public. L'autorité achète des services à des entreprises privées sélectionnées après mise en concurrence. Le service serait alors financé par le paiement d'un prix constitutif d'une aide d'État uniquement s'il dépasse le prix du marché.

Cette théorie ouvre des pistes de recherche intéressantes si les fondements juridiques adéquats sont utilisés. Néanmoins, pour résoudre globalement la question du financement des OSP au niveau européen, « cette théorie n'offre pas assez de réalisations concrètes »<sup>51</sup>. Même si certains secteurs semblent suivre cette voie, il ne s'agit pas de règles de droit commun.

---

<sup>48</sup> D. Ritleng, « *Le financement du service public face au droit communautaire* », AJDA 2004.1012.

<sup>49</sup> D. Triantafyllou, « *L'encadrement communautaire du financement du service public* », RTDE 1999. 21.

<sup>50</sup> D. Triantafyllou, précité.

<sup>51</sup> S. Bracq, « *Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente* », RTDE 2004. 33.

Plus généralement, ces deux premières théories permettent d'éviter la qualification d'aide d'État. Elles reposent sur des logiques contractuelles favorisant *de facto* la participation des opérateurs privés dans les missions de service public. Ces théories facilitent en outre et d'autant le contrôle des autorités puisqu'elles impliquent par le contrat une définition *a priori* des besoins financiers. Néanmoins, la législation européenne n'offre pas, ou insuffisamment, les outils juridiques pour concrétiser ces deux théories.

En ce sens, il ne reste que la perspective analytique de l'appréhension du financement des OSP par le truchement des aides d'États. L'entreprise chargée d'un SIEG est assimilée à toute autre entreprise et ainsi le financement de ses OSP constitue une aide éventuellement justifiable. C'est la contestation de cette théorie qui va entraîner la remise en cause de la logique juridique européenne initiale pour une prétorienne approche compensatoire.

L'article 87 TCE devenu 107 TFUE constitue en effet le seul véritable fondement disponible dans le Traité. Associé à l'article 86 § 2 TCE devenu 106 TFUE, il permet sous conditions de déclarer compatible le financement d'un SIEG. Ce régime des aides d'État n'est toutefois pas d'application facile dès lors que la notion même d'aide doit être affinée. Sa définition repose sur quatre critères issus de la lecture jurisprudentielle de l'article 107 § 1 TFUE (ex. 87 TCE). Une mesure relève ainsi de l'interdiction établie par cette disposition si elle confère un avantage unilatéral faussant ou menaçant la concurrence, si l'avantage est octroyé directement ou non au moyen de ressources d'État, s'il favorise certaines entreprises ou productions et enfin si la mesure affecte les échanges intracommunautaires.

Parmi ces critères, le plus précisé ces dernières années est l'origine étatique de la ressource. Les juges de Kirchberg ont développé cet aspect dans leur célèbre arrêt *Stardust Marine* de 2002 relatif au soutien public à une filiale de la banque Crédit Lyonnais<sup>52</sup>. Un an auparavant, le sujet avait déjà été précisé dans l'affaire *Preussen Elektra*<sup>53</sup> portant sur la promotion de l'énergie électrique renouvelable. Cependant ce n'est ni l'imputabilité étatique ni même l'affectation des échanges entre États membres qui posent problème dans les structurantes affaires *Ferring*<sup>54</sup>, *Altmark*<sup>55</sup> ou *TV2/Danmark*<sup>56</sup>. Il en va de même dans la plus récente affaire *M6/TF1*<sup>57</sup>. La difficulté première réside en réalité dans la détermination d'un avantage sélectif, et partant, sa définition dans le cadre du financement des OSP.

Le droit de l'Union va essentiellement se baser sur cette approche pour le financement des services publics. En effet, quand bien même donne-t-il lieu à des problématiques spécifiques, originairement le droit de l'UE n'a pas prévu de règles propres à ces questions. Les incertitudes conceptuelles qui en résultent se répercutent sur le régime applicable et par conséquent sur l'étendue même du contrôle de la Commission.

---

<sup>52</sup> CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission (Stardust Marine)*, aff. C-482/99, Rec. I-4397, point 37.

<sup>53</sup> CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, Rec. I-2099, point 58.

<sup>54</sup> CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-53/00.

<sup>55</sup> CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00.

<sup>56</sup> TPICE, 22 octobre 2008, aff. jointes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04.

<sup>57</sup> TUE, 1<sup>er</sup> juillet 2010, aff. jtes T-568/08 et T-573/08.

## B – La qualification dogmatique inadaptée du financement

Le contrôle du financement des OSP présente des difficultés juridiques importantes. Pour être contrôlée, l'allocation en cause doit préalablement être qualifiée. Cette étape est décisive dans la mesure où elle détermine le régime applicable. Face au vide normatif précité en matière de service public, les institutions ont composé avec la notion d'aide d'État. Cette tendance durable ne doit pas étonner. En effet, classiquement les aides d'État sont entendues comme recoupant toutes les formes de transferts de ressources publiques au profit des opérateurs intéressés. Peu importe au surplus que ces transferts viennent directement des autorités nationales ou indirectement d'autres entreprises publiques.

Or l'approche par les aides d'État est la plus rigoureuse juridiquement. Sur le fondement de l'article 107 § 1 TFUE, la compensation de service public devient une aide devant être notifiée à la Commission indépendamment des circonstances. C'est uniquement dans un second temps que celles-ci sont examinées afin de soulever une des dérogations possibles.

À cet égard, deux légitimations sont possibles pour le financement. Il y a les dérogations classiques que sont les aides légales de plein droit de l'article 107 § 2 et les aides éventuellement compatibles après leur notification de l'article 107 § 3 TFUE. Outre ces deux hypothèses, il y a surtout l'article 106 § 2 TFUE, ex-86 § 2 TCE qui intéresse directement la question du financement des SIEG. En effet, il permet la compatibilité de l'aide si un opérateur est investi du service et que l'application des règles concurrentielles ferait obstacle à sa mise en œuvre. Cette dialectique a été adoptée par le TPICE dès les années 1990 avec ses arrêts *FFSA*<sup>58</sup> et *SIC*<sup>59</sup>.

Dans la première affaire, la Commission rejette la qualification d'aide pour l'octroi par l'État d'un avantage fiscal à *La Poste*. Fondant son analyse non pas sur l'ex-article 87 § 1 TCE mais sur l'ex-article 86 § 2 TCE, l'institution conclut à l'absence de surcompensation eu égard aux charges d'OSP pesant sur l'entreprise. Le TPICE rejette l'analyse en soutenant que « la notion d'aide [...] recouvre les avantages consentis par les autorités publiques, qui sous des formes diverses allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise »<sup>60</sup>.

Néanmoins, si la juridiction conteste l'analyse de la Commission, elle n'annule pas pour autant sa décision. Les juges qualifient, en effet, d'aide compatible la subvention et réorganisent « le raisonnement de la Commission pour qu'il respecte la logique juridique présente dans le Traité ». Il en résulte que si l'ex-article 86 § 2 peut fonder *a posteriori* la compatibilité d'une aide, son utilisation préventive demeure, elle, un échec.

En dépit de ce constat, la Commission a persévéré, mais cette fois-ci sur le seul fondement de l'ex-article 87 § 1 TCE. En réponse, le TPICE rend l'arrêt *SIC* dans lequel cette fois-ci il annule la décision de l'institution par laquelle elle constatait l'absence d'aide. La juridiction affirme ainsi que, même si les allocations litigieuses ne visent qu'à compenser les surcoûts des missions de service public, elles ne peuvent pour autant échapper à la qualification d'aide d'État au sens de l'article 87 TCE. En effet, la disposition « ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques »<sup>61</sup>. Seuls leurs effets comptent dès lors que l'aide est « une notion objective » uniquement fonction de l'avantage ou non qu'elle peut conférer. Après cette jurisprudence, la Commission n'applique plus son raisonnement compensatoire et se range aux côtés du Tribunal.

---

<sup>58</sup> TPICE, 27 février 1997, aff. T-106/95, Rec. 229.

<sup>59</sup> TPICE, 10 mai 2000, aff. T-46/97, Rec. 2125.

<sup>60</sup> TPICE, 27 février 1997, précité.

<sup>61</sup> TPICE, 10 mai 2000, précité.

Or cette extension qualificative entraîne pourtant des conséquences non neutres. En premier lieu, les obligations de notification et de *standstill* relatives aux aides s'appliquent aux SIEG. En cela les États doivent notifier leurs financements à la Commission avant leur mise en œuvre<sup>62</sup>. Ils ne pourront être effectivement versés qu'une fois leur compatibilité avec le marché affirmée par l'institution. À défaut, les allocations sont illégales et doivent être restituées à bref délai. À cet égard, la Commission comme les juges font preuve d'une grande rigueur quant à la récupération des aides versées irrégulièrement, même si la bonne foi des autorités peut prévaloir en la matière.

Plus généralement, la procédure est longue, lourde et complexe. Elle apparaît souvent surabondante, à tout le moins inadaptée aux COSP. L'autre désavantage majeur découlant de ces modalités procédurales réside dans leur insécurité juridique. En effet, durant toute la procédure, l'autorité ne sait pas si son financement sera qualifié d'aide ou non. Cela annihile toute dialectique de planification économique pourtant souhaitable en matière de SIEG. La fourniture de ce dernier « par l'opérateur investi est d'autant plus désorganisée »<sup>63</sup>.

Ainsi, l'application du régime des aides d'État aux financements des OSP postule une véritable rigueur juridique et une certaine rigidité économique. S'y ajoutent des critiques plus paradigmatiques. En effet, dans l'hypothèse de versements recouvrant strictement les charges issues des OSP, « il est difficile d'envisager en quoi cette entreprise bénéficierait d'un avantage par rapport aux autres entreprises qui ne bénéficient pas des mêmes surcoûts »<sup>64</sup>. Plus encore, il y aurait une meilleure cohérence de la conception européenne dès lors que la compensation ne fait que rétablir, dans cette hypothèse, le jeu concurrentiel.

Cette critique à la fois pratique et théorique à l'égard de l'imposition dogmatique du régime des aides constitue le cœur de la dialectique compensatoire apparue en parallèle. Celle-ci repose en effet sur l'idée que la compensation est moins un avantage que « le prix d'un service rendu »<sup>65</sup>. L'approche, d'apparence plus opportune, souffre toutefois elle aussi de lacunes. Loin de redéfinir le financement des OSP, elle déconstruit la logique initiale pour un pragmatisme compensatoire structurel. Or, en gommant le verrou analytique de l'avantage, seule la contractualisation permet d'annihiler cette incertitude qualificative.

## § 2 – La redéfinition difficile du financement des OSP entre pragmatisme et confusion dans la qualification

Face à l'inadaptation des bases juridiques classiques pour appréhender le financement des SIEG, les juges de l'Union vont développer et consacrer un pragmatisme compensatoire nouveau. Ce dernier renverse toutefois la perspective entre qualification et régime annihilant *de facto* son objectif initial de certitude qualificative (A). Le maelström normatif consécutif ne sera pas plus simplifié par la codification de la Commission qui, plutôt que de gommer l'incertitude, lui substitue la confusion. Aussi, par la conjonction des bases et la prévisibilité qu'elle permet, la contractualisation apparaît-elle comme la solution (B).

---

<sup>62</sup> Art. 108 § 3 TFUE. Pour un exemple : CJCE, 22 juin 2000, *République française c/ Commission*, aff. C-332/98, Rec. 4883.

<sup>63</sup> Conclusions de l'avocat général Jacobs sous CJCE, 20 novembre 2003, *Gemo SA*, aff. 126/01, Rec. 13769.

<sup>64</sup> A. Alexis, « *Services publics et aides d'État* », RDUE 2002. 95.

<sup>65</sup> M. Merola, C. Medina, « *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics* », CDE 2003. 660.

## A – Le pragmatisme insatisfaisant des juges de l’Union Européenne

L’approche compensatoire est liée à l’avantage économique qui est décisif dans la qualification d’aide. Or, en utilisant plutôt la qualification de compensation d’OSP, le juge de l’Union renverse la perspective. En effet, si des charges en plus sont imposées à une entreprise pour l’exécution d’OSP, elles ne grèvent pas normalement son budget. Aussi, dans cette hypothèse, la subvention versée par l’autorité à l’entreprise ne peut-elle être entendue comme une aide. Il s’agira plutôt d’une compensation des charges supplémentaires qui lui sont imposées. Seule la part de l’allocation dépassant ces charges constituera une aide de telle sorte que l’avantage est entendu de façon nette et non brute.

Les juges de Kirchberg amorcent timidement cette analyse dès 1997 dans leur arrêt *Ferring*<sup>66</sup>. Ils estiment dans cette affaire qu’une subvention dont bénéficie une entreprise au titre de ses OSP est une aide d’État. Cette dernière, en principe interdite, peut néanmoins être autorisée par la Commission dès lors qu’elle ne fait que « compenser strictement le coût de ces obligations ». Ainsi, en l’espèce, le non-assujettissement à une taxe des grossistes répartiteurs en médicaments est une contrepartie des prestations effectuées correspondant à des surcoûts supportés pour des OSP. Découlant de cette perception initiale, une troisième approche a même été proposée par l’avocat général Jacobs dans l’affaire *GEMO*<sup>67</sup>. Selon lui, il faut distinguer les cas selon l’étroitesse du lien entre le financement et les OSP. Aussi, si ce lien est direct et manifeste et les OSP bien définies, alors il n’y a pas d’aide contraire au jeu concurrentiel.

La relative stabilité conceptuelle consécutive rebondit en 2003 avec l’arrêt *Altmark*<sup>68</sup> relatif au transport public local en Allemagne. Cette décision est un vrai coup d’éclat de la Cour de Luxembourg qui décide d’annihiler l’ultime opacité de l’approche compensatoire. Elle établit en effet quatre critères cumulatifs d’identification de la compensation d’OSP, proches d’ailleurs des conditions de l’article 106 § 2 TFUE même si l’arrêt n’y fait jamais référence. S’ils sont remplis, les critères ainsi posés font échapper la mesure à la qualification d’aide de l’article 107 § 1 TFUE. Dans le cas contraire, l’allocation sera qualifiée d’aide anticoncurrentielle.

En premier lieu, l’entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée d’une mission de service public et ses obligations doivent être clairement définies. En second lieu, les paramètres de calcul compensatoire doivent être préalablement établis de manière objective et transparente. En troisième lieu, le montant de la compensation doit être proportionnel aux coûts de réalisation des OSP. L’opérateur peut néanmoins percevoir un bénéfice raisonnable. Enfin, la compensation doit être déterminée sur la base d’une analyse des coûts d’une entreprise moyenne et correctement gérée réalisant des missions analogues.

La Cour confirme ainsi la dialectique compensatoire mais la nuance en la circonscrivant à des cas précis. Plus encore, dans ce travail de consolidation que constitue l’arrêt *Altmark*, la Cour adopte une attitude pragmatique inspirant de nombreuses réactions doctrinales. La Haute Juridiction utilise en effet dans sa décision la règle de raison et déconstruit la logique européenne eu égard aux bases juridiques initiales des aides d’État qu’elle estime inadéquates. Cela va susciter la critique des « faiseurs de systèmes »<sup>69</sup>, dès lors qu’en droit, pour déterminer le régime applicable, il faut d’abord qualifier juridiquement la situation.

---

<sup>66</sup> CJCE, 22 novembre 2001, précité, aff. 53/00, Rec. p. 9067.

<sup>67</sup> CJCE, 20 novembre 2003, aff. 126/01, Rec. 13769.

<sup>68</sup> CJCE, 24 juillet 2003, aff. 280/00, Rec. 7747.

<sup>69</sup> J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », D. 1951, chr. 99.

Or les conditions compensatoires renversent la perspective dans la mesure où les juges de Kirchberg qualifient l'espèce selon le régime qu'ils souhaitent appliquer. La qualification de COSP intervient avant même le stade de qualification d'aide, de telle sorte que le soutien public échappe au régime des aides d'État. Par principe pourtant, ce dernier implique que l'aspect compensatoire du financement soit apprécié lors de l'examen de compatibilité. L'approche compensatoire modifie ainsi la conception de l'avantage économique en supprimant *de facto* cet examen, en méconnaissance de l'économie de l'article 107 TFUE et de l'article 106 § 2 TFUE qui est court-circuité. Plus encore, cette conception nette de l'avantage annihile d'autant la distinction entre la qualification et la justification économique de la mesure.

Ce dispositif *Altmark* postulant un affaiblissement de la Commission et un renforcement corrélatif des juges de l'Union, n'a toutefois jamais fait florès. La réunion de toutes les conditions exigées s'avère trop difficile à réaliser. Il vient en outre s'ajouter à l'examen initial du financement des OSP par le truchement des aides d'État. Cette ambivalence, transcendée par une complexe interaction des acteurs, crée un maelström normatif insécurisant. Mais, si le législateur ne l'a pas clarifié, la contractualisation peut le stabiliser.

#### B – La stabilité du contrat face au maelström qualificatif

L'application quotidienne de ce cadre dérogatoire n'est pas aisée. Si, depuis l'arrêt *Altmark*, les choses semblent *a priori* plus claires, force est de constater que la jurisprudence consécutive n'est pas d'une limpidité totale. Oscillant entre aide incompatible<sup>70</sup>, compatible<sup>71</sup>, application des critères *Altmark*<sup>72</sup> et enfin dissociation de ces derniers avec l'article 106 § 2 TFUE, elle dessine un financement qui n'a pas gagné en lisibilité. La saga contentieuse entre la *Celf* et la *Side* est à cet égard représentative de la difficulté.

En effet, dans cette interminable affaire relative aux aides du ministère français de la Culture au *Celf* pour compenser les surcoûts d'exportations des petites commandes de livres en français, toutes les qualifications ont été retenues par la Commission pour valider le financement de ce SIEG, mais sans succès. Ainsi, après l'absence d'aide d'État, la qualification d'aide déclarée compatible, la Commission a qualifié l'aide de compatible. Puis émettant « des doutes sur la compatibilité de la mesure »<sup>73</sup>, elle a étendu la procédure formelle d'examen, pour conclure, à son terme, à l'incompatibilité des aides<sup>74</sup>.

Il résulte de ce maelström deux hypothèses. Soit les soutiens échappent à la qualification d'aide, soit ils conservent cette qualification mais peuvent être déclarés compatibles par la Commission sur le fondement de l'article 106 § 2 TFUE. La complexité est d'autant plus grande qu'à cela s'ajoutent des dispositions sectorielles organisant plus précisément le financement des OSP. Tel est le cas en matière de radiodiffusion publique<sup>75</sup> ou encore de transports<sup>76</sup>. Face à cet illisible pluralisme, et dans le but de codifier l'arrêt *Altmark*, la Commission a tenté de réagir et de reprendre la main avec l'adoption du paquet *Monti/Kroes* en 2005.

Présenté comme une sortie de tunnel pour les acteurs concernés, le corpus est composé d'une décision prise sur le fondement de l'ex-article 86 § 2 TCE qui exempte certaines

<sup>70</sup> TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmaend dite Combust*, aff. T-157/01, Rec. II-917, point 80.

<sup>71</sup> CJCE, 10 mai 2005, *République italienne c/Commission*, aff. C-400/99, Rec. I-7303.

<sup>72</sup> TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen*, aff. T-349/03, Rec. II-2197, point 200.

<sup>73</sup> Décision C(2009) 2481.

<sup>74</sup> Décision C(2010) 8938, *JOUE* L 78/37 du 24 mars 2011.

<sup>75</sup> COM(2009/C 257/01).

<sup>76</sup> Règlements CE n° 1008/2008 et n° 1370/2007, notamment.

compensations de l'obligation de notification<sup>77</sup>, un encadrement décrivant les modalités substantielles du contrôle appliqué par la Commission aux autres dans le cadre de l'ex-article 87 § 1 TCE<sup>78</sup> et enfin une directive assurant la transparence de la rémunération<sup>79</sup>. L'horizon des services publics ne fut pas pour autant radicalement éclairci.

En effet, l'ensemble textuel substitue la confusion à l'incertitude dès lors que sa codification n'est pas à droit constant. Il suscite en cela de vives critiques justifiées pour la plupart. Ainsi, la décision procède à une requalification très contestable des COSP en aides d'État. Sa normativité est relative, de telle sorte que les États ont dû parfois transposer les éléments dans leurs ordonnancements internes<sup>80</sup>. Une directive ou un règlement auraient été plus adaptés pour une thématique aussi fondamentale que le financement des services publics. De plus, la dissociation entre cette décision et l'encadrement, à la normativité également sujette à caution, n'est pas claire, tout comme leur articulation avec les *lex specialis*<sup>81</sup>.

Il résulte de ces limites que si les États appliquent le corpus, comme ce fut le cas récemment de plusieurs États pour le secteur postal<sup>82</sup>, les autorités locales, principales concernées ne le connaissent pas et ne l'utilisent pas. Illustrant cette codification manquée, la Commission a dû produire des documents de travail et autres guides destinés à aider les autorités dans leur application du paquet de 2005 qui lui-même devait pourtant préciser la situation<sup>83</sup>.

Ce dispositif d'ensemble a depuis peu été révisé par la Commission, qui a adopté le 20 décembre 2011 le très attendu paquet *Almunia*. Ce nouveau corpus enrichit l'*instrumentum* existant d'un règlement relatif aux aides *de minimis*<sup>84</sup> et d'une communication interprétative des règles fondamentales en la matière<sup>85</sup>. Rédigés sans la précipitation de 2005, les nouveaux textes à la normativité aléatoire étendent là encore l'exemption d'obligation de notification préalable, mais cèdent aux contraintes institutionnelles. Non encore appliqués car très récents, ils donnent en ce sens un « encadrement des aides d'État sous forme des compensations de service public » qui, loin de l'objectif de simplification, tend en réalité à rendre encore plus flous les contours de la notion de compensation.

À l'aune de cet empirisme qualificatif indépassable, la régulation des services publics ouverts ne peut être un succès qu'à partir d'une conjonction des bases juridiques et de non leur étanchéité réciproque. La voie contractuelle, bien qu'appliquée à des financements conséquents, apparaît comme majeure pour encadrer cette combinaison. Par la définition *a priori* des financements et l'égalisation dans leur accès qu'il induit, le contrat garantit ainsi l'efficacité de la qualification et, partant, la certitude du régime applicable. Il permet en effet

---

<sup>77</sup> Décision 2005/842 CE de la Commission du 28 novembre 2005, concernant l'application de l'article 86 § 2 TCE aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un SIEG, JO L 312, p. 67.

<sup>78</sup> Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public du 29 novembre 2005, JO C 297, p. 67.

<sup>79</sup> Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 codifiée dans la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JO L 318, p. 17.

<sup>80</sup> Circulaire du 4 juillet 2008, NOR/INT/B/08/00133/C – Application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un SIEG.

<sup>81</sup> M. Karpenschif, « À qui profitent les incertitudes ? Retour sur la décision de la Commission du 28 novembre 2005 », JCP A 26 décembre 2005, 1895.

<sup>82</sup> Décision de janvier 2012, IP/12/45, MEMO/12/36, MEMO/12/37 – France, Allemagne et Belgique notamment.

<sup>83</sup> SEC(2007)1516 et SEC(2010)1545, relatifs aux règles applicables aux SIEG et notamment les services sociaux.

<sup>84</sup> Règlement n° 360/2012 du 25 avril 2012.

<sup>85</sup> COM(2012/C 8/02).

d'éviter le délicat régime des aides d'État comme a pu l'établir la Cour de justice dans le second volet de l'affaire *Traghetti del Mediterraneo*<sup>86</sup>.

En l'espèce, la Cour examinait la qualification de subventions versées par les autorités italiennes à une compagnie maritime au titre d'OSP qui lui étaient imposées. Quatre ans après son premier arrêt décisif en matière de responsabilité des États pour violation du droit de l'Union, la Haute Juridiction juge qu'une COSP sous la forme d'acomptes dans l'attente de la passation de conventions, donc sans support contractuel au moment du versement, ne peut pas remplir les conditions de l'arrêt *Altmark* et échapper à la qualification d'aide d'État. En effet, les juges de Kirchberg estiment que l'absence d'un contrat n'a pas permis de définir *a priori* « les OSP mises à la charge des entreprises bénéficiaires », non plus « les paramètres sur la base desquels était calculée la compensation »<sup>87</sup>. Partant, le quatrième critère d'*Altmark* ne pouvait également être rempli.

Sept ans après son arrêt *Altmark*, la Cour de justice réalise ainsi un second coup d'éclat en établissant un lien direct entre précision économique par le contrat et qualification de COSP. Par la prévisibilité et la mise en concurrence qu'il induit, le contrat gomme en effet l'avantage économique qui est décisif pour la qualification d'aide. La Cour ne s'y trompe pas puisqu'elle indique qu'une procédure contractuelle permet une transaction « dans des conditions normales du marché »<sup>88</sup>. Dans ce contexte économique concurrentiel, la plus-value contractuelle dépasse la stabilité de la qualification. L'outil contractuel permet en outre d'optimiser la présence de l'action publique au sein du marché.

---

<sup>86</sup> CJUE, 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-140/09.

<sup>87</sup> CJUE, 10 juin 2010, aff. C-140/09 précité, points 44 à 46.

<sup>88</sup> CJUE, 10 juin 2010, aff. C-140/09 préc., point 34.

## SECTION 2 – L’OUTIL CONTRACTUEL COMME CLEF D’UN CONTEXTE ÉCONOMIQUE CONCURRENTIEL

Si la qualification et le financement de SIEG reviennent aux autorités publiques, celles-ci ne sont pas complètement libres d’instaurer lesdits services. Reflétant « une philosophie économique libérale selon laquelle l’intervention de la puissance publique ne saurait avoir qu’un caractère résiduel »<sup>89</sup>, les institutions exigent en effet une défaillance du marché. Sur son fondement, le finalisme contractuel postule l’optimisation de l’action publique (§ 1).

Loin d’être résiduelle, celle-ci est en pratique plus intrusive à l’égard du marché. Son objectif n’est plus alors de corriger ses carences, mais de stimuler en son sein la concurrence. Le dynamisme contractuel public s’arrête néanmoins et plus classiquement lorsque l’action des autorités devient un obstacle au marché. Aussi ces dernières doivent-elles éviter tout excès, au risque de valider la novatrice dialectique de la Commission faite de présupposés (§ 2).

§ 1 – L’insuffisance du marché : un facteur de légitimité consacré pour une intervention publique graduée

S’inscrivant dans une logique d’économie de marché, la Commission comme les juges de l’Union considèrent que les autorités publiques ne peuvent intervenir par le biais d’OSP contractualisées ou non uniquement lorsque les mécanismes concurrentiels ne réussissent pas à répondre de façon satisfaisante aux besoins du public (A). Cette nécessaire insuffisance du marché postule une évaluation de celui-ci affinée par les juges de Kirchberg. Par la priorisation du marché, ces derniers établissent en ce sens un cadre multi-niveaux garantissant la dégressivité de l’action publique mais invitant en réalité à une analyse économique tronquée (B).

A – La défaillance du marché en tant que préalable absolu à l’action publique

L’absence ou l’insuffisance des investissements privés face aux besoins collectifs peut être expliquée par un rendement privé s’établissant en deçà du rendement social. Il s’agit par conséquent d’une situation de défaillance du marché, laquelle se traduit par un niveau d’investissement privé économique et sociétal sous-optimal.

Trois types de phénomènes économiques peuvent susciter de telles défaillances : les externalités, les biens collectifs et enfin le monopole naturel. À titre d’exemple, l’aménagement numérique renvoie à une configuration proche d’un monopole naturel. En ce sens que pour des réseaux, le poids des investissements est tel que leur duplication par un concurrent est peu réaliste aux points de vues techniques et financiers<sup>90</sup>, mais aussi collectivement sous-optimale.

Dans sa récente communication explicative figurant au paquet *Almunia*, la Commission indique clairement « qu’il ne serait pas opportun d’assortir d’obligations de service public spécifiques une activité qui est déjà fournie ou peut l’être de façon satisfaisante et dans des conditions [...] compatibles avec l’intérêt général, tel que le définit l’État, par des entreprises exerçant leurs activités dans des conditions commerciales normales »<sup>91</sup>. En d’autres termes, pour la Commission, il y a abus de SIEG lorsque l’activité ne présente pas de spécificités particulières par rapport aux autres activités économiques ou si l’activité économique en

---

<sup>89</sup> C. Blumann, *Les aides nationales dans la Communauté*, Groupe d’étude et de recherche sur la coopération internationale et européenne, publication de l’Université de Tours, 1987, spéc. p. 110.

<sup>90</sup> Sauf rupture technologique, toujours possible comme en atteste le Wimax.

<sup>91</sup> COM(2012/C 8/02), point 48.

question est déjà exécutée de façon satisfaisante par le marché. Le législateur européen part ainsi du principe que le marché est le meilleur moyen d'atteindre l'intérêt général.

De telle sorte qu'une intervention publique n'est justifiée que si le marché ne fonctionne pas efficacement suite à la présence d'opérateurs au pouvoir de marché important ou si le marché ne parvient pas à remplir certains objectifs d'intérêt général, comme une accessibilité pour tous à certains services. La plus frappante application de cette vision économique libérale réside dans la réalisation des réseaux HD et THD à laquelle fait expressément référence la Commission dans sa communication précitée<sup>92</sup>.

En effet, l'institution va même leur consacrer dès 2009 de substantielles lignes directrices dans lesquelles elle développe une méthodologie zonale spécifique. Il en résulte que l'aide au déploiement des réseaux HD et THD a « un rôle utile à jouer si le marché n'offre pas une couverture suffisante [...] ou si les conditions d'accès ne sont pas satisfaisantes ». Les « zones blanches, rurales et sous équipées »<sup>93</sup> sont particulièrement visées ici. Dans les zones noires en revanche, urbaines et denses, leur forte rentabilité attire les investisseurs privés. L'aide n'est donc nécessaire que si ces derniers refusent d'agir spontanément pour des raisons de rentabilité, excluant certains territoires des bénéfices pluriels du développement des réseaux HD et THD, essentiels dans le processus de réduction de la fracture numérique.

L'examen par la Commission du financement public pour le réseau THD de la ville néerlandaise d'Appingedam est à cet égard topique. L'institution constate en effet que l'allocation versée est une aide faussant le jeu concurrentiel. En outre, la Commission apprécie le THD non comme une technologie autonome mais comme une composante du HD de façon générale, soulignant déjà la prégnance du principe de neutralité technologique. En ce sens, l'existence d'infrastructures HD privées (réseaux câblés et ADSL) suffisantes devait être considérée dans la décision publique. La Commission en conclut qu'« il n'y a pas, à Appingedam, de défaillance du marché de la large bande nécessitant une aide financière publique »<sup>94</sup>. Cette dernière est par conséquent incompatible avec le marché commun.

À l'inverse, le réseau de collecte DORSAL pour la Région Limousin a été considéré comme un SIEG<sup>95</sup>. De telle sorte que la Commission a considéré que le cofinancement d'une infrastructure ouverte « dans cette région rurale et isolée [visait] à compenser une OSP et [n'était] en conséquence pas une aide d'État ». En l'espèce, cette qualification était toutefois uniquement valable pour la fourniture HD en gros et non en détail aux utilisateurs finaux.

Ainsi le test dit de nécessité vient sanctionner les actions publiques là où le marché est pourtant déjà présent de manière satisfaisante. La définition même des OSP repose sur cette conception, s'agissant d'obligations « que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise [...] n'assumerait pas, ou pas dans la même mesure ou les mêmes conditions »<sup>96</sup>. En d'autres termes, ce sont des obligations que le marché ne prendrait pas naturellement à sa charge.

Dès 1998, la Cour de Luxembourg applique la dialectique dans le secteur du cabotage maritime. Elle indique en ce sens que la dévolution et le maintien des OSP n'est envisageable

---

<sup>92</sup> COM(2012/C 8/02), point 49.

<sup>93</sup> Lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit – 30 septembre 2009 – COM(2009/C 235/04), points 39 et 41.

<sup>94</sup> Décision n° C35/2005 du 19 juillet 2006.

<sup>95</sup> Décision n° C382/2004 du 3 mai 2005.

<sup>96</sup> Règlement CE 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, art. 1<sup>er</sup>, e).

« que pour garantir la fourniture de services de transport suffisants »<sup>97</sup>. Les juges de Kirchberg confirment leur raisonnement trois ans plus tard dans un arrêt *Analir*, en précisant que l'État doit vérifier « l'insuffisance des services réguliers de transport dans le cas où la prestation de ceux-ci serait laissée aux seules forces du marché »<sup>98</sup>. De même, dans l'arrêt *Fred Olsen*, le Tribunal relève qu'« il n'était pas déraisonnable pour les autorités canariennes de considérer que l'état du marché ne permettait pas d'assurer la continuité du service de liaison maritime »<sup>99</sup>.

