

EXISTE-T-IL UNE CONCEPTION COMMUNAUTAIRE DE LA GESTION DÉLÉGUÉE DES SERVICES PUBLICS ?

OLIVIER RAYMUNDIE*

Tous les pays européens sont dotés de services publics qui peuvent avoir des dénominations différentes et surtout des statuts différents. Certains sont gérés par des entreprises privées, d'autres par des entreprises publiques. Les services publics des Etats membres étant issus d'évolutions politiques, économiques et sociales différentes, la notion de service public recouvre des réalités diverses selon les Etats. Cela se traduit par des obligations de service public à intensité variable. Parce qu'il faut réaliser le «grand marché intérieur», l'Europe tente actuellement d'harmoniser la notion de service public ainsi que les modes de gestion des services publics.

L'intérêt évident du droit communautaire pour le service public n'est d'ailleurs pas récent¹. Relisons un instant un passage de la conclusion de l'ouvrage de C. Bettinger² en 1979 : «A partir du moment où la notion de service public n'est pas entendue dans le sens strict qu'elle possède en droit interne français, ce qui est le cas dans la CEE, on peut craindre que, sous l'influence du droit européen, la notion de service public ne s'altère et n'altère par voie de conséquence la concession.» Ces prédictions quelque peu pessimistes se sont-elles avérées ? Il est encore trop tôt pour répondre. Toutefois, force est de constater que, depuis les années 1985, les décisions de la Commission³ et les arrêts de la Cour de justice des Communautés⁴ qui ont concerné directement les services publics

* Docteur en droit, chargé d'enseignement à la faculté de droit de Rouen, consultant à Axes Management (Paris).

1. O. Raymundie, *La Gestion déléguée des services publics en France et en Europe* Éd. Moniteur, 1995, 450 pages ; «La concession de service public face au droit communautaire», ouvrage collectif, Sirey 1993, sous la direction de C. Brechon-Moulènes.

2. C. Bettinger, *La Concession de service public*, Ed. du Moniteur 1979 ; «La concession de service public à la française» et son évolution à l'épreuve du droit communautaire, *Europe des services publics locaux, quels modes de gestion pour demain GREP/UNSPIC*.

3. Décisions de la Commission «courrier rapide en Espagne», 1^{er} août 1990 p.47 JOCE, L 233, 28 août 1990, décision «courrier rapide aux Pays-Bas», 20 décembre 1989, JOCE, L 10, 12 janvier 1990.

4. CJCE, 11 avril 1989, Aff. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen E.A, Rec. 1989/4, p.803 ; CJCE, 4 mai 1988, aff. 30/87 Bodson, Rec. 1988. 2479 ; CJCE, 23 avril 1991 Höfner et Elser c/ Macrotron, aff. 41/90, Rec. 1991.4, p.1979 ; CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. 269/89, Rec. 1991.6 p.2925 ; CJCE, aff. jtes C 48/90 et 66/90, Royaume des Pays-Bas PTT Nederland NV et PTT post BV c/ Commission des CE, 12 février 1992, Bull. n°5, 1992 ; CJCE 19 mai 1993, n°C 320/91. Paul Corbeau, AJDA 1993, p. 865, note F. Hamon ; CJCE, Aff. C 393/92, 27 avril 1994, Commune d'Almelo Rec. p. 1477.

ou les activités d'intérêt général de la Communauté se sont multipliés. Il faut donc examiner quelle est la vision du droit communautaire sur le service public (première partie) et en mesurer ses effets (deuxième partie).

La conception communautaire du service public

A la vérité, le traité ne fait pas référence au «service public» mais au «service d'intérêt économique général» (article 90-2). Il est cependant arrivé à la Commission d'utiliser l'expression de «service universel⁵» qui ne semble pas fondamentalement éloignée de celle de service d'intérêt économique général. Après avoir rappelé la règle de l'assujettissement des entreprises privées comme publiques dotées de droits spéciaux ou exclusifs aux règles de concurrence, le paragraphe 2 de l'article 90 du traité dispose : *«les entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.»*

L'article 90 et le service d'intérêt économique général

L'entreprise doit avoir été «chargée» d'une mission d'intérêt économique général par un acte de puissance publique et par une autorité publique.

En vertu du principe de neutralité posé par l'article 222 du traité, des entreprises publiques comme privées en charge de la gestion de services publics peuvent revendiquer le bénéfice de l'article 90-2⁶, l'essentiel étant que l'entreprise intervienne sur le marché même si elle est dépourvue de personnalité juridique indépendante. C'est donc bien l'effet sur le marché qui est déterminant pour la Cour de justice.

La Cour vérifie que l'entreprise a été chargée d'une mission particulière c'est-à-dire que cette tâche lui a été confiée par un acte de puissance publique : «peut relever de cette dernière disposition [l'article 90-2] une entreprise qui, jouissant de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement «chargée» et entretenant à cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics, assure le débouché le plus important de l'Etat intéressé pour le trafic fluvial.»⁷ La Cour vérifie donc que l'entreprise a été investie d'une mission d'intérêt général par un acte administratif, un contrat de

5. M. Debène, O. Raymundie, «Le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification», ouvrage collectif, ECONOMICA, à paraître, 1996.

6. CJCE, 21 mars 1974 BRT c/ SABAM aff 127/73 Rec 1974 p. 313.

7. CJCE, 14 juillet 1971, Ministère public luxembourgeois contre Madeleine Muller, veuve JP Hein et autres. «Port de merlet», aff. 10-71, Rec. p 723, concl M. Dutheillet ; CJCE, 21 mars 1974, BRT c/ Sabam prec ; Décision de la Commission, 10 décembre 1982 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la CEE, IV 29/877, «British Telecom». 82/861/CEE, JOCE, L 360/36.

service public⁸ ou tout acte de la puissance publique⁹ car, en l'absence d'une telle investiture légale ou contractuelle, l'entreprise ne générerait aucun intérêt économique général.

