

La sauvegarde des préoccupations d'intérêt général dans le cadre de la régulation économique,

En particulier le service postal universel¹

Introduction

1. Le titre de la contribution pose une question en soulignant une inquiétude. L'expression « *préoccupations* » exprime cette inquiétude ou cette idée fixe : l'intérêt général. Aussi imprécise que reste cette notion d'intérêt général dans la discipline juridique, elle est rassurante en ce qu'elle semble impliquer de dépasser des intérêts particuliers. L'individu aspire à ne pas être exclu, sacrifié aux intérêts de quelques uns. Cette aspiration est, tout le monde le sait, impossible à satisfaire², même dans nos démocraties modernes. Elle n'en inspire pas moins les gouvernants, qui jouissent d'une légitimité démocratique, autant par nécessité que par volonté de contribuer à une certaine justice sociale. L'intérêt général a toujours comporté une certaine part de mythe. Il a longtemps constitué l'ultime justification de toute intervention des pouvoirs publics dans la vie économique et sociale ; à ce titre, du point de vue juridique, il n'est guère signifiant. Un discours plus concret sur les techniques juridiques a toujours été indispensable pour mesurer les incidences de l'invocation de l'intérêt général en termes d'action publique.
2. L'analyse des mécanismes de sauvegarde des « *préoccupations* » d'intérêt général s'inscrit dans un contexte particulier : la régulation économique, notion délicate à manier. L'objet du colloque est précisément de contribuer à mieux la comprendre. Au sens propre, le mot sauvegarde implique d'identifier les protections et les garanties accordées par une autorité ou assurées par une institution.

La régulation économique apparaît à tout le moins comme une nouvelle fonction³ qui s'inscrit dans un projet particulier : libéraliser certaines activités économiques. L'intérêt général n'est pas sacrifié dans le projet, il ne peut certes plus justifier, en tant que tel, une intervention directe des pouvoirs publics dans la vie économique et sociale, en tant que prestataires de services. Par contre, il est intégré aux nouvelles règles du jeu qui tendent à accroître la concurrence de manière différenciée selon les secteurs d'activités considérés. Dans cette perspective, il s'agit de favoriser l'apparition de plusieurs prestataires sur un marché et de veiller au bon fonctionnement de celui-ci. (I) Après avoir brièvement rappelé les fondements, les bases juridiques et les principes de ces politiques, en illustrant de manière concrète la manière dont l'intérêt général est intégré à celles-ci, la deuxième partie est consacrée à

¹ Ann Lawrence Durviaux, avocat, Maître de conférences à l'Université de Liège. Il s'agit d'une version préparée en vue de la journée d'étude, afin que les participants disposent d'un support écrit. Les réflexions de la journée sont destinées à enrichir le rapport écrit. Les idées exprimées dans cette première version sont donc susceptibles d'évoluer lorsqu'elles auront été confrontées à la discussion, à la contradiction et à l'expérience des acteurs.

² Diriger implique des choix ; si ceux-ci peuvent être posés au terme de multiples discussions qui permettent de dégager des compromis, chacun n'y trouve pas nécessairement son compte.

³ Cette position n'est pas nécessairement contradictoire avec celle qui consiste à affirmer que la régulation est un non concept, comme par exemple, TIMSIT, G., *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, 1996, spéc. p. 376.

une notion nouvelle qui prend en compte, de manière spécifique, l'intérêt général : le service universel. Une attention particulière est accordée au service universel en matière postale (II).

I.- La régulation économique : une fonction induite par la volonté de libéraliser certaines activités économiques

A.- Réguler des activités libéralisées

- 3. Préalable.** Sans prétendre pour autant dépasser une certaine mode qui consiste à privilégier dans le discours des formules passe-partout⁴, il est indispensable de mieux cerner l'expression « *régulation* », à tout le moins dans le champ juridique⁵. Au sens commun, elle correspond « *au fait d'assurer le fonctionnement correct d'un système complexe* »⁶. A ce niveau de généralité, elle n'apparaît donc pas totalement étrangère à la discipline juridique, sans toutefois permettre d'identifier des techniques ou fonctions juridiques précises.

Dans la discipline économique, la régulation est liée aux théories de correction des défaillances du marché. Ceci explique sans doute son utilisation actuelle dans la discipline juridique, d'abord aux U.S.A, ensuite au Royaume-Unis, et, enfin, dans les pays de l'Union européenne sous l'impulsion de cette dernière. C'est cette acceptation plus stricte, liant la fonction de régulation à la libéralisation de certains secteurs économiques, que nous utilisons dans la présente contribution. Dans la discipline juridique⁷, la polysémie de l'expression est souvent soulignée.

- 4. Entre concurrence et intérêt général.** La construction d'un marché intérieur dans lequel la concurrence n'est pas faussée constitue la finalité de l'Union européenne. Cette affirmation ne surprend aucun lecteur. Par contre, elle recèle tant de possibilités, dans ses modalités d'application, qu'elle en devient, en quelque sorte, presque mystérieuse. Vers le milieu des années 80, après l'acte unique, l'achèvement du marché unique pour 1993 a donné à cet objectif, resté jusque là neutre du point de vue

⁴ La régulation en est une, les Partenariats Public-Privé, une autre. Sur la deuxième, v. DURVIAUX, A.L., « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés », à paraître, cycle de conférences organisée par le Centre de Droit public sur le thème, « *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?* ».

⁵ La notion ne lui est pas spécifique. Sur la pénétration de la notion dans différentes disciplines scientifiques (mécanique, économie politique, biologie, cybernétique, théorie des systèmes), v. l'introduction de la thèse de Mme LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, L.G.D.J., Bruylant, 2002, spéc. pp. 2-3. La contribution contient de nombreuses références à cette étude dont la rigueur, la cohérence et la richesse de l'analyse permet une compréhension plus profonde des politiques de libéralisation.