*De facto*, lorsque l'activité sur le marché est jugée satisfaisante, les OSP n'ont pas lieu d'être. Si elles s'avèrent au contraire nécessaires, elles ne sauraient alors être disproportionnées au but poursuivi, sous peine de déséquilibrer l'état actuel ou potentiel du marché. Plus récemment, dans une affaire *Naftiliaki Etaireia* qui opposait deux armateurs grecs, la Cour explicite sa position en utilisant une expression forte de sens. Elle exige en effet « qu'un besoin réel de service public en raison de l'insuffisance des services réguliers de transport dans une situation de libre concurrence puisse être démontré »<sup>100</sup> pour pouvoir imposer des OSP.

Plus généralement, l'intervention publique trouve une légitimité allant au-delà de la seule correction des défaillances de marché. L'existence de réseaux THD ou encore de performantes infrastructures énergétiques ou de transports sur un territoire donné sont des éléments déterminants pour les objectifs communs que constituent la cohésion territoriale et l'attractivité économique de ces derniers. Forte d'enjeux aussi fondamentaux, l'action publique dans un environnement concurrentiel va nécessairement être conditionnée par celui-ci. Par la priorisation du marché, elle est conçue comme relais et est par conséquent graduée.

## B – La défaillance du marché en tant que guide analytique de l'action publique

Les OSP comme les contrats les encadrant ont en commun de garantir un service public suffisant. La contractualisation suppose donc en toute hypothèse l'évaluation préalable d'un segment économique animé par la seule concurrence. Pour apprécier l'état de celui-ci, et notamment son aptitude à assurer un service suffisant, il faut analyser l'adéquation de l'offre de service et de la demande du marché. En d'autres termes, il convient de démontrer « le besoin réel de service public »<sup>101</sup>. Pour les transports par exemple, l'autorité doit vérifier qu'il n'existe pas de service réalisé dans des conditions similaires par des concurrents. L'étude de l'offre cumulée par analogie avec la demande globale est tout à fait pertinente, l'absence de mode de transport concurrent également.

Dans l'affaire de *la ria de Vigo*, la Cour de justice se livre à cet exercice pour d'éventuelles OSP sur les lignes maritimes dans cette zone. En l'espèce, une loi de Galice avait déclaré comme service public le transport de voyageurs dans cette *ria* et les autorités régionales le géraient par une concession. Les juges de Kirchberg soulignent toutefois que les transports en mer ne sont pas les seuls existants et qu'ils sont en concurrence avec des liaisons terrestres qui relient directement les villes de la *ria* et les rendent facilement accessibles. Il n'est donc pas possible de recourir au règlement de 1992 relatif au cabotage<sup>102</sup> et d'imposer des OSP et un contrat de

<sup>97</sup> CJCE, 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy*, aff. C-412/96, points 32 et 34.

<sup>98</sup> CJCE, 20 février 2001, aff. C-205/99, point 34.

<sup>99</sup> TPICE, 15 juin 2005, aff. T-17/02, point 218.

<sup>100</sup> CJUE, 17 mars 2011, *Naftiliaki Etaireia Thasou AE & Amaltheia I Naftiki Etaireia*, quest. préjud., aff. jointes C-128/10 et C-129/10, point 63.

<sup>101</sup> CJUE, 17 mars 2011, aff. C-128/10 et C-129/10 précitées, point 63.

<sup>102</sup> Article 4 du règlement du Conseil n° 3577/92/CE.

service public quand « une liaison routière est tellement longue ou difficile qu'elle ne constitue pas une alternative réelle à la liaison par mer »<sup>103</sup>.

L'analyse du marché vise par conséquent l'offre complète entendue comme l'ensemble des services substituables aux yeux des usagers. Bien connu en droit européen de la concurrence, il s'agit ici d'identifier le fameux marché pertinent. C'est à l'intérieur de cette surface concurrentielle qu'il faut apprécier si l'offre comble les attentes des usagers et assure l'intérêt général. Plus encore, cet examen d'une possible défaillance doit être réalisé avec dynamisme. Il doit en cela prendre en compte « les projets d'investissement dans un avenir proche »<sup>104</sup> sur le territoire visé auxquels font référence les lignes directrices THD. La réalisation de cartographies peut de ce point de vue s'avérer pertinente<sup>105</sup>.

L'OSP est ainsi un moyen pour les autorités de garantir un service qui autrement ne serait pas assuré. C'est pourquoi elle est définie par analogie avec l'intérêt commercial des opérateurs. Dès lors que l'intérêt général diffère de cet intérêt spécifique, alors les autorités ont le devoir d'intervenir. Dans l'important contentieux lié à l'introduction de la TNT en Allemagne, les sommes allouées par les *Länder* de Berlin et Brandebourg sont invalidées sur ce point. Le TPICE, confirmé par la Cour, indique en effet que « les principaux radiodiffuseurs privés avaient déjà confirmé qu'ils étaient prêts à effectuer le passage à la TNT »<sup>106</sup>.

En cela, le droit de l'UE refonde les conditions d'intervention des autorités dans la vie économique. Il postule comme conséquence sa nécessaire adaptabilité à l'environnement concurrentiel lui-même évolutif. Pour cela, les juges de Kirchberg établissent, dans leur arrêt *Analir* précité, une progressivité dans l'intervention des autorités. En effet, dans cette affaire relative au transport maritime en Espagne, la Cour indique que l'imposition d'OSP exige le constat d'une insuffisance du marché. Elle ajoute que le cumul entre OSP et contrat de service public est possible « dès lors qu'il s'agit de garantir un niveau de service suffisant »<sup>107</sup>.

Cet arrêt symbolise le concept de concurrence régulée. Il traduit en effet la faculté du marché à satisfaire l'intérêt général par une grille analytique à trois niveaux impliquant une action publique dégressive donc optimisée. Par le biais de cette perspective contractuelle, les paramètres contextuels sont exigés avant les qualités propres de l'outil choisi. Il convient en cela d'opter pour celui qui est le plus adapté à la situation économique que les autorités souhaitent corriger. Le récent renouvellement de la desserte maritime entre la Corse et le continent en constitue un parfait exemple<sup>108</sup>.

Pour ce SIEG, le marché est réputé pouvoir répondre seul au besoin des populations. Dans l'hypothèse d'une carence de l'initiative privée sur une liaison donnée, la puissance publique peut imposer des OSP horizontales s'appliquant à tous les opérateurs du marché. Si ces OSP ne sont pas suffisantes pour assurer ledit service, alors l'autorité peut passer en plus des contrats de service public avec un nombre limité d'opérateurs. Eu égard aux écarts entre les techniques, l'Autorité française de la concurrence a estimé que « le régime d'OSP généralisées à tous les transporteurs maritimes est celui qui porte le moins atteinte à la concurrence et qui est le moins onéreux pour la collectivité ».

---

<sup>103</sup> CJCE, 9 mars 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-323/03, points 57 et 58.

<sup>104</sup> COM(2009/C 235/04) précité, art. 2.3.3, point 51.

<sup>105</sup> Voir par exemple la décision de la Commission n° 115/08 – Irlande – National Broadband Scheme (NBS).

<sup>106</sup> TPICE, 6 octobre 2009, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-21/06, point 64 ; confirmé par CJUE, 15 septembre 2011, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-544/09 P.

<sup>107</sup> CJCE, 20 février 2001, aff. C-205/99 précitée, point 66.

<sup>108</sup> Avis n° 12-A-05 du 17 février 2012 relatif au transport maritime entre la Corse et le continent, points 107 et s.

Il résulte de ces éléments que le critère de la défaillance du marché est essentiel en matière de financement des OSP. Il ne s'applique d'ailleurs pas qu'à ces dernières dès lors qu'il tend à se généraliser à tout le droit des aides<sup>109</sup>. Ce principe absolu motivant l'action publique doit toutefois être nuancé. En effet, contrairement aux autres pans du droit de la concurrence dans lesquels l'analyse économique est prégnante, le droit des aides, dont fait partie le droit du financement des OSP, demeure largement étranger à ces considérations.

En dépit des invitations répétées de la Commission à procéder à une analyse économique plus fine, celle-ci est sans effet sur la qualification même du financement, puisque les juges ne demandent pas à l'institution d'identifier le marché pertinent, ni de prouver l'effet réel des subventions sur les échanges entre États membres. La gardienne des traités doit simplement examiner si les éléments constitutifs d'une aide ou *a contrario* d'une COSP sont remplis. L'exigence d'un marché défaillant est symptomatique de cela. La méthode qu'elle induit n'est pas véritablement économique dès lors qu'elle renvoie en réalité à la seule nécessité du financement versé par les autorités.

Or, si l'analyse économique doit exister en droit des aides d'État, elle ne pourra le faire effectivement que lors du contrôle de compatibilité. Comme en témoigne le cas précité de la TNT allemande, c'est cette voie que stimule aujourd'hui la Commission. En effet, dans l'affaire concernant Berlin et Brandebourg, le Tribunal connaissait pour la première fois, par le critère de la défaillance du marché, la *refined economic approach* de la gardienne des traités. La juridiction de première instance va d'ailleurs approuver cette plus grande finesse analytique. En revanche, dans l'hypothèse où le financement des OSP n'est pas une aide mais donc une COSP, la précision économique est plus complexe à atteindre. Les critères *Altmark* demeurent en effet délicats à réunir et surtout matériellement variables en dépit d'apports jurisprudentiels.

Toutefois, si le Tribunal valide l'approche nouvelle, il affirme au surplus, et avec une certaine contradiction, qu'en l'espèce l'État allemand n'apporte pas « d'éléments suffisamment circonstanciés et probants »<sup>110</sup> de la défaillance. En d'autres termes, et ce n'est pas neutre, ce sont les autorités et les opérateurs qui doivent réaliser ce diagnostic économique préalable. L'analyse économique demeure ainsi tronquée. De telle sorte que la nécessité de la compensation s'apprécie toujours avec pragmatisme. La contractualisation conserve là encore tout son intérêt, eu égard à la négociation et la prévisibilité économique qu'elle permet.

§ 2 – L'impact sur le marché : deux formes de conséquences pour une incitation publique nuancée

L'impact des OSP sur le marché est traduit par une ambivalente incitation publique. Positivement, les autorités réalisent par leur biais une promotion concurrentielle active destinée à annihiler les vellétés d'un opérateur verticalement intégré et à stimuler par la péréquation les territoires (A). Négativement ensuite, les autorités publiques intervenant par le biais d'OSP doivent éviter toute surabondance synonyme de distorsion concurrentielle. La Commission élabore toutefois une dialectique injustifiée de présomptions, soulignant d'autant son refus d'un examen concurrentiel plus détaillé (B).

---

<sup>109</sup> Règlement CE n° 800/2008 du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (RGEC) – JOUE n° L 214, 9 août 2008, p. 3.

<sup>110</sup> TPICE, 6 octobre 2009, aff. T-21/06 préc., points 58 et 60.

## A – L’incitation concurrentielle positive pour une plus grande ouverture du marché

Il peut arriver qu’en dépit de la présence d’un opérateur sur un territoire, certains utilisateurs ne soient pas correctement desservis, en raison d’une inaccessibilité ou encore de prix inabordables. Si, en plus, les chances que des tiers viennent y construire une infrastructure supplémentaire sont limitées, l’intervention publique est légitimée. Cette dernière consiste alors à promouvoir la concurrence en aidant les nouveaux entrants à contester la position dominante de l’opérateur souvent historique détenteur d’une infrastructure essentielle.

D’abord, la stimulation passe par le développement public d’infrastructures alternatives permettant de contourner l’infrastructure litigieuse. Les contrats de réseaux d’initiative publique THD élaborés en zones grises en sont un parfait exemple. Examinant le projet THD du département des Hauts-de-Seine, la Commission affirme ainsi que « les OSP sont définies comme la construction, l’exploitation et la commercialisation d’un réseau de THD sur la totalité du Département »<sup>111</sup>. De telle sorte que pour être proportionnée, l’action de la collectivité doit être « limitée aux infrastructures passives » et assurée « par une entité neutre »<sup>112</sup>.

Le contrat THD du Sicoval est également significatif. En effet, dans sa décision relative au montage, la Commission constate que « malgré l’obligation de publication de l’offre de gros » que l’Arcep, l’autorité française de régulation, impose à France Telecom, l’opérateur historique, « celle-ci n’est pas disponible sur le territoire du Sicoval ».

Aussi l’insuffisance de l’infrastructure de l’opérateur historique et le caractère prohibitif du prix qu’il propose limitent-ils les autres opérateurs qui ne peuvent « fournir des services de THD répondant aux attentes des entreprises »<sup>113</sup>. Or une aide directe aux utilisateurs finaux n’aurait pas permis la réalisation d’un réseau nouveau. Elle aurait même « essentiellement profité à l’opérateur historique »<sup>114</sup>.

Dans ce contexte, l’action du Sicoval supprime « une partie des coûts fixes qu’aucun des opérateurs de télécommunications ne souhaitaient jusqu’alors prendre en charge »<sup>115</sup>. En ce sens, la délégation stimule le jeu concurrentiel en créant les conditions d’accès pour tous les opérateurs de communications. Ces derniers peuvent ainsi fournir les services requis par les entreprises du Sicoval sans passer par les fourches caudines de l’opérateur historique.

Plus encore, et c’est là l’autre moyen de promotion concurrentielle, l’infrastructure créée « doit être rendue disponible pour l’ensemble des opérateurs intéressés »<sup>116</sup>. En d’autres termes, elle doit permettre un accès des tiers au réseau. Or cette exigence aujourd’hui centrale dans les politiques européennes de libéralisation des industries de réseaux, existe indépendamment de la réalisation d’une infrastructure par OSP.

De ce point de vue, la pratique montre que pour être efficace, l’accès des tiers ne doit pas être négocié mais réglementé tant du point de vue tarifaire que technique. À l’aune de ce constat, un règlement dédié aux « conditions d’accès aux réseaux de transport de gaz naturel »<sup>117</sup> des concurrents a été adopté en 2009, renouvelant le texte de 2005. Autre exemple, l’année suivante, des recommandations relatives à « l’accès réglementé aux réseaux

---

<sup>111</sup> Décision N 331/2008 du 30 septembre 2009, point 150.

<sup>112</sup> Décision préc., point 63.

<sup>113</sup> Décision N 890/2006 du 10 juillet 2007, point 51.

<sup>114</sup> Décision préc., point 52.

<sup>115</sup> Décision préc., point 53.

<sup>116</sup> Avis de l’Autorité de la concurrence n° 12-A-02 du 17 janvier 2012 relatif à une demande d’avis du Sénat concernant le cadre d’intervention des collectivités en matière de déploiement des réseaux à THD, point 78, p. 18.

<sup>117</sup> Règlement CE 715/2009 abrogeant le règlement CE 1775/2005.

d'accès de nouvelle génération »<sup>118</sup> ont été produites par la Commission.

Un grand nombre de textes de ce type, de droit positif ou de *soft law*, ont ainsi été publiés afin de préciser les modalités d'ouverture dans les SIEG de réseaux. Plus globalement, à l'aune de cette positive incitation publique, une problématique fondamentale apparaît. Celle de la légitimité économique d'une action publique visant à pénaliser un opérateur en place, non en fonction de ses actions mais par prévention, et ce, pour se rapprocher d'une structure de marché concurrentielle. Le risque constant est alors de défendre les nouveaux entrants coûte que coûte, sans égards pour l'équité et l'efficacité économique des SIEG.

Outre l'ouverture économique de positions verticalement intégrées, la stimulation concurrentielle des territoires passe par la péréquation entre ces derniers. L'affaire *Danske Statsbaner* relative au transport ferroviaire danois est de ce point de vue intéressante. Dans sa décision, la Commission considère en effet que le Danemark n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en incluant dans un contrat de service public des lignes rentables et même une ligne internationale, dès lors que celles-ci s'insèrent dans « un système de transport cohérent »<sup>119</sup>. La Commission estime d'ailleurs que par péréquation, les résultats de la ligne rentable minorent d'autant la compensation nécessaire à l'exploitation des autres lignes non rentables. Ainsi, le dispositif stimule et dynamise les lignes non bénéficiaires qui sont desservies en dépit d'absence de rentabilité. À plus long terme, la compensation peut de nouveau être ajustée à la baisse.

À l'inverse, si le périmètre contractuel est mal établi, cette coexistence entre contrat et secteur concurrentiel comporte un risque d'écroulement. En effet, le délégataire ne servira que les segments les moins rentables et ce sans pouvoir dégager de marge significative sur les segments rentables soumis à la concurrence. Ce risque peut conduire à accorder une large exclusivité au bénéficiaire du contrat, afin de favoriser justement ce financement par péréquation interne. Au surplus, dès lors que l'entreprise mandatée agit simultanément sur le marché concurrentiel, une définition viciée de la géographie contractuelle peut faciliter des stratégies de prédation, reposant sur la pratique de subventions croisées. Dans des secteurs tels que les transports ou encore l'aménagement numérique dans lesquels la logique de continuité territoriale fait coexister des services non rentables et des services concurrentiels, de telles situations sont possibles.

## B – L'incitation concurrentielle négative pour une plus grande protection du marché

La légitimité d'une action publique palliant la défaillance du marché est plus aisée à établir que sa stimulation concurrentielle. Pour autant, le marché est en toute hypothèse affecté lorsque les autorités imposent des OSP puisque, par définition, ce marché ne les fournirait pas spontanément. Néanmoins, leur financement ne doit pas aller au-delà du nécessaire. Aussi, afin de préserver le libre jeu concurrentiel, les institutions imposent-elles d'emblée une transparence macroéconomique aux acteurs. Il en résulte que la contractualisation doit être nécessaire et proportionnée eu égard à l'objectif d'intérêt général visé<sup>120</sup>. Elle doit en cela être légitimée par la défaillance du marché et/ou la faiblesse des infrastructures existantes.

Les obligations définies doivent en outre garantir l'égalité d'accès au marché à tous les opérateurs aptes à assurer le service en cause. En ce sens, l'autorité doit respecter le principe

---

<sup>118</sup> Recommandations C(2010) 6223 du 20 septembre 2010.

<sup>119</sup> Décision n° 2011/3/UE, 24 février 2010, JOUE n° L 7, janvier 2011.

<sup>120</sup> Aff. de la *ria de Vigo* préc. : CJCE, 9 mars 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-323/03, points 46, 47 et 48.

de neutralité technologique, aujourd'hui prégnant et étroitement contrôlé par les juges de l'Union<sup>121</sup>. Sur son fondement, le financement des OSP doit être accordé pour le déploiement de tout type d'infrastructure pourvu qu'elle soit passive, neutre, et ouverte.

Corrélativement, l'autorité peut imposer à son cocontractant une comptabilité analytique dissociant ses activités de service public de celles qui n'en relèvent pas. Plus généralement, il s'agit de cerner lors d'un processus politique décisionnel l'impact des OSP sur le marché, impact devant être acceptable économiquement et socialement. Dans ce contexte, parce qu'elles définissent ces missions, les autorités doivent au surplus maintenir leur équilibre avec les autres services commerciaux de l'opérateur investi.

Or, à cet égard, si le SIEG a un impact sur le marché, il n'induit pas nécessairement une distorsion sur celui-ci. La Commission semble pourtant le supposer. Dans son nouvel encadrement, elle distingue en effet, à côté de l'approche générale, consistant à s'assurer que la compensation couvre strictement « le coût net de l'exécution des OSP, compte tenu d'un bénéfice raisonnable »<sup>122</sup>, une approche complémentaire.

Celle-ci consiste, dans les cas où la compensation génère « de graves distorsions de la concurrence sur le marché intérieur », à réserver à la Commission le droit d'imposer « des conditions à l'État membre » ou exiger « des engagements de ce dernier »<sup>123</sup> afin de garantir la nécessité et la proportionnalité de l'aide. Au motif louable d'organiser un bilan concurrentiel, cette conception présume que les SIEG génèrent des subventions croisées.

Or cette crainte de la Commission est infondée tant sur plan juridique qu'économique. En effet, la simultanéité d'un SIEG et d'activités concurrentielles peut générer des économies de gamme, constitutives de gains d'efficacité pour les consommateurs. Aussi l'amélioration de la position concurrentielle de l'opérateur consécutive n'induit-elle pas automatiquement une distorsion. D'autant que l'encadrement impose un partage équitable de ces économies d'échelles avec les autorités et/ou les usagers. En pratique, le contrôle de l'absence de surcompensation complété par l'article 102 TFUE suffit pour vérifier l'absence de stratégies prédatrices. D'autant que les règles d'allocation ont déjà été définies par la Cour dans sa jurisprudence *Chronopost/Ufex*<sup>124</sup>.

Il en résulte que « le droit de la concurrence européen fournit déjà des solutions pour traiter ces risques »<sup>125</sup>, tout en permettant le respect des garanties procédurales afférentes. Au surplus, cette spécificité des opérateurs de SIEG cède face à l'efficace adaptation des outils de l'article 102 TFUE aux OSP, ainsi qu'en témoignent les tests particuliers de prédation conçus<sup>126</sup>. Il n'y a pas lieu dès lors de les appréhender par le truchement de l'article 106 TFUE. En ce sens, l'encadrement ne constitue pas l'instrument juridique approprié pour traiter, *ex ante*, de tels comportements dès lors qu'il rattache au droit des aides d'États des mesures qui, en réalité, relèvent d'autres dispositions.

Ce lien artificiel souligne d'autant la nécessaire conjonction des bases juridiques en matière d'OSP. De plus, il évite à la Commission la charge de la preuve de l'existence réelle de distorsions. Or, dans l'affaire *Deutsche Post*<sup>127</sup>, les juges de l'Union ont déjà souligné la carence

---

<sup>121</sup> TPICE, 6 octobre 2009, *FAB*, aff. T-08/06 ; CJUE, 15 septembre 2011, *Berlin-Brandebourg*, aff. C-544/09 P.

<sup>122</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.8, point 21.

<sup>123</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.9, points 52 et 53.

<sup>124</sup> CJCE, 3 juillet 2003, aff. C-83/01.

<sup>125</sup> G. Clemenz, M. Dewatripont, [...], « *Services of General Economic Interest* », précité.

<sup>126</sup> Décision 2001/354/CE du 20 mars 2001 – *Deutsche Post*.

<sup>127</sup> TPICE, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Deutsche Post AG c/ Commission*, aff. T-266/02, points 85, 91 et 94 ; confirmé par CJCE, 2 septembre 2010, aff. C-399/08 P, points 45 et 46.

méthodologique des présomptions de l'institution afin d'éviter une analyse économique trop poussée. Aussi, pour chaque cas figurant ou non parmi les exemples de l'encadrement<sup>128</sup>, l'institution doit-elle démontrer l'abus.

Face aux préoccupations susvisées, la Commission expose une liste de remèdes, dont le caractère non exhaustif renforce l'insécurité juridique qu'elle crée. Entre autres, l'institution note qu'elle pourra imposer « des modifications dans l'allocation de l'aide »<sup>129</sup> selon l'excédent de bénéfices généré. Elle pourra également modifier les modalités fonctionnelles des OSP<sup>130</sup>. Eu égard à ces possibilités, les opérateurs ne sont pas assurés de pouvoir exercer leur mission dans des conditions économiquement acceptables tout au long de leur mandat. Aussi peuvent-ils être dissuadés de postuler à la réalisation desdites OSP.

Plus généralement, en visant de graves distorsions, ce cadre concurrentiel souffre d'une autre grande lacune. Il distille l'idée que les SIEG sont majoritairement d'envergure nationale sinon internationale, alors qu'en pratique, ils sont pour la plupart locaux. En cela, « bien que concernés par ces règles relatives aux aides d'État sous forme de charge de service public, ils n'ont qu'un impact limité sur les échanges »<sup>131</sup>. Il serait certainement plutôt nécessaire d'assouplir ce cadre pour une approche plus proportionnée et différenciée subordonnant les modalités d'examen à la portée du service visé.

---

<sup>128</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.9, points 55 à 58.

<sup>129</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.9, point 56.

<sup>130</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.9, point 55.

<sup>131</sup> SEC(2011) 397, document de travail de la Commission relatif à l'application des règles de l'UE en matière d'aides d'État pour les SIEG depuis 2005.

## CHAPITRE 2 – LA PROGRESSION DE LA PRÉCISION ÉCONOMIQUE DES OSP

La performance économique exogène permise par le contrat fixe les conditions pour un contexte d'efficacité endogène de l'action des autorités publiques. Une fois la place du contrat finançant les OSP établie dans le cadre concurrentiel du marché, c'est une standardisation de son contenu qui apparaît. En effet, le processus contractuel attaché aux OSP optimise également la microéconomie de l'action des personnes publiques. À cet égard, le droit de l'Union construit et précise le contenu du contrat en deux étapes.

Les institutions réclament d'abord des acteurs publics qu'ils réalisent une définition de leurs paramètres de calcul de la compensation. Multiples et adaptés, ceux-ci conditionnent la pertinence de la formule économique appliquée (Section 1). Le contrôle de surcompensation qui en résulte fait l'objet d'une transformation parallèle par le biais de cette logique de précision économique. Il devient alors un contrôle de l'efficacité de l'action publique (Section 2).

### SECTION 1 – L'IMPORTANCE DE LA DÉFINITION DES PARAMÈTRES POUR UNE PERTINENTE FORMULE ÉCONOMIQUE

Une fois l'action publique légitimée, la standardisation du contenu contractuel impose un premier exercice d'apparence formel mais en réalité décisif. En effet, avec constance, les juges de l'Union demandent en amont des paramètres compensatoires « établis de façon objective et transparente »<sup>132</sup>, afin d'annihiler tout risque d'avantage. Interprétée avec finalisme, l'obligation résulte et donne sens au double fondement comptable du financement des OSP (§ 1).

L'identification des variables fait fi du principe de subsidiarité en imposant un contenu quoiqu'adaptable aux autorités. Elle est malgré tout essentielle dès lors que le paramétrage est manipulé dans une formule nouvelle soulignant un objet compensatoire non neutre. Imposant par celle-ci le modèle de l'opérateur efficace, la Commission étend en effet le coût net évité et concrétise sa matrice concurrentielle régulée. La juste compensation en résultant se heurte au contenu étatisé des OSP et postule là encore une flexibilité (§ 2).

#### § 1 – Les paramètres du calcul comme moteur des deux fondements comptables du financement

Après la performante localisation des OSP sur le marché, leur contractualisation postule comme première étape matérielle la détermination préalable de paramètres de calcul objectifs et transparents (A). Ces variables économiques animent et traduisent le dualisme des fondements comptables du financement des OSP. Entre recettes et coûts, l'ambivalent paramétrage, parfois disproportionné, ouvre en cela des hypothèses multiples mais nécessairement ajustées (B).

##### A – L'établissement de paramètres de calcul objectifs et transparents

Une fois les OSP précisément définies, les acteurs doivent impérativement établir les paramètres de calcul de la compensation que les cocontractants sont en droit d'attendre. Déjà

---

<sup>132</sup> TPICE, 27 février 1997, *FFSA*, aff. T-106/95, Rec. 229.

dans la jurisprudence *Altmark*, les juges de Kirchberg établissent un second critère de définition de la COSP renvoyant à cette exigence<sup>133</sup>. La communication explicative du paquet *Almunia* reprend la condition en demandant que ces paramètres de calcul soient « préalablement établis de façon objective et transparente », afin d'éviter que la compensation versée ne « comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire »<sup>134</sup>.

Toutefois, la question essentielle à laquelle ne répond pas la Commission consiste à savoir de quelle marge d'action disposent les autorités dans la réalisation de pareils paramètres. Dans son arrêt *BUPA*, le Tribunal de première instance répond à l'importante interrogation. L'objet de l'espèce n'était d'ailleurs pas neutre puisqu'il s'agissait du complexe dispositif de coûts dans le système d'assurance maladie privée irlandais.

La juridiction juge d'abord que cette exigence microéconomique suppose « une certaine transparence et une certaine objectivité des critères de la compensation financière »<sup>135</sup> afin de permettre le contrôle marginal incombant aux institutions européennes. Le Tribunal précise néanmoins qu'« à supposer même que les autorités irlandaises disposent d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre du calcul des paiements », ce pouvoir n'est pas incompatible en soi « avec l'existence de paramètres objectifs et transparents, au sens de la deuxième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark* »<sup>136</sup>.

En admettant cela, le Tribunal fait clairement preuve de souplesse dans l'interprétation de la seconde condition posée par l'arrêt *Altmark*. Elle aurait pu en effet être conçue comme imposant des critères de calcul de la compensation totalement figés et mécaniques. Tel n'est pas la voie choisie par les juges de première instance. Aux termes même de leur considérant sur ce point, ils admettent leur motivation en indiquant que « l'État membre dispose d'une large marge d'appréciation non seulement quant à la définition d'une mission de SIEG, mais également concernant la détermination de la compensation des coûts, qui dépend d'une appréciation de faits économiques complexes »<sup>137</sup>.

Toutefois, cette dialectique de conciliation entre une prérogative discrétionnaire et des paramètres de calcul objectivés ne trouve pas nécessairement écho auprès de la Cour de justice de l'Union. Ainsi qu'ils ont pu l'affirmer dans l'affaire *Yellow Cab*, relative aux lignes de bus touristiques à Vienne, les juges de Kirchberg tiennent plus en effet à l'idée « des critères objectifs, non discriminatoire et connus à l'avance » qui encadrent « suffisamment l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales »<sup>138</sup>.

Au-delà même, derrière cette souplesse fondée sur la spécificité factuelle, est sous-tendue la problématique du sens à donner à cette obligatoire détermination préalable des paramètres. La Commission affirme en cela qu'elle n'induit pas nécessairement « une formule spécifique (par exemple, un certain prix par jour, par repas, par passager ou par nombre d'utilisateurs) ». Aussi, ce qui importe pour l'institution, « c'est de savoir exactement, dès le départ, comment la compensation est déterminée »<sup>139</sup>. En pratique, les acteurs veulent minorer le risque économique de l'opération. Pour cela, ils vont souvent très loin dans le paramétrage lui donnant ainsi le sens d'une transparence économique mais aussi géographique.

---

<sup>133</sup> CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00, point 90.

<sup>134</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.4, point 54.

<sup>135</sup> TPICE, 18 février 2008, aff. T-289/03, point 2010.

<sup>136</sup> TPICE, 18 février 2008, préc., point 214.

<sup>137</sup> TPICE, 18 février 2008, préc., point 214.

<sup>138</sup> CJCE, 22 décembre 2010, aff. C-338/09, point 53.

<sup>139</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.4, point 55.

En ce sens, pour le contrat THD du département des Hauts-de-Seine dont le financement est péréqué<sup>140</sup>, chaque candidat a dû fournir de précis tableaux recoupant les données par zones et leurs rentabilités. Dans sa décision relative au contrat du ministère des Transports danois avec *Danske Statsbaner*, la Commission a connu la même hypothèse. Elle précise cependant que dans cette situation, « le deuxième critère de l'arrêt *Altmark* requiert de l'État membre qu'il définisse préalablement [...] les paramètres permettant de fixer le montant global »<sup>141</sup> de la compensation, et non « le montant des compensations pour chacune des lignes prises individuellement ».

La compensation versée par la République tchèque à des compagnies d'autobus de Moravie du sud est également éclairante quant au sens à donner à ce second critère de l'arrêt *Altmark*. Dans sa décision, la Commission européenne note ainsi que le prix maximum des services de transport a été fixé par les autorités « sur la base des critères [...] de la loi sur le transport routier ». Au surplus, ce prix a été indiqué dans l'invitation à soumissionner envoyée aux exploitants candidats potentiels. De telle sorte que « le prix a été établi par avance, c'est-à-dire avant la sélection des exploitants, de façon objective et transparente »<sup>142</sup>.

Cette exigence impérieuse vaut pour toute compensation liée à des supports contractuels. Toutefois, cette dialectique d'adéquation entre la compensation versée par les autorités et les charges de service public supportées par l'opérateur demeure l'aspect le plus complexe en la matière. Selon les activités en cause en effet, il n'est pas aisé de répondre à cette obligation eu égard à la diversité des coûts ou des recettes induits par les OSP imposées aux opérateurs. Aussi, évoluant substantiellement en fonction du secteur, des opérateurs et enfin des besoins des populations, ces deux variables économiques fondent-elles le financement des OSP.

## B – La présence comptable des coûts et des recettes

L'adéquation des compensations au plus juste besoin de financement des OSP constitue ici l'objectif axiologique. Sa satisfaction repose sur deux variables décisives qui structurent et animent l'élaboration des paramètres précités. En effet, les coûts du service public supportés par l'opérateur investi et les recettes que celui-ci peut percevoir sur son fondement sont les deux éléments autour desquels la standardisation matérielle du contrat va s'articuler. Eu égard à leur importance, ils doivent être définis en amont à partir des paramètres précités.