Il est établi que l'autorité publique (qui investit l'entreprise de la mission particulière) recouvre tout organisme qui fait partie de la personnalité de l'État. C'est ainsi que la CJCE¹⁰ considère qu'un manquement à une obligation communautaire peut être imputé à une collectivité locale (qui pourrait déléguer son service public), laquelle fait partie intégrante de l'État.

L'entreprise gère un «service d'intérêt économique général» ou un service universel

En droit public français, le service public est une activité d'intérêt général, assurée par une personne publique ou privée et soumise à un régime juridique particulier (égalité, adaptabilité, continuité...).

Le droit communautaire n'utilise pas directement l'expression de service public (sauf à l'article 77), peut-être parce qu'elle est trop directement liée au droit administratif français, mais évoque le «service d'intérêt économique général» (art 90-2) ou le service universel¹¹. C'est essentiellement la Cour de justice des Communautés qui est venue préciser cette notion, cousine germanique du service public français¹².

S'agissant du service d'intérêt économique général, il faut au préalable démontrer le caractère économique du service pour pouvoir bénéficier de la dérogation prévue par l'article 90-2. Ce point est aujourd'hui acquis en jurisprudence¹³. L'activité économique recouvre un champ très vaste et peut être définie comme toute activité durable qui consiste à produire, transformer, distribuer ou commercialiser un bien ou un service sans considérer la

8. CJCE 27 avril 1994, *Cne d'Almelo prec.* ; décision de la Commission du 17 décembre 1981, IV 29-995, *Naveva-Anseau*, JOCE, L. 167/39.

9. Encore que des investitures implicites aient déjà été reconnues par le juge. L'acte d'investiture peut laisser présumer que la mission dont s'agit, et donc les obligations imposées, relèvent du service public : «ladite mission. était (...) confiée par un acte de droit public, à savoir l'octroi de [concession] par le ministre des Affaires économiques. Il y a donc lieu de conclure que, avant comme après l'entrée en vigueur de la loi sur l'électricité de 1989, la SEP et les sociétés de production ont été chargées des services en question, Commission des CE 16 janvier 1991 «Ijssel centrale» (IJC) et autres, CJEG 1992, p. 13.

10. CJCE 18 juin 1985 aff 197/84 *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, p. 1819.

11. Déclaration de la Commission concernant la résolution du Conseil sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications 94/C 48/06 JO C 48/8 du 16 février 1994 ; Résolution du Conseil 93/C213/01 sur le réexamen de la situation de la concurrence dans le secteur des télécommunications ; Communication de la Commission au Conseil sur développement d'un service universel dans un environnement concurrentiel Com (93), 15 novembre 1993 ; Résolution du Conseil du 7 février 1994 sur les principes en matière de service dans le secteur des télécommunications 94/C48/01, JO C48/1 du 16 février 1994.

12. Pour une analyse de la genèse du service d'intérêt économique général : Rapport français du colloque de Bruxelles de 1963 Travaux de Bruxelles, «La rivista di diritto industriale», 1963, I ; Travaux de Bruges, «L'entreprise publique et la concurrence», Semaine de Bruges, De Tempel, 1968, p.23.

13. CJCE, 14 juillet 1971, *Ministère public Lux. c/Müller prec.* ; Ce point ne fait guère de doute et a été rapidement confirmé par la suite (Concl. M.Romer, aff. 82-71, *ministère public de la République italienne contre Società agricola industria latte (sail)*, 21 mars 1972, Rec p.146 ; CJCE 4 mai 1988 *Bodson*, p. ; CJCE, 5 octobre 1988 aff. 196/87 *Steymann c/ Staatssecretaris van justitie*, Rec. 1988, p.6159.

nature du bien ou du service ni la qualité ou le statut public ou privé de l'exploitant¹⁴. Sauf les activités culturelles ou à vocation sociale exclues du champ de l'article 90-2, la Cour de justice adopte une conception large de l'activité économique puisqu'un office de placement des demandeurs d'emploi à titre gratuit exerce une activité économique¹⁵.

La Cour et la Commission considèrent que le service économique d'intérêt général, outre le fait qu'il présente un intérêt majeur pour l'Etat ou pour l'intérêt général, génère des obligations, ou des charges telles que, si l'entreprise considèrerait son propre et seul intérêt commercial, elle ne les assumerait pas¹⁶. La notion est donc analysée en termes de compensation de «charges imposées par les services publics¹⁷» ou d'«obligations tarifaires» particulières¹⁸. On peut donc dire que, pour le juge communautaire, le service public, ou plus exactement le service économique d'intérêt général, est une activité commerciale classique grevée de charges particulières. C'est ainsi qu'ont été qualifiées de services d'intérêt économique général les entreprises de télécommunications¹⁹, des services postaux²⁰ («la régie des postes est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle» Corbeau prec), la fourniture d'énergie électrique²¹, le transport par chemin de fer²², des activités de pompes funèbres²³, des services de distribution d'eau²⁴...