Dans ces derniers, l'encadrement de 2011, reprenant le texte de 2005, a une définition large des recettes. Il indique en effet qu'il est nécessaire de prendre en compte « la totalité des recettes tirées du SIEG », ainsi que « les bénéfices excessifs générés par des droits spéciaux ou exclusifs, même liés à d'autres activités, [...] que ces bénéfices excessifs soient ou non qualifiés d'aide d'État [...] »<sup>143</sup>. En cela, l'existence de ressources propres dégagées du SIEG complexifie la fixation d'une juste compensation. Le calibrage de la subvention globalisée se fait alors sur la base d'une prévision des ressources propres de l'opérateur.

Ce parallélisme existe dans plusieurs domaines tels que l'aménagement numérique ou encore les services financiers. Ce second cas, plus rare, demeure intéressant, dans un contexte de crise économique dans lequel les banques pourraient être plus souvent investies. En effet, lorsqu'elles sont chargées d'un SIEG, elles obtiennent parfois un droit spécial ou exclusif en vue

<sup>140</sup> Décision N 331/2008, point 157.

<sup>141</sup> Décision n° 2011/3/UE du 24 février 2010, points 281 et 282.

<sup>142</sup> Décision n° 2009/325/CE du 26 novembre 2008, points 65 et 66.

<sup>143</sup> COM(2012/C 8/03), point 32.

de la fourniture de ce produit<sup>144</sup>. Compte tenu de leur stratégie commerciale classique de vente croisée, elles peuvent de fait vendre des produits supplémentaires aux personnes qui ont recours au SIEG, ce qui génère des recettes supplémentaires.

Dans les secteurs générant les plus importants volumes de recettes, c'est-à-dire la gestion des déchets, l'approvisionnement en eau, le traitement des eaux usées et les matériaux recyclés, la problématique est tout autre. En effet, ces secteurs sont habituellement rémunérés par l'utilisateur final qui paie des frais et/ou des taxes lesquels sont régulièrement ajustés dans le contrat. En conséquence, pour l'opérateur il peut arriver qu'il n'y ait pas d'autre compensation de SIEG que les seules recettes provenant des frais payés par les utilisateurs.

Corrélativement, la seconde variable décisive n'est autre que le coût inhérent à la mise en œuvre des OSP. La Commission indique en cela que la compensation « ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir le coût net de l'exécution des OSP »<sup>145</sup>. Là encore, l'anicroche peut émaner d'une activité privée parallèle. L'imputation des coûts associés au SIEG nécessite alors de déterminer les coûts incrémentaux, peu évidents selon les secteurs. Des difficultés émergent aussi lorsque des biens ou des infrastructures sont mis à la disposition de l'opérateur par l'autorité pour lui permettre de réaliser les OSP. La valorisation comptable ou financière de ces apports en nature, encore floue pour les acteurs, devrait être précisée par la Commission.

La remarque souligne d'autant l'importance d'une comptabilité transparente pour la matière. Guidant la performance économique publique, elle tient à la nécessité de retrouver les deux fondements du calcul que sont les recettes et les coûts dans les comptes de l'opérateur investi. À cet égard, le calcul du chiffre d'affaire déterminant si les seuils d'application de la directive 2006/111/CE<sup>146</sup> sont atteints n'est pas toujours aisé. Il en résulte que, parce qu'elle est vérifiable comptablement, la compensation est transparente donc plus facilement optimisable. D'autant plus que parmi les paramètres de calcul, pourront être déterminées des clauses de révision périodique et de correction *ex post*.

Plus généralement, des problématiques comptables connexes à ces deux fondements compensatoires peuvent apparaître. Elles se heurtent à des interprétations parfois incohérentes d'autres pans du droit de l'Union européenne. En cela, elles mettent en exergue la nécessaire homogénéisation du régime européen des services publics émergeant aujourd'hui. Au-delà, elles soulignent à nouveau qu'« une régulation des SIEG ne pourra se développer que sur le fondement d'une conjonction de bases juridiques »<sup>147</sup>. Ainsi il ne faut pas uniquement utiliser les dispositions spécialement dédiées aux SIEG.

L'exemple du droit fiscal européen est symptomatique de ces incohérences. En effet, la matière peut contester certains mécanismes jusqu'alors admis pour fixer la compensation. Ainsi, son montant est calculé hors taxe si l'activité de l'opérateur est assujettie à la TVA et toutes taxes comprises dans l'hypothèse contraire. Or les juges de Kirchberg ont inversé la charge de la preuve s'agissant du régime d'assujettissement de l'activité d'une personne dépositaire de l'autorité publique<sup>148</sup>. En effet, les activités des personnes publiques sont présumées relever de la TVA. Elles n'échappent à celle-ci que lorsqu'elles les exercent en tant qu'autorité et qu'elles ne se prévalent pas d'une distorsion du fait de leur non-

---

<sup>144</sup> En ce sens, trois banques françaises, à savoir la Banque postale, les Caisses d'épargne et le Crédit mutuel se sont vues attribuer des droits spéciaux pour la distribution d'un compte d'épargne exonéré d'impôts, le Livret A.

<sup>145</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.8, point 21.

<sup>146</sup> Directive 2006/111/CE en date du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

<sup>147</sup> S. Bracq, « *Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ?* », RTDE 2011. 517.

<sup>148</sup> CJUE, 4 juin 2009, *Salix*, aff. C-102/08.

assujettissement.

Eu égard à ces éléments, si la recherche d'une concordance entre coûts et recettes est constante, les possibilités apparaissent plurielles. Dans les secteurs les plus importants, il est possible de bénéficier de référentiels communs de calcul et de facturation facilitant le calibrage de la compensation. À l'inverse, pour les SIEG de faible envergure, le dispositif peut être disproportionné. Les petits opérateurs qui en sont investis n'ont pas nécessairement les moyens pour une analyse précise de leurs données. Les exigences de paramétrage et de comptabilité pourraient en ce sens être allégées pour ces services réduits.

À cet égard, la fixation d'un seuil aux critères pluriels (montant de l'aide, population visée, géographie et secteur notamment) en-deçà duquel ces obligations seraient simplifiées et allégées devrait être envisagée. Cette adaptabilité des paramètres de calcul permettrait une application plus performante de ces derniers dans la formule économique compensatoire choisie par la Commission dans son nouveau corpus. La méthode du coût net évité fait en effet interagir les variables précitées selon l'inévitable et structurant modèle de l'opérateur efficient en économie de marché.

## § 2 – L'équation du calcul comme clef d'une absence de surcompensation

Les paramètres du calcul compensatoire sont manipulés dans une formule économique non neutre. Fondée sur le standard d'un opérateur efficient, la Commission généralise celle du coût net évité soulignant d'autant son objectif de performance publique (A). Une fois la formule appliquée, le résultat économique doit aboutir à l'absence de surcompensation. Pour autant son contrôle est laïcisé pour une plus grande adaptabilité (B).

### A – La généralisation de la formule du coût net évité

Reposant sur des paramètres objectifs, la formule choisie pour déceler et quantifier un éventuel coût net du service public est décisive. En effet, elle doit nécessairement respecter une pluralité de critères faute de quoi le dispositif compensatoire, fondé sur des bases erronées, devient contestable et contesté. Aussi, dans son nouvel encadrement, la gardienne des traités sécurise-t-elle la formule économique en faisant de la méthode dite du coût net évité la méthode de principe dans le calcul du coût des OSP et de leur compensation. Corrélativement, la méthode d'allocation des coûts complets devient l'exception.

La Commission inverse son dispositif par rapport à son corpus de 2005 dans lequel la dialectique du coût net évité était l'exception. Plus encore, elle rompt avec sa propre directive sur la transparence des relations financières entre États membres et entreprises publiques<sup>149</sup>. Dans celle-ci en effet, la Commission établit comme règle que l'absence de surcompensation des OSP doit pouvoir être constatée dans la comptabilité de l'entreprise grâce à l'allocation de ses coûts complets entre ses OSP et ses activités commerciales.

Si l'institution ne le précise pas, sa disqualification du processus par coûts complets, et la priorité inverse donnée au coût net évité symptomatise la recherche d'une performance publique animant l'idéologie européenne des OSP. Issue du marché postal et des télécommunications auxquels la Commission invite à se rapporter<sup>150</sup>, la méthode est en effet définie par celle-ci comme consistant à calculer le coût « effectif ou escompté pour exécuter les OSP », c'est-à-dire la différence « entre le coût net supporté par le prestataire lorsqu'il exécute

<sup>149</sup> Directive 2006/111/ CE du 16 novembre 2006 modifiant la directive 80/723/CE du 25 juin 1980.

<sup>150</sup> COM(2012/C 8/03), art.2.8, point 26.

ses obligations et le coût ou bénéfice net du même prestataire lorsqu'il ne les exécute pas »<sup>151</sup>.

En d'autres termes, la formule repose sur l'idée que sans les OSP, l'opérateur réaliserait des profits supérieurs à ceux qu'il réalise effectivement en les assumant. Dans l'hypothèse d'un opérateur efficient, la différence de profit entre les deux scénarii, avec ou sans les OSP, est imputable au seul coût de ses OSP. Le coût net évité se distingue donc du coût complet puisqu'il ne peut être constaté dans la comptabilité. Il ressort en réalité de calculs complexes fondés sur une modélisation passé et future des activités du prestataire.

L'exemple du secteur postal est topique. En effet, le coût net évité y est la règle pour établir le financement du service universel<sup>152</sup>. Aussi, quant aux compensations versées par l'État français à *La Poste*, la Commission a-t-elle pu souligner que le coût net évité est « l'écart entre le coût net modélisé d'un réseau guichet non contraint, en situation de maximisation de la marge globale, et le coût net du réseau guichet réel de l'entreprise »<sup>153</sup>. Ainsi, le coût net est d'une part incrémental, mesurant le coût que *La Poste* éviterait si l'Etat ne lui imposait pas une présence territoriale, et d'autre part résiduel, découlant d'une différence de coûts nets.

La formule constitue « la plus précise pour déterminer le coût d'une OSP »<sup>154</sup> sur un marché donné dès lors qu'elle postule l'identification d'un opérateur efficient dans les deux scénarii. Par son côté prospectif, elle permet une évaluation globale en incorporant tous les effets des OSP, et seulement ceux-ci. La formule implique alors la satisfaction d'un principe d'efficacité dans la compensation. La méthode traditionnellement employée consiste pour cela à s'appuyer sur l'économie d'un opérateur créant à neuf son activité avec les meilleurs procédés disponibles. Des comparaisons internationales peuvent aussi être utiles.

Au final, le coût net évité conduit à exclure les coûts non pertinents du prestataire tels que les coûts consécutifs à des choix historiques techniquement dépassés. Les revenus de l'opérateur reflètent d'ailleurs la situation courante de ses tarifs. Or ceux proposés par l'opérateur mandaté pour les activités fournies doivent être abordables tandis que l'opérateur non investi lui est libre de fixer les tarifs qu'il désire. Néanmoins, par interdépendance, l'opérateur chargé d'OSP doit proposer des tarifs orientés vers les coûts. Ainsi, les obligations ne peuvent s'opposer que dans des cas circonscrits comme par exemple les cécoogrammes dans le secteur postal.

Outre sa plus-value, il en résulte que par définition, le coût net évité impose une forte puissance analytique. La construction du scénario contrefactuel qu'il sous-tend est un exercice complexe exigeant une prévision que les opérateurs auront très souvent des difficultés à réaliser seuls. En cela, la Commission pousse, par son extension, les opérateurs à recourir aux conseils externes. Plus que l'arbitraire, le coût net évité génère alors l'insécurité juridique et des coûts complémentaires. Or il s'agit là d'objectifs majeurs de l'institution quant aux OSP.

À côté des secteurs imposant une formule, l'institution reconnaît ce caractère parfois « impossible ou inapproprié » du coût net évité. Alors une autre formule peut être utilisée et notamment celle, dorénavant exceptionnelle, des coûts complets définissant le coût net des OSP « comme la différence entre les coûts et les recettes d'un prestataire désigné »<sup>155</sup>. Elle

---

<sup>151</sup> COM(2012/C 8/03), art.2.8, point 25.

<sup>152</sup> Annexe I de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux et l'amélioration de la qualité du service. Modifiée par la directive 2008/6/CE du 20 février 2008 concernant l'achèvement du marché intérieur des services postaux, considérant 26.

<sup>153</sup> Décision N531/2005 du 21 décembre 2005, points 118 et 119.

<sup>154</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.8, point 27.

<sup>155</sup> COM(2012/C 8/03), points 27 et 28.

impose en cela la prise en compte de tous les coûts et recettes sans le standard particulier d'efficacité. Le prix du marché ou le niveau de bénéfice raisonnable de l'opérateur s'y substitue alors dans la formule de calcul de la compensation.

Or si le coût net évité est important, il doit interagir avec la logique évaluative prégnante dans le choix du mode de gestion du service public. S'effectuant au cas par cas, il dépend du contexte normatif et financier de chaque autorité et souligne en cela une pertinence des coûts complets. À cet égard, notamment pour les SIEG réduits, il est préférable de revenir au dispositif de 2005 priorisant les coûts complets et circonscrivant le coût net évité. Le résultat de la formule, donc la proportionnalité de la compensation, serait plus efficacement déterminé.

## B – L'adaptabilité du résultat de la non-surcompensation

Au terme de la formule, le résultat économique pour les acteurs est un surcoût généré par les OSP corrélatif à un volume de compensation publique versé à l'opérateur investi. Néanmoins, ainsi que l'affirme la Cour de justice dans son structurant arrêt *Altmark*, cette compensation « ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des OSP »<sup>156</sup>. La proportionnalité garantit alors, en tant que troisième condition de COSP, que « n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence ». Les sommes allouées à l'opérateur doivent par conséquent être limitées au strict nécessaire pour l'exécution des OSP. Dans l'hypothèse contraire, « la surcompensation [...] constitue une aide d'État »<sup>157</sup> que l'opérateur doit rembourser.

Il appartient aux autorités de veiller à ce qu'il n'y ait pas cette allocation surabondante. L'exigence demeure malgré tout conditionnée par le champ économique de l'interaction entre opérateur et autorité. Aussi, outre la souplesse de la seconde condition de l'arrêt *Altmark*, le TPICE revisite-t-il son troisième critère, de nouveau à la faveur du système irlandais d'assurance-maladie privée et ce, pour une meilleure adaptabilité.

En effet, dans son riche arrêt *BUPA*, le Tribunal s'attache à titre liminaire à mettre en évidence la spécificité du dispositif de répartition des coûts présidant l'espèce. Il relève en particulier qu'« il n'existe pas de relation directe entre les montants réglés par l'assureur [...] et la compensation attribuée »<sup>158</sup>. Or cet unique constat aurait pu suffire à écarter l'application du test *Altmark*. Il ressortait en effet assez clairement de l'analyse que la compensation n'était pas directement calculée en fonction des coûts effectifs d'exécution du SIEG pour les opérateurs.

Le Tribunal va toutefois considérer la proportionnalité du financement comme satisfaite en des termes novateurs. Il précise en effet que par la complexité de son fonctionnement, le système irlandais de coûts examiné « ne peut obéir strictement à la troisième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark* ». Cependant la quantification des surcoûts générés, par une analogie des risques que prévoit le système « est conforme à la finalité et à l'esprit » de ce critère dans la mesure où « le calcul de la compensation est fondé sur des éléments objectifs concrets, clairement identifiables et contrôlables »<sup>159</sup>.

Le Tribunal de première instance s'écarte ici délibérément d'une lecture orthodoxe de la proportionnalité au sens du test *Altmark*. Il juge légitime que les surcoûts des OSP soient calculés, non à l'aune des coûts d'exécution de celles-ci, mais par une méthode autre,

<sup>156</sup> CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, point 92.

<sup>157</sup> COM(2012/C 8/03), point 48.

<sup>158</sup> TPICE, 18 février 2008, aff. T-289/03, point 235.

<sup>159</sup> TPICE, 18 février 2008, préc., point 237.

« conforme à la finalité et l'esprit » de l'exigence de 2003. Cette conclusion aléatoire repose sur le constat d'un calcul au paramétrage objectif, ce qui renvoie à la seconde condition de l'arrêt *Altmark*. En d'autres termes, face à une situation dans laquelle la troisième condition de cet arrêt n'est pas adaptée, le Tribunal préfère se référer à l'esprit de la décision plutôt qu'écarter son applicabilité.

Dans une affaire *NOS* postérieure, le Tribunal réitère sa position en examinant le système néerlandais de financement de la télévision publique. Il juge en effet que les éléments de l'arrêt *Altmark* « sont d'application générale ». De telle sorte que « la Cour n'a pas limité le principe [de proportionnalité] énoncé dans son arrêt au cas d'espèce »<sup>160</sup>.

Au-delà des coûts, le TPICE adopte un raisonnement similaire s'agissant des recettes réalisées par les opérateurs afin de déterminer l'existence d'une surcompensation. Après avoir rappelé que le dispositif irlandais « ne vise pas à compenser les coûts directement liés à la prestation des services », la juridiction juge en effet dans le second temps de son novateur arrêt *BUPA* qu'alors « il n'est pas besoin de prendre en considération les recettes procurées par ces services pour établir les éventuels surcoûts concrets de cette prestation ».

Aussi, consacrant l'efficace adaptabilité du contrôle de proportionnalité, la juridiction en conclut-elle que « dans ces circonstances, une application stricte de la troisième condition [de l'arrêt *Altmark* [...] qui vise une forme différente de compensation d'une obligation de SIEG ne tiendrait pas compte de la particularité du fonctionnement du système de compensation prévu »<sup>161</sup>. Au contraire, elle reviendrait à contester le choix de l'État irlandais pour ce système indépendant des recettes des assureurs mais qui garantit le bon fonctionnement d'un marché.

Néanmoins, l'adaptabilité n'induit pas une totale liberté. Ainsi que l'a affirmé le juge de l'Union dans l'important contentieux de la TNT allemande, même si l'État dispose d'une marge d'action « cela ne le dispense pas de veiller à ce que cette compensation satisfasse certains critères, clairement indiqués par l'arrêt *Altmark* »<sup>162</sup>. En ce sens, une compensation versée au titre d'OSP doit non seulement être conçue *a priori* pour ne pas être excessive, mais également s'avérer *a posteriori* ne pas l'être. Si la compensation est exemptée de notification préalable à la Commission, celle-ci prévoit un contrôle et un remboursement du trop-perçu. Les États y veillent, et fournissent des « éléments de preuve »<sup>163</sup> à l'institution, sur demande de celle-ci. Ils procèdent en outre à des contrôles *a minima* tous les trois ans, pendant et à la fin du mandat.

À son terme, les autorités exigent de l'opérateur qu'il rembourse toute surcompensation, sauf à la reporter sur la période suivante lorsqu'elle ne dépasse pas 10 %. Cela peut notamment prendre la forme d'une clause de retour à meilleure fortune dans le contrat. Sur ce point, un intérêt de l'encadrement, donc d'un examen du versement en amont, réside dans le choix pour les collectivités d'un calcul de la compensation *ex ante* aussi bien qu'*ex post*<sup>164</sup>. Cette double possibilité permet une meilleure perception du bénéfice raisonnable et des gains de productivité de l'opérateur dans le contrôle de surcompensation. Elle souligne d'autant l'évolution de ce contrôle aujourd'hui tourné vers l'efficace outre la seule proportionnalité.

---

<sup>160</sup> TUE, 16 décembre 2010, *Pays Bas et NOS c/ Commission*, aff. jointes T-231/06 et T-237/06, point 144.

<sup>161</sup> TPICE, 18 février 2008, préc., point 241.

<sup>162</sup> TPICE, 6 octobre 2009, *FAB Fernsehen Berlin*, aff. T-8/06, point 64.

<sup>163</sup> COM(2012/21/UE) – Décision de la Commission du 20 décembre 2011, art. 6.

<sup>164</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.8, point 22.

## SECTION 2 – LA TRANSFORMATION PROGRESSIVE DU CONTRÔLE DE SURCOMPENSATION EN UN CONTRÔLE D’EFFICIENCE ÉCONOMIQUE

Si l’opérateur bénéficie d’une compensation pour le financement des OSP qui lui sont imposées, celle-ci doit respecter le principe de proportionnalité. Pour autant, la Commission va plus loin en consacrant et précisant la rémunération du cocontractant privé. En l’absence de rémunération moyenne sur le marché donc de mise en concurrence en revanche, les autorités publiques doivent s’appuyer sur le paradoxal modèle un opérateur moyen bien géré (§ 1).

Impliquant la comparativité d’une action publique pourtant résiduelle, l’analogie, peu évidente, est complexifiée par une vision concurrentielle standardisée. La bonne gestion, rare source de validation du financement, devient ainsi efficience. Point d’orgue du processus qualitatif consacré par la Commission dans son dernier corpus *ad hoc*, le nouveau contrôle de surcompensation qu’elle induit traduit un alignement de l’analyse opérée par l’institution (§ 2).

### § 1 – La modélisation des conditions de rémunération de l’opérateur

Les institutions renforcent leur démarche de standardisation contractuelle en précisant l’environnement économique de l’opérateur. Celui-ci va ainsi percevoir dans le cadre des OSP un bénéfice raisonnable consacré et complexifié par la Commission (A). Sans procédure de sélection de l’opérateur, l’autorité doit se fonder, pour déterminer la compensation et partant ce bénéfice, sur l’antagonique socle analytique de l’entreprise moyenne qui va être précisé (B).

#### A – La perception encadrée d’un bénéfice raisonnable par l’opérateur

La condition de proportionnalité du financement des OSP établies par les autorités garantit que l’atteinte portée au jeu concurrentielle sera limitée au strict nécessaire. Pour autant, cela ne signifie pas que le financement ainsi déterminé doit être limité à la survie du service en cause. C’est pourquoi la Commission exige, reprenant en cela la condition de l’arrêt *Altmark*, que le montant de la compensation ne dépasse pas « ce qui est nécessaire pour couvrir le coût net de l’exécution des OSP, compte tenu d’un bénéfice raisonnable »<sup>165</sup>.

Ce dernier, aussi dénommé rentabilité contractuelle limitée, est un concept décisif dans la conception économique des OSP. Il s’agit d’un bénéfice qui s’apprécie nécessairement selon les conditions du marché et les secteurs d’activité. En ce sens, la Commission le définit dans son nouvel encadrement comme étant « le taux de rendement du capital qu’exigerait une entreprise moyenne s’interrogeant sur l’opportunité de fournir le SIEG, [...] en tenant compte du niveau de risque »<sup>166</sup>. Partant, la Commission va plus loin qu’en 2005<sup>167</sup>, en distinguant deux hypothèses.

S’il existe un risque financier dans l’accomplissement de la mission de service public, l’institution associe le bénéfice raisonnable au taux de rendement du capital obtenu pour des missions similaires attribuées par appel d’offres ou au taux moyen de rendement des capitaux propres du secteur<sup>168</sup>. Ce premier cas risque de se heurter au manque de données et de pertinence des analogies. Selon les secteurs, les opérateurs appliquent des paramétrages très variables et le rendement de l’activité est sensible aux facteurs exogènes, évolutifs selon les

<sup>165</sup> COM(2012/C 8/03), art. 2.8, point 21.

<sup>166</sup> COM(2012/C 8/03), point 33 ; décision n° 2012/21/UE, art. 5 § 5.

<sup>167</sup> Elle se bornait au seul taux de rémunération du capital propre d’une entreprise prenant ou non le risque, ce taux ne devant dépasser le taux moyen du marché visé.

<sup>168</sup> COM(2012/C 8/03), point 37.

contextes.

Sans risque en revanche, c'est-à-dire lorsque l'autorité publique compense *a posteriori* et intégralement le coût net de la mission, la Commission établit une présomption de raisonnable pour un bénéfice correspondant au taux de *swap* majoré de cent points de base<sup>169</sup>. Or, à cet égard, il est douteux économiquement de comparer le taux de rendement du capital d'une activité de SIEG avec un taux de financement interbancaire. Les deux rendements ne peuvent en effet au mieux qu'être consolidés dans une moyenne pondérée selon l'opérateur. De plus, la référence à une marge fixe occulte l'évolution des taux de refinancement des banques, augmentant en cas de crise financière, ainsi que la variété des bilans et coûts de financement des entreprises.

La présomption réalisée peut être utile pour les opérateurs percevant de faibles montants ou en quête de facilités. Mais, si une standardisation des références bancaires est pertinente, elle perd une partie de son intérêt en étant entendue *in abstracto*, pour tous les opérateurs et secteurs, et non *in concreto*, selon les cas. Pour une analyse aussi complexe, une approche pragmatique sans présupposé quant au caractère raisonnable du bénéfice aurait été plus performante. Certains États avaient d'ailleurs proposé une référence au taux des obligations sans risque<sup>170</sup> plutôt qu'un taux de *swap* avec une marge acceptable.

Plusieurs affaires antérieures au corpus de 2011 soulignent la délicate définition de ce bénéfice. Si elles visent surtout les transports, qui disposent de règles *ad hoc*, elles illustrent parfaitement la spécificité du paramètre. La plus importante est l'affaire *DB Regio*<sup>171</sup> relative au contrat de service public entre la *Deutsche Bahn Regio* et les *Länder* de Berlin et Brandebourg. Le règlement 1370/2007 régissant les services publics de transport évoque une comparaison des moyennes sectorielles compte tenu du risque contractuel. Mais, par la forte diversité des marges dans un secteur structurellement déficitaire, une telle comparaison n'est pas toujours aisée. Autre exemple, dans une affaire relative à l'arrondissement d'Anhalt-Bitterfeld<sup>172</sup>, la Commission a jugé raisonnable un bénéfice de 5 %.

En pratique, ce taux pourra être modulé par des critères incitatifs « liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains d'efficacité productive »<sup>173</sup>. Également, si pour le secteur, le taux de rendement du capital n'est pas approprié, alors les autorités peuvent utiliser d'autres indicateurs notamment macroéconomiques tels que l'inflation.

À cet égard, si l'outil du taux est pertinent, en matière de contrôle comptable et financier, il ne reste qu'un indicateur sur la rentabilité financière du contrat car il ne permet pas d'appréhender toute la rentabilité économique. D'autant plus qu'il ne permet de mesurer que celle du service public, et non tous les avantages du support contractuel. Il s'agit par conséquent d'« une standardisation nécessitant elle-même une méthode de détermination »<sup>174</sup>. De telle sorte que le bénéfice raisonnable est un outil d'appréciation de l'état du marché à un instant précis. Il renvoie plus à une modélisation qu'à une standardisation. C'est pourquoi plutôt qu'établir un taux précis comme le fait la Commission, il serait plus pertinent de fournir « un champ du raisonnable ».

---

<sup>169</sup> COM(2012/C 8/03), point 36.

<sup>170</sup> C'est-à-dire les obligations publiques à long terme.

<sup>171</sup> Aff. C 47/2007.

<sup>172</sup> Aff. C 3/08, décision N102/05.

<sup>173</sup> Décision n° 2012/21/UE, art. 5 § 6.

<sup>174</sup> S. Ziani, « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », Dr. adm. 2011, étude 10.

Néanmoins, la logique profonde du bénéfice raisonnable semble implacable. À tout moment, l'autorité doit pouvoir justifier « que le bénéfice n'excède pas ce qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le service »<sup>175</sup>. Si tel n'est pas le cas et si l'opérateur dégage un bénéfice jugé supérieur au taux de marché, alors la subvention devient une surcompensation qualifiée d'aide d'État prohibée. Dans cette hypothèse précise, le droit des aides limite la rentabilité de la gestion du SIEG. Son dispositif conceptuel permet d'appréhender les cas de rentabilité excessive par le truchement d'éventuelles aides dissimulées.

Une autre possibilité peut être mise en œuvre dès lors qu'une surcompensation, donc une aide d'État, est matérialisée. Il est possible en effet d'envisager un recours en annulation contre une décision liée au processus d'externalisation du service ou son financement sur le fondement du détournement de pouvoir. La difficulté, non neutre, est alors de démontrer que le bénéfice déraisonnable était envisagé par les parties au moment même de la décision. Cependant, ces recours ont comme avantage de faire peser sur les acteurs publics la responsabilité de la rentabilité excessive du SIEG alors même qu'ils sont peu informés.

Aussi ces modalités participant de la standardisation matérielle du contrat forcent-elles les personnes publiques à externaliser leurs services avec plus de prudence. Celle-ci peut passer notamment par le recours à une mise en concurrence en tant que méthode prudentielle encadrant toute rentabilité surabondante. En l'absence de pareille procédure en revanche, sa détermination est plus délicate. Sans rémunération commune du marché, elle repose alors sur la modélisation économique du comportement de l'opérateur sur le marché visé.

#### B – La conception délicate d'un opérateur moyen bien géré par l'autorité

Si l'autorité publique ne recourt pas à une procédure de marché public, la Cour de justice exige toujours dans son arrêt *Altmark* que le niveau de la compensation nécessaire soit déterminé « sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée »<sup>176</sup> aurait encouru pour exécuter cette obligation. Cette référence dans le quatrième critère du fil rouge analytique qu'est l'arrêt de 2003 vise pour la Commission à « éviter que les coûts élevés d'une entreprise inefficace soient pris comme référence »<sup>177</sup> lorsqu'il n'existe pas « une rémunération communément admise sur le marché pour un service donné », laquelle constitue en toute hypothèse « le meilleur montant de référence ».

Sur le plan des principes, l'application de cette dialectique aux activités relevant de la notion de SIEG soulève une pluralité d'interrogations décisives. Dans certains cas, en effet, la raison même d'être des OSP, ainsi qu'il l'a été vu en amont, peut résider dans l'absence de toute offre alternative pour le type de service visé, en raison par exemple de l'absence de rentabilité de l'activité en cause. Il est par conséquent peu aisé de déterminer *a priori* les coûts d'un service créé le cas échéant pour la première fois, sur la base d'une comparaison ou d'un référencement prédéterminé auquel renvoie la notion d'entreprise moyenne bien gérée.

Plus généralement cette délicate association entre OSP et efficacité souligne les limites conceptuelles du système de concurrence régulée ainsi mis en place dans l'Union. En effet, celui-ci repose sur la vérité des prix ou des coûts, avec d'éventuelles compensations pour les surcoûts générés. Ce modèle permettant au droit des aides d'État d'exercer tout son empire, peut à terme se révéler plus coûteux que la figure classique d'un service public au tarif péréqué.

---

<sup>175</sup> COM(2012/C 8/03), points 34 et 35.

<sup>176</sup> CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, point 93.

<sup>177</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6.2, point 7.

En outre, le doute existe sur l'existence d'exigences touchant à la qualité dans la démarche. Elles demeurent peu utilisées pour les SIEG locaux en raison de l'absence d'indications sur les méthodologies de création et de définition d'un point de comparaison objectif. Or ces rapports *a priori* peu évidents entre concepts opposés conditionnent le sens de la seconde branche du quatrième critère de la COSP. Celle-ci pose des difficultés pratiques de définition et d'articulation entre entreprise moyenne et principe de bonne gestion.

Si ces concepts posent problème, c'est qu'ils postulent souvent une référence directe au marché. Or celle-ci n'est pas toujours la plus pertinente pour des OSP qui intrinsèquement n'ont pas les mêmes caractéristiques qu'une activité économique traditionnelle. S'agissant de grands opérateurs, il n'est pas insurmontable, en théorie, d'identifier une entreprise moyenne. Pourtant, même pour ces entreprises opérant sur un marché dont l'existence est vérifiée, l'objectivation des coûts requis par le recours à l'entreprise moyenne demeure difficile. Il est notamment souvent très complexe de définir et justifier l'existence même d'un comparable exogène.

Dans sa récente communication explicative, la Commission fournit des éléments pouvant aider les autorités. Elle affirme d'emblée que « la référence aux coûts d'une entreprise moyenne dans le secteur considéré suppose qu'il existe un nombre suffisant d'entreprises dont les coûts peuvent être pris en compte »<sup>178</sup>. L'institution ajoute, soulignant le finalisme de sa vision du marché intérieur, que les entreprises « peuvent être établies dans un même État membre ou dans plusieurs ».

Sans comparaison possible des coûts d'exécution de l'opérateur investi à ceux d'une entreprise moyenne, il pourrait être démontré dans certains cas, par exemple, que cet opérateur lui-même est l'entreprise moyenne de référence. Il s'agirait alors de réaliser une analogie entre ses principaux indicateurs financiers et ceux d'opérateur du secteur ou de secteurs comparables. Il faut toutefois être prudent dès lors que la Commission récuse la référence aux coûts d'une entreprise dont le niveau « peut être supérieur à la normale » comme en monopole notamment.

L'examen de la Commission concernant la compensation versée par l'État autrichien à l'entreprise *Postbus* illustre le délicat exercice. En effet, l'institution estime que « l'Autriche s'est basée, pour ses calculs de vérification, sur des paramètres standard [...] reflétant la moyenne du secteur en question ». La Commission en conclut alors que « le coût de *Postbus* correspond au coût d'une entreprise autrichienne moyenne »<sup>179</sup>.

La gardienne des Traités ajoute dans sa décision qu'« il se pose ensuite la question de savoir si le coût de *Postbus* correspond aussi au coût d'une entreprise bien gérée ». En effet, le quatrième critère de l'arrêt *Altmark* exige une qualitativité de l'entreprise moyenne qui doit au surplus être bien gérée. Or le nœud gordien de la problématique est bien celui-ci. Après avoir défini le socle analytique que constitue l'entreprise moyenne, la difficulté consiste à savoir pour les autorités jusqu'où elles doivent aller dans la bonne gestion.

## § 2 – L'importance du critère d'efficacité pour la bonne gestion du service

Sans mise en concurrence, la dialectique de comparaison des modèles s'applique dans le cadre de l'analyse du volume compensatoire. Complexe à appréhender, les autorités et les institutions refusent initialement d'analyser le standard de bonne gestion par le truchement de

---

<sup>178</sup> COM(2012/C 8/02) : art. 3.6.2, point 74.

<sup>179</sup> Décision 2009/845/CE : points 83 et 84.

l'efficacité (A). Progressivement pourtant, le critère s'impose, et la bonne gestion fait l'objet d'une mutation, à la faveur d'une normalisation de l'analyse économique de la Commission (B).

#### A – Le refus initial d'un contrôle de bonne gestion par le biais de l'efficacité

Ainsi que le constate la Commission dans son espèce autrichienne relative à l'entreprise *Postbus*, « dans le secteur du transport en bus qui a longtemps été dominé par des monopoles, [...] toute entreprise active sur le marché n'est pas nécessairement une entreprise bien gérée »<sup>180</sup>. En effet, la difficulté de la seconde branche du quatrième critère de l'arrêt *Altmark* consiste en la qualitativité exigée dans la modélisation de la compensation pour l'opérateur investi sans mise en concurrence.

Là encore, après avoir pris acte de l'absence de définition officielle, la Commission fournit des éléments, plus détaillés que pour la seule moyenne, destinés à éclairer les acteurs publics. Le premier d'entre eux consiste à « appliquer des critères objectifs reconnus »<sup>181</sup> ainsi que les résultats financiers de l'entreprise. Toutefois, le simple fait de générer des bénéfices ne constitue pas un critère suffisant de bonne gestion. Dans sa décision relative aux compagnies d'autobus de Moravie, la Commission considère notamment que « le recours à des données statistiques sur les coûts de transport », c'est-à-dire la moyenne des coûts du secteur, n'est pas « représentative des coûts supportés par une entreprise rentable »<sup>182</sup>.

À la demande des États, et notamment pour les SIEG de réseaux, l'institution fournit en ce sens et à titre indicatif quelques éléments de référence tels que des ratios de productivité et qualité<sup>183</sup>. Elle précise toutefois que l'analyse de la structure des coûts est fonction du secteur. Eu égard à ces éléments, le critère de la bonne gestion ne se rattache à aucune notion financière classique et laisse donc un large pouvoir d'appréciation à la Commission et d'action aux États.

Or c'est bien là la problématique fondamentale du concept. L'arrêt *BUPA* est décisif de nouveau à cet égard. En effet, le Tribunal poursuit son œuvre créatrice en examinant le quatrième critère de l'arrêt *Altmark*. Derrière la bonne gestion apparaît en réalité la question de savoir s'il est nécessaire pour satisfaire le critère, et échapper à la qualification d'aide d'État, de procéder à une analogie avec un opérateur efficace économiquement.

Le TPICE est encore plus audacieux que pour les critères déjà analysés. En effet, il va jusqu'à approuver la Commission de ne pas s'être assurée du respect du critère de bonne gestion en jugeant ainsi qu'eu égard à « la neutralité du système de compensation [...] la quatrième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark* [...] ne saurait être appliquée de manière stricte au cas d'espèce »<sup>184</sup>.

Poursuivant son raisonnement, le Tribunal précise que par la spécificité du système d'assurance maladie privée irlandais fondé sur une indépendance entre coûts et recettes, « une comparaison entre les bénéficiaires potentiels des paiements et un opérateur efficace n'était pas nécessaire ». La juridiction de première instance en conclut qu'« au regard de la finalité de la quatrième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark* [...] la compensation prévue n'impliquait pas la possibilité d'indemniser des coûts pouvant résulter d'un manque d'efficacité des assureurs ».

---

<sup>180</sup> Décision 2009/845/CE, points 85 et 86.

<sup>181</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6.2, point 71.

<sup>182</sup> Décision 2009/325/CE, point 82.

<sup>183</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6.2, point 72.

<sup>184</sup> TPICE, 18 février 2008, aff. T-289/03, points 246 et 247.

Les institutions prônent ainsi la neutralité du contrôle de surcompensation quant à l'inefficience et ce, « au regard de la finalité de la quatrième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark* »<sup>185</sup>. Compte tenu de la grande particularité de l'espèce dans l'arrêt *BUPA*, à savoir un système d'assurance-maladie privé fondé sur une indépendance des recettes et des coûts, la jurisprudence aurait pu être isolée. Tel n'est pas le cas puisque deux ans après son remarquable arrêt, le Tribunal a eu l'occasion dans une tout aussi décisive décision d'itérativement rappeler avec force sa position quant au critère d'efficience.

En l'espèce, la juridiction se prononçait sur la décision de la Commission autorisant une dotation en capital de 150 millions d'euros à France Télévisions. Se prononçant sur la première branche du quatrième critère, elle juge dans un premier temps que « la Commission, en l'absence (comme en l'espèce) d'une réglementation communautaire harmonisée en la matière, n'est pas habilitée à se prononcer sur l'étendue [des OSP imposées], à savoir le niveau des coûts liés à ce service, ni sur l'opportunité des choix politiques pris, [...] ni sur l'efficacité économique de l'exploitant »<sup>186</sup>.

Le Tribunal ajoute que la question de savoir si une entreprise chargée du SIEG de radiodiffusion publique « pourrait remplir ses OSP à un moindre coût est dénuée de pertinence pour l'appréciation de la compatibilité du financement étatique de ce service au regard des règles communautaires en matière d'aides d'État », et plus précisément de l'article 106 § 2 TFUE. La Cour de Luxembourg, saisie du pourvoi, l'a rejeté pour vice de forme sans se prononcer sur le fond. Il en résulte que le test de proportionnalité de l'article 106 § 2 TFUE vise uniquement à éviter que l'opérateur investi d'un SIEG bénéficie d'un financement qui dépasse les coûts nets de SIEG.

Le Tribunal corrobore la position de la Commission qui avait déjà admis que « dans le cadre des aides d'État, les autorités publiques sont libres de compenser les prestataires de SIEG jusqu'à 100 % des coûts nets y compris un bénéfice raisonnable, indépendamment de toute considération liée à l'efficience »<sup>187</sup>. Aussi le versement d'une compensation d'un montant supérieur à 100 % des surcoûts à l'opérateur investi ayant atteint notamment des résultats fixés à l'avance, en fonction de critères d'efficacité et d'efficience, constitue-t-il une surcompensation ne pouvant être justifiée sur le fondement des dispositions du paquet *Monti/Kroes*.

Or la difficulté est justement bien là. La pratique décisionnelle des institutions semble en décalage avec l'apparition justifiée et nécessaire de dispositifs textuels incitatifs développés au nom de la concurrence régulée. La première pierre de cet édifice normatif d'efficience fut le règlement 1370/2007 relatif aux services de transport de voyageurs par chemin de fer et par route qui introduit une notion de similaire de bonne gestion lors de l'analyse de compatibilité des COSP octroyées pour ces SIEG. L'annexe au règlement précise les critères de calcul compensatoire hors d'appel d'offres et indique en ce sens que « la méthode de compensation doit inciter au maintien ou au développement d'une gestion efficace par l'opérateur [...], qui puisse être objectivement appréciée, et de la fourniture des services de transport de voyageurs d'un niveau de qualité suffisant »<sup>188</sup>.

La disposition a trouvé une application intéressante dans le contrat des chemins de fer danois<sup>189</sup> déjà évoqué dans laquelle, la Commission a accepté une rémunération du capital de

---

<sup>185</sup> TPICE, 18 février 2008, aff. préc., point 249.

<sup>186</sup> TUE, 1<sup>er</sup> juillet 2010, *M6/TF1*, aff. jointes T-568/08 et T-573/08, points 139 et 140 et pourvoi C-451/10.

<sup>187</sup> Décision NN54/2009 du 28 octobre 2009, relatif au financement des hôpitaux publics de Bruxelles, point 199.

<sup>188</sup> Règlement CE du 23 octobre 2007 abrogeant les règlements n° 1191/69 et n° 1107/70 : annexe à l'art. 6 § 1.

<sup>189</sup> Aff. C 41/2008 – Contrat de service public – *Danske Statsbaner*.

6 % qui peut augmenter en cas d'amélioration de la productivité, avec un plafond annuel de 12 % pour chaque année et 10 % sur trois ans. Conformément à sa pratique normative classique, à partir de cette efficace apparition sectorielle du concept de concurrence régulée, la Commission va ouvrir la voie à une application plus générale du prisme de l'efficacité économique.

## B – L'unité de l'analyse économique européenne par le critère d'efficacité

Mais si la condition d'efficacité n'était pas prévue par son corpus de 2005, la Commission pouvait s'appuyer à cet égard sur le critère *Altmark* annihilant alors la clarté de sa position. En effet, dans une étonnante décision relative au financement des réductions de main d'œuvre de RTVE, la Commission a admis que « contrairement aux conditions énoncées dans l'arrêt *Altmark* sous lesquelles une mesure étatique n'est pas considérée comme une aide d'État, le niveau de la rémunération admissible en vertu de l'article 86 § 2 TCE ne se limite pas aux coûts d'un opérateur efficace »<sup>190</sup>. Poursuivant la démarche, l'institution a estimé ensuite que la compensation versée pour une centrale thermique en Slovénie respectait le quatrième critère de l'arrêt puisque « la Slovénie a utilisé la méthode la plus efficace et rentable pour remplir l'OSP »<sup>191</sup>.

À l'aune de ces décisions, le test de l'article 106 § 2 apparaissait sur ce point plus permissif que le test *Altmark*. Le Tribunal de première instance de l'Union a d'ailleurs pu confirmer la moindre rigueur plus générale de l'examen sur le fondement de la disposition du traité dans une affaire concernant la TNT dans la capitale allemande<sup>192</sup>. Si consécutivement la Commission a pu affirmer que « la surcompensation n'est pas liée à l'efficacité de l'entreprise concernée »<sup>193</sup>, elle consacre rapidement la prégnance de « l'objectif général d'efficacité des dépenses publiques »<sup>194</sup> non garanti par le paquet *Monti/Kroes*. En définitive, c'est dans son nouveau paquet *Almunia* que l'institution franchit définitivement le pas et clarifie la situation.

Son nouvel encadrement, qui prédéfinit des critères sur la base desquels la Commission peut rendre une décision de compatibilité, précise en effet que dans le calcul de compensation, « les États doivent introduire des mesures incitatives pour favoriser la prestation efficace de SIEG de qualité élevée »<sup>195</sup>. Désormais, afin de limiter le montant des financements et leurs effets inhérents sur le jeu concurrentiel, la Commission détermine strictement les coûts nets à compenser, encadre très précisément le droit au bénéfice raisonnable et enfin, au terme du processus, encourage les autorités publiques à exiger de l'opérateur des gains d'efficacité financiers et qualitatifs.

L'un des principaux moyens évoqués par la Commission consiste en la fixation d'un niveau de compensation tenant compte d'objectifs d'efficacité économique. Celle-ci doit bien sûr être entendue à qualité constante du service<sup>196</sup>. Cette précision est utile pour les observateurs politiques qui confondent souvent efficacité et limitation des coûts. En d'autres termes, le coût économiquement efficace est d'abord fonction du service voulu. Or il est possible pour les autorités d'échapper à ce gain lorsqu'elles peuvent « justifier dûment qu'il est impossible ou

<sup>190</sup> Aide n° E 8/05 du 4 octobre 2006, point 46.

<sup>191</sup> Aff. C 7/2005, points 115 et 116.

<sup>192</sup> TPICE, 6 octobre 2009, *FAB Fernsehen Berlin*, aff. T-8/06, points 68 et 69.

<sup>193</sup> Guide relatif à l'application aux SIEG des règles en matière d'aides d'État du 7 décembre 2010, p. 56.

<sup>194</sup> COM(2011)146 final, p. 10.

<sup>195</sup> COM(2012/C 8/03), point 39.

<sup>196</sup> COM(2012/C 8/03), point 43.

qu'il n'est pas judicieux de le faire »<sup>197</sup>. Tel est le cas notamment pour la radiodiffusion publique où l'efficacité est peu prise en compte.

Afin de concrétiser cette dialectique, l'encadrement de 2011 prévoit en outre une analyse économique *a priori* et *a posteriori*<sup>198</sup>. L'autorité peut ainsi calculer le montant compensatoire en fonction des variables escomptées mais aussi sur la base de celles effectivement réalisées ou même une combinaison des deux. Le calcul du coût et des recettes escomptés permet d'inciter les opérateurs à l'efficacité. Mais l'ambivalence de l'analyse atteste au-delà d'une évolution dans l'approche de la Commission qui clarifie sa situation auparavant incertaine. En effet, si elle prônait l'efficacité de la gestion dans ses règles sectorielles, elle était plus mesurée dans sa pratique générale. Certes le lien entre la légalité des financements accordés et l'efficacité du service rendu n'était pas ignoré du corpus de 2005, mais il est aujourd'hui clairement au centre du dispositif.

Or, au même titre que la défaillance du marché ou le marché pertinent qu'utilisent dorénavant les institutions, les gains d'efficacité ou d'efficacités constituent un des référentiels communs au droit européen de la concurrence. Ainsi il est frappant de remarquer que les récentes lignes directrices de la Commission sur les accords horizontaux comportent elles aussi des éléments substantiels sur les gains d'efficacité<sup>199</sup>.

Plus encore, elles consacrent ces gains en tant que pierre angulaire de l'examen réalisé par le biais de l'article 101 TFUE de la même manière que le fait le paquet *Almunia* pour l'examen du financement des SIEG. Dans les deux cas, les gains d'efficacité générés doivent compenser l'inhérente restriction concurrentielle. Aussi le standard de l'opérateur efficace n'est-il autre que l'étape ultime d'alignement de l'analyse économique de la Commission en matière d'OSP sur les autres pans de son examen en matière de concurrence.

La Commission procède par conséquent à une véritable unification de son propre examen économique des structures concurrentielles. De telle sorte que progressivement, quel que soit le marché appréhendé, et la matière visée, les variables et les concepts manipulés se retrouvent pour une plus grande efficacité analytique. Par là-même, c'est aussi la démonstration d'une normalisation concurrentielle de l'action publique au niveau européen et même international<sup>200</sup>. En effet, par le truchement de la globalisation normative, l'unification des éléments d'analyse économique dans l'Union traduit en réalité une unification au niveau mondial. L'interaction des systèmes crée alors une approche internationale commune dans laquelle « les gains d'efficacité ont pris une place considérable »<sup>201</sup>.

Il en résulte plus concrètement une extension des critères économiques d'analyse au stade de la compatibilité de l'aide prévue. De telle sorte que c'est le test de l'article 106 § 2 qui est plus rigoureux aujourd'hui que le test *Altmark*. Même s'ils admettent la nécessaire plus grande qualitatativité, les États ont été très critiques à l'égard de cet apport substantiel du nouveau paquet *SIEG*. La France estimait ainsi que « l'efficacité des dépenses publiques relève en premier lieu de la compétence des États membres », et qu'en outre, eu égard à sa

---

<sup>197</sup> COM(2012/C 8/03), point 39.

<sup>198</sup> COM(2012/C 8/03), point 2.

<sup>199</sup> COM(2011/C 11/01) – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale.

<sup>200</sup> A. Perrot, A. Wachsmann, L. Flochel, « *Les gains d'efficacité et les arguments pro-concurrentiels en matière de concentration et de pratiques unilatérales* », Droit et économie, Concurrences n° 2-2010.

<sup>201</sup> A. Perrot, A. Wachsmann, L. Flochel, préc., point 1.

complexité d'application, « ce critère serait source de contentieux »<sup>202</sup>.

Il est vrai que si la Commission inverse la charge de la preuve comme pour la défaillance du marché, alors l'analyse sera tronquée et à la charge des autorités. Le gage de sécurité pourra alors être le second moyen d'efficience mis en exergue par la gardienne des traités à côté de l'objectif de résultat : la prévisibilité de celui-ci au sein d'un mandat. L'efficience fonctionnelle de la contractualisation vient alors compléter son efficience matérielle.

---

<sup>202</sup> Réponse française sur la future réforme des règles de l'Union européenne applicables aux aides d'État dans le domaine des services d'intérêt économique général, p. 8 et p. 9.



## DEUXIÈME PARTIE

### LA GÉNÉRALISATION FONCTIONNELLE DE L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DES SIEG

Complétant la standardisation matérielle, la concurrence régulée postule pour une totale performance du calcul économique public son encadrement par l'usage de supports efficaces. Aussi, s'appuyant sur la technique du mandatement ainsi que le contrat de service public, un modèle fonctionnel encadrant le financement des OSP apparaît-il, et ce d'autant plus qu'existent déjà des exemples de cadres contractuels d'encadrement (Chapitre 1). Une fois le support défini par l'autorité, la procédure de passation et d'attribution de celui-ci est également animée par l'efficacité, synonyme d'adaptabilité et d'objectivation informationnelle (Chapitre 2).

#### CHAPITRE 1 – LA PERFORMANCE DES SUPPORTS DE FINANCEMENT

L'exigence d'efficacité économique animée par la contractualisation des obligations de service public n'a pas qu'une portée matérielle. Complétant l'analyse vue dans les développements précédents, son bénéfice est au surplus fonctionnel. En effet, afin de sécuriser le financement des OSP, le droit de l'Union développe une démarche nouvelle de support pour ces obligations. Mais la souplesse de ce dernier souligne plutôt une volonté d'assistance et non d'imposition. Elle se manifeste de deux manières à l'égard des autorités publiques.

La première réside dans l'émergence actuelle d'un modèle fonctionnel d'encadrement de l'intervention économique publique. Développé à partir de la technique du mandat, il ouvre la voie à une extension pertinente du contrat de service public, efficace là où il existe (Section 1). C'est là justement la seconde expression de cette logique d'assistance, déjà concrétisée par la présence de cadres contractuels encadrant le financement des OSP (Section 2).

#### SECTION 1 – L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE D'ENCADREMENT DES OSP

En matière d'OSP, l'impératif fondamental demeure celui de garantir « un haut niveau de sécurité juridique »<sup>203</sup>. La solution passe alors par le recours à un support de définition et de financement. À cet égard, « la voie de la contractualisation est la plus favorable étant donné le flou dont ces obligations sont entourées »<sup>204</sup>. À cette aune, les institutions élaborent un véritable cadre fonctionnel à partir du mandatement, englobant unilatéralité et contractualité (§ 1).

Inauguré et consacré dans le secteur des transports, rien n'interdit de généraliser le recours au contrat de service public en lui-même. D'abord, parce qu'il a fait ses preuves et est souvent utilisé sans difficulté par les États membres<sup>205</sup>. Ensuite, parce qu'il répond parfaitement à l'objectif de concurrence régulée fondant l'intériorisation réciproque entre marché et activités d'intérêt général. Ainsi il annihile l'incertaine casuistique habituelle et garantit une véritable sécurité juridique pour les acteurs des SIEG (§ 2).

---

<sup>203</sup> COM(2000) 580, 20 septembre 2000, les SIG, JOCE, n° C-17, p. 4, spéc. p.4.

<sup>204</sup> N. Belloubet-Frier, *Service public et droit communautaire*, AJDA 1994. 281.

<sup>205</sup> JO n° C 72 du 24 mars 2006 et JO n° C 93 du 21 avril 2006 – Transport aérien en Italie, par exemple ; JOUE n° L 7, 11 janvier 2011, p. 1 – Décision n° 2011/3/UE, 24 février 2010 – Transport ferroviaire danois.

§ 1 – Le mandatement comme support de garanties économiques au service d'un renouvellement des relations entre acteurs

Les autorités réalisent avec le mandatement un important effort de précision au préalable pour la compensation. Sa souplesse, traduite par la fin de l'unilatéralité publique, souligne de plus une ouverture à la concurrence et une adaptabilité économique pertinente (A). Source d'incertitude et d'insécurité juridique, cette souplesse synonyme de liberté des États n'est toutefois qu'apparente. Elle constitue l'avènement implicite d'une nouvelle forme de régulation européenne qui modifie profondément les relations entre acteurs des SIEG (B).

#### A – Une importante prévisibilité économique pour une unilatéralité dépassée

Déjà, dans son arrêt *Altmark*, parmi les quatre conditions qu'elle établissait pour que le financement du SIEG corresponde à une compensation, la CJCE posait deux conditions ayant trait à cet enjeu : l'existence d'un mandat chargeant l'entreprise des OSP clairement définies et *a priori*, en outre, à défaut de marché public, le montant de la compensation fixé sur la base des coûts moyens d'une entreprise correctement gérée<sup>206</sup>. Plus généralement, et avec constance, le juge de l'Union exige pour l'application de l'article 106 §2 TFUE un acte de puissance publique matérialisant le rapport direct entre l'autorité et l'entreprise réalisant le SIEG<sup>207</sup>.

Dans son paquet *Monti/Kroes*, la Commission européenne codifie cette jurisprudence. L'acte officiel d'investiture précise *a minima* une obligation de fournir le service, sa nature, sa durée, le montant de la compensation et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision, l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire, ainsi que les droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés<sup>208</sup>. Persistant dans cette démarche, la Commission reprend ces éléments dans son récent paquet *Almunia*, mais impose néanmoins un degré de précision supérieur. Les autorités publiques doivent ainsi définir le plus précisément possible leurs OSP ainsi que les paramètres des coûts sur la base desquels elles calculent la compensation, indépendamment de l'existence d'autres opérateurs dans le marché, qui pourraient être chargés des missions de SIEG ou pas<sup>209</sup>.

Cette transparence accrue doit cependant être nuancée. En effet, par principe, elle ne porte pas sur le montant même de la compensation, souvent délicat à établir, mais uniquement sur les paramètres de calcul de celle-ci. Or cette objectivation *a priori* de ces seuls paramètres était déjà peu évidente sous l'empire du paquet *Monti/Kroes* pourtant plutôt évasif s'agissant des méthodes de calcul. Le paquet *Almunia*, plus précis quant à l'analyse à réaliser par les autorités, va sans doute accentuer leurs difficultés même si le montant de la compensation n'est toujours pas exigé.

Dans certains cas, la difficulté provient moins de l'incompétence des autorités ou de l'aléa économique que des principes structurels de la matière. L'affaire *TV2/Danmark*<sup>210</sup> relative à la radiodiffusion publique est particulièrement topique à cet égard. Le Tribunal y souligne qu'en la matière, il faut préserver l'indépendance éditoriale des organismes de radiodiffusion. La nécessité d'une définition claire ne peut pour cela être comprise comme l'exigence d'énumérer précisément les services destinés à être fournis.

<sup>206</sup> CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00, Rec. 7747.

<sup>207</sup> CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. C-66/86, point 55 ; CJCE, 20 février 2001, *Analir*, aff. C-205/99, point 65 ; TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen*, aff. T-17/02, points 166 et 186.

<sup>208</sup> Décision 2005/842/CE, article 4 et encadrement 2005/C297/04, point 12.

<sup>209</sup> COM(2012/C 8/02), art ; 3.3, points 51 et 52 ; COM(2012/C 8/03), art ; 2.3, point 15.

<sup>210</sup> TPICE, 22 octobre 2008, *TV2/Danmark*, aff. jointes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, points 117.

Complétant les corpus précités, la technique du mandatement est aussi utilisée par la directive « services »<sup>211</sup>. Dans ce cadre toutefois, sa finalité est autre puisqu'elle délimite l'exclusion de certains services notamment sociaux du champ du texte. Aussi un opérateur mandaté au sens du Paquet *SIEG* le sera-t-il également au sens de la directive « services ». Cette détermination préalable des paramètres de calcul fonde une logique économique de performance. Elle est importante pour les deux acteurs réalisant les SIEG. En effet, une entreprise s'engagera difficilement sans connaître les paramètres de sa compensation. En même temps, les autorités peuvent mieux définir leur intervention et surveiller les opérateurs mandatés.

Plus encore que pour les acteurs des SIEG, la transparence du mandat est ordonnée par l'environnement économique desdits services. Dans une importante affaire *ARD-ZDF* relative à la radiodiffusion publique allemande, la Commission européenne n'a pas hésité à affirmer qu'elle distille un sentiment de confiance auprès des opérateurs actifs sur le marché, ce qui participe de « l'intérêt communautaire »<sup>212</sup>. La technique du mandatement trouve dès lors tout son sens. Elle permet à la Commission de vérifier par « un contrôle adéquat » et « une efficacité accrue l'absence d'atteinte au libre jeu concurrentiel »<sup>213</sup>.

Il résulte de ces éléments qu'un opérateur ne peut seul se considérer investi d'un SIEG. Il doit être reconnu comme tel par l'autorité publique<sup>214</sup>. Aussi la caractéristique fondamentale du mandatement n'est-elle autre que l'obligation de prêter qu'il impose. Toutefois, si cette obligation est nécessaire, elle ne suffit pas à permettre une optimisation des OSP. En conséquence, les définitions du mandatement vont évoluer vers un service public « effectivement fourni selon les modalités définies dans le document officiel négocié entre les parties »<sup>215</sup>. En d'autres termes, les institutions vont progressivement opter pour un SIEG contractualisé.

La participation de l'opérateur au mandatement, longtemps incertaine, est la première étape de cette évolution. En effet, si de simples relations entretenues avec les pouvoirs publics ne suffisent à caractériser un mandat, en revanche, la jurisprudence n'est pas unanime s'agissant d'une mission confiée après une demande de l'entreprise. La Cour de justice exige en effet que l'acte d'investissement confie à un opérateur un service qu'il n'aurait pas fourni spontanément, et établisse précisément les charges inhérentes à ce dernier. En revanche, elle n'admet pas expressément qu'une simple autorisation d'exercer une activité économique suffise à constituer une investiture<sup>216</sup>. Aussi lorsque l'initiative de l'activité émane de l'opérateur, l'autorisation sans laquelle il ne peut légalement exercer n'est-elle pas réputée être une investiture, même si l'activité participe de l'exécution d'OSP.

Le TPICE, quant à lui, admet explicitement dans son arrêt *Fred Olsen* que « l'intervention de l'opérateur chargé d'une mission de service public dans le processus par lequel cette mission lui est confiée ne s'oppose pas à ce que cette mission résulte d'un acte de la puissance publique ». Dans certains États membres, la situation est d'ailleurs courante. L'autorité doit toutefois approuver la proposition avant d'accorder un financement. Ainsi l'existence d'OSP pour les opérateurs « n'exclut nullement leur liberté d'action sur le marché »<sup>217</sup>.

---

<sup>211</sup> Directive 2006/123/CE – JOUE n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36-68 : art. 2, paragraphe 2, point j).

<sup>212</sup> Décision de la Commission n° E3/2005 – 24 avril 2007, point 230.

<sup>213</sup> Décision ORF de la Commission n° IP/08/130-31/01/2008 confirmée par TPICE, 26 juin 2008, *SIC*, aff. T-442/03.

<sup>214</sup> CJCE, 21 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, 127/73, Rec. 318 ; TPICE, 13 juin 2000, *EPAC/Commission*, T-204/97 et T-270/97, Rec. II-2267, par exemple.

<sup>215</sup> Décision de la Commission n° E3/2005 – 24 avril 2007, préc.

<sup>216</sup> CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, aff. C-266/96 et CJCE, 23 mai 2000, *FFAD*, aff. C-209/98.

<sup>217</sup> TPICE, 15 juin 2005, préc., point 188.

Dans son arrêt *BUPA*, relatif à l'assurance maladie privée en Irlande, la juridiction de première instance complète sa jurisprudence. Elle admet implicitement une investiture à l'égard d'une autorisation subordonnant l'exercice d'une activité économique, dès lors que ladite autorisation définit « de manière détaillée les obligations auxquelles sera astreinte l'entreprise gestionnaire »<sup>218</sup>.

À l'aune de ces décisions, la pratique du Tribunal est plus adaptée aux exigences guidant l'identification d'une investiture publique. En effet, celle-ci se justifie par la nécessité d'un pouvoir de contrôle de l'autorité sur l'exercice du SIEG. Il importe peu alors que l'initiative provienne de l'opérateur si son activité est subordonnée à la fois à l'attribution par l'autorité d'une autorisation et, en même temps, un contrôle par celle-ci, lors de son octroi, que l'opérateur assumera les charges grevant son activité. L'unilatéralité comme critère du mandat s'efface au profit du critère plus dynamique de contrôle de l'autorité. Plus précisément, l'échange entre acteurs dépasse l'imposition par la seule autorité.

D'ailleurs, la communication explicative figurant au paquet *Almunia* reprend ces éléments<sup>219</sup>. L'institution semble néanmoins faire un usage extensif du mandat spontané en donnant au financement public d'un service le caractère systématique d'une compensation quand bien même la sollicitation est-elle le fait du prestataire. Or, si les collectivités soutiennent des investissements participant de leurs politiques économiques, cela ne signifie pas pour autant que la convention qu'elles concluent avec le bénéficiaire transfère à celui-ci des OSP qui en ferait un mandat et donnerait à l'aide octroyée le caractère d'une COSP.

Complétant la participation de l'opérateur, le TPICE franchit une nouvelle étape dans son arrêt *BUPA* susvisé en ajoutant *a contrario* que la charge d'une mission d'intérêt général « ne suppose pas nécessairement que l'opérateur [...] se voie accorder un droit exclusif ou spécial pour l'accomplir ». En admettant cela, le Tribunal maintient le jeu concurrentiel sur le marché. La juridiction en conclut même que « l'attribution d'une mission de SIEG peut également consister en une obligation imposée à une multitude, voire à l'ensemble des opérateurs actifs sur un même marché »<sup>220</sup>. Dans ce cas, aucun mandat individuel n'est requis. L'autorité publique réalise alors un mandat général destiné aux opérateurs voire au marché dans son ensemble.

Précurseur dans l'élaboration d'un corpus régissant les services publics en Europe, le Tribunal poursuit par cet arrêt une démarche en germe dans sa décision *Fred Olsen*. En effet, la juridiction assouplit considérablement le mandat pour diffuser les OSP au sein du marché. Elle caractérise d'autant la prééminence de la volonté publique sur l'unilatéralité formelle. Ce dynamisme concurrentiel des juges met en exergue une analyse finaliste des conditions de l'arrêt *Altmark* et de l'article 106 § 2 TFUE.

De façon explicite, le Tribunal élargit les hypothèses de mandatement par une extension des supports de financement. De plus, il concrétise implicitement sa volonté d'un maintien des SIEG dans un environnement concurrentiel, dans le droit fil du « régime de banalisation des SIEG invoqué par la Commission européenne »<sup>221</sup>. Les juges de première instance s'appuient pour cela sur le principe de concurrence régulée et ménagent la spontanéité du marché. Leur décision n'affaiblit pas pour autant le service public. Elle marque au contraire une tolérance à l'égard des États, traduite par le soin de protéger par le marché le périmètre de l'intérêt général, qu'il délaisserait sinon. Le Tribunal rompt de ce point de vue avec l'application rigide

---

<sup>218</sup> TPICE, 12 février 2008, *BUPA*, préc., point 182.

<sup>219</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.3, point 53.

<sup>220</sup> TPICE, 12 février 2008, préc., point 160 et 179.

<sup>221</sup> F. Berrod, préc., p. 351.

de l'article 106 § 2 TFUE que fait la Cour à l'égard des activités soutenues par les autorités.

Cette souplesse du mandatement révèle une conception particulière des services publics. A l'aune de ce constat, l'exigence d'un mandat support en tant qu'élément organique du SIEG n'est plus un critère dudit service. Il s'agit uniquement d'un mécanisme regroupant plusieurs moyens permettant la satisfaction de missions d'intérêt général dans une optique de performance de l'action publique. Les autorités jouissent alors d'une importante marge d'action dans le choix de l'outil. Néanmoins, cette liberté n'est qu'apparente. Elle traduit une nouvelle forme de dialogue entre acteurs des SIEG.