14. CJCE, 5 octobre 1988, prec.

15. CJCE, 23 mars 1991, aff. C. 41/90 prec.

16. L'obligation d'exploiter «des lignes, qui ne sont pas rentables du point de vue commercial mais dont l'exploitation est nécessaire, pour des raisons d'intérêt général» est un indice qui revient assez souvent : CJCE, 11 avril 1989 prec ; CJCE 12 octobre 1978, Commission des CE c/ Royaume de Belgique, Rec. 1978, 8, p. 1881, Concl. M. Mayras : «si elle considèrerait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions « la mission de service public. »

17. La Cour ou la Commission ont pu successivement relever au titre «des charges indues» : la publication par la BBC d'un magazine de radiotélédiffusion qui sert «les intérêts des régions et des minorités tout en étant disponible sur le marché à un prix raisonnable». Cette diffusion est la preuve que ce magazine répond «aux exigences de la mission de service public» (Tribunal de première instance, aff T. 69/89 ; T 70/89 et 76/89 radio télévis, British broadcasting corporation, independant television c/Commission, Rec. 1991, 7.II.p.535 et p.575 ; On a pu également relever «l'obligation, de veiller au fonctionnement fiable et efficace de la distribution publique d'électricité sur le territoire national à des coûts aussi bas que possible et de manière raisonnable pour la société», ainsi que l'«obligation de livrer aux sociétés de distribution» de l'énergie, Commission des CE, 16 janvier 1991 prec.

18. Règlement relatif à l'action des Etats 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» (JOCE, n°L.156/1 du 26 juin 1969 ; communication de la Commission aux Etats membres, application de l'article 92 et 93 du Traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723 CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier, p.2 JOCE, 18 octobre 1991, C 273.

19. CJCE, 20 mars 1985 British Telecom, Rec.p.873 ; CJCE RTT C 18/88 13 décembre 1991, p. 5941.

20. Décision de la Commission «courrier rapide en Espagne», prec ; décision «courrier rapide aux Pays-Bas» prec.

21. CJCE 27 avril 1994 Cne d'Almelo prec.

Par contre ne sont pas considérées comme un service d'intérêt économique général, les activités qui «présente[nt] un intérêt économique nullement spécifique par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique.»²⁵

Le livre vert en matière de télécommunications

La notion de service universel est essentiellement liée au secteur des télécommunications et est apparue pour la première fois dans la «review» («communication du 21 octobre 1992 relative à la révision de la directive service»).

En 1992, avec le rapport sur la «situation du secteur des télécommunications», la Commission mentionne le service universel parmi les objectifs de la communauté dans le secteur des télécommunications. Elle indique que «l'existence de réseaux et de services de télécommunications transeuropéens universels performants est vitale pour la prospérité du marché unique. Un service universel, c'est à dire un réseau doté d'une couverture géographique générale et qui est mis sur demande à la disposition de tout usager ou prestataire de services dans un délai raisonnable et à des prix abordables. Et d'ajouter : «Il convient de permettre à l'ensemble des organismes de télécommunications de participer pleinement à la croissance des nouveaux marchés libéralisés».

C'est en 1993 que la commission réutilise l'expression pour expliciter la future politique de libéralisation des télécommunications en Europe : dans la communication de la Commission du 28 avril 1993 au Conseil et au Parlement européen concernant le réexamen de la situation dans le secteur des services de télécommunications²⁶, la Commission soulignait la question du maintien et du développement du service universel. En 1993, alors que s'intensifie la libéralisation des télécommunications (libéralisation de tous les services et équipements de télécommunications, à l'exception du monopole de la téléphonie vocale de base prévu pour 1998 ; accès équitable des tiers aux infrastructures prévu pour 1996...), la Commission évoque un «service

22. *Commission contre Belgique*, Rec. p. 1909.

23. CJCE, 4 mai 1988, *Bodson*, prec. Il reste que même s'il appartient aux juges nationaux d'apprécier si l'activité est une activité de service public, il peut parfois exister des divergences d'approche. Ainsi, un avocat général, à propos du service public des pompes funèbres, après avoir examiné la législation française, avait émis des doutes sur une telle qualification «pour de prétendues raisons d'hygiène, de salubrité et de décence publique», l'activité est considérée comme «un service public» (Concl. p. 2499).

24. Décision 167/39 de la Commission, «*Naveva Anseani*» prec

25. CJCE, Aff. 172/80, *Gerhard Züchner contre Bayerische Vereinsbank AG*, 14 juillet 1981, Rec. 1981-6, p. 2021 à propos d'activités bancaires ; décision Commission, 29 octobre 1981 GVL, JOCE, L. 370, 28 octobre 1981, p. 49 à propos d'une société défendant les droits des auteurs ; CJCE 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali*, Rec., p. 5889 à propos d'activités de déchargement dans les ports.

26. Communication au Conseil et au Parlement européen sur la consultation sur l'examen de la situation dans le secteur des services de télécommunications, Com (93) 159 du 28 avril 1993.

minimum donné, dont la qualité est spécifiée, pour tout utilisateur à un prix accessible».

La déclaration du 16 février 1994 précitée définit les objectifs du service universel comme la mise à la disposition de tous les utilisateurs d'un service minimum, selon une qualité définie et un prix abordable.

La notion de service universel se fonde sur trois principes généraux, à savoir l'universalité, l'égalité et la continuité.

L'universalité signifie l'accès de tous les usagers à des conditions abordables.

L'égalité des usagers garantit l'accès aux services de télécommunications indépendamment de leur situation géographique. La couverture territoriale du service requiert la possibilité d'interconnecter les réseaux publics, et dans l'avenir, d'interconnecter différents opérateurs nationaux et communautaires.

La continuité garantit une offre de service ininterrompue à une qualité définie.

Les éléments de base du service universel sont définis dans la déclaration : la fourniture du réseau de télécommunication public de base et du service de téléphonie de base, la qualité du service, la politique de tarification (orientation des tarifs vers les coûts, flexibilité). S'y ajoutent la publication d'informations sur le service, la procédure de résolution des litiges pour les utilisateurs, l'accès aux services d'urgence, la mise à disposition de téléphones à péage publics ou d'annuaires et des caractéristiques minimales pour la téléphonie vocale.