#### B – Une importante marge d'action des États membres pour une subsidiarité renouvelée

Progressivement, un régime européen des services publics voit le jour, structuré par des principes nouveaux qui lui sont propres. L'encadrement des OSP légitimé par une exigence impérieuse de sécurité économique est un élément clef de ce nouveau champ de règles. Ce support est appréhendé avec souplesse, laissant aux États une importante marge d'action dans son élaboration. En plus des décisions évoquées, cette souplesse résulte du fonctionnalisme classique de la norme européenne, complétée par une tendance des institutions à développer des définitions autonomes de concepts étatiques. Plus encore, la souplesse du mandat provient du « principe de subsidiarité qui doit ici prévaloir », et sur le fondement duquel « la Commission refuse de s'immiscer dans le choix des collectivités territoriales quant aux modes d'organisation de leur SIEG »<sup>222</sup>.

Le paquet *Almunia* est très clair à ce sujet en indiquant que la forme du mandat « peut être déterminée par chaque État membre ». L'institution bruxelloise l'explique de nouveau dans sa récente décision d'octobre 2011 relative au programme d'aide d'État français au THD<sup>223</sup>. En la matière, la Commission reconnaît aux collectivités « une liberté totale, puisqu'elles seront seules habilitées à décider du montage contractuel par lequel le réseau NGA sera déployé sur leur territoire ».

De façon constante, la jurisprudence<sup>224</sup> confirme cette liberté dévolue aux États dans le choix du montage encadrant leur OSP, qu'elles soient soumises à des règles sectorielles ou non. Cette marge d'action prend de ce point de vue deux formes. Soit les autorités bénéficient en la matière d'une liberté de principe, uniquement bornée par l'article 106 § 2, tel est le cas du domaine de la santé illustré dans l'arrêt *BUPA*<sup>225</sup>. Seconde hypothèse, les autorités choisissent un mode d'organisation compatible avec le droit dérivé notamment lorsqu'il s'agit de SIEG soumis à des dispositions sectorielles, tel est le cas du secteur des transports<sup>226</sup>.

Si des critères matériels sont imposés *a minima*, les textes imposent uniquement que le mandat ait la forme d'un ou plusieurs actes officiels ayant une valeur juridique contraignante en droit national. Pareille liberté complète celle des États dans la définition même des SIEG. En cela, chaque autorité, centrale ou locale, a besoin d'une base juridique afin de définir un SIEG et financer celui-ci. Dès lors, le mandat peut se fonder sur ladite base qu'aura choisie préalablement et discrétionnairement l'acteur public.

---

<sup>222</sup> M. Karpenschif, L. Midol-Monnet, « Le programme national « Très Haut Débit – Volet B » : nouvelles responsabilités et nouveaux pouvoirs pour les collectivités territoriales en matière d'aménagement numérique », JCP A 20 février 2012, n° 7, 2056.

<sup>223</sup> Décision N 330/2010, C (2011) 7285 final, 19 octobre 2011.

<sup>224</sup> CJCE, 20 février 2001 ; TPICE, 15 juin 2005 précités, entre autres.

<sup>225</sup> TPICE, 12 février 2008, précité.

<sup>226</sup> Décision n° 2011/3/UE, 24 févr. 2010 – Contrats de service public de transport entre le ministère danois des Transports et Danske Statsbaner, JOUE n° L 7, 11 janvier 2011, p. 1.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que cet acte porte le nom de mandat. Il n'est pas non plus exigé que les États établissent un cadre normatif spécifique pour l'adoption d'actes dénommés « mandat ». Le récent paquet *Almunia* sanctuarise cette tendance à l'élasticité fonctionnelle redondante et gage d'adaptabilité économique. Il ne fait que rajouter à cet égard la présence obligatoire d'une référence expresse à la décision de la Commission relative à l'article 106 § 2 TFUE dans le mandat<sup>227</sup>.

La durée même du support devait être de dix ans dans le projet d'encadrement. Or, plusieurs autorités publiques et notamment la région wallonne considéraient que cette durée était « une intrusion inacceptable de la Commission dans la gestion par les États de leurs missions de service public »<sup>228</sup>. Face aux contestations, la Commission a maintenu le chiffre mais précisa qu'une durée autre, justifiée « au regard de critères objectifs » est possible, sans excéder cependant « la période nécessaire à l'amortissement comptable de tout actif substantiel indispensable à la prestation du SIEG »<sup>229</sup>.

Cette référence implicite à la théorie des concessions à durée endogène souligne la volonté de la gardienne des traités de préserver par une durée limitée de celui-ci le dynamisme concurrentiel du mandatement. En même temps, elle ménage des possibilités dans le temps pour un constant équilibre économique du support. Il en résulte que le législateur européen n'impose pas un carcan, mais propose un cadre constitutif d'« une nouvelle catégorie juridique »<sup>230</sup>.

Les instruments utilisés par les autorités publiques pour confier et financer les SIEG sont ainsi très divers. Un marché public et une concession constituent des mandatements<sup>231</sup>. Un acte unilatéral également, tel qu'une délibération d'un conseil local. Les conventions pluriannuelles d'objectifs et les contrats de performance encadrant le versement de subventions peuvent être des mandats<sup>232</sup>. Tous ces exemples sont susceptibles de constituer un support de mandatement en application de lois ou d'actes réglementaires encadrant les missions de SIEG. Il en résulte alors qu'il n'existe pas de mandat type. Les situations varient eu égard aux acteurs concernés et la nature des obligations imposées. En cela, les conditions de mandatement exigées sont des conditions de base. Cela n'exclut pas la possibilité pour les autorités d'ajouter davantage de détails dans le mandat, et particulièrement des exigences de qualité économique.

Ainsi la condition formelle d'un mandat « demeure largement inchangée, même si elle a tant animé les milieux intéressés français soucieux d'un formalisme sécuritaire bien éloigné des préoccupations plus économistes du droit européen ». De ce point de vue, la situation est encline au paradoxe puisque « quelle étrange souplesse que celle qui conduit pour le justiciable à plus d'incertitude »<sup>233</sup>. Or, pourtant, ainsi qu'a pu l'affirmer le TPICE, la liberté d'action « n'exclut nullement l'existence d'une définition claire des OSP »<sup>234</sup>.

---

<sup>227</sup> Décision 2012/21/UE, art. 4, f).

<sup>228</sup> Avis du Gouvernement de la Région wallonne sur la réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'État applicables aux services d'intérêt économique général (SIEG).

<sup>229</sup> COM(2011)9406, art. 2.4, p. 5 ; COM(2011)9404, art. 3.3, p.14 ; décision C(2011)9380, art. 1<sup>er</sup> et 4, p.7.

<sup>230</sup> P. Thieffry, « *Compensation des charges de service public : Les contradictions du paquet Almunia* », AJDA 2012. 300.

<sup>231</sup> Décision de la Commission relative à l'aide N 562/2005 – Italie – Concessions de sociétés d'autoroutes du Tunnel du Montblanc (ATMB) et du Tunnel Maurice Lemaire, JO C 90 du 25 avril 2007.

<sup>232</sup> Décision de la Commission C-24/2005 – France – Laboratoire national d'Essai, JO L 95/25 du 5 avril 2007.

<sup>233</sup> P. Thieffry, précité.

<sup>234</sup> Arrêt *Olsen* précité, point 202.

Les institutions soulignent ainsi avec vigueur cette liberté étatique en la matière au nom de la subsidiarité. En écho à ces affirmations itératives, beaucoup d'autorités ayant participé aux consultations de la Commission ont souligné avec constance que le service public et son organisation constituent leur pré carré. Chaque camp conserve ses prérogatives sur l'autel de la souplesse. En même temps, à trop vouloir tendre vers la flexibilité, ces mêmes autorités estiment que la Commission brouille par manque de clarté sa dialectique d'encadrement initiale. Les opérateurs eux-mêmes sont sensibles au flou qui persiste. S'agissant du paquet *Almunia*, l'opérateur postal français La Poste estime ainsi que certaines dispositions du mandat peuvent placer l'entreprise dans « l'incertitude totale quant aux conditions d'exercice de sa mission »<sup>235</sup>.

En réalité, le mandatement met en exergue le champ prospectif ouvert par la concurrence régulée. Sur son fondement, la Commission affirme et encadre une vision concurrentielle du service public pour mieux préserver la sphère d'action publique. Cette régulation intermédiaire, entre marché fermé et déréglementation, renouvelle la subsidiarité traditionnellement entendue entre l'Union et les États membres. Modifiée, elle se définit par l'articulation entre une liberté affirmée des États membres dans le choix du support des OSP, pour une meilleure adaptabilité, et un calcul économique de celles-ci toujours plus fin, pour minorer les risques de distorsions concurrentielles. Après tout, il ne faut pas perdre de vue que « la technique contractuelle utilisée n'est pas sans influence sur le droit au financement public auquel l'opérateur peut prétendre »<sup>236</sup>. Aussi le mandatement cristallise-t-il un nouveau mode de régulation des SIEG, s'ajoutant, avant de s'y substituer peut-être, aux niveaux national et local<sup>237</sup>.

Ce nouveau dialogue, par la démarche évaluative animant la souplesse fonctionnelle qu'il postule, suscite la crainte des ordres nationaux. Au-delà de la volonté d'avoir un cadre clair, les autorités publiques ont un sentiment de confusion quant aux frontières qui définissent leurs catégories cognitives et normatives. Or, force est de constater que c'est la qualification étatique de service public qui reste l'élément déclencheur de l'application de ce régime européen. En ce sens, pour garantir l'intériorisation marchande des SIEG et donc leur protection, le mandatement fait apparaître la nécessité d'un espace de sens commun en matière de service public. Gageons que le premier pas vers celui-ci puisse être réalisé avec la généralisation du contrat comme outil de financement des OSP.

## § 2 – Le contrat de service public comme vecteur d'externalités performantes entre acteurs

L'apport fonctionnel du contrat est ambivalent. Extrinsèquement, sa combinaison avec les OSP horizontales permet, au stade ultime de la graduation de l'action publique, un niveau suffisant de service corrélatif à une optimisation des deniers publics exposés (A). Un potentiel stratégique s'ouvre alors aux autorités pour maximiser la performance du SIEG. L'instrument contractuel, intrinsèquement structuré autour de la commercialité, permet en effet la rentabilité et l'ajustement du service. Ce nouveau champ des possibles reste soumis toutefois au contrôle de la Commission qui complète sa pratique décisionnelle et recentre son examen (B).

---

<sup>235</sup> Consultation on the new texts regarding the application of State aid rules to Services of General Economic Interest (SGEI) – Contribution du Groupe La Poste (FR) – 21 octobre 2011.

<sup>236</sup> M. Karpenschif, L. Midol-Monnet, op. cit.

<sup>237</sup> Proposition défendue dans sa thèse par S. Rodrigues, *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports* Paris, Lavoisier, 2000.

## A – Une complémentarité des instruments pour un financement optimisé

Plus qu'un mandat unilatéral, la Commission envisage également le mandat contractuel. De telle sorte que les paramètres minimaux à inclure dans le support sont intégrés directement « dans la décision approuvant la proposition du prestataire », ou font l'objet d'un acte distinct « par exemple un contrat avec le prestataire »<sup>238</sup>. Même si la gardienne des traités n'y fait pas une référence explicite dans son dernier paquet *SIEG*, le contrat de service public correspond à ce mandat contractuel sinon en est le modèle idoine. Efficace dans les domaines dans lesquels il existe, essentiellement les SIEG de réseaux, et bien que la subsidiarité domine en la matière, sa généralisation en tant qu'outil normalisé doit être envisagée.

Or le financement des OSP par ce mécanisme implique la simultanéité d'une double démarche dès lors qu'OSP et contrats de service public « se différencient en ce qui concerne tant leur nature que leur intensité »<sup>239</sup>. La radiodiffusion publique est à cet égard intéressante. En effet, en la matière, l'attribution des missions de service public est effectuée à plusieurs niveaux. Les États membres agissent impérativement en définissant les OSP par un acte unilatéral, généralement une loi. Elle comporte des normes fixes non négociables de continuité, de régularité et de volume. En outre, les États agissent positivement en établissant des instruments plus opérationnels destinés à concrétiser matériellement les OSP. Il pourra s'agir d'une convention d'objectifs et de moyens qualifiable de contrat de service public<sup>240</sup>.

Ce contrat est passé de manière verticale avec un opérateur déterminé ou un nombre limité d'exploitants. Par l'échange de consentements qu'il postule, l'autorité confie à l'opérateur la gestion et l'exploitation de service soumis à des OSP<sup>241</sup>. Cette articulation fonctionnelle annihile la dissociation entre OSP et contrat. D'autant plus que les juges de l'Union comme les juges nationaux gomment eux aussi la distinction<sup>242</sup>. En cela, le contrat de service public fusionne unilatéralité et contractualité et favorise le dialogue entre acteurs du SIEG.

Au-delà, parce que ce dernier est aujourd'hui appréhendé par le prisme d'une vision concurrentielle marchande, l'intérêt de la combinaison des deux outils réside moins dans la détermination « du champ de la concurrence dans des secteurs d'influence traditionnelle des autorités publiques », mais plutôt les avantages et les limites du marché dans « la satisfaction optimale des besoins de la collectivité en services publics »<sup>243</sup>. De ce point de vue, le contrat comme support de financement des OSP est le plus efficace pour souligner « la capacité du marché à satisfaire de façon optimale ces besoins »<sup>244</sup>.

Cette faculté du marché est traduite en droit de l'Union par la grille analytique abordée en amont. Par celle-ci, le recours au contrat exige, avant même ses qualités intrinsèques, l'existence de qualités extrinsèques. Il en résulte alors deux hypothèses de contractualisation fonctionnelle. D'une part, le contrat comportant des OSP peut être conclu dans une pure exclusivité, c'est-à-dire sur un marché dans lequel n'existe aucune OSP horizontale pesant sur tous les autres concurrents. D'autre part, le contrat peut être conclu en complément d'OSP horizontales préétablies. À l'aune du concept de concurrence régulée postulant la priorité du

<sup>238</sup> COM(2012/C 8/02), art. 5.3, points 52 et 53.

<sup>239</sup> CJCE, 20 février 2001, *Analir*, aff. C-205/99, Rec. P. I-1271, point 62.

<sup>240</sup> M. Karpenschif, « *Collectivités territoriales, télévision locale et droit de la concurrence : terra incognita... non hostilis !* », JCP A 29 août 2011, n° 35, 2278.

<sup>241</sup> Déf. inspirée des règlements 1191/69, 1893/91 et enfin 1370/2007 relatifs au transport terrestre.

<sup>242</sup> Arrêt *Olsen* préc., point 203 ; CAA Marseille, 7 novembre 2011, *Société Corsica Ferries*, aff. n° 08MA01604.

<sup>243</sup> R. Kovar, « *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée* », RTDE 1996.

<sup>244</sup> R. Kovar, « *Monopoles* », Encyclopédie Dalloz Droit communautaire et F. Berrod, « *Monopoles publics et droit communautaire* », Juris-Classeur Europe, fascicule n° 1510.

marché et la performance publique, la préférence européenne va pour une complémentarité entre OSP horizontales et contrat.

En ce sens, dans leur arrêt de principe *Analir* déjà évoqué, les juges de Kirchberg soutiennent que le cumul des deux outils est possible « dès lors qu'il s'agit de garantir un niveau de service suffisant »<sup>245</sup>. Pour l'atteindre, les juges mettent en exergue une impérieuse nécessité concurrentielle passant par deux étapes. D'abord, tant l'imposition des OSP que la conclusion du contrat de service public doivent être réalisées avec transparence. Les juges ajoutent ensuite qu'afin de ne pas attenter à une des libertés axiologiques du Marché intérieur, le cumul doit être nécessaire et proportionnel à l'objectif d'un niveau de service suffisant.

En effet, les OSP imposées sont parfois insuffisantes ou lacunaires. Aussi, « la prestation de services complémentaire peut-elle être assurée par la conclusion d'un contrat de service public »<sup>246</sup>. La combinaison ne doit cependant pas « comporter d'effets restrictifs à la libre circulation des services qui iraient au-delà de ce qui est nécessaire »<sup>247</sup>. Ces exigences imposent pour le recours au contrat la réitération du double examen de nécessité et de proportionnalité. La différence essentielle réside néanmoins dans le fait que l'évaluation a lieu cette fois pour un marché sur lequel existent déjà des OSP.

Il en résulte que si les OSP et les contrats de service public sont identiques dans leur finalité, outre leur nature distincte, leur intensité n'est pas la même<sup>248</sup>. Aussi le recours au contrat postule-t-il une variabilité des OSP horizontales concomitantes. Leur coexistence garantie l'accès de tous les opérateurs au marché. En même temps, elle empêche les opérateurs concurrents du titulaire du contrat de lui infliger un préjudice en s'emparant du marché.

Plus encore, la pluralité d'opérateurs sur le segment permet l'optimisation du niveau de compensation versée au bénéficiaire du contrat. Enfin, un système de coexistence analogue est préférable à un régime de contrats exclusifs. Dans l'hypothèse inverse, l'entreprise investie peut utiliser son accès privilégié à des infrastructures essentielles (réseaux THD ou équipements portuaires) pour bloquer l'entrée de concurrents. Des exclusivités de fait sur certains segments de marché peuvent ainsi apparaître et fermer le marché durant plusieurs années.

Dans son application, ce téléologisme contractuel contraint ainsi à une grande finesse analytique. Mais, si le contrat de service public est adapté aux OSP, il demeure marginal dans un environnement économique aux SIEG banalisés. D'autant qu'en dépit de l'avis du comité des régions<sup>249</sup>, le paquet *Almunia* ne substitue pas au mandat la passation d'un véritable contrat.

Cette proposition, à laquelle il convient de souscrire, n'est utile que pour les SIEG dépassant le seuil *de minimis* aujourd'hui retenu. En dessous, il n'est pas opportun d'imposer ce formalisme « à l'heure où le droit de l'Union offre aux collectivités locales une souplesse que le droit national se refuse [...] à leur accorder »<sup>250</sup>. Cette pertinence extrinsèque limitée n'annihile pas pour autant les qualités intrinsèques du contrat de service public, constitutives d'autant de variables d'optimalité économique dudit service.

---

<sup>245</sup> COM(2003)595 final, points 5.3.1 et 5.5.1.

<sup>246</sup> Arrêt *Analir*, point 66.

<sup>247</sup> CJCE, 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy*, aff. C-412/96 ; CJUE, 17 mars 2011, *Naftiliaki Etaireia*, aff. C-128/10 et C-129/10, entre autres, déjà citées.

<sup>248</sup> Arrêt *Analir*, point 62.

<sup>249</sup> Avis du 6 décembre 2006, COM(2006) 177 final.

<sup>250</sup> M. Karpenschif, « *Le financement des OSP : vers une généralisation des contrats de service public ?* », BJCP n° 59, p. 234-239.

## B – Une rentabilité inhérente au contrat pour un financement ajusté

Il découle de la finalité commune entre OSP et contrat, à savoir la réalisation d'un SIEG, qu'ils sont au surplus matériellement identiques. Néanmoins, un élément dissociatif décisif quant à la plus-value contractuelle demeure. Le contrat postule en effet intrinsèquement la rentabilité, par conséquent la performance économique et commerciale. D'ailleurs, « l'objectif de rentabilité constitue l'une des raisons du recours à la contractualisation avec les opérateurs privés et il apparaît de manière récurrente en tant que tel »<sup>251</sup>.

Cette caractéristique naturelle résulte de la présence comme partie d'un opérateur privé guidé par son intérêt commercial. Dès lors, le recours au contrat impose que le secteur visé ait *a minima* un potentiel économique. Structurellement, il induit donc une adéquation entre offre et demande dans laquelle est sous-tendue la commercialité de l'opérateur. L'adéquation n'est alors plus efficacement trouvée que si l'autorité postule unilatéralement la satisfaction effective de la demande par son offre de service public.

L'exemple des contrats THD est à cet égard topique. Dans un premier temps, les autorités peuvent, comme dans la radiodiffusion publique, imposer des OSP horizontales non négociables de continuité, de régularité et de volume. Elles permettent à tous les opérateurs d'accéder au marché à ces conditions. Précisant la réalisation matérielle des OSP, les autorités établissent au surplus des instruments contractuels plus opérationnels. La négociation faisant interagir consentement public et commercialité privée repose sur ce support, ainsi que sur le cahier des charges qui le complète. Ce dernier définit aussi des obligations d'exploitation et de prix, également les conditions d'obtention d'une subvention d'équilibre.

Dans cette négociation, les parties au contrat évaluent inévitablement le marché afin de déterminer si le territoire visé par le réseau d'initiative publique est gris, blanc ou péréqué. Si elles concluent, cela signifie que l'offreur est en mesure de satisfaire la demande effective. Or cette évaluation n'est pas toujours aisée pour l'autorité publique. Celle-ci aura parfois du mal à préciser le contenu de la demande, tant les contraintes techniques et financières sont lourdes. Le contrat se révèle alors être un outil plus performant que la seule définition d'OSP par l'autorité. L'opérateur est mieux à même de définir l'offre la plus adaptée pour garantir un service performant. Il est le plus compétent pour identifier les moyens d'un service efficient.

Par interdépendance, le contrat permet une adaptabilité plus aisée aux évolutions de la demande du public et des acteurs publics. L'opérateur est par définition compétent pour analyser et préfigurer les fluctuations du marché dès lors qu'il en va de son propre profit. Il s'engage, le cas échéant, à produire des prestations définies dans certaines conditions en contrepartie d'un prix de manière à lui garantir un profit. L'équilibre financier du contrat est ainsi un gage de satisfaction de la demande des usagers.

D'ailleurs, outre les éventuelles clauses de révision et d'actualisation, la durée du contrat pourra comme pour la durée du mandat consister en une durée endogène plafonnée. Aussi peut-elle être réduite avec la compensation, au gré des performances économiques réalisées. Cette souplesse, conforme au développement des contrats complets en Europe, induit néanmoins des risques concurrentiels<sup>252</sup>. Au surplus, si l'autorité souhaite aller au-delà de la demande, et prendre en compte d'autres aspects de politique publique, il lui appartient de

---

<sup>251</sup> S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, thèse Grenoble II, Paris, LGDJ, 2001, 426 p., p. 256.

<sup>252</sup> Décision de la Commission 22 février 2006 concernant l'allongement de la durée des concessions des sociétés d'autoroutes du tunnel du Mont-Blanc et du tunnel Mauric Lemaire, JOCE 25 avril 2007 – C 90/07.

définir les OSP qu'elle seule pourra modifier par la suite<sup>253</sup>.

Ces modalités processuelles mises en exergue dans l'affaire évoquée des transports de *la ria de Vigo*<sup>254</sup> soulignent l'apport du contrat. Par la négociation qu'il induit, les autorités imposent des contraintes plus lourdes que par le seul régime des OSP. L'autorité peut alors accentuer les exigences de qualité du service avec, au terme de la discussion, une grille tarifaire précisée. La contractualisation permet ainsi la responsabilisation des gestionnaires. Il en résulte une obligation de résultat là où l'unilatéralité seule ne permet qu'une obligation de moyen. Les opérateurs s'engagent à travers un contrat sur des résultats à atteindre en termes d'efficacité du service public. De plus, la présence du service est assurée.

Aussi le contrat sécurise-t-il l'existence et la suffisance des prestations dès lors qu'il génère des droits et obligations réciproques. Associé à des OSP horizontales, il renforce la cohérence des politiques publiques. En même temps, ces obligations encadrent la négociation et limitent la liberté contractuelle au nom de l'intérêt général. Corrélativement, l'autorité publique dispose dans le cadre du droit des contrats de moyens lui permettant d'obtenir l'exécution forcée de la prestation de service public. Par exemple, en cas de clause le permettant, l'autorité peut dénoncer le contrat avec un maintien du service par l'opérateur et ce, jusqu'à la conclusion d'un nouveau contrat.

Ainsi, la continuité du service, sa régularité et sa qualité sont mieux assurées que si ces principes sont présents en tant que règle générale de toute activité de service public. Eu égard à ces éléments, la généralisation des contrats de service public, bien que conditionnée, constitue un gage de sécurité des OSP.

D'autant plus que ces supports font l'objet d'un contrôle de la Commission qui examine fréquemment à la demande d'États membres, les clauses financières des contrats lorsqu'une situation nouvelle peut modifier l'équilibre financier du contrat et corrélativement porter atteinte à la continuité de la mission de service public assumée<sup>255</sup>. De plus, la pratique décisionnelle de la Commission européenne vient compléter son examen contractuel. L'institution a ainsi pu approuver des subventions que souhaitait verser la région de Sicile à deux compagnies maritimes déjà titulaires d'un contrat de service public afin de tenir compte de substantiels surcoûts résultants d'une hausse imprévue et exceptionnelle du prix des carburants<sup>256</sup>.

Or le contrat de service public a pour objet de fixer préalablement le montant des versements octroyés dans un cadre transparent et non discriminatoire. Par conséquent, il n'induit pas une interdiction faite à l'autorité dispensiatrice « de se tourner vers la Commission pour obtenir une décision de compatibilité complémentaire et/ou dérogatoire »<sup>257</sup>. Structurellement, il en résulte qu'au lieu de procéder à un examen systématique des modalités de financement des OSP, la Commission recentre son contrôle. L'examen qu'elle réalise devient donc exceptionnel et, partant, plus conforme à l'esprit des traités puisque le financement est sécurisé *a priori* par le contrat.

---

<sup>253</sup> CJCE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, aff. C-235/05.

<sup>254</sup> CJCE, 9 mars 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-323/03.

<sup>255</sup> Décision du 23 avril 2007, IP/07/539 – OSP en matière de transport aérien vers la Sardaigne.

<sup>256</sup> Décision du 24 avril 2007, IP/07/553.

<sup>257</sup> M. Karpenschif, précité.

## SECTION 2 – L’EXISTENCE DE CADRES CONTRACTUELS D’ENCADREMENT DES OSP

Intéressant l’UE dès ses origines, les transports sont le premier exemple d’encadrement contractuel des OSP. Jusqu’aux années soixante, la péréquation interne suffisait aux opérateurs. Mais, très vite, la concurrence les a rendus structurellement déficitaires. La sollicitation publique consécutive entraîna l’instauration d’une contractualisation de principe, puisque la Commission ne pouvait examiner toutes les COSP. Aujourd’hui consacrée, l’obligation contractuelle traduit l’intégration non neutre d’un marché représentant 10 % du PIB de l’Union (§ 1).

L’ébauche d’un régime concessif européen est le second exemple d’un cadre contractuel d’OSP. Ces contrats anciens renvoient à des idéologies différentes selon les époques. Au XX<sup>e</sup> siècle, les autorités vont les délaissier pour une gestion directe des services publics favorisant la concurrence. Mais si les années 90 ont été celles des privatisations, les années 2000 sont celles des concessions. Aussi, par une dialectique partenariale affirmée, un droit européen concessif va-t-il progressivement émerger (§ 2).

§ 1 – Une contractualisation structurelle du financement : le secteur des transports comme laboratoire des services publics en Europe

Dès 1969, le Conseil intervient pour établir en matière de transports une formule de calcul. Celle-ci ne sera toutefois stabilisée qu’avec le support contractuel caractérisé en 1991. L’imposition de celui-ci comme clef fonctionnelle d’encadrement des OSP met en exergue le caractère novateur et exemplaire des transports en Europe (A). D’une belle longévité, ce premier corpus sera renouvelé par le règlement du 23 octobre 2007 à la faveur d’enjeux contemporains exponentiels. Point d’orgue de ce processus intégratif, il confirme la contractualisation des OSP. Au-delà même, il la renforce en érigeant le contrat comme socle du dispositif ainsi qu’en standardisant son contenu (B).

A – Une contractualisation novatrice et exemplaire pour un financement stabilisé

Le règlement du 26 juin 1969 portant sur l’action des États en matière d’obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable constitue le fondement de l’actuelle réglementation commune relative au financement des OSP en matière de transport.

Adopté sur la base de l’ex-article 77 TCEE devenu 93 TFUE, son apport est ambivalent. D’une part, il interdit les OSP créant des distorsions concurrentielles et freinant la réalisation d’une politique de transport commun. En d’autres termes, il permet aux opérateurs de transports de demander aux États membres la suppression d’OSP qui rompent le jeu concurrentiel et l’activité économique. D’autre part, il communautarise les mécanismes publics de financement des OSP qui peuvent ou doivent être maintenus. En ce sens, il autorise les États à imposer des OSP sous la réserve d’un financement régulier de ces dernières<sup>258</sup>.

Fondé sur ces deux axes, le règlement n° 1191/69 innove par une méthode commune d’appréhension des OSP fondée sur une obligation de déterminer au préalable le montant des financements et un encadrement subséquent des mécanismes de versement<sup>259</sup>. « Moderne

<sup>258</sup> Règlement n° 1191/69, art. 4 et 14.

<sup>259</sup> Règlement n° 1191/69, art. 10, 11, 13-1, 13-2 et 13-3.

pour l'époque »<sup>260</sup>, il crée ainsi un régime *ad hoc* dérogatoire au droit commun des aides d'État dans la mesure où les compensations versées sur son fondement échappent à l'obligation de notification préalable à la Commission ainsi qu'à l'obligation de *standstill* de l'article 88 § 3 TCE. Au sein même de ce cadre dédié, « il définit pour la première fois ce qu'il faut comprendre par OSP, et consacre avant l'heure le principe de subsidiarité en laissant libre les États de fixer le champ des OSP devant être prises en charge »<sup>261</sup>.

Substantiel, le règlement de juin 1969 demeure néanmoins lacunaire à plusieurs égards. Le plus important réside dans l'absence d'outil d'encadrement du financement des OSP imposé par le texte. Ce dernier ne fait que mettre en exergue le devoir pour les collectivités de choisir les montages les moins onéreux et le cas échéant la proportionnalité des compensations<sup>262</sup>.

Le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991<sup>263</sup>, considéré comme « l'acte de naissance des contrats de service public »<sup>264</sup>, comble cette carence quelques années plus tard. Dans celui-ci, ces supports sont présentés comme des « contrats conclus entre les autorités compétentes d'un État membre et une entreprise de transport dans le but de fournir au public des services de transports suffisants »<sup>265</sup>. Leur recours impose aux États membres d'établir *a priori* les caractéristiques essentielles du service. C'est pourquoi ces contrats stabilisent les financements publics utilisés pour compenser les OSP.

Cependant, le règlement de 1991 a été conçu dans un contexte nationalisé dans lequel l'ouverture à la concurrence des transports en Europe débutait. Aussi ne va-t-il pas au bout de la démarche puisque, s'il définit le contrat de service public, il ne prévoit pas de procédure de passation *ad hoc* et établit d'importantes entorses à l'obligation contractuelle tels que les transports publics locaux par exemple. Malgré tout, le règlement de 1991 a renversé le premier la perspective de l'unilatéralité antérieure dans l'imposition des OSP, pour une contractualisation effective de leur mise en œuvre.

Ce cadre contractuel européen sera par la suite complété par un autre règlement du 4 juin 1970 relatif aux transports par chemin de fer, route et voie navigable<sup>266</sup>. Ce texte repose toutefois sur une logique différente puisque, s'il permet aux autorités d'aider les secteurs précités, ce règlement est plus général que la seule compensation des OSP. De plus, contrairement aux autres réglementations sectorielles, il reste soumis au droit commun des aides d'État et n'impose pas le recours à des outils contractuels spécifiques.

Dans ce contexte, le financement des OSP réapparaît à la faveur de la libéralisation des dernières activités monopolistiques. Celle-ci va minorer le nombre d'opérateurs. Ces derniers se tournent en outre vers les activités rentables et délaissent les activités déficitaires. Afin d'annihiler ce risque, les institutions ont dû intervenir en adoptant des outils facilitant le financement des OSP. Aussi, dès le début des années 1990, de nouveaux règlements sont-ils édictés en matière de transport aérien<sup>267</sup> et transport maritime<sup>268</sup>. Ces derniers poursuivent la

---

<sup>260</sup> S. Rodrigues, « *Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire* », AJDA 2006. 88.

<sup>261</sup> M. Karpenschif, « *Contrat de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ?* », JCP A 18 février 2008, n° 8, 2038.

<sup>262</sup> Règlement n° 1191/69, art.10.

<sup>263</sup> Règlement du Conseil n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement n° 1191/69.

<sup>264</sup> M. Karpenschif, précité.

<sup>265</sup> Règlement n° 1893/91, art. 14.

<sup>266</sup> Règlement 1107/70.

<sup>267</sup> Règlement du Conseil n° 2408/92, 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens aux liaisons aériennes intracommunautaires, JOUE L 240, 24 août 1992, p. 8.

dialectique de contractualisation démarrée dès 1991 en imposant ce support fonctionnel.

Le financement des OSP va également réapparaître à la faveur d'une augmentation substantielle de la demande des populations européennes en matière de transport et au-delà. Par ce renouveau de l'État providence, le champ normatif dédié aux transports devient vite limité. Il fallait dégager des solutions plus générales portant sur le financement global des SIEG.