A ces éléments de base s'ajoutent des éléments supplémentaires tels la fourniture de services avancés (facturation détaillée, renvoi des appels, mise à disposition de liaisons louées...).

Au total, dans les directives en vigueur dans le secteur des télécommunications²⁷, coexistent des expressions différentes : les «obligations de service public», les «services publics de télécommunications», le «réseau universel», sans qu'apparaisse pour autant une vision d'ensemble claire.

Le livre vert sur le développement du marché unique des services postaux

«Le livre vert sur le développement du marché unique des services postaux»²⁸ définit le service postal universel par une série de critères relatifs au fonctionnement du service. Il se caractérise par le fait qu'il est fourni :

— à quiconque en fait la demande sur l'ensemble du territoire national ;

27. Directive du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, 88/301/CEE JOCE, n° L 131/73 ; directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, JOCE 24 juillet 1992 ; Directive du 29 avril 1991, sur «le rapprochement des législations des Etats membres relative aux équipements terminaux de télécommunication, incluant la reconnaissance mutuelle de leur conformité», JOCE n° L 218, du 23 mai 1991.

28. Com 91 476 final du 11 juin 1992 ; résolution 94/C48/02 du Conseil, 7 février 1994 sur le développement des services postaux communautaires JOCE n° C48, 16 février 1994.

- à un niveau qualitatif moyen ;
- à un tarif unique abordable par tous²⁹.

Pour satisfaire cette dernière caractéristique, le service postal est amené à opérer une péréquation tarifaire qui revient à déterminer les tarifs en fonction du coût moyen d'exploitation par une compensation entre les gains réalisés sur les itinéraires à coût unitaire inférieur et les déficits subis sur les itinéraires à coût unitaire plus élevé.

Tel qu'il est présenté, le service universel apparaît comme un service minimum du service public.

Au total, le concept de service universel traduit l'idée selon laquelle le service public tel que nous l'avons connu ne peut être qu'autre, même si, en l'état actuel, le service universel revêt une acception plus restrictive que le service public «à la française».

La conception communautaire des modes de gestion des services publics

Le marché des services publics en Europe

Depuis le début des années 1980 est apparue une nouvelle expression qui est celle de gestion déléguée de services publics³⁰ qui regroupe, grosso modo, plusieurs modes de gestion des services publics (concession de service public, affermage, régie intéressée, gérance). Il faut dire que le contexte juridique et économique a considérablement changé en l'espace de 10 années. A ce titre, la gestion déléguée traduit certainement une évolution de l'idée même de délégation du service public. D'abord, le passage de la concession à la gestion déléguée symbolise la modernisation (et le renouvellement) d'une technique contractuelle de gestion des services publics dans un contexte bouleversé. D'autres facteurs se sont ajoutés comme l'arrivée à maturité du processus de décentralisation, l'interdépendance et l'interpénétration des économies en Europe, donc des services publics, le rôle de l'Etat dans la fourniture des services collectifs, la pérennité des principes républicains d'égalité, de solidarité, d'intérêt général dans une économie de marché, la qualité des médiations sociales entre les autorités publiques et les acteurs sociaux, notamment les usagers..., l'avenir du service public dans l'Europe de la concurrence.

L'approfondissement de la construction européenne a également incité les autorités communautaires à une vaste refonte juridique des textes. Les

29. C'est d'ailleurs la position adoptée par la CJCE qui considère que le service postal est «un service économique d'intérêt général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle» (CJCE, 19 mai 1993, Corbeau).

30. O. Raymundie, op. cit ; JC Douence, «les contrats de délégation de service public», *Rev. Fr. Dr. adm.* 1993, p.936 ; JB Auby, et C. Maugüe, «Les contrats de délégation de service public», *JCP Ed. (G)*, 1994, n°3743, p.115.

monopoles locaux comme nationaux ont été contestés au nom des règles du marché, les droits exclusifs ou spéciaux ont été remis en cause sous réserve de leur conformité au droit communautaire, la prise en compte par l'Etat de la logique de marché a obligé les opérateurs à des devoirs d'efficacité, de transparence, de responsabilité, de concertation avec les usagers. De même, ces impératifs de concurrence ont amené les entreprises à formaliser les «obligations indues» qui pèsent sur elles (obligation de desserte du territoire en vue de respecter l'aménagement du territoire, péréquations tarifaires, nette séparation comptable entre les activités sous monopole et les activités en concurrence...). Toutes ces mesures ont directement affecté les services publics.

La qualification des modes de gestion des services publics par le droit communautaire

En principe, les qualifications formelles d'origine interne (concession, affermage, régie intéressée, gérance, mandat, marché d'entreprise de travaux publics...) ne sauraient être opposées au juge communautaire. Aussi, le droit européen ne devrait-il pas se préoccuper des modes de gestion des services publics eux-mêmes mais de leurs modalités d'exécution, donc de leurs effets sur le marché en veillant à ce qu'ils ne soient pas anticoncurrentiels ou discriminatoires. C'est ce que fait la Cour de justice lorsqu'elle vérifie que les droits spéciaux accordés à l'entreprise en charge du service public ne sont pas contraires aux règles de la concurrence³¹.

Pourtant, on peut se demander si le juge, en contrôlant le comportement des entreprises de service public, n'est pas en train de dégager une conception communautaire de la gestion des services publics de telle sorte que soient unifiées et égalisées les conditions dans lesquelles peuvent être transférés les services publics en gommant certaines «aspérités» qui pourraient apparaître comme trop nationales (comme la perception de redevances sur les usagers). Tout cela a incité la Cour à porter son contrôle plus en amont, c'est à dire au niveau de la qualification. Est-il dès lors encore possible d'affirmer que la Cour se désintéresse des notions juridiques au profit de leurs seuls effets, comme cela devrait être théoriquement le cas ? En effet, on s'aperçoit que sa jurisprudence porte sur des notions qui sont véritablement à la base de la gestion déléguée.