Par leur célèbre arrêt *Altmark* relatif aux transports publics locaux, les juges de Kirchberg prennent le relais des lenteurs institutionnelles à cet égard et fournissent un cadre général. Mais la Cour ne fait que généraliser les préceptes mis en exergue pour les transports avec les contrats de service public. Or ce structurant arrêt ainsi que le corpus de 2005 qui le codifie partiellement excluent de leur champ les transports en raison justement d'une réglementation *ad hoc*.

Cette hétérogénéité normative corrélative à un développement substantiel de la fréquentation des transports en Europe crée un climat de confusion cristallisé par une inflation contentieuse en la matière. Ce constat va stimuler le renouvellement du dispositif dans le secteur des transports. D'autant que les derniers espoirs d'une réglementation générale vont être enterrés par les livres blanc<sup>269</sup> et vert<sup>270</sup> sur les SIEG ainsi que par l'échec du Traité constitutionnel qui prévoyait un fondement *ad hoc*.

Cette voie, d'apparence modérée, symptomatise la tendance normative des institutions européennes. L'inverse aurait d'ailleurs été contre nature. Toujours est-il que cette démarche volontairement partielle souligne l'élément majeur du « laboratoire des services publics en Europe »<sup>271</sup> : la poursuite d'une contractualisation consacrée mais perfectionnée à l'aune du concept de concurrence régulée.

#### B – Une contractualisation consacrée et élargie pour un financement affiné

Après une longue gestation, les institutions complètent la communautarisation des transports par un nouveau règlement en date du 23 octobre 2007. Partiellement en vigueur depuis le 3 décembre 2009<sup>272</sup>, il demeure toutefois important dès lors qu'il préfigure le régime des concessions de service public. Son champ d'application prend en compte les *lex specialis* apparues entre 1991 et 2007. Aussi ne porte-t-il que sur le transport par chemin de fer, par d'autres modes ferroviaires (tramway, métro et funiculaire) et par route. Le transport de voyageurs ne renvoyant pas à des OSP, essentiellement le transport touristique, tout comme les transports aérien et maritime en raison de leurs règles propres, en sont exclus.

Ce nouveau texte de 2007 est fondamental en ce qu'il consacre le contrat de service public comme l'instrument privilégié d'exécution des OSP. En effet, en vertu de son article 3-1, les autorités compétentes ont l'obligation de recourir à pareils outils lorsqu'elles souhaitent octroyer à l'opérateur de leur choix un droit exclusif et/ou une compensation de quelque nature qu'elle soit. Même s'il autorise dans certains cas le recours à une règle générale<sup>273</sup>, le législateur européen considère ainsi que le contrat offre le cadre le plus adéquat pour définir la

---

<sup>268</sup> Règlement du Conseil n° 3577/92, 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation de services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, JOUE L 364, 12 décembre 1992, p. 7.

<sup>269</sup> COM(2003) 374 final, 12 mai 2004.

<sup>270</sup> COM(2003) 270 final, JOUE n° C 76, 25 mars 2004.

<sup>271</sup> L. Richer, *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, p. 304.

<sup>272</sup> La période transitoire du règlement ne s'achève en effet que le 3 décembre 2019.

<sup>273</sup> Règlement 1370/2007, art. 3-3.

nature des missions et contreparties convenues. Il garantit en outre les principes de transparence, d'égalité de traitement des concurrents et de proportionnalité<sup>274</sup>. A partir du contrat, le règlement énonce les modalités d'octroi des COSP en application de l'arrêt *Altmark*. En même temps, il établit le principe d'une mise en concurrence pour l'attribution desdits contrats.

Le grand enseignement de cette préférence contractuelle consiste en son accentuation par la définition élargie du contrat de service public qu'adopte le règlement. En effet, par son article 2-i, celui-ci recouvre outre les contrats au sens formel du terme, également les actes juridiquement contraignants manifestant un accord entre l'autorité compétente et un opérateur de service public. Aussi le contrat de service public existe-t-il dès lors qu'est présent un acte qui engage la ou les parties intéressées. Sont alors inclus, au gré des ordonnancements nationaux, des actes individuels, législatifs ou réglementaires. Il couvre ainsi non seulement les actes de dévolution conventionnelle du service public de transport, mais aussi les délégations unilatérales<sup>275</sup>.

Cette extensivité rappelle la souplesse du mandatement. D'ailleurs comme pour ce dernier, la Commission a subi les critiques nationales considérant ses moutures initiales du règlement intentatoires au principe de subsidiarité. Ce souci d'une libre administration est un succès pour les réseaux indépendants, face aux logiques d'expansion des grands groupes de transport. Toutefois, ce volontarisme fonctionnaliste pour un corpus commun brouille les frontières des modes nationaux de dévolution. Aussi, pour une meilleure intégration du droit des transports, au-delà de l'uniformisation normative postulée par le recours au règlement, le droit de l'Union ne doit-il pas faire l'économie là encore d'un espace cognitif commun.

Cet espace partagé est d'autant plus nécessaire que le règlement de 2007 va plus loin que celui de 1991 dans l'optimisation du contenu contractuel. En ce sens, reprenant les critères *Altmark*, il oblige les autorités à un important degré d'objectivation en exigeant une pluralité d'éléments déclinés dans une substantielle grille annexée<sup>276</sup>. Au terme de ces précisions, les autorités ne peuvent surcompenser. Elles doivent néanmoins permettre à l'opérateur de percevoir le cas échéant un bénéfice raisonnable<sup>277</sup>.

Le contrat de service public conclu entre le ministère des Transports danois et l'opérateur *Danske Statsbaner*<sup>278</sup> a donné l'occasion à la Commission d'appliquer pour la première fois le règlement de 2007. Symbolique, sa décision relative au montage fournit de plus d'utiles précisions. En effet, dans celle-ci, l'institution admet la péréquation entre les lignes, précise les mécanismes de restitution en cas de surcompensation, et enfin valide un dispositif d'incitativité économique.

Par ces exigences, la Commission enjoint à un soutien public efficace en matière de transport. Au terme de ce processus, le financement est rationalisé et optimisé. S'il respecte le règlement, il est alors exempté de notification préalable<sup>279</sup>. En plus de ce cadre contractuel, le règlement 1370/2007 comporte des spécificités participant de la dynamique d'ajustement. Il limite ainsi la durée des contrats à des durées prédéterminées tout en ménageant, sous réserve d'en informer préalablement la Commission, des possibilités d'allongement. Au surplus, par

---

<sup>274</sup> Règlement 1370/2007, considérant 9.

<sup>275</sup> À cet égard, le texte vise implicitement le cas français des décisions unilatérales par lesquelles le Syndicat des transports d'Ile-de-France (Stif) confiait aux opérateurs l'exploitation des lignes sans mise en concurrence.

<sup>276</sup> Règlement 1370/2007, art. 4.1.b.

<sup>277</sup> Règlement 1370/2007, cons. 34 et art. 6 § 1 et décision C 47/2007, JOUE C 35, 8 février 2008, p. 13.

<sup>278</sup> Décision n° 2011/3/UE, 24 février 2010, JOUE n° L 7, 11 janvier 2011, p. 1.

<sup>279</sup> Règlement 1370/2007, cons. 35 et art. 9 § 3.

une démarche transversale intersecteurs, il s'attache notamment à réglementer la soustraitance ainsi que la reprise et la continuité du service<sup>280</sup>.

Eu égard à ces éléments, le principe de subsidiarité apparaît ménagé. En pratique, il n'en est rien tant, par le texte de 2007, l'étau européen se resserre. Cet entre-deux normatif traduit en réalité l'objectif de la Commission. En effet, dans la perspective de l'ouverture progressive à la concurrence des transports publics de voyageurs, l'institution veut encadrer l'octroi de droits exclusifs et de compensations et non imposer la forme sous laquelle doivent être confiées pareilles obligations.

C'est pourquoi le règlement de 2007 ne s'intéresse pas à la nature ou même à la légitimité des OSP imposées. Il se penche plutôt sur les conditions formelles contractuelles dans lesquelles sont accordées leurs compensations et leurs éventuelles externalités pour le jeu concurrentiel. Plus exactement, ce qui l'intéresse est moins « le contenu [...] de l'un ou l'autre des plateaux de la balance qui s'établit entre les droits octroyés et les obligations imposées »<sup>281</sup>, que l'existence d'un strict équilibre entre les deux plateaux et donc l'absence de toute surcompensation.

Outre les transports terrestres, les transports maritime et aérien sont exclus du champ du règlement de 2007 en raison de l'existence dans ces deux secteurs d'une *lex specialis*. Toutefois, en 2008, un nouveau règlement a été adopté en matière de transport aérien afin de renouveler celui de 1992<sup>282</sup>. Il adopte le même schéma que le règlement de 2007. Il renforce lui aussi le recours au support contractuel, tout en affinant l'objectivation économique publique.

Il en résulte que l'Europe existe trois fois pour le service public des transports. Ces trois régimes ont pour point commun de créer les conditions d'un service public en environnement de concurrence. D'aucuns parfois stigmatisent une régression. Cette interprétation est erronée. Les trois régimes protègent en réalité « contre le marché le périmètre de l'intérêt général, qu'il délaisserait s'il était laissé à lui-même »<sup>283</sup>.

Cette tendance sectorielle a guidé l'approche générale de la Commission dans son paquet *Almunia*. À l'instar de ce dernier, c'est la qualification nationale de service public qui induit l'application du régime européen relatif aux transports. Mais, à la différence de ce dernier, il existe des réseaux et des liaisons de transports transfrontaliers. Aussi la prochaine étape pour les institutions consistera-t-elle demain à réaliser elles-mêmes cette qualification décisive dans ce domaine particulier. La communautarisation de ces OSP sectorielles sera alors effectivement achevée. D'autant plus que le droit de l'UE ne s'arrête pas aux seuls transports et développe des contrats *ad hoc* convenant aux spécificités propres des services publics.

## § 2 – Une contractualisation partenariale du financement : l'émergence contemporaine d'un régime de concession en Europe

En matière de concessions, l'année 2000 constitue le départ de la dernière orientation du droit de l'UE, avec toutes les réserves accompagnant une césure aussi simplificatrice. Marquée par les apports successifs de la Commission et de la Cour, l'année annonce plusieurs éléments nouveaux bien que partiels (A). Discrètement, par la non-contestation des nouvelles

<sup>280</sup> Règlement 1370/2007, art. 4.3 à 4.7.

<sup>281</sup> P. Vieu, « À propos de l'intégration de l'Europe des transports – Observations sur l'interprétation et l'application de la norme européenne : le cas du règlement OSP », RTDE 2010. 297.

<sup>282</sup> Règlement du Conseil n° 1008/2008 du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

<sup>283</sup> L. Gard, « Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement », RDT n° 3, mars 2008, comm. 26.

concessions et la promotion du partenariat public/privé (PPP), un modèle européen est reconnu. Il reste toutefois implicite en l'absence de directive *ad hoc* effectivement adoptée (B).

#### A – La réapparition de formules contractuelles partenariales

Les observateurs ont longtemps été sceptiques quant à l'utilisation des concessions pour le financement des SIEG<sup>284</sup>. Il est vrai qu'initialement, la Commission s'est heurtée au refus étatique en matière de concession de service. Cette opposition va minorer la concession au profit du marché et postuler concomitamment l'application du droit de la concurrence aux concessions. Dès lors, par la libéralisation des secteurs de réseaux, le discrédit va être jeté sur les montages concessifs, principaux instruments d'octroi des droits exclusifs.

Nonobstant ces éléments, le législateur européen souhaite, à l'aune d'une concurrence voulue régulée, une meilleure partenarialité entre acteurs. Aussi la concession connaît-elle un regain d'intérêt même si celui-ci est pluriel et incertain. En droit positif, il apparaît d'abord avec la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative aux marchés publics. Le texte définit la concession de travaux comme étant identique aux marchés à l'exception de la contrepartie qui consiste « dans le droit d'exploiter l'ouvrage » ou « ce droit assorti d'un prix ». La même analogie est réalisée entre concessions de service et marchés de service.

Il est d'ailleurs curieux qu'existe au sein d'une directive pourtant relative aux marchés publics ces dispositions dédiées aux concessions. En réalité, cette apparente incertitude met en exergue le finalisme structurant du droit de l'Union. Par celui-ci, la seule présence d'une mise en concurrence prime l'existence d'un droit propre aux concessions. C'est pourquoi la directive ne définit pas précisément ces contrats bien qu'elle comporte un titre III qui leurs est dédié.

En effet, à l'instar du règlement 1370/2007, plus qu'un contenu, elle impose, pour les concessions de travaux uniquement, un cadre procédural mais au-delà d'un certain seuil<sup>285</sup> précisé par la jurisprudence. En dessous, le pouvoir adjudicateur choisit librement son cocontractant même si une publicité minimale doit être réalisée. Les entités adjudicatrices sont également exclues et doivent respecter une publicité minimale. Il en résulte que les concessions de service sont les grandes oubliées de la directive 2004/18. Mais la jurisprudence va venir combler ce vide.

La Cour va ainsi définir sans délicate comparaison la concession de service comme un contrat onéreux conclu entre un opérateur et un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice. Il porte sur une prestation de services, et sa contrepartie consiste dans le droit d'exploiter le service, ou ce droit assorti d'un prix. Les juges de l'Union vont détailler les éléments, exigeant notamment un intérêt économique direct de l'acheteur<sup>286</sup>, ainsi qu'un risque substantiel d'exploitation pour le cocontractant<sup>287</sup>. La Cour reconnaît même la concession comme un mode de gestion du service public que les autorités peuvent choisir s'il est le plus efficace<sup>288</sup>.

Outre cette clarification matérielle, les juges de Kirchberg vont combler l'absence d'une *lex specialis* procédurale par la *lex generalis*. Ils vont ainsi réaffirmer et réinterpréter,

---

<sup>284</sup> A. Mattera, « La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation », RDUE 2000. 303.

<sup>285</sup> Directive 2004/18, titre III, chapitre 1, art. 56 à 61.

<sup>286</sup> CJUE, 17 novembre 2009, *Helmut Müller*, points 54 à 61.

<sup>287</sup> CJUE, 10 septembre 2009, préc., points 57 ; CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophoms*, aff. C-300/07, point 71.

<sup>288</sup> CJCE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, point 74.

notamment dans leurs célèbres arrêts *Telaustria*<sup>289</sup> et *Parking Brixen*<sup>290</sup>, les grands principes concurrentiels guidant la construction européenne. Il en résulte que les formes concessives doivent respecter une obligation de proportionnalité, de non-discrimination, de transparence des procédures, une publicité minimale adéquate et enfin l'impartialité des procédures d'adjudication.

Quelques mois avant l'arrêt *Telaustria*, et préfigurant celui-ci, la Commission a esquissé l'ébauche d'un régime européen concessif dans une importante communication interprétative dédiée à ces contrats<sup>291</sup>. Traduisant l'influence des *public utilities* anglo-saxons, le texte initie une réflexion globale et jette les bases d'un cadre *ad hoc*. Cependant, en plus d'être générale, cette *soft law* a également par sa nature même une valeur juridique relative. Si elle ébauche un régime de concession, elle en constitue aussi sa faiblesse. L'application de la communication demeure alors hétérogène. Elle varie selon les États membres et ne nécessite d'ailleurs pas de transposition dans les ordonnancements internes.

Il en résulte que la sécurité juridique n'est pas garantie par ces éléments jurisprudentiels et doctrinaux, aussi substantiels soient-ils. Non neutres, ils trahissent précisément l'absence d'une prise en compte spécifique des concessions. En effet, la *lex generalis* demeure large, même précisée par la Cour. Sa consistance exacte fait l'objet d'une pluralité d'interprétations nationales fragilisant d'autant la pratique des acteurs. En cela, la construction du droit par la jurisprudence n'est pas la voie la plus rapide, ni la plus efficace.

Cette insécurité associée à une réglementation *ad hoc* partielle n'est pas sans risque. Le principal est celui d'une hypertrophie des concessions de travaux à l'instar de celle apparue au bénéfice des marchés publics<sup>292</sup>. Or, jusque-là, la complexité des concessions les a prémunis contre ce risque. Au-delà, elle a même dissuadé la Commission de calquer leur droit sur celui, plus restrictif, des marchés. À l'inverse, le régime européen des concessions de travaux, rudimentaire et insuffisant à assurer le respect du droit de l'UE, n'est pas une référence adaptée.

En somme, « le chantier demeure ouvert » et « il ne faut pas craindre de le terminer demain »<sup>293</sup>. Un régime d'ensemble répondrait en effet à certaines difficultés et unifierait une pratique européenne plurielle et abondante qui conserve dans certains cas toute sa pertinence. C'est pourquoi par une dialectique partenariale la Commission va en faire la promotion.

## B – Les discrètes perspectives d'une voie contractuelle partenariale

Après cette ébauche progressive d'un régime concessif, le droit de l'UE va confirmer implicitement cette formule contractuelle en l'admettant dans une pluralité d'hypothèses. En effet, la libéralisation de nouveaux réseaux est plus qu'hypothétique, en particulier pour les réseaux locaux, très variés d'un État à l'autre, contrairement aux grands réseaux nationaux<sup>294</sup>. Même l'ouverture à la concurrence de ces derniers ne supprime pas toutes concessions dès lors que leur ambivalente plus-value quant au financement des SIEG est décisive.

D'une part, les projets coûteux associés aux ressources limitées des États, elles-mêmes conjuguées aux critères de *Maastricht* plafonnant l'endettement public, poussent souvent les

<sup>289</sup> CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98.

<sup>290</sup> CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03.

<sup>291</sup> COM(2000/C 121/02).

<sup>292</sup> CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera internacional*, aff. C-6331/92.

<sup>293</sup> F. Lichère, « L'évolution du droit des concessions en droit communautaire », Sciences Po, MADP, janvier 2008.

<sup>294</sup> P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Paris, LGDJ, 2007, p. 433.

autorités publiques à choisir l'outil concessif. Les ouvrages d'art, à l'image du viaduc de *Millau*, en sont un bon exemple. Par la forme concessive, leur réalisation ne fait pas supporter un coût trop lourd pour le contribuable.

Outre l'aspect financier des projets nationaux, les concessions sont aussi utilisées par les collectivités pour financer des SIEG locaux et/ou complexes très divers. Il pourra s'agir par exemple d'une concession de service d'eau, de transports, ou de restauration collective. La forte variabilité quant à la taille des territoires visés par ces contrats témoigne de la grande souplesse et de la solidité dans le temps du dispositif. En effet, et c'est le second apport de la concession, entre dirigisme et libéralisme, elle permet à la personne publique de bénéficier des compétences du secteur privé tout au long de la durée contractuelle, sans perdre le contrôle des activités. L'externalisation complète d'un service présente en cela moins de risques qu'une privatisation.

Les résultats parfois décevants de l'ouverture des secteurs de réseaux, à l'image de l'électricité, qui ne garantit pas une sécurité d'approvisionnement parfaite du fait d'un fort taux d'utilisation des centrales, et qui connaît des tarifs plus élevés qu'escompté, légitiment le système concessif. Cette méfiance à l'égard de la libéralisation est prégnante dans les transports terrestres<sup>295</sup>. En ce sens, le règlement 1370/2007 érige le contrat comme mode normal d'action publique et consacre « l'idée d'un État faisant faire plutôt que faisant lui-même »<sup>296</sup>. Néanmoins, la formule se heurte aux traditions nationales postulant un libre choix du mode de gestion des SIEG, ainsi qu'à la dorénavant essentielle évaluation préalable à l'externalisation.

La Commission promeut aujourd'hui les concessions par le biais du PPP. Avantageant dans certains cas leur recours, l'institution leur a même dédié un livre vert en 2004. Elle y examine les PPP contractuels par le « droit communautaire des marchés publics et des concessions »<sup>297</sup>, et décline la teneur d'une législation européenne globale. De plus, le document fixe comme objectif la stimulation d'une collaboration fertile entre acteurs publics et opérateurs privés en Europe.

Par un front inversé, la concession devient alors assujettie à ce mouvement partenarial dont elle est un moyen. La Commission a produit deux communications en 2005<sup>298</sup> et 2008<sup>299</sup>, afin d'entretenir et de préciser cette nouvelle perspective. Plus qu'un cadre pour les concessions, c'est un cadre partenarial européen qui émerge. Il ne faut pas voir toutefois dans les contrats de partenariat une concurrence faite aux concessions. En pratique en effet, ils se substituent plutôt à des marchés ou des régies.

À cet égard le livre vert maintient la distinction marché/concession. Pour la Commission, en effet, les PPP peuvent être, selon les cas, l'un ou l'autre. Il en résulte que, transcendant par leur complexité la dichotomie traditionnelle, ils ne sont pas soumis à une règle européenne uniforme. La Commission n'envisage d'ailleurs pas d'en adopter comme en témoigne la législation concessive récemment proposée. Or, tant qu'elle refuse de faire de ces contrats une catégorie à part entière, elle garantit la pérennité des concessions.

Il ne reste plus aujourd'hui qu'à asseoir leur régime par un texte écrit qui seul permettra la sécurité juridique et la concurrence. À l'aune de la protéiformité nationale de ces contrats, il

---

<sup>295</sup> À l'exception du cabotage maritime dont le régime libéralisé rend incompatible avec le droit de l'Union l'octroi d'une concession, cf. CJCE 9 mars 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-323/03, RDMF 2006. 536.

<sup>296</sup> F. Lichère, précité, p. 9.

<sup>297</sup> COM(2004) 0327 final, p. 9.

<sup>298</sup> COM(2005) 569 final

<sup>299</sup> COM(2007) 6661.

ne faut pas pour autant sacrifier la souplesse présidant leurs passation et exécution. Une première tentative a récemment été faite par la Commission qui a présenté une proposition de directive *ad hoc* le 20 décembre 2011.

Liant concessions de travaux et de services, elle s'insère dans un programme général de modernisation de la commande publique dans l'UE<sup>300</sup>. L'institution met en avant la nécessité d'une utilisation plus efficace des deniers publics dans un cadre structurel de fortes contraintes budgétaires<sup>301</sup>. Sans rompre avec le passé, l'initiative reprend les éléments jurisprudentiels notamment matériels dégagés<sup>302</sup>. Son champ d'application quantitatif se limite, quant à lui, aux concessions dont la valeur est égale ou supérieure à cinq millions d'euros.

La proposition pourrait être adoptée, comme annoncée dans l'Acte pour le Marché unique<sup>303</sup>, pour la fin de l'année 2012. Le texte sera toutefois beaucoup discuté car certains États, en premier lieu la France, dont le régime concessif national est très développé, le considèrent surabondant et inutile. Il est vrai que sa plus-value consiste en l'homogénéisation réalisée entre les deux formes de concessions. Pour le reste, le texte consacre un *statu quo* de telle sorte qu'il correspond plus à un bilan qu'à une innovation.

Et là où il pourrait produire une avancée, il reste général car bloqué par la subsidiarité. La procédure d'attribution des concessions en est une bonne illustration, car si la Commission consacre un principe de négociation, aucune modalité attributive n'est définie. Sur ce point, l'institution s'en remet au flou des traditions juridiques nationales. Une fois encore, l'UE impose un cadre parfois contraignant comme pour les transports ou le mandatement. Mais elle ne va pas au bout de la logique car persiste le rôle indépassable des États membres.

---

<sup>300</sup> COM(2011) 897 final.

<sup>301</sup> R.Noguellou, La proposition de directive sur les concessions, RFDA 2012.

<sup>302</sup> CJCE, 10 septembre 2009, préc., aff. C-206/08 et CJUE, 10 mars 2011, *Stadler*, aff. C-274/09.

<sup>303</sup> COM(2011) 206 final.

## CHAPITRE 2 – L’OPTIMISATION DES PROCESSUS DE FINANCEMENT

Afin de compléter leur modèle d’encadrement des OSP, les institutions recherchent l’efficacité publique lors du processus d’attribution desdites obligations. De nouveau, il s’agit ici de sécuriser l’intervention économique des acteurs publics. Les garanties apportées à ce stade toutefois, le sont au niveau procédural. Elles soulignent de nouveau une véritable méthodologie européenne accompagnant la voie contractuelle abordée en amont.

En ce sens, perpétuant les visions matérielle et fonctionnelle de l’efficacité économique, les institutions donnent une importance réelle à la donnée qualitative pour un choix performant de l’opérateur investi (Section 1). En outre, dans l’exécution même de ce choix, les autorités doivent s’assurer d’une bonne circulation des données afin de consolider leur position et celle des candidats (Section 2).

### SECTION 1 – LE POIDS DE LA DONNÉE QUALITATIVE DANS LE CHOIX DE L’OPÉRATEUR INVESTI

Une fois le support de ses OSP identifié, l’acteur public doit recourir à une procédure transparente pour choisir son cocontractant. Cette objectivation exigée par le marché intérieur permet une égalité des opérateurs. Le moindre coût qui en découle pour l’autorité conditionne la procédure utilisée et n’échappe pas au cadre d’efficacité. Soumis à une profonde mutation, ce résultat procédural devient alors qualitatif et non uniquement quantitatif (§ 1).

Participant de cette dialectique d’efficacité, l’objectif pertinent de normalisation du contrat de service public postule en complément une passation dédiée. Partiellement intégrée là où ce contrat est utilisé, la procédure actuelle s’inspire fortement des modalités présentes de la commande publique. Palliant la carence des procédures nationales, une définition européenne complète permettrait pourtant une plus grande adaptabilité et un meilleur choix public (§ 2).

#### § 1 – La transparence du choix du cocontractant pour une évolution de l’objectif procédural

Sans attribution directe des OSP, les autorités doivent inévitablement réaliser une mise en concurrence ayant par principe la forme d’une procédure de marché public. Le téléologisme domine toutefois et le respect de la *lex generalis* suffit pour un choix objectif (A). Par le prisme de l’efficacité économique, le résultat final du moindre coût pour l’autorité publique fait corrélativement l’objet d’une qualitative novation dans ses critères et sa définition (B).

#### A – Le principe de dévolution dans le cadre général de la procédure de marché public

L’utilisation d’une procédure de marché public dans l’attribution des OSP est un indice permettant de vérifier l’absence de surcompensation. Les juges de Kirchberg indiquent en cela dans leur arrêt *Altmark* que, lorsque le choix de l’opérateur chargé des OSP « n’est pas effectué dans le cadre d’une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité »<sup>304</sup>, alors celle-ci a recours au standard de l’entreprise moyenne bien gérée déjà analysé précédemment.

---

<sup>304</sup> CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, point 93.

Il en résulte que la dévolution des OSP par le truchement d'une procédure de commande publique est par conséquent le principe d'octroi. Cela l'est d'autant plus dans le cadre plus global de contractualisation desdites obligations. Toutefois, la lecture de la jurisprudence récente de la Cour de justice appliquant ou précisant la jurisprudence *Altmark* laisse apparaître que ce critère tiré de l'application d'une procédure de marché public n'est pas systématiquement employée par la Haute juridiction<sup>305</sup>.

La réalisation d'une mise en concurrence précédée d'une publicité adéquate a pour vertu de permettre l'optimisation de la participation financière de l'autorité publique. En effet, le contrat est attribué à l'opérateur économique satisfaisant le mieux aux critères préalablement posés, notamment eu regard au montant des éventuelles compensations de service public. Si la plus-value d'une procédure de mise en concurrence est indéniable, cela n'implique pas pour autant que toute compensation, pour être régulière, doive nécessairement être octroyée par le truchement d'une procédure de marché public.

À cet égard, la sémantique utilisée dans cette première branche du quatrième critère dans le structurant arrêt *Altmark* ne doit pas être entendue strictement. Il faut en cela reprendre le téléologisme du Tribunal qui, dans son arrêt *BUPA* précité, évoquait « la finalité de la quatrième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark* »<sup>306</sup>. Aussi, lorsque les juges de Kirchberg font référence à la notion de marché public, celui-ci doit-il être entendu en son sens générique et non dans sa définition stricte.

La communication explicative présentée au paquet *Almunia* reprend cet efficient finalisme procédural. La gardienne des Traités indique ainsi dans son texte que « le moyen le plus simple pour les autorités publiques de respecter la quatrième condition établie par l'arrêt *Altmark* consiste à organiser une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire conforme à la directive 2004/17/CE [relative aux secteurs spéciaux] et à la directive 2004/18/CE [dite classique] »<sup>307</sup>.

Mais il faut également inclure dans le propos de la Cour toute procédure « même lorsqu'il ne s'agit pas d'une exigence légale »<sup>308</sup>, pourvu qu'elle permette, à travers une mise en concurrence préalable des opérateurs (notamment une procédure assimilable à un appel d'offres), de garantir l'application des principes fondamentaux du Traité. Dès lors que les principes de transparence, d'égalité de traitement, de non-discrimination, et de reconnaissance mutuelle sont satisfaits, alors la procédure de dévolution est valable au regard de la jurisprudence *Altmark*.

Par le truchement de ces éléments, l'essentiel en effet consiste à appliquer une mise en concurrence permettant de « comparer différentes offres potentielles et fixer la compensation de manière à exclure la présence d'une aide »<sup>309</sup>, c'est-à-dire un avantage économique. Il résulte de cette analyse sémantique que l'ensemble des instruments dont disposent les autorités afin de garantir les principes axiologiques de la construction européenne doivent être regardés comme corroborant la position des juges de Kirchberg.

Parmi ces instruments utilisés pour l'essentiel par les collectivités, il y a les concessions abordées dans les développements précédents. Leur procédure de passation doit de ce point de vue faire l'objet d'une analyse analogue. En effet, elle peut offrir des garanties équivalentes

---

<sup>305</sup> CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Doltori Commercialisti Sri*, aff. C-451/03, point 67 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord EV*, aff. C-206/06, point 85.

<sup>306</sup> TPICE, 18 février 2008, aff. T-289/03, point 249.

<sup>307</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6.1, point 63.

<sup>308</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6.1, point 64.

<sup>309</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6.1, point 64.

à celles des marchés publics et permettre ainsi d'établir un juste niveau compensatoire quant à la réalisation des OSP.

L'existence d'une compensation renvoie d'ailleurs plutôt à une situation concessive qu'à un marché public. Même s'il est envisageable, le pouvoir adjudicateur vise par celui-ci l'achat de prestations immédiates. Par une concession, il vise plutôt à confier la gestion d'un SIEG en imposant à l'opérateur ses obligations inhérentes.

Dans cette hypothèse, et bien que ne relevant pour le moment d'aucun texte européen particulier<sup>310</sup>, la Cour de justice exige des pouvoirs adjudicateurs dans son célèbre arrêt *Telaustria* le respect de la *lex generalis* et notamment « un degré de publicité adéquat »<sup>311</sup>. La Commission a ainsi pu valider le dispositif concessif de financement accordé par les autorités françaises pour le développement du réseau THD sur le territoire des Pyrénées-Atlantiques. L'institution précise en cela que l'important consiste à obtenir par la procédure concessive, et tout dispositif, « un cadre objectif dans la détermination des coûts afférents au projet »<sup>312</sup>.

Pour ce faire, une pluralité de modalités procédurales, traduites chez la Commission par le terme générique d'appel d'offres, pourront être appliquées à la dévolution des OSP. L'appel d'offres ouvert ou restreint pourra être utilisé ; le dialogue compétitif et la procédure négociée également, mais uniquement « dans des cas exceptionnels »<sup>313</sup> dès lors qu'ils limitent le nombre de candidats. À travers l'élaboration de leurs documents de consultation, et la discussion qu'ils postulent parfois, ces éléments procéduraux permettent à l'autorité publique d'atteindre son objectif fondamental au terme de la mise en concurrence : un service au moindre coût qui, par le prisme de l'efficience, fait l'objet d'une profonde valorisation.

## B – L'évolution de l'objectif de moindre coût pour l'autorité publique

Si l'entreprise bénéficie d'une compensation des autorités publiques pour la réalisation des OSP qui lui sont imposées, celle-ci ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les surcoûts générés par l'accomplissement desdites missions d'intérêt général. Il en résulte pour la Commission que « tout mécanisme portant sur la sélection du prestataire de service doit dès lors être choisi de manière à ce que le niveau de compensation soit déterminé sur la base de ces éléments »<sup>314</sup>. Dans leur arrêt *Altmark*, les juges de Kirchberg précisent cette exigence qui matérialise la proportionnalité compensatoire.

À cet égard, ces derniers distinguent une première hypothèse dans leur quatrième critère de COSP en affirmant que le choix de l'opérateur par le truchement d'une procédure de marché public permet de « sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité »<sup>315</sup>. En d'autres termes, si la mission de SIEG est attribuée à l'entreprise par une procédure de marché public, la proportionnalité de la compensation est présumée.