La jurisprudence

Dans une première affaire, des conventions spéciales avaient été passées entre le gouvernement italien et certaines sociétés pour la réalisation de programmes informatiques. La Commission invoquait à l'encontre du gouvernement les obligations découlant des articles 52 et 59 du traité. Ce dernier

31. CJCE, 18 juin 1991, ERT, *prec* ; CJCE, *aff. jtes* C 48/90 et 66/90 *prec*.

faisait valoir en retour que les activités confiées aux sociétés spécialisées constituaient l'«exercice d'une activité de service public» et que, dès lors, elle devait être exclue du jeu de la directive du 21 décembre 1976 relative aux procédures de passation des marchés publics de fournitures. Finalement, la Cour a rejeté l'existence de droits spéciaux et exclusifs en raison de l'objet de la mission confiée à ces sociétés qui ne constituait pas, selon elle, un service public : «Les fournitures d'équipements nécessaires à la réalisation d'un système informatique ainsi que la conception et la gestion de celui-ci permettent à l'administration de réaliser la mission qui lui est confiée sans constituer elles mêmes un service public...»³²

Dans une seconde affaire, la Commission a saisi le président de la Cour de justice afin qu'il ordonne la suspension du décret italien qui attribuait la concession du système automatisé du jeu du loto à un consortium à capitaux publics majoritaires italiens ainsi que la suspension de l'exécution du contrat³³. En l'espèce, il s'agissait de savoir si la concession d'un jeu constituait bien une mission de service public. La partie défenderesse faisait valoir «*que la concession du système d'automatisation du jeu du loto comporte un véritable transfert des pouvoirs publics au concessionnaire et ne peut être assimilée à un contrat de fournitures de biens et de services et que la rémunération du concessionnaire par un pourcentage des recettes serait inconciliable avec une telle assimilation*» et, qu'en conséquence, la République n'avait pas pu manquer aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive «fournitures». L'ordonnance rendue est intéressante au regard du contrôle effectué sur l'existence de la mission de service public d'une part et sur les modalités de rémunération du concessionnaire d'autre part.

Sur le premier point, la Cour répond qu'«*il convient de relever que les prestations incombant au concessionnaire du système d'automatisation du jeu du Loto ne semblent pas [...] se différencier des prestations relevant des conventions pour l'élaboration de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique en cause*». Cela démontre que le juge recherche si l'activité en question a bien été transférée pour ensuite en déduire qu'à défaut d'un tel transfert, il ne pouvait s'agir que d'un marché public de prestation de service et non d'un contrat de dévolution du service public. Pour dénier au contrat la qualification de concession, le juge s'est basé sur le fait qu'«à première vue, la responsabilité d'aucune de ces opérations n'est transférée au concessionnaire».

Le second point laisse plus perplexe car selon le juge, la rémunération du concessionnaire (consistant en un intéressement aux recettes issues de l'exploitation du système) semble à première vue sans pertinence au regard des règles du droit communautaire. On mesure alors l'écart entretenu entre le juge français et le juge communautaire.

32. CJCE C3/88, 5 décembre 1989, Rec. 1989-11, p.4035.

33. Commission des Communautés européennes contre République italienne, Ordonnance de la Cour du 31 janvier 1992, aff. C- 272/ 91 R, «concession du système d'automatisation du jeu du loto», Rec. 1992 p.457.

Les textes : l'exemple de la concession de travaux publics communautaire

Depuis la fin des années 1980, la politique de libéralisation des services publics a concerné de nombreuses activités économiques telles que les télécommunications, la distribution de l'eau potable³⁴, la distribution du gaz, de l'électricité³⁵, des chemins de fer³⁶, de l'assainissement³⁷. Au delà de ces approches sectorielles, le droit communautaire s'est intéressé à la passation des marchés publics au rang desquels figure la concession de travaux publics.

La directive «travaux» du 18 juillet 1989 régit la passation des concessions de travaux publics. Elle énonce en substance que la concession de travaux publics est un marché public à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Assurément, si le droit communautaire utilise des périphrases, il modifie au moins sur trois points la conception française de la concession de travaux publics.

Il n'est pas fait référence au concédant ou au concessionnaire mais au «pouvoir adjudicateur» et à «l'entrepreneur». Ainsi, s'agissant du pouvoir adjudicateur, le droit communautaire élargit la catégorie des personnes pouvant déléguer la gestion d'un service public. Il y a certes l'Etat, les entreprises publiques, les établissements publics à l'exception des EPIC mais il y a également les organismes dépendant financièrement des pouvoirs adjudicateurs c'est à dire des entités subventionnées directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur, qui entretiennent des relations particulières avec l'administration.

La concession de travaux publics communautaire emprunte à la fois au droit des concessions et au droit des marchés publics. En effet, l'objet du contrat de concession de travaux n'est pas défini par l'article 1 de la directive (qui donne une définition partielle de la concession), mais par renvoi à son article 1 a. qui porte sur les «marchés publics de travaux» : la concession de travaux est donc un marché public de travaux qui s'en distingue par l'élément rémunération. Il en résulte que le critère matériel du marché a été considérablement élargi puisqu'il se définit comme soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur (critère volontariste).

34. Directive n° 90/531 CEE du 17 septembre 1990 «relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications», JOCE L 297 du 29 octobre 1990.

35. Directive n° 90/377 du 29 octobre 1990 «instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité», JOCE 17 juillet 1990.

36. Directive n° 91/440 du 29 juillet 1991 «relative au développement des chemins de fer communautaires», JOCE n° L 237/5 du 24 août 1991.

37. Directive du 21 mai 1991 «relative au traitement des eaux résiduaires urbaines», n° 91/271 CEE, JOCE, 30 mai 1991.

L'entrepreneur est rémunéré par l'ouvrage qu'il a construit. En principe, le concessionnaire de travaux est rémunéré par des redevances perçues sur les usagers de l'ouvrage public. Or, le droit communautaire ne reprend pas exactement ce critère et indique que la rémunération du concessionnaire doit consister «*soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix*». En fait, le droit communautaire dissocie nettement l'objet du contrat de son mode de rémunération si bien que l'élément rémunération n'est pas à proprement parler un élément constitutif de définition de la concession. C'est simplement une relation plus ou moins directe entre la rémunération et l'exploitation de l'ouvrage qui est exigée. La lecture du droit communautaire conduit à l'alternative suivante : soit la rémunération consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage, et alors, la définition communautaire coïncide avec la définition française, soit ce droit, (c'est-à-dire le droit d'exploiter l'ouvrage), est «*assorti d'un prix* ». La seconde branche innove mais n'est pas si déroutante dès lors que le complément sous forme de prix demeure accessoire. De ce point de vue, le texte doit être approuvé car il correspond au sens de l'histoire : de plus en plus, les délégataires, notamment pour des services difficilement rentables, verront leurs rémunérations complétées et il se pourrait que le droit communautaire ne fasse qu'accélérer le processus de rémunération complémentaire.

Au terme de ce panorama trop rapide, on peut retenir essentiellement deux choses :

— le droit communautaire utilise ses propres concepts ce qui ne manque pas d'influencer le droit français des services publics : est évoqué le «service d'intérêt économique général» et non le «service public», l'intérêt à prendre en considération n'est pas national mais «communautaire», l'entreprise en charge du service public ne dispose pas de privilèges exorbitants du droit commun mais de «droits spéciaux ou exclusifs»...

— la vision communautaire du service public est essentiellement matérielle, le service d'intérêt économique général étant d'abord une activité économique soumise aux lois de la concurrence. Il en résulte que le droit communautaire a essentiellement une démarche téléologique en ce qu'il s'intéresse d'abord aux effets sur le marché de l'activité économique considérée, fût-elle une activité de service public. Dès lors, peu importe les modalités de transfert du service (contrat ou acte unilatéral), le caractère public ou privé de l'entreprise, ou le mode de rémunération du délégataire. L'attitude «constructiviste» de la Cour ne doit pas surprendre outre mesure dès lors que le droit qu'elle met en oeuvre se veut syncrétique.

L'impact du droit communautaire

Les effets du droit communautaire sur le droit des services publics sont nombreux, et, compte tenu du fait que le «droit du service public européen» est en voie de formation, il est difficile d'en apprécier encore toutes ses implications. Parmi celles-ci figure le principe de transparence dans la passation et dans l'exécution des contrats de service public. Il reste que le droit des services publics européens suscite de « grandes peurs » car il risque de modifier notre façon de concevoir le service public.

Le sort de la notion même de délégation

Le droit communautaire régleme désormais la passation :

— des concessions de travaux publics et des marchés des concessionnaires (directive du 18 juillet 1989) puisque celles-ci sont soumises à un avis de publicité dès lors que leur seuil dépasse 5 millions d'écus. Il apparaît cependant que cette réglementation, envisagée sous l'angle communautaire, n'englobe qu'imparfaitement les conventions de délégations de services publics puisque les concessions de service public ont été exclues du champ communautaire (décision du Conseil du 19 décembre 1991) ;

— des marchés des concessionnaires dans «les secteurs exclus» (directive du 17 septembre 1990) qui sont eux-mêmes soumis à des procédures de transparence. De ce point de vue, l'innovation provient davantage de la soumission des contrats des concessionnaires entreprises privées à des mesures de publicité car ces contrats ont toujours été régis par le droit privé, sauf contrats passés par des concessionnaires mandataires.

Il résulte de l'influence du droit communautaire une modification du domaine de la concession. En effet, le droit français distinguait traditionnellement entre deux catégories, celle des marchés publics et celle des concessions de service public. Les marchés publics se caractérisent par le fait qu'ils sont des moyens du service public (marchés de fournitures, de travaux et de services). Ils se caractérisent également par le fait qu'ils font l'objet du versement d'un prix par la collectivité publique alors que le concessionnaire est rémunéré par la perception de redevances perçues auprès des usagers du service public et que l'objet du contrat est d'assurer l'exécution même d'une mission de service public. Or, le droit communautaire a tendance à nous faire perdre nos points de repère car il inclut dans le champ de la réglementation des marchés publics les concessions jusque-là conclues *intuitu personae*. Il inclut également dans la catégorie marché public communautaire des contrats de droit privé (les marchés des concessionnaires personnes privées) jusque-là exclus du code des marchés publics par absence du critère organique.

La question fondamentale est donc de savoir si la concession sera «banalisée» par le droit communautaire car intégrée dans l'orbite des marchés

publics ou si, au contraire, elle sera valorisée en tant que technique originale de délégation.

Le sort du service public lui-même

Le droit communautaire emporte au moins trois effets sur le droit de services publics.

La référence à de nouveaux concepts

Compte tenu de la multiplication des textes communautaires affectant le droit des services publics, il est certain que le droit des concessions, jusque là jurisprudentiel, devient écrit. Le droit communautaire fait dorénavant référence à de nouveaux concepts (service universel, «utilité européenne», «interopérabilité des réseaux», accès des tiers aux réseaux...) ce qui conduit à dégager un corpus de règles applicables aux services publics. Il oblige par exemple à une nette séparation entre le pouvoir de réglementation et le pouvoir de d'exploitation, il distingue les infrastructures de l'utilisation des réseaux, il pose le principe de la séparation des comptabilités (traduction de la notion communautaire de l'*unbundling*) ...