Le constat sous-tendu ici consiste en ce que le candidat sélectionné est, par hypothèse, celui qui pouvait assurer la mission en cause au moindre coût. Or cette notion mentionnée tant dans l'arrêt *Altmark* que le paquet *SIEG* doit être appréhendée, comme tous les autres concepts de ladite jurisprudence, de façon laïcisée. Aussi l'idée de moindre coût voit-elle son sens évoluer corrélativement à l'affirmation par les institutions de l'efficience économique.

<sup>310</sup> Tant que la récente proposition de directive *ad hoc* n'a pas encore été adoptée : voir COM(2011) 897 final.

<sup>311</sup> CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, points 60 et 62.

<sup>312</sup> Décision N 381/2004, point 85.

<sup>313</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6.1, point 66.

<sup>314</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.5, point 60.

<sup>315</sup> CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, point 93 et COM(2012/C 8/02), art. 3.6, point 62.

La notion doit en effet aujourd'hui être comprise comme prenant en compte, au-delà du seul prix, une pluralité de critères qualitatifs environnementaux, énergétiques, de productivité et de délais. Tous liés à l'objet même du marché, ils corroborent la vision globale et finaliste qu'ont de celui-ci les juges de l'Union et la Commission. Aussi ces éléments multiples couvrent-ils également le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse prévu par le droit des marchés publics. Ces procédures, définies par les directives précitées, aboutissent en effet à un choix objectivé du pouvoir adjudicateur reposant sur deux critères alternatifs d'attribution que sont l'offre économiquement la plus avantageuse ou le prix le plus bas<sup>316</sup>.

Par la précision qu'il induit quant au résultat des procédures de marchés, le quatrième critère de l'arrêt *Altmark* se rapproche en apparence du second critère. Cependant, la gestion d'un SIEG obéit à d'autres critères que le seul niveau du prix/coût quantitativement exprimé. D'autres facettes doivent ainsi être prises en compte afin de remplir spécifiquement les OSP et aller plus loin dans l'analyse économique au bénéfice des usagers.

Ainsi, la qualité du service public, la vitesse du réseau réalisé, le catalogue des services proposés sont autant d'éléments devant être appréciés selon les cas. De ce point de vue, ainsi que l'a expressément admis la Commission dans une décision relative aux zones naturelles protégées en Allemagne, l'offre économiquement la plus avantageuse en tant que critère attributif « est plus large que celui du prix le plus bas car il permet de prendre en compte des facteurs qualitatifs »<sup>317</sup>.

Sur le plan pratique, cette qualitativité traduite par l'offre la plus avantageuse fonde un véritable système d'enchères inversées réaffirmé par la Commission dans sa décision validant le second volet du programme français pour le THD<sup>318</sup>. L'institution exige en effet, pour le « choix de l'opérateur le plus performant », que les collectivités locales accordent « des points de priorité supérieurs »<sup>319</sup> lors de l'appréciation générale des offres, à celles sollicitant le moins de fonds publics. Introduit en droit des aides d'État par les règlements 1370/2007<sup>320</sup> et 1108/2008<sup>321</sup> relatifs aux transports, ce système de sélection par l'efficacité est explicité dans les lignes directrices relatives au THD. Celles-ci en concluent d'ailleurs que le dispositif préserve le jeu concurrentiel en permettant aux autorités publiques « de répercuter le poids de l'aide réellement nécessaire sur le marché » et « de réduire l'asymétrie de l'information » avantagant les opérateurs privés<sup>322</sup>.

La définition nouvelle du moindre coût qui en résulte est clairement validée par le nouvel encadrement de la Commission qui précise que si « le prix le plus bas satisfait bien entendu à la quatrième condition établie par l'arrêt *Altmark* », l'offre économiquement la plus avantageuse « est aussi jugée suffisante »<sup>323</sup>. L'adéquation entre cette offre et le moindre coût permet ainsi de tendre vers l'efficacité économique en prenant en compte, lors de la sélection des offres, des critères plus fins que le prix le plus bas. Encore faut-il toutefois que ces critères de complétude soient « en rapport avec l'objet de la prestation » et permettent « à l'offre économiquement la plus avantageuse de correspondre à la valeur du marché ».

---

<sup>316</sup> Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 53.

<sup>317</sup> Décision NN 8/2009 du 2 juillet 2009, points 65 et 84. Recours en annulation de l'Allemagne, aff. T-347/09.

<sup>318</sup> Décision N 330/2010 – C(2011) 7285 final.

<sup>319</sup> Décision N 330/2010, point 18.

<sup>320</sup> Règlement relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

<sup>321</sup> Règlement établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

<sup>322</sup> Lignes directrices THD – COM(2009/C 235/04), point 51 c).

<sup>323</sup> COM(2012/C 8/02), art. 3.6, point 67.

Plusieurs décisions de la Commission soulignent cette intégration de l'efficacité dans l'analyse de l'objectif procédural du moindre coût. Sa décision sur le réseau THD en région Limousin est de ce point de vue intéressante. La gardienne des traités a en effet estimé que « le quatrième critère de l'arrêt *Altmark* a pour but d'éviter que la compensation ne soit fixée à un niveau qui ne soit pas le moindre coût pour la collectivité et qui permettrait à des entreprises moins efficaces d'être sélectionnées pour l'exécution du service public »<sup>324</sup>. Cette qualité de la finalité procédurale vaut également pour le contrat de service public, outil dédié au financement des OSP. Mais si sa procédure reprend les éléments de la commande publique, elle pourrait être adaptée et communautarisée, pour de pertinentes spécificités.

## § 2 – L'adaptation procédurale dans le cadre du contrat de service public

En vue d'une systématisation du recours spécifique au contrat de service public, l'édiction corrélative d'une procédure *ad hoc* de passation apparaît nécessaire. Si aujourd'hui celle prévue en matière de transports, secteur précurseur desdits contrats, est encadrée, elle n'est pas entièrement intégrée (A). Or une modélisation européenne complète présenterait plusieurs intérêts et, en premier lieu, des exemptions pour une performante adaptabilité (B).

### A – Une mise en concurrence encadrée mais partiellement intégrée

Ainsi qu'il l'a déjà été indiqué, la voie de l'externalisation des services a la préférence européenne dès lors qu'elle permet de garantir par une mise en concurrence la libre prestation de services publics. Or la problématique du développement contractuel sous-tendue consiste à respecter l'autonomie de la volonté des parties, principe cardinal du droit des contrats, tout en inscrivant ces instruments dans un droit particulier, celui des services publics<sup>325</sup>. Les deux droits se rejoignent même si leurs prémisses sont dissociées. En droit de l'Union, le contrat de service public est d'abord un contrat qui doit ensuite s'adapter aux exigences du service public.

En tant que tel, il doit respecter dans sa passation l'exigence axiologique européenne de transparence. Le secteur des transports abordé en amont est à cet égard intéressant dans une optique de généralisation du contrat de service public à toutes les activités d'intérêt économique général. Pendant longtemps, point n'était besoin d'imposer des règles d'attribution des contrats de service public puisqu'il n'existait pas de concurrence transnationale sur le marché de transports. La donne a toutefois changé aujourd'hui et conduit la Commission à élaborer des règles d'attribution et d'exécution garantissant pour ces contrats un choix public objectif.

En ce sens, si le règlement du 23 octobre 2007<sup>326</sup> dissocie expressément les contrats de service public des marchés publics de services et des concessions de services, il impose malgré tout dans leur attribution une procédure s'inspirant très largement du droit des marchés publics. Il est vrai que le contrat de service public fait partie de la famille, au contenu incertain, du droit de la commande publique.

En d'autres termes, il ne pourra être conclu qu'après la réalisation d'une procédure de mise en concurrence préalable et obligatoire. Mais la teneur de celle-ci dépend du champ dans lequel est conclu le contrat de service public, auquel cas les règles générales de la commande

---

<sup>324</sup> Décision N 382/2004 du 20 septembre 2005 - Réseau DORSAL, point 66.

<sup>325</sup> L. Richer, *L'Europe des marchés publics*, Paris, LGDJ, 2009, p. 352.

<sup>326</sup> Règlement CE n° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements CEE 1191/69 et 1107/70.

publique peuvent prévaloir. Ainsi que l'affirme le règlement de 2007 en effet, ces dispositions « s'entendent sans préjudice des obligations applicables aux autorités publiques en vertu des directives sur la passation des marchés publics [considérées comme des *lex specialis*], lorsque les contrats de service public relèvent de leur champ d'application »<sup>327</sup>.

La première opération consiste par conséquent à qualifier le contrat en cause pour savoir quel régime lui appliquer. Il pourra ainsi s'agir d'un contrat de prestation à titre onéreux au bénéfice de l'autorité, un contrat de marché public de service, ou encore un contrat de service public, lequel peut être une concession s'il opère un transfert des risques au seul cocontractant. Pour les autres contrats de services publics, leur procédure doit respecter la *lex generalis* et être « ouverte à tout opérateur, équitable et respecter les principes de transparence et de non-discrimination »<sup>328</sup> ainsi que le prévoit le règlement de 2007.

À cet égard, pour garantir une attribution objectivée, les autorités peuvent s'appuyer sur la communication de la Commission en date du 23 juin 2006 « relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics »<sup>329</sup>. Dans ce guide procédural à la normativité relative, la gardienne des traités rappelle les exigences de transparence requises des autorités en la matière. En ce sens, elle met en exergue « son interprétation de la jurisprudence » et propose une pluralité « de bonnes pratiques afin d'aider les Etats membres »<sup>330</sup> à tirer parti du marché intérieur.

Au-delà de l'identification de la procédure applicable au contrat de service public, le règlement 1370/2007 n'impose pas des modalités précises d'organisation, celles-ci demeurant à la discrétion des autorités publiques. En ce sens, ces dernières peuvent réaliser une présélection, la procédure de sélection en elle-même peut être ouverte ou restreinte. Le cas échéant, des négociations avec les candidats restants peuvent éventuellement être engagées pour « répondre au mieux à la spécificité ou à la complexité des besoins »<sup>331</sup>. Il en résulte que la modélisation européenne des conditions d'attribution des contrats de service public en matière de transport n'est pas totale, à l'instar de ce qui existe en matière de concession de services.

Or, dans l'hypothèse souhaitable d'une généralisation de pareille forme contractuelle, « il n'est toutefois pas certain que l'on puisse, à terme, se dispenser d'une procédure *ad hoc* de publicité et de mise en concurrence »<sup>332</sup>. D'autant plus que le nouveau paquet SIEG ne fournit pas cette procédure. Il est vrai qu'en la matière, les procédures nationales ne permettent pas toujours une attribution transparente. Le cas de la procédure française de délégation de service public définie par la loi Sapin est de ce point de vue topique.

Dans sa décision validant le contrat THD du département des Hauts-de-Seine, conclu sous cette forme contractuelle, la Commission a précisé, s'agissant de sa procédure, que « les autorités publiques ont gardé une marge d'appréciation dans le choix final du délégataire ». De telle sorte qu'« il n'est pas possible d'en conclure automatiquement que le résultat atteint équivaut au prix du marché du point de vue des aides d'État »<sup>333</sup>. Cette inadaptation des modalités nationales souligne par interdépendance le second apport majeur d'une procédure dédiée au contrat de service public : l'élaboration d'une pluralité de dispositifs dérogatoires tenant compte des réalités nationales et locales de financement des SIEG.

<sup>327</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., cons. 20.

<sup>328</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., art. 5-3.

<sup>329</sup> COM(2006/C 179/02).

<sup>330</sup> COM(2006/C 179/02), introduction, § 5.

<sup>331</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., art. 5, point 3.

<sup>332</sup> M. Karpenschif, « Le financement des obligations de service public : vers une généralisation des contrats de service public ? », BJCP, 2008, n° 59.

<sup>333</sup> Décision N 331/2008, point 166.

## B – Les exemptions possibles pour une plus grande adaptation

Après la généralisation du contrat de service public, l'autre élément décisif du règlement de 2007 en matière de transport de voyageurs réside dans la pluralité d'exceptions qu'il prévoit à la mise en concurrence de droit commun qu'il instaure. Corrélativement au contrat, celles-ci pourraient par interdépendance être également étendues.

La première dérogation consiste à permettre aux autorités locales, sauf si le droit national s'y oppose, de réaliser elles-mêmes les prestations de services de transport, comme c'est parfois le cas en pratique. Ce régime dit de « l'autoproduction » renvoie en réalité à l'hypothèse de la régie qui n'induit pas nécessairement un impact substantiel sur le marché. Cette exception à la conclusion d'un contrat traduit le libre choix dont bénéficient les collectivités dans le mode de gestion de leurs activités d'intérêt général. Néanmoins, si cette dérogation est clairement validée par le règlement de 2007<sup>334</sup>, elle n'exonère toutefois pas les autorités locales des autres règles de transparence promues par le texte. En ce sens, les subventions croisées demeurent prohibées et l'obligation d'une comptabilité analytique persiste notamment.

Une autre grande dérogation du règlement 1370/2007 réside dans la possibilité pour les autorités d'attribuer les contrats de service public directement et sans mise en concurrence à un opérateur interne. Cette exception, bien connue de la commande publique sous l'expression de contrat *in house* a été introduite par l'article 6 de la directive 92/50, puis étendue par les arrêts *Teckal*<sup>335</sup> et *Coname*<sup>336</sup>, et enfin consacrée par l'article 18 de la directive 2004/18. Il en résulte que l'attribution directe d'un contrat à un opérateur interne n'est possible qu'à deux conditions. D'une part, l'autorité exerce sur celui-ci « un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »<sup>337</sup> et, d'autre part, l'opérateur exerce l'essentiel de son activité auprès de la ou des personnes publiques qui le détiennent à 100 %. Si le règlement de 2007 reprend l'exception, il en assouplit toutefois les contours s'agissant de cette détention publique totale.

En effet, si elle vaut en matière de marché public et de concession, pour les contrats de service public de voyageurs, en revanche, elle n'est pas « une condition obligatoire pour établir un contrôle [...] pour autant que le secteur public exerce une influence dominante et que le contrôle puisse être établi sur la base d'autres critères »<sup>338</sup>. La Commission revient ici à un examen *in concreto* plus proche de la logique communautaire initiale que l'utilisation parfois contestable de critères organiques<sup>339</sup>. Cette conception souple permet notamment à des sociétés d'économie mixte d'être opérateur interne. Elle induit cependant une contrepartie à l'inverse inexistante dans le cadre de la commande publique. L'opérateur interne doit en effet limiter son activité de transport, en dehors des missions accessoires, sur le territoire de l'autorité locale dont il dépend<sup>340</sup>.

L'exemption la plus fréquente tient à l'établissement d'une règle *de minimis* permettant à l'autorité organisatrice d'attribuer là encore le contrat de service public sans mise en concurrence. En matière de transport, il en va ainsi des contrats « dont la valeur annuelle moyenne est estimée à moins de un million d'euros ou qui ont pour objet la fourniture annuelle

<sup>334</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., art. 5, point 2.

<sup>335</sup> CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98.

<sup>336</sup> CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03.

<sup>337</sup> Aff. C-107/98 préc., point 50.

<sup>338</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., art. 5, point 2, a).

<sup>339</sup> Cette vision a été réaffirmée avec force par la Cour dans : CJCE, *Stad Halle*, 11 janvier 2005, aff. C-26/03.

<sup>340</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., art. 5, point 2, b).

de moins de trois cent mille kilomètres de services publics de transport de voyageur »<sup>341</sup>. Pareille dérogation repose sur l'idée qu'en dessous desdits seuils, les contrats ne modifient pas le jeu concurrentiel. De plus, dans un secteur oligopolistique, l'exemption permet la candidature des petits opérateurs.

Outre cette vision sectorielle, soucieuse de répondre aux États membres demandant un système général plus simple, et souhaitant traiter les cas les plus importants, la Commission a consacré un nouveau règlement *de minimis* « aux aides accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général ». Adopté le 25 avril 2012 dans le cadre du paquet *Almunia*, et se substituant au règlement antérieur 1998/2006, le texte était attendu, après avoir été très contesté durant sa rédaction. Initialement, en effet, il fixait un seuil de 150 000 euros par exercice fiscal, pour des entreprises au chiffre d'affaires moyen inférieur à cinq millions d'euros. Le dispositif n'était ouvert, au surplus, qu'aux collectivités dont la population n'excédait pas 10 000 habitants.

Face à la forte contestation des parlements nationaux<sup>342</sup> à l'égard de cette restreignante conjonction d'éléments, la gardienne des traités a modifié sa mouture. Aussi le nouveau texte établit-il un critère central de 500 000 euros d'aides sur une période de trois exercices fiscaux sans reprendre les deux autres critères de la proposition, principales cibles des critiques. Le seuil décisif est par conséquent relevé par analogie avec le texte initial mais aussi le seuil de 200 000 euros sur trois ans prévu par le règlement antérieur. Pour le reste, le nouveau règlement reprend l'exclusion des secteurs soumis à des règles sectorielles, les obligations déclaratives des parties, les règles de cumul, et enfin les modalités existantes de contrôle *ex post*<sup>343</sup>.

Les collectivités pourront allouer d'importantes sommes aux opérateurs chargés de SIEG en toute sécurité juridique par ce seuil modifié valable jusqu'en 2018. D'autant plus que ce règlement 360/2012 est applicable immédiatement, y compris « aux aides accordées pour la prestation des SIEG avant son entrée en vigueur »<sup>344</sup>, si les conditions plus favorables du texte sont réunies. Cela n'est pas sans difficultés lorsque l'aide est octroyée par contrat.

Enfin, avec les cas de risque « d'interruption du service », le règlement de 2007 conçoit comme ultime exception aux règles de concurrence l'exclusion pure et simple d'un secteur : le transport par chemin de fer<sup>345</sup>. L'entorse, fondée sur la dialectique de rentabilité et la sécurité d'approvisionnement, pourrait être étendue aux autres SIEG de réseaux notamment énergétiques. Ainsi qu'en dispose le règlement 1370/2007, le contrat demeure toutefois le principe, mais sa durée est limitée à dix ans avec des obligations spécifiques de publicité *a posteriori* à la charge des autorités. L'exigence informationnelle ouvrant la voie aux recours possibles constitue il est vrai le second volet d'une efficience processuelle dans l'établissement des OSP.

---

<sup>341</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., art. 5, point 4.

<sup>342</sup> Rapport du Sénat, n° 105, 16 novembre 2011 ; même jour rapport de l'Assemblée nationale n° 3963.

<sup>343</sup> Enregistrement et compilation des données par les États membres, conservation de celles-ci pendant dix ans et, enfin, réponse aux éventuelles questions de la Commission dans un délai de vingt jours.

<sup>344</sup> Règlement UE n° 360/2012 préc., cons. 22.

<sup>345</sup> Règlement CE 1370/2007 préc., art. 5, points 5 et 6.

## SECTION 2 – LA CIRCULATION DES INFORMATIONS POUR UN CADRE PROCÉDURAL SÉCURISÉ

L'exigence informationnelle est fondamentale dès lors qu'elle vient fonder le *business plan* réalisé par l'autorité organisatrice qui impose des OSP. En effet, cette dernière doit obtenir les données auprès des opérateurs en les consultant et en dialoguant avec eux. Renvoyant à la certitude des paramètres économiques abordés en amont, ces interactions entre acteurs ont un double apport. Ils révèlent les intentions privées et rationalisent la publicité publique (§ 1).

Cette dernière a justement pour but de faire circuler l'information et ce, pour une plus grande performance de l'attribution et de l'action de l'opérateur investi, le cas échéant. Apparaît alors la difficulté sous-tendue par la procédure et la publicité des modalités du SIEG voulu : la nécessaire garantie d'une certitude informationnelle du cadre procédural public. Or, à l'inverse, si l'incertitude domine, alors les opérateurs doivent pouvoir agir pour l'annihiler (§ 2).

### § 1 – L'exigence d'une consultation des opérateurs comme fondement de la publicité des OSP

Afin de garantir l'efficacité de leur procédure d'attribution ainsi que la pertinence de leur *business plan*, les autorités organisatrices doivent consulter les opérateurs actifs sur le marché visé (A). Permettant une meilleure prévisibilité des interventions privées et leur rationalisation, l'objectivation conditionne la publicité procédurale réalisée par les autorités (B).

#### A – La prévisibilité territoriale pour une rationalisation des investissements

Afin de minorer l'impact inhérent des OSP sur le marché, l'autorité doit nécessairement respecter une pluralité d'étapes informationnelles garantissant un fort degré de transparence quant au territoire et au champ visé. Le très haut débit, dont la dialectique est transposable à d'autres secteurs, est de ce point de vue intéressant. Faisant interagir transparence matérielle et fonctionnelle, les lignes directrices *ad hoc* édictées par la Commission enjoignent en effet aux États d'identifier clairement les territoires couverts par le réseau public envisagé<sup>346</sup>.

Il s'agit de procéder à une analyse « des conditions de concurrence et de la structure concurrentielle prévalant dans la zone en question »<sup>347</sup>. Aussi, pour une appréciation efficace, les collectivités souhaitant intervenir doivent-elles consulter « toutes les parties prenantes affectées par la mesure ». Elles effectuent en ce sens un examen *in concreto* des infrastructures existantes et des perspectives d'investissements des opérateurs afin de cibler au mieux les zones éligibles à leurs financements. C'est à partir de cette analyse que les autorités préparent leur *business plan*.

En même temps, elles ont en amont une démarche active de publicité, satisfaisant alors les exigences en la matière de la Cour de justice et de la Commission. Pour autant, et ainsi que le demandent ces dernières, l'exercice n'est pas unilatéral. Les parties prenantes doivent pouvoir s'exprimer sur les modalités du projet préparé lors de consultations publiques. La Commission va toutefois plus loin dans sa décision évoquée sur le programme français pour le THD. L'institution impose en effet aux collectivités locales d'utiliser, avec le concours de l'État,

---

<sup>346</sup> COM(2009/C 235/04) – Lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit.

<sup>347</sup> COM(2009/C 235/04), point 51, a).

« des appels à manifestations d'investir »<sup>348</sup> afin de favoriser le dialogue entre acteurs.

Mettant en exergue un indispensable dynamisme analytique, les opérateurs sont invités par ces publications à « présenter les projets de déploiement de réseaux à très haut débit qu'ils envisagent de mener ». En cela, elles s'ajoutent aux appels à manifestations d'intérêt prégnantes dans le même domaine. L'incitation à la performance de l'examen est d'autant plus marquante que la gardienne des traités exige une réitération à courte périodicité des consultations. Celles-ci accompagnées d'une procédure de publicité particulière existent parfois en pratique pour les SIEG dans lesquels la continuité territoriale est une donnée essentielle. L'extension mériterait toutefois d'être textuelle. Les transports, l'énergie, le secteur postal ou même celui des déchets pourrait être concernés.

En effet, si le dispositif ainsi conçu permet l'identification des territoires pertinents pour le montage public, l'objectif poursuivi est double. Il s'agit en premier lieu d'éviter un effet d'éviction des investisseurs privés sur la ou les zones notamment. D'autant plus qu'eu égard aux développements précédents, la défaillance du marché indispensable à toute action publique ne saurait être présumée. L'hypothèse de la péréquation peut de ce point de vue parfois poser des difficultés. En second lieu, et c'est un objectif certes moins visible mais tout aussi décisif pour la performance publique, le dispositif garantit la cohérence des différents projets publics pouvant exister sur la même zone.

À partir de ces informations, la personne publique doit vérifier pour chaque OSP si aucun déploiement commercial n'est prévu « dans un avenir proche, indépendamment de l'existence ou non de manifestations d'intentions d'investissement sur le territoire concerné »<sup>349</sup>. Les résultats pluriels émanant de ces consultations vont être matérialisés par la réalisation d'une carte détaillée éclairant les zones couvertes ou non. Dans un souci constant de dynamisme quant à la publicité de l'action publique, la décision de la Commission relative au programme français pour le THD impose que les informations soient « rendues publiques pendant plus d'un mois ». De telle sorte que les opérateurs ont ainsi la possibilité de formuler des observations sur la carte produite sur leurs fondements<sup>350</sup>.

Sans nécessairement fournir une cartographie complète, parfois disproportionnée, l'appel à manifestations d'investir est un élément procédural intéressant pour les acteurs publics<sup>351</sup>. À partir de cette objectivation territoriale, l'autorité réalise une première publicité contractuelle. Elle doit parfois la pousser à obtenir en plus des données présentes non moins substantielles.

## B – La publicité publique pour une circulation des informations

Une fois que la personne publique a localisé le territoire de son action palliative, elle procède à sa publicité. Cette dernière est conditionnée par les informations obtenues en amont auprès des opérateurs par l'autorité dans le cadre des consultations précitées. Or, à l'aune d'une banalisation marchande des OSP, cette publicité publique peut passer en premier lieu par une préinformation des opérateurs actifs sur le marché concerné. Dans le cadre plus spécifique du contrat de service public, cette publicité préventive peut passer notamment par la généralisation d'un outil particulier existant en matière de transport.

---

<sup>348</sup> Décision N 330/2010, point 15.

<sup>349</sup> Décision N 330/2010, point 16.

<sup>350</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission N 264/06 : Italie, « Broadband for rural Tuscany ».

<sup>351</sup> Décision n° 2009-1106 de l'Arcep du 22 décembre 2009.

À l'instar des avis de préinformations existants en commande publique<sup>352</sup>, le règlement 1370/2007 relatif au transport public de voyageurs impose en effet aux autorités organisatrices, un an au moins avant la procédure, d'avertir les candidats potentiels en publiant au JOUE « le nom et les coordonnées de l'autorité compétente ; le type d'attribution envisagée ; les services et les territoires susceptibles d'être concernés par l'attribution »<sup>353</sup>. Si cette publication n'est pas obligatoire en dessous du seuil de *minimis* fixé par le règlement, elle demeure toutefois très utile aux personnes publiques. Par cet avis, en effet, celles-ci favorisent l'ouverture du marché aux opérateurs potentiellement intéressés par ces nouveaux contrats.

Or il peut être nécessaire, dans certains cas, une fois le marché préinformé de l'action de l'autorité, que les candidats potentiels lui précisent leurs engagements présents. L'hypothèse est en réalité celle dans laquelle les obligations qu'attribue l'autorité portent sur la réalisation d'une infrastructure. Les prévisions d'exploitation de l'infrastructure publique deviennent alors décisives. Cependant, lorsque les OSP prennent cette forme, le marché visé peut connaître des situations d'intégration verticale. De telle sorte que l'importante information de fréquentation, seconde étape de son *business plan*, est peu aisée à obtenir pour l'acteur public.

De ce point de vue, l'aménagement numérique est en cela à nouveau topique dès lors que les OSP imposées ne peuvent outrepasser une infrastructure passive. En effet, en la matière, seul un opérateur verticalement intégré peut s'engager auprès de l'autorité à ce qu'il y ait au moins un opérateur important utilisant l'infrastructure, à savoir lui-même. Les entreprises dites « *pure players* », en revanche, n'agissant que sur le marché de gros, ne peuvent s'engager ainsi.

Aussi ont-elles besoin d'un engagement de présence des fournisseurs d'accès à internet sur le réseau d'initiative publique. Il existe par conséquent un risque que les opérateurs intégrés qui sont aussi fournisseurs d'accès utilisent leurs engagements de présence sur le réseau projeté pour annihiler la concurrence lors de la procédure d'attribution.

Or ces promesses conditionnent l'équilibre économique de la procédure. Sans ces dernières, les candidats n'ont pas connaissance de l'ampleur de la location de l'infrastructure aux opérateurs de détail, ni du calendrier d'exécution. Ils peuvent alors proposer un scénario plutôt conservateur générant une augmentation des besoins de financements publics.

Corrélativement, les élus locaux sont toujours réticents à financer des infrastructures dont ils n'ont pas la certitude qu'elles garantiront effectivement des services à leurs administrés. Aussi, dans leur procédure d'attribution, les collectivités doivent-elles impérativement demander aux opérateurs candidats à ce qu'ils s'engagent sur un volume minimal de fréquentation de l'infrastructure envisagée.

En pratique, cependant, ce n'est que lorsqu'ils sont eux-mêmes candidats à la réalisation et à l'exploitation de cette infrastructure passive que les opérateurs intégrés acceptent de donner l'information. Cette position intéressée leur permet d'amortir le réseau avec leur propre base de clients. Dans cette hypothèse, le besoin de financements publics est alors minoré. Afin d'éviter cette stratégie d'instrumentalisation de la donnée d'utilisation de l'objet des OSP, celle-ci doit être objectivée à l'avance indépendamment de l'identité de l'opérateur retenu. La fourniture systématique de l'information pourrait même être un critère de recevabilité de la candidature. L'autorité pourrait en cela exiger le tarif d'accès à l'infrastructure, son architecture technique ou encore le processus informationnel attaché.

---

<sup>352</sup> Cet élément n'est obligatoire que si le pouvoir adjudicateur réduit les délais de réception des offres : CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ France*, aff. C-225/98.

<sup>353</sup> Règlement CE 1370/2007, art. 7, point 2.

Après cette étape, et plus généralement, les personnes publiques demeurent soumises aux critères de publicité exigés par le support décidé. Identiquement au choix de la procédure, en cas de marché public préféré par la collectivité pour imposer ses OSP, elle devra respecter les seuils des directives 2004/18 et 2004/17. Si l'autorité opte pour une concession, alors elle pourra s'appuyer sur les communications en la matière, et la directive *ad hoc* récemment proposée, le cas échéant<sup>354</sup>. Enfin, l'autorité publique ne peut aujourd'hui utiliser le contrat de service public que dans un nombre limité de domaines. Aussi devra-t-elle se soumettre aux règles sectorielles de publicité ou encore s'inspirer de la commande publique.

Dans ces deux derniers cas, les outils de publicité et les mentions devant y figurer sont moins précisés que les éléments d'information dans le cadre des marchés publics. Les acteurs publics peuvent alors de nouveau se référer à la communication de la Commission de 2006 déjà évoquée relative aux marchés non ou partiellement soumis aux directives<sup>355</sup>. Le texte, sans réelle normativité, demeure néanmoins flou et daté eu égard à la jurisprudence apparue entre-temps. Or c'est bien à cette problématique fondamentale que renvoie l'information dans une procédure d'attribution des contrats. En effet, la concurrence pour le marché qu'elle postule souligne le nœud gordien de la certitude des données lors de l'attribution des OSP.

## § 2 – La certitude des informations comme garantie pour de solides voies de recours

Au terme de la publicité de la procédure d'attribution des OSP localisées par l'autorité organisatrice, la difficulté principale tient au maintien de la circulation des données de et au sein de ce cadre procédural (A). Si une faille apparaît, rompant l'égalité entre opérateurs, alors il est nécessaire qu'ils puissent agir et le cas échéant la contester. Aussi doivent-ils pouvoir bénéficier de possibilités de recours performantes pour faire valoir leurs droits (B).

### A – L'aléa procédural dépassé par la circulation des données pertinentes

La problématique axiologique à laquelle renvoie l'information dans une procédure d'attribution des contrats supports d'OSP tient à la certitude des données obtenues et produites. En effet, la plus-value de la concurrence pour le marché, c'est-à-dire la concurrence jouant lors de l'adjudication des OSP, dépend du niveau d'incertitude entourant la procédure choisie. À cet égard, l'incertitude doit être entendue comme portant sur l'objet de la procédure, en d'autres termes les contours des services faisant l'objet du contrat, mais aussi sur les critères d'attribution desdits contrats.

Aussi l'efficacité de la procédure est d'abord conditionnée par la faculté de l'autorité organisatrice à définir le service qu'elle souhaite voir réalisé et à établir des critères objectifs d'attribution pour une réelle comparaison des offres. Or l'autorité effectue pareil exercice avec une plus grande précision et une meilleure pertinence à l'aune des résultats des consultations évoquées précédemment. L'échange entre les parties trouve ici tout son sens. La définition claire et précise des OSP qui en résulte est indispensable à la concurrence effective pour le marché.

Dans le cas contraire, si la transparence du contenu contractuel est insuffisante lors de la procédure, celle-ci peut conduire à des choix déviants. Dans son avis portant sur la nouvelle desserte maritime entre la Corse et le continent, l'autorité française de la concurrence note ainsi que peut notamment être investi « le candidat qui est le plus conscient des vides

<sup>354</sup> COM(2000/C 121/02), COM(2005) 569, COM(2007) 6661 et COM(2011) 897.

<sup>355</sup> COM(2006/C 179/02).

contractuels qu'il pourrait exploiter, alors même qu'il n'est peut-être pas le candidat le plus efficace »<sup>356</sup>. Participant de la même dialectique de concurrence pour le marché, la suppression des barrières à l'entrée de la procédure est un autre prérequis substantiel indispensable.