Au delà des principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité auxquels il se réfère, le droit européen fait référence aux principes de concertation, de participation et d'information. Participation des usagers au bon fonctionnement des services publics, meilleure information de ceux-ci (sur les tarifs, sur les coûts...), concertation par la mise en place de procédures de résolution des litiges simplifiés.

Les tarifs doivent également être «raisonnables» et «abordables» dans tout le territoire, ce qui semble conforme au caractère social du service public. Ceux-ci doivent être orientés vers les coûts, ce qui correspond assurément à une logique d'entreprise. Il découle de cette politique une volonté de transparence financière, préoccupation constante de la Commission qui souhaite mieux individualiser les coûts non rentables des obligations de service public.

L'ouverture des services publics à la concurrence

D'une façon générale, le droit communautaire ne porte aucun jugement de valeur sur les modes de délégation ou sur les services publics. En effet, « le droit communautaire ne s'oppose pas à l'attribution d'un monopole de la télévision, pour des considérations d'intérêt public, de nature non économique ³⁸ ». Toutefois, celui-ci veille toujours à ce que l'activité de l'entreprise, fût-elle une entreprise de service public, soit conforme aux règles de la concurrence. Il veille également à ce que les droits qui lui sont conférés par la puissance publique

38. CJCE 18 juin 1991, ERT *prec.*

soient conformes aux règles de la concurrence. Cela emporte des effets sur les autorités publiques, l'entreprise délégataire et le service public.

Sur les autorités publiques

Les droits «spéciaux ou exclusifs» dont peuvent bénéficier les entreprises sont soumis à un contrôle de plus en plus sévère de la part des autorités communautaires : «si l'article 90 présuppose l'existence d'entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs, il ne s'ensuit pas nécessairement que tous les droits spéciaux ou exclusifs sont compatibles avec le Traité³⁹.» Savoir si un Etat peut soustraire certaines prestations de services à la libre concurrence «revient alors à déterminer si les restrictions à la libre prestation de services ... peuvent être justifiées par l'intérêt général». Il appartient donc à la Cour d'opérer cette «balance» entre l'intérêt général et l'atteinte à la concurrence.

Mais, en tout état de cause, le bénéfice de l'exception ne pourra en aucun cas être invoqué lorsque le développement des échanges sera affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté (art 90-2).

Sur le service public

On assiste à une recentralisation du monopole (qu'il soit national ou délégué par des autorités locales), autour de son noyau dur. En effet, le service public doit, d'après la Cour, voir sa sphère d'intervention soit restreinte, soit, à défaut, banalisée. La Cour protège ainsi les marchés connexes de concurrents actuels ou potentiels, en veillant à ce que les droits spéciaux ou exclusifs conférés ne soient pas utilisés à d'autres fins que la seule mission de service public dans les marchés connexes du concessionnaire⁴⁰. En effet, la Cour considère que le gestionnaire qui bénéficie d'une position dominante sur son marché «naturel» (géographique et de produits) commet un abus s'il débordé de celui-ci en vertu de l'article 86 du Traité.

Il en résulte deux choses :

- les politiques de diversification menées par les grands opérateurs français (EDF, GDF, France Télécom...) sont contestées⁴¹ ;
- le monopole doit être efficace. En d'autres termes, les droits exclusifs ou spéciaux confiés à l'entreprise doivent permettre de satisfaire l'entière demande des usagers. A défaut, c'est l'étendue du monopole national ou local qui doit être corrigée pour être réduite. En effet, il faut que le titulaire des droits exclusifs démontre que l'interdiction de concurrence doit être l'unique solution envisageable.

39. CJCE, 25 juillet 1991, *Médiatew*, CJCE 21 mars 1991 *Commission c/ France* aff. C 202/88.

40. CJCE, 22 janvier 1974, aff. 6 et 7/73 *Istituto chemioterapico italiano; Spa et commercial solvents corporation c/ Commission*, Rec. 1974, p. 223 ; CJCE, Aff. C. 18/88, «*Régie des télégraphes*» *prec.*

41. *Rapport sur la politique de diversification d'EDF et de GDF, inspection générale de l'industrie et du commerce, ministère de l'Industrie, des Postes et des Télécommunications et du Commerce extérieur.*

Des nouvelles frontières se dessinent... La conception communautaire du service public n'est pas aussi monolithique en ce sens que l'amalgame qui pouvait encore être fait en droit français entre service public et monopole public tend à disparaître pour être supplanté par deux masses distinctes : le service réservé et le service obligatoire. Le service réservé est celui le service placé sous monopole par les Etats membres, le service obligatoire étant assuré, conformément aux règles du service public, peut être fourni par des concurrents. On voit donc qu'une frange importante de services se dissocie du service de base pour être offert à la fois par l'opérateur historique et par la concurrence. Or, toute la difficulté est de délimiter de manière objective la frontière entre services réservés et services obligatoires. En effet, le droit communautaire s'assure en général que, conformément au principe de proportionnalité, l'étendue des services réservés ne dépasse pas la taille requise pour garantir l'objectif du service universel afin de préserver sa viabilité économique.

On constate une banalisation des moyens de gestion des services publics. On entend par banalisation des moyens, l'adaptation des statuts des entreprises aux exigences du droit privé (personnalité morale de droit privé, comptabilité commerciale, contrats de droit privé passés avec le personnel...). En outre, nombre de services publics devraient être dotés d'une plus grande autonomie par le recours à la personnalité morale (capacité d'ester en justice, possibilité de posséder un patrimoine) et d'une plus grande autonomie financière. Cet assujettissement de principe au droit des affaires et cette professionnalisation dans les techniques mises en oeuvre devraient également atténuer les phénomènes de méconnaissance des coûts du service par des tarifs insuffisants, ou des amortissements parfois inexistantes ou encore de provisions pour renouvellement elles-mêmes lapidaires.

Le droit communautaire emporte également des effets sur la gestion financière des services publics. Quelques mots «clés» peuvent être retenus : orientation vers les coûts, transparence comptable, contrôle des structures tarifaires.

Les tarifs doivent être orientés vers les coûts tout en maintenant une flexibilité suffisante afin d'assurer un service accessible à toutes les catégories d'utilisateurs, ce qui correspond à une logique d'entreprise.

Le principe dit de *l'unbundling*, qui peut être défini comme le principe de la transparence comptable, exige des entités en charge des services publics une séparation structurelle entre les activités soumises à monopole et celles en libre concurrence. En effet, l'idée souhaitée par le droit communautaire est d'éviter tout phénomène de subventions croisées entre secteurs en concurrence et activités sous monopole.

Enfin, durant les années les années 1980, on a assisté à un renforcement du contrôle des «structures tarifaires» et des «systèmes tarifaires» des services

publics. En effet, qu'il s'agisse de la Cour, de la Commission, ou des directives communautaires, toutes exigent pour justifier de certaines dérogations aux règles de concurrence, que l'entreprise puisse concrètement chiffrer les obligations indues mises à sa charge par la puissance publique⁴². Ces contrôles ont également concerné les contrats de délégation de service public qui comportent des clauses financières : la Cour a veillé à ce que les Etats membres n'aident pas les entreprises à pratiquer des prix non équitables en imposant de tels prix comme une condition d'un contrat de concession⁴³.

Sur l'entreprise délégataire

Pris en tant qu'entreprise, le délégataire doit respecter les règles de concurrence lorsqu'il intervient sur le marché. C'est la raison pour laquelle, la Cour a rappelé à plusieurs reprises qu'il devait respecter les principes de libre circulation des marchandises, des services et la liberté d'établissement.

Porte atteinte à l'article 30 sur la libre circulation des marchandises, l'entreprise de service public qui refuse, compte tenu de son pouvoir d'agrément, à d'autres opérateurs, l'importation de matériel téléphonique⁴⁴.

L'article 52 sur la liberté d'établissement s'applique aux autorités décentralisées de l'Etat qui concluent des contrats de droit public. C'est la raison pour laquelle une réglementation nationale ne peut conférer au titulaire du contrat de délégation la possibilité de recruter uniquement des travailleurs nationaux, en violation du principe de libre circulation des travailleurs prévu par l'article 48 du traité⁴⁵.

L'article 59 s'oppose à une réglementation nationale qui crée un monopole des droits exclusifs de diffusion d'émissions propres et de retransmission d'émissions en provenance d'autres Etats membres, lorsqu'un tel monopole entraîne des effets discriminatoires au détriment des émissions en provenance d'autres Etats membres⁴⁶.

42. Directive du 29 juin 1990, 90/377/CEE, JOCE 17 juillet 1990, article 1 paragraphe 2) «instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité» ; CJCE, «Ahmed Saeed» aff. 66/86 prec. ; «Port de Gênes» prec. ; «Bodson» prec. : «Pour que l'effet des règles de concurrence puisse être restreint, [...] par les nécessités de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général, il faut que les autorités nationales chargées de l'approbation des tarifs, ainsi que les juridictions saisies de litiges y relatifs, puissent déterminer quelle est la nature exacte des nécessités en cause et quelle est la répercussion sur la structure des tarifs pratiqués par les compagnies aériennes.»

43. «Bodson» prec. ; «Ahmed Saeed» prec, la procédure d'homologation n'est pas en soi contraire au traité à condition qu'elle ne soit pas utilisée pour renforcer les effets de la concertation tarifaire contrevenant à l'article. 85 CEE ; CJCE, 13 décembre 1990, aff. C 347/88 Commission des CE c/ République hellénique, à propos d'une concession étatique de raffinerie de pétrole. où la Commission conteste la formation des prix maximaux à la consommation ; aff. «Port de Gênes» dans laquelle les prix étaient déterminés et obligatoirement fixés par les autorités portuaires suivis d'une homologation par acte administratif.

44. CJCE, «régies des télégraphes» prec.

45. CJCE, 10 décembre 1991, «Port de Gênes».

46. CJCE, 18 juin 1991, «ERT» aff. 260/89.

L'interopérabilité des réseaux et des services

Le développement des réseaux transeuropéens devrait emporter plusieurs effets.

D'abord, ils vont nécessiter des interconnexions et donc la mise en place des chaînons manquants dans les réseaux existants et la suppression des goulets d'étranglement. C'est ainsi que l'article 129 B du traité, tel qu'il résulte du traité de Maastricht, dispose que «dans le cadre d'un système de marchés ouverts et concurrentiels, l'action de la Communauté vise à favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux ainsi que l'accès à ces réseaux». L'article 129 c fixe les objectifs de la Communauté pour parvenir à cette interopérabilité qui doit déboucher sur une interconnexion des réseaux. Il est certain que la coopération des services publics nationaux, notamment dans les régions transfrontalières, débouchera sur la constitution d'entreprises d'utilité commune européenne débouchant sur la constitution de réseaux transeuropéens.

De plus, les accords entre entreprises de service public au niveau européen devraient être multipliés. Trop souvent orientés vers des stratégies purement nationales, les opérateurs de réseaux seront conduits à s'allier.

Au total, il semble encore trop tôt pour affirmer qu'il existe une véritable conception communautaire du service public et ses modes de gestion. On peut simplement relever cependant que, par touches successives, le droit européen forge un droit des services publics obligeant les Etats membres à transposer dans leurs législations les concepts du droit communautaire.