Là encore, si des obstacles subsistent, les effets désirés en termes de prix ou de coût du service, et d'incitation à l'efficacité et à l'innovation ne seraient pas présents. En ce sens, l'insuffisante qualité de la procédure publique menée ou encore le coût de préparation d'une offre peuvent dissuader les candidats. Un délai trop court entre le lancement de la consultation et la date limite de dépôt des plis peut également minorer l'accès au marché. Enfin, la barrière linguistique, non neutre, est à prendre en compte quant à l'entrée des concurrents étrangers.

Une autre forme de barrière cette fois-ci extrinsèque tient à l'inégalité des opérateurs se portant candidat lors du renouvellement du contrat support des OSP. Lors de ce renouvellement, en effet, le manque de parité entre les candidatures se traduit par un net avantage au sortant annihilant l'ouverture de la procédure. La remarque est d'autant plus probante dans l'hypothèse dans laquelle le périmètre du service public est défini de telle sorte que seul un opérateur disposant d'un tel équipement ou d'une telle flotte puisse servir le marché.

De façon générale, la concurrence est un élément diffus constituant un enjeu décisif pour tous les domaines quels qu'ils soient. Tel est particulièrement le cas dans les secteurs comme le transport ou l'énergie qui exigent des investissements très lourds dans des actifs dont la durée de vie est importante. L'absence de libre jeu économique devient alors d'autant plus délicate. La carence concurrentielle renvoie plus globalement à la question de l'égal accès des entreprises à l'information, centrale dans une optique de performance de l'action publique.

Or ces informations peuvent être de nature diverse sur le segment économique. Il y a bien sûr d'emblée les informations dont dispose un opérateur actif du seul fait de sa position d'investisseur privé sur le marché appréhendé. En matière de très haut débit par exemple, la connaissance précise des zones et des conditions techniques de déploiement avec une rentabilité constitue un avantage non neutre pour répondre à une consultation publique visant des territoires complémentaires.

Ensuite, un opérateur déjà partenaire d'une collectivité locale pour un réseau d'initiative publique peut disposer d'informations sur les besoins locaux constituant un avantage là encore. De la même façon, en matière de transport, les spécificités et la composition de la flotte de l'opérateur déjà en place lui donnent une avance indéniable dans la soumission d'une offre. Enfin, l'opérateur historique a les informations sur ses infrastructures existantes qui peuvent faciliter le déploiement de nouveaux réseaux et l'avantager dans les procédures publiques.

Eu égard à ces hypothèses d'informations dissociatives rompant l'égalité entre candidats à l'adjudication des OSP, les acteurs publics doivent dans leur propre intérêt rendre disponible toute information utile en amont des mises en concurrence. En d'autres termes, la performance de l'intervention publique guidée par le processus de contractualisation établie et analysée dans les développements précédents n'est possible qu'à cette condition axiologique. Plus précisément, l'information doit être fournie à tous les opérateurs potentiellement intéressés avec un même degré de détail, et dans les mêmes délais.

Aussi, à cette fin, est-il impératif que les opérateurs historiques, intégrés et même sortants, disposant des informations stratégiques, à tout le moins conditionnant la procédure, la communiquent aux autorités organisatrices en amont du lancement de la consultation publique. Le cas échéant, les moyens dont disposent les collectivités locales pour recueillir ces

---

<sup>356</sup> Avis n° 12-A-05 du 17 février 2012, point 93.

éléments peuvent toutefois se révéler insuffisants. Alors, c'est au régulateur sectoriel qu'il appartient de prendre le relais. Ce dernier doit en effet, à partir de ses pouvoirs de régulation ex ante, imposer aux opérateurs détenant les données indispensables de les rendre disponibles aux autorités et aux concurrents.

Plus concrètement, l'allotissement géographique peut permettre à l'autorité organisatrice d'éviter cet écueil informationnel. La fragmentation d'un réseau peut être une autre solution. Elle permet au surplus à la personne publique de procéder à une analogie des performances des opérateurs exploitant chacun des lots définis et attribués. Or il s'agit là d'un moyen intéressant d'obtenir des informations et, partant, de développer un outil puissant de réglementation. Il convient alors pour l'autorité d'organiser, en complément de l'allotissement réalisé en amont, un processus de suivi des performances des entreprises.

Il en résulte que, par ces éléments pluriels, l'autorité peut minorer l'incertitude entourant la procédure d'attribution qu'elle met en œuvre en faisant mieux circuler l'information auprès des opérateurs potentiellement candidats. Ainsi qu'il l'a été vu, il existe toutefois des cas dans lesquels elle est malaisée et privilégiée, ouvrant alors la voie aux recours des concurrents.

#### B – L'aléa procédural corrigé par des recours effectifs

Lorsque la certitude informationnelle du cadre procédural des OSP n'est pas présente, à tout le moins au degré espéré, les opérateurs considérant avoir été évincés ou lésés vont pouvoir introduire des recours et contester les décisions prises par les autorités. En effet, les juges nationaux, juges européens de droit commun, vont pouvoir examiner les procédures d'attribution des OSP. Ils veillent au respect des principes constitutionnels de la commande publique, et plus spécifiquement l'égalité d'accès à celle-ci et la transparence des procédures.

D'un point de vue pratique, la première situation est celle dans laquelle l'autorité a choisi comme cadre de financement un contrat soumis aux directives 2004/18 ou 2004/17. La directive « recours »<sup>357</sup>, au champ d'application limité à ces deux directives relatives aux marchés, trouve alors à s'appliquer. En outre, elle concerne aussi les concessions mais uniquement celles de travaux. Son bénéfice reste néanmoins toujours possible pour les concessions de service eu égard aux transpositions nationales comme c'est le cas en France. Il convient toutefois de préciser que la récente proposition de directive dédiée à ces contrats prévoit justement une extension de ces procédures de recours à toutes les concessions supérieures aux seuils<sup>358</sup>.

Complétant les voies juridictionnelles possibles en commande publique, des recours sont également ouverts dans l'hypothèse des contrats de service public. Le règlement du 23 octobre 2007 relatif aux transports publics de voyageurs procède à un apport non neutre en la matière. Soulignant à nouveau la parenté réelle existante entre les modalités de passation des marchés et des contrats de service public, il intègre en effet un nouvel élément corroborant ce constat après l'avis de préinformation évoqué précédemment.

Entre commande publique et droit des aides d'État, le règlement prévoit ainsi la garantie d'un droit à un recours juridictionnel effectif. Participant de l'objectif d'une systématisation des contrats de service public, le mécanisme devrait également être étendu. S'agissant en premier lieu des recours possibles, les États membres doivent offrir aux candidats lésés dans

---

<sup>357</sup> Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

<sup>358</sup> COM(2011) 897 final, titre 5, art. 44 et s.

l'attribution des contrats de service public, à l'instar de ce que prévoit la directive « recours », une voie de droit efficace pour contester le choix de l'autorité organisatrice<sup>359</sup>.

Cette action peut être réalisée devant une juridiction ou un organe indépendant<sup>360</sup>. Elle doit permettre en tout état de cause au requérant de faire utilement contrôler toutes les décisions des autorités relatives à l'attribution des contrats de service public. L'autoproduction choisie pourra ainsi être contestée, l'attribution directe du fait du seuil *de minimis* déjà abordé, ou même la prorogation pour urgence aussi. L'exclusion du transport par chemin de fer pourra également faire l'objet d'un recours. Inspiré du droit de la commande publique, cet apport du règlement 1370/2007 en matière de transports est véritablement majeur.

Son éclairage souligne en cela l'inévitable conséquence d'une généralisation du contrat de service public. En effet, elle postule alors l'extension mécanique du champ, si ce n'est du texte même, sinon des grands principes qui le structurent, de la directive « recours ». Ces derniers sont itérativement réaffirmés par la communication de juin 2006 déjà évoquée. Le texte rappelle notamment que ce sont les États qui édictent « les règles et les procédures nécessaires pour garantir une protection juridictionnelle effective »<sup>361</sup>. Pour y parvenir, les décisions faisant grief à un opérateur ayant eu un intérêt à obtenir le contrat, telle que la décision l'éliminant, doivent lui être communiquées et notamment les motifs de ces décisions<sup>362</sup>.

Complétant sa démarche évaluative, le règlement d'octobre 2007 élabore de plus un double contrôle *ex post* sur les financements alloués à partir des contrats de service public. Par la même logique que les règlements d'exemption, le texte impose ainsi aux autorités de répondre aux questions de la Commission et de produire annuellement un rapport public. Il s'agit ici de permettre à l'institution, aux concurrents et aux usagers de vérifier la qualité du service public. L'importante logique d'évaluation qui l'avait pourtant initié réapparaît donc au terme du processus. Puissant instrument d'intégration européenne et de conjonction des ordres nationaux, la publicité et les voies de droit témoignent de l'influence de cette évaluation.

---

<sup>359</sup> Règlement CE n° 1370/2007, art. 5, point 7.

<sup>360</sup> Dans cette hypothèse, il est néanmoins possible de faire appel de cette décision devant une juridiction.

<sup>361</sup> COM(2006/C 179/02), point 2.3.

<sup>362</sup> CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur*, aff. C-46/93 et C-48/93, point 83.



## CONCLUSION

En imposant aux autorités de définir à l'avance leurs OSP et leurs financements, le droit de l'Union européenne favorise la contractualisation avec les entreprises privées. Ce constat traduit la préférence européenne pour la gestion déléguée et souligne une double démarche.

Le recours à l'outil contractuel vise d'une part à établir un lien étroit et constructif entre des acteurs qui auparavant n'entretenaient pas nécessairement de relations. D'autre part, pour un plus grand dynamisme économique, la contractualisation entend permettre la conclusion de nouveaux contrats se substituant aux relations antérieures contractuelles ou non. À cet égard, la démarche implique le renforcement et l'adaptation des relations contractuelles existantes. Plus encore, dans son contenu, l'utilisation du support contractuel consacre et associe deux étapes majeures dans la mise en œuvre concrète de l'intervention publique.

Dans nos développements, il a d'abord été vu une consolidation et une forte précision de la définition du financement des OSP dans le contenu du contrat. Ce renouveau des paramètres économiques caractérise l'existence et l'importance actuelle d'un véritable calcul économique public. Dans le même mouvement, par la recherche de l'optimalité dans l'action publique, les institutions modifient la définition classique de l'outil contractuel. Par l'esquisse d'un régime pour les concessions, le recours renforcé et précisé au contrat pour les transports et, enfin, le développement du mandat, le droit de l'Union lie en effet l'action unilatérale postulée par les OSP et l'action contractuelle exigée pour la performance publique. Il en résulte la prééminence du contrôle public sur la seule unilatéralité de l'investissement publique.

Par ces éléments, le SIEG devient un élément central des différentes politiques communes menées par l'Union européenne. Il doit être assuré à la fois pour garantir l'efficacité des interventions publiques réalisées et, en même temps, pour satisfaire les attentes des usagers consommateurs. Le service public devient ainsi une clef essentielle de l'intégration durable et performante des marchés. Ce constat trouve une illustration symptomatique dans l'Acte pour le marché unique de 2012. Celui-ci prévoit en effet parmi ses leviers de stimulation pour l'espace économique commun la rénovation du cadre dévolu aux SIEG.

À cet égard, la réévaluation des services publics en Europe apparaît comme le produit du processus de libéralisation de différents segments économiques. Paradoxalement, l'ouverture de ces marchés à la concurrence a participé de la régénération du concept européen de service public bien plus qu'à en détruire la raison d'être. Aussi le droit de l'Union aide-t-il en réalité à repenser la notion de service public<sup>363</sup>. Évoquée dans les développements précédents, la politique sectorielle des transports en est un exemple intéressant. Peut-être réalise-t-on enfin par ce biais l'équilibre que le Professeur Kovar appelait de ses vœux il y a maintenant quinze ans, « entre la satisfaction des besoins collectifs d'une société solidaire et l'efficacité du marché [qui] mérite d'être érigé au rang d'un des principes fondamentaux s'imposant aux États membres comme à la Communauté »<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> C. Ribot, « Délégation de service public et droit du marché », *Contrats et marchés publics*, n° spécial « 10 ans de délégation de service public », mai 2003, p. 17.

<sup>364</sup> R. Kovar, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE* 1996. 216 et spéc. p. 533.

Le droit de l'Union produit des solutions et des éléments mettant en exergue une redéfinition du service public. Toutefois, le contenu même de ce service demeure conditionné par une détermination des États difficilement dépassable et évoluant selon ces derniers. Or « il est nécessaire d'adopter une attitude pro-active vis-à-vis des SIEG, qui intègre l'approche fondée sur le marché unique mais aille également au-delà »<sup>365</sup>. Aussi, afin de permettre ce dynamisme et garantir une cohérence d'ensemble de la notion de SIEG et son fonctionnement dans l'Union, une direction générale qui leur serait dédiée pourrait-elle être créée au sein de la Commission européenne.

Son architecture serait alors nécessairement transversale afin d'agir dans les différents domaines de compétence de l'Union dans lesquels une action publique d'intérêt économique est présente. Mais, ici plus qu'ailleurs, dans ce domaine sensible qu'est le service public, l'incertitude est de mise. Une seule chose pourrait alors rompre ou freiner la lourde tendance : l'absence de consensus politique qui guide la matière. Nous sommes alors tentés de suivre le conseil de Benjamin Constant qui, en son temps, écrivait : « Ne soyez ni obstinés dans le maintien de ce qui s'écroule, ni trop pressés dans l'établissement de ce qui semble s'annoncer »<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> C. Ribot, préc.

<sup>366</sup> B. Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, 1814.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages et manuels

BLUMANN C., DUBOUIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 2012, 752 p.

CHEVALLIER, J., *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2008, Droit et Société, 232 p.

FORTIN Y. (Dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999, 423 p.

GUGLIELMI G.-J., KOUBI G., DUMONT G., *Droit du service public*, Montchrestien, Paris, 2011, 760 p.

HENAFF G., *Concurrence et services publics : enjeux et perspectives*, Presses universitaires de Rennes, 2002, 350 p.

RICHER L., *L'Europe des marchés publics : marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, Droit des Affaires, 400 p.

SIMON D., KOVAR R. (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de Strasbourg des 17-19 octobre 1996, CEDECE, Doc. fr., 1998, Paris, 2 tomes.

### Thèses et mémoires

BERNARD S., *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, thèse Grenoble II, Paris, LGDJ, 2001, 426 p.

COSSALTER P., *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, thèse Université Paris II Panthéon-Assas, LGDJ, 2007, 878 p.

DURVIAUX A.-L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire - Analyse critique d'un système*, thèse Université de Liège, Larcier, 2006, 612 p.

RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, thèse Université Paris I Panthéon Sorbonne, 1999.

### Articles de revues

BASILLEN-GAINCHE M.-L., « *La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz : une reconfiguration des obligations de service public* », AJDA 2007. 74.

BELLOUBET-FRIER N., « *Service public et droit communautaire* », AJDA 1994. 281.

BRACQ S., « *Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente* », RTDE 2004. 33.

BRACQ S., « *Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ?* », RTDE 2011. 517.

GRARD L., « *Service public du rail et de la route : six ans pour un règlement* », RDT n° 3, mars 2008, comm.26.

KARPENSCHIF M., « *Qu'est-ce qu'une compensation d'obligation de service public ?* », LPA 30 mars 2004, n° 64, p. 4.

KARPENSCHIF M., « *Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ?* », CJEG/RJEP 2006. 43.

KARPENSCHIF M., « *Vers une définition communautaire du service public ?* », RFDA 2008. 48.

KARPENSCHIF M., « *Contrats de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ?* », JCP A, 18 février 2008, n° 8, 2038.

KARPENSCHIF M., « *Le financement des obligations de service public : vers une généralisation des contrats de service public ?* », BJCP juillet 2008, n° 59, p. 234.

KARPENSCHIF M., « *Collectivités territoriales, télévision locale et droit de la concurrence : terra incognita... non hostilis !* », JCP A, 29 août 2011, n° 35, 2278.

KARPENSCHIF M., « *Du paquet Monti/Kroes au paquet Almunia : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ?* », JCP A, 9 janvier 2012, n° 1, 2006.

KARPENSCHIF M., MIDOL-MONNET L., « *Le programme national « Très Haut Débit - Volet B » : nouvelles responsabilités et nouveaux pouvoirs pour les collectivités territoriales en matière d'aménagement numérique* », JCP A, 20 février 2012, n° 7, 2056.

KOVAR R., « *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie et pensée laïcisée* », RTDE 1996, p. 215 s. et 493 s.

LICHERE F., « *L'évolution du droit des concessions en droit communautaire* », Sciences Po, MADP, janvier 2008.

MATTERA A., « *Communication interprétative de la Commission sur les concessions d'utilité publique* », RDUE 2000. 253.

MEROLA M., MEDINA C., « *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics* », CDE 2003. 639.

MODERNE F., « *Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? (à propos des rapports entre initiative économique publique et initiative économique privée dans les États européens)* », RFDA 2001. 563.

MONTI M., « *Libéralisation des services publics et croissance économique dans l'Union européenne* », RDUE 2002. 245.

PERROT A., WACHSMANN A., FLOCHEL L., « *Les gains d'efficacité et les arguments pro-concurrentiels en matière de concentration et de pratiques unilatérales* », Droit et économie, Concurrences N° 2-2010.

RIBOT C., « *Délégation de service public et droit du marché* », Contrats et marchés publics, n° spécial « *10 ans de délégation de service public* », mai 2003.

RITLENG D., « *Financement du service public et aides d'Etat* », AJDA 2004. 1011.

RITLENG D., « *Le financement du service public face au droit communautaire* », AJDA 2004. 1012.

RODRIGUES S., « *Services publics et droit communautaire en 2001 : de la régulation à l'évaluation ?* », Europe, mai 2002, p. 5-8.

RODRIGUES S., « *Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire* », AJDA 2006. 88.

ROJANSKI V., « *L'Union européenne et les services d'intérêt général* », RDUE 2002. 253.

THIEFFRY P., « *Compensation des charges de service public : les contradictions du paquet Almunia* », AJDA 2012. 300.

TRIANAFYLLOU D., « *L'encadrement communautaire du financement du service public* », RTDE 1999. 21.

TRUCHET D., « *Renoncer à l'expression service public* », AJDA 2008. 553.

VIEU P., « *A propos de l'intégration de l'Europe des transports - Observations sur l'interprétation et l'application de la norme européenne : le cas du règlement OSP* », RTDE 2010. 297.

ZIANI S., « *Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué* », Dr. adm. 2011, étude 10.

## TEXTES EUROPÉENS

### Directives

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 codifiée dans la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

Directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2011 sur l'attribution de contrats de concession – COM(2011) 897 final.

### Règlements

Règlement CEE n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

Règlement CE n° 1107/70 du 4 juin 1970 relatifs à l'action des États membres en matière d'obligations de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

Règlement CEE n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

Règlement CEE n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires.

Règlement CEE n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation de services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres.

Règlement CE 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements CEE n° 1191/69 et CEE n° 1107/70 du Conseil.

Règlement CE n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie).

Règlement CE n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

Règlement CE n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement CE n° 1775/2005.

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.

### **Lignes directrices**

Lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit – 30 septembre 2009 – COM(2009/C 235/04).

Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale – 14 janvier 2011 – COM(2011/C 11/01).

### **Paquets SIEG**

#### ▪ Corpus de 2005

Décision 2005/842 CE de la Commission du 28 novembre 2005, concernant l'application de l'article 86 § 2 TCE aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un SIEG.

Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public du 29 novembre 2005 – COM(2005/C 297/04).

Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 codifiée dans la directive 2006/111/CE préc.

#### ▪ Corpus de 2011

Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'UE en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de SIEG – COM(2012/C 8/02).

Décision 2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106 § 2, du TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG.

Encadrement de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public – COM(2012/C 8/03).

### **Autres communications**

Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe – 11 septembre 1996 – COM(96)443.

Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe – 20 septembre 2000 – COM(2000)580.

Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire – 29 avril 2000 – COM(2000/C 121/02).

Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003 – COM(2003)270 final.

Livre vert sur les partenariats publics/privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 30 avril 2004 – COM (2004)327 final.

Livre blanc sur les services d'intérêt général, Bruxelles, 12 mai 2004 – COM(2004) 374 final.

Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics – 1<sup>er</sup> août 2006 – COM(2006/C 179/02).

## JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

TPICE, 27 février 1997, *FFSA*, aff. T-106/95, Rec. II-229.

TPICE, 10 mai 2000, *SIC*, aff. T-46/97, Rec. II-2125.

TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmaend dite Combust*, aff. T-157/01, Rec. II-917.

TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen*, aff. T-349/03, Rec. II-2197.

TPICE, 18 février 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA)*, aff. T-289/03, Rec. II-00081.

TPICE, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Deutsche Post AG c/ Commission*, aff. T-266/02, Rec. II-01233.

TPICE, 22 octobre 2008, *TV2/Danmark*, aff. jointes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, Rec. II-2935.

TPICE, 6 octobre 2009, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-21/06, Rec. II-197.

TPICE, 6 octobre 2009, *FAB Fernsehen aus Berlin GmbH*, aff. T-8/06, Rec. II-196.

TUE, 1<sup>er</sup> juillet 2010, *M6/TF1*, aff. jointes T-568/08 et T-573/08, Rec. II-3397.

TUE, 16 décembre 2010, *Pays-Bas et NOS c/ Commission*, aff. jointes T-231/06 et T-237/06, non encore publié au Recueil.

## JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- CJCE, 21 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. 127/73, Rec. 313.
- CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera internacional*, aff. C-331/92, Rec. I-1329.
- CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, aff. C-266/96, Rec. I-3949.
- CJCE, 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy*, aff. C-412/96, Rec. I-05141.
- CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, Rec. I-8121.
- CJCE, 23 mai 2000, *FFAD*, aff. C-209/98, Rec. I-3743.
- CJCE, 22 juin 2000, *République française c/ Commission*, aff. C-332/98, Rec. I-4883.
- CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, Rec. I-10745.
- CJCE, 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)*, aff. C-205/99, Rec. I-1271.
- CJCE, 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, Rec. I-2099.
- CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00, Rec. I-9067.
- CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission (Stardust Marine)*, aff. C-482/99, Rec. I-4397.
- CJCE, 3 juillet 2003, *Chronopost c/Ufex*, aff. jtes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, Rec. I-6993.
- CJCE 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, Rec. I-7747.
- CJCE, 20 novembre 2003, *Gemo SA*, aff. C-126/01, Rec. I-13769.
- CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, Rec. I-1.
- CJCE, 10 mai 2005, *République italienne c/ Commission*, aff. C-400/99, Rec. I-7303.
- CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. I-8585.
- CJCE, 9 mars 2006, *Commission c/Espagne*, aff. C-323/03, Rec. I-2161.
- CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Doltori Commercialisti*, aff. C-451/03, Rec. I-2941.
- CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord EV*, aff. C-206/06, Rec. I-5497.
- CJUE, 4 juin 2009, *Salix*, aff. C-102/08, Rec. I-4629.
- CJCE 11 juin 2009, *Hans & Christophoms*, aff. C-300/07, Rec. I-4779.
- CJCE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, Rec. I-8377.
- CJUE, 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-140/09, Rec. I-5243.
- CJCE, 2 septembre 2010, *Deutsche Post AG c/ Commission*, aff. C-399/08 P.
- CJUE, 22 décembre 2010, *Yellow Cab*, aff. C-338/09, NEPR.
- CJUE, 10 mars 2011, *Stadler*, aff. C-274/09, NEPR.
- CJUE, 17 mars 2011, *Naftiliaki Etaireia Thasou AE et Amaltheia I Naftiki Etaireia*, quest. préjud., aff. jointes C-128/10 et C-129/10, NEPR.
- CJUE, 15 septembre 2011, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-544/09 P, NEPR.

## DÉCISIONS DE LA COMMISSION

- Décision n° 382/2004 du 03 mai 2005 – Réseau THD DORSAL de la région Limousin.
- Décision n° 531/2005 du 21 décembre 2005 – Compensation de SIEG à La Poste.
- Décision n° 35/2005 du 19 juillet 2006 – Réseau THD de la ville d’Appingedam.
- Décision n° 8/2005 du 4 octobre 2006 – Réduction de main d’œuvre de l’opérateur de radiodiffusion RTVE.
- Décision n° 539/2007 du 23 avril 2007 – OSP en matière de transport aérien vers la Sardaigne.
- Décision n° 553/2007 du 24 avril 2007 – OSP en matière de transport aérien vers la Sicile.
- Décision n° E3/2007 du 24 avril 2007 – Compensation de SIEG à la chaîne de radiodiffusion publique ARD/ZDF en Allemagne.
- Décision n° 562/2006 du 25 avril 2007 – Concessions de sociétés d’autoroutes du Tunnel du Montblanc (ATMB) et du Tunnel Maurice Lemaire.
- Décision n° 890/2006 du 10 juillet 2007 – Réseau THD du Sicoval.
- Décision n° 47/2007 du 23 octobre 2007 – Contrat de service public entre la *Deutsche Bahn Regio* et les *Länder* de Berlin et Brandebourg.
- Décision n° 130/2008 du 31 janvier 2008 – Compensation de SIEG à la chaîne de radiodiffusion publique ORF en Autriche.
- Décision n° 325/2009 du 26 novembre 2008 – Compensations de SIEG aux Compagnies d’autobus de Moravie du sud.
- Décision n° 845/2009 du 26 novembre 2008 – Compensation de SIEG de l’Autriche pour la compagnie de transport Postbus.
- Décision n° 8/2009 du 2 juillet 2009 – Sieg et zones naturelles protégées en Allemagne.
- Décision n° 331/2008 du 30 septembre 2009 – Réseau THD du département des Hauts-de-Seine.
- Décision n° 206/2009 du 24 octobre 2009 – Compensation de SIEG aux opérateurs de transports pour l’arrondissement d’Anhalt Bitterfeld.
- Décision n° 115/2008 du 27 octobre 2009 – Schéma numérique national de l’Irlande.
- Décision n° 54/2009 du 28 octobre 2009 – Financement des hôpitaux publics de Bruxelles.
- Décision n° 642/2009 du 15 décembre 2009 – Sieg en matière de logement social aux Pays-Bas.
- Décision n° 3/2011 du 24 février 2010 – Contrat de service public entre le ministère des transports danois et *Danske Statsbaner*.
- Décision n° 330/2010 du 19 octobre 2011 – Volet second du programme national français pour le THD.
- Décisions n° 45/2012 (MEMO/36/12, MEMO/37/12) du 25 janvier 2012 – Compensation de SIEG de services postaux en France, en Allemagne et Belgique.

## AVIS DE L'AUTORITÉ FRANÇAISE DE LA CONCURRENCE

Avis n° 12-A-02 du 17 janvier 2012 relatif à une demande d'avis de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat concernant le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit.

Avis n° 12-A-05 du 17 février 2012 relatif au transport maritime entre la Corse et le continent.

## TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	11
INTRODUCTION	13
PREMIÈRE PARTIE LA STANDARDISATION MATÉRIELLE DE L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DES SIEG	25
CHAPITRE 1 – LA STABILISATION DE LA CONCEPTION ÉCONOMIQUE DES OSP	25
SECTION 1 – L'OUTIL CONTRACTUEL COMME CLEF D'UNE DÉFINITION ÉCONOMIQUE PLURIELLE	25
§ 1 – L'adéquation incertaine entre conception économique et qualification juridique du financement des OSP	26
A – La conception économique plurielle du financement	26
B – La qualification dogmatique inadaptée du financement	28
§ 2 – La redéfinition difficile du financement des OSP entre pragmatisme et confusion dans la qualification	29
A – Le pragmatisme insatisfaisant des juges de l'Union Européenne	30
B – La stabilité du contrat face au maelström qualificatif	31
SECTION 2 – L'OUTIL CONTRACTUEL COMME CLEF D'UN CONTEXTE ÉCONOMIQUE CONCURRENTIEL	34
§ 1 – L'insuffisance du marché : un facteur de légitimité consacré pour une intervention publique graduée	34
A – La défaillance du marché en tant que préalable absolu à l'action publique	34
B – La défaillance du marché en tant que guide analytique de l'action publique	36
§ 2 – L'impact sur le marché : deux formes de conséquences pour une incitation publique nuancée	38
A – L'incitation concurrentielle positive pour une plus grande ouverture du marché	39
B – L'incitation concurrentielle négative pour une plus grande protection du marché	40
CHAPITRE 2 – LA PROGRESSION DE LA PRÉCISION ÉCONOMIQUE DES OSP	43
SECTION 1 – L'IMPORTANCE DE LA DÉFINITION DES PARAMÈTRES POUR UNE PERTINENTE FORMULE ÉCONOMIQUE	43
§ 1 – Les paramètres du calcul comme moteur des deux fondements comptables du financement	43
A – L'établissement de paramètres de calcul objectifs et transparents	43
B – La présence comptable des coûts et des recettes	45
§ 2 – L'équation du calcul comme clef d'une absence de surcompensation	47
A – La généralisation de la formule du coût net évité	47
B – L'adaptabilité du résultat de la non-surcompensation	49
SECTION 2 – LA TRANSFORMATION PROGRESSIVE DU CONTRÔLE DE SURCOMPENSATION EN UN CONTRÔLE D'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE	51
§ 1 – La modélisation des conditions de rémunération de l'opérateur	51
A – La perception encadrée d'un bénéfice raisonnable par l'opérateur	51
B – La conception délicate d'un opérateur moyen bien géré par l'autorité	53
§ 2 – L'importance du critère d'efficacité pour la bonne gestion du service	54
A – Le refus initial d'un contrôle de bonne gestion par le biais de l'efficacité	55
B – L'unité de l'analyse économique européenne par le critère d'efficacité	57
DEUXIÈME PARTIE LA GÉNÉRALISATION FONCTIONNELLE DE L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DES SIEG	61
CHAPITRE 1 – LA PERFORMANCE DES SUPPORTS DE FINANCEMENT	61
SECTION 1 – L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE D'ENCADREMENT DES OSP	61
§ 1 – Le mandatement comme support de garanties économiques au service d'un renouvellement des relations entre acteurs	62
A – Une importante prévisibilité économique pour une unilatéralité dépassée	62
B – Une importante marge d'action des États membres pour une subsidiarité renouvelée	65
§ 2 – Le contrat de service public comme vecteur d'externalités performantes entre acteurs	67
A – Une complémentarité des instruments pour un financement optimisé	68
B – Une rentabilité inhérente au contrat pour un financement ajusté	70
SECTION 2 – L'EXISTENCE DE CADRES CONTRACTUELS D'ENCADREMENT DES OSP	72
§ 1 – Une contractualisation structurelle du financement : le secteur des transports comme laboratoire des services publics en Europe	72
A – Une contractualisation novatrice et exemplaire pour un financement stabilisé	72

B – Une contractualisation consacrée et élargie pour un financement affiné _____	74
§ 2 – Une contractualisation partenariale du financement : l'émergence contemporaine d'un régime de concession en Europe _____	76
A – La réapparition de formules contractuelles partenariales _____	77
B – Les discrètes perspectives d'une voie contractuelle partenariale _____	78
CHAPITRE 2 – L'OPTIMISATION DES PROCESSUS DE FINANCEMENT _____	81
SECTION 1 – LE POIDS DE LA DONNÉE QUALITATIVE DANS LE CHOIX DE L'OPÉRATEUR INVESTI _____	81
§ 1 – La transparence du choix du cocontractant pour une évolution de l'objectif procédural _____	81
A – Le principe de dévolution dans le cadre général de la procédure de marché public _____	81
B – L'évolution de l'objectif de moindre coût pour l'autorité publique _____	83
§ 2 – L'adaptation procédurale dans le cadre du contrat de service public _____	85
A – Une mise en concurrence encadrée mais partiellement intégrée _____	85
B – Les exemptions possibles pour une plus grande adaptation _____	87
SECTION 2 – LA CIRCULATION DES INFORMATIONS POUR UN CADRE PROCÉDURAL SÉCURISÉ _____	89
§ 1 – L'exigence d'une consultation des opérateurs comme fondement de la publicité des OSP _____	89
A – La prévisibilité territoriale pour une rationalisation des investissements _____	89
B – La publicité publique pour une circulation des informations _____	90
§ 2 – La certitude des informations comme garantie pour de solides voies de recours _____	92
A – L'aléa procédural dépassé par la circulation des données pertinentes _____	92
B – L'aléa procédural corrigé par des recours effectifs _____	94
CONCLUSION _____	97
BIBLIOGRAPHIE _____	99
TEXTES EUROPÉENS _____	102
JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE _____	105
JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES _____	106
AVIS DE L'AUTORITÉ FRANÇAISE DE LA CONCURRENCE _____	108
TABLE DES MATIÈRES _____	109

**Directrice de publication** : Frédérique Ferrand, Professeure des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

**Responsable d'édition** : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC  
**Université Jean Moulin-Lyon 3 – Faculté de Droit**

**Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185**

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251 – **Fax** : ++ 00 / 33 478 787 466

**Courriel** : [ediec@univ-lyon3.fr](mailto:ediec@univ-lyon3.fr) – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>