⁶ LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.3, en fait, il s'agit de la définition du Petit Robert.

⁷ Les acceptations de l'expression n'ont rien de consensuel, v. notamment, CHEVALLIER, J., « Les enjeux de la déréglementation », *R.D.P.*, 1986, spéc. p. 180 ; FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », in *Colloque DGCCRF, La régulation : monisme ou pluralisme ?*, L.P.A., n° 83, 1998, spéc. p. 5 ; GAZIER, F. et CANNAC, Y. « Etudes sur les autorités indépendantes », E.D.C.E., 1983-1984 ; MODERNE, F., « Les usages de la notion de « régulation » dans le droit positif et la doctrine juridique des Etats de l'Union européenne », in *Droit de la régulation, service publics et intégration européenne*, L'Harmattan, 2005, Tome I, pp. 71-86.

du régime juridique de la propriété⁸, une toute autre dimension. La Commission européenne, soutenue et parfois précédée par la Cour de Justice, approuvée dans une certaine mesure par le Parlement européen, a mené de nombreuses actions en vue de libéraliser certains secteurs dans lesquels de nombreux états membres s'étaient jusque là, contentés de « *réguler par la propriété* ». Ils ont été priés de passer à la « *régulation de la mise en concurrence* »⁹.

La libéralisation des secteurs d'activités poursuit l'objectif très concret d'instaurer une certaine concurrence dans certains secteurs, ce qui implique de permettre à de multiples opérateurs économiques d'offrir des biens et services. Dans cette perspective, l'octroi de droits exclusifs ou de monopole à des entités publiques (ou privées) a été, dans une certaine mesure¹⁰, remis en question. Les politiques communautaires de démantèlement progressif et diversifié des monopoles ont été fondées sur les articles 31, §1 (ex 37) et 86 (ex 90) du TCE. L'ambiguïté de ces dispositions et leurs difficultés d'interprétation ont été souvent soulignées. Certains soutiennent même que la portée des libertés fondamentales du TCE n'a pas été perçue par tous les Etats membres, en ce qu'elles constituent un droit commun supérieur aux droits nationaux¹¹. Les implications concrètes de ce qui reste une évidence n'ont pas fini d'influencer et de modifier profondément la gestion des entités publiques¹².

En particulier, l'article 86 du TCE a permis à la Commission de passer à une phase « *d'intégration positive* »¹³, en combinant cette disposition à celles relatives aux libertés fondamentales. La Cour de Justice a approuvé cette nouvelle articulation audacieuse¹⁴.

La combinaison de l'article 86 et des règles des concurrences (notamment l'article 82 du TCE, ex 86) s'est révélée fatale pour les monopoles à partir de l'arrêt SACCHI¹⁵. A partir de cet arrêt, la Cour de Justice a considéré qu'une loi attribuant des droits exclusifs peut être de nature à induire *inévitablement* les entreprises bénéficiaires à abuser de la position dominante qui leur est conférée, et, par conséquent, à violer les dispositions sur la concurrence, sans prendre la peine de définir les éléments qui permettent de distinguer les situations qui conduisent nécessairement à un abus¹⁶.

⁸ Article 295 TCE (ex 222).

⁹ Selon l'expression de LASSERRE, B., « La régulation, la concurrence et la dominance », *Communications et stratégies*, n°24, 4^{ème} trimestre 1996, pp.125-133.

¹⁰ *Infra*, point II.

¹¹ BERLIN, D., « Droit communautaire et régime exorbitants du droit commun », *A.J.D.A.*, 1996, spéc., p.42

¹² Ainsi, le droit communautaire des marchés publics, fondé sur les libertés économiques du traité, opère progressivement un changement plus radical en matière de gestion des services publics que celui opéré par les politiques de libéralisation conduites depuis le début des années 80 ; pour une critique de ce changement radical, v. DURVIAUX, A.L., THIRION, N., « Les modes de gestion des services publics locaux et le droit communautaire », *J.T.*, 2004, pp.17-27 ; DURVIAUX, A.L., *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, un système ?*, thèse à paraître.

¹³ COLSON, J.P., « Les entreprises publiques et le droit communautaire », *J.C.P.*, éd. E, n°26, 29 juin 1995, supplément 3/95, pp. 9-14.

¹⁴ C.J.C.E., 10 décembre 1991, Port de Gênes, C-179/00, *Rec.*, I-5889, spéc. point 10 des conclusions de l'avocat Général Van Gerven.

¹⁵ C.J.C.E., 30 avril 1974, C-155/73, *Rec.* I-409, déjà cité.

¹⁶ TESAURO, « Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, §2 du TCE », », *in Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Tome II, Actes du Colloques de Strasbourg 17-19 octobre 1996, La Documentation française, Paris, 1998, pp. 323-334,

L'arrêt marque sans doute la fin d'une certaine neutralité de la Commission européenne¹⁷. La jurisprudence sur « l'abus automatique » était posée en germe. La redécouverte de l'article 86 §2 TCE a tempéré quelque peu les conséquences de cette approche dure¹⁸. Aussi s'est-on orienté vers un contrôle par les instances communautaires des monopoles considérés comme acceptables pour des raisons d'intérêt général¹⁹.

Le rapport de force entre l'UE et certains Etats membres était vif, comme l'illustre le choix initial de l'article 86, §3 du TCE par la Commission, comme base juridique pour intervenir. Cette disposition, qui ne laisse aucune place au Conseil et au Parlement européen, a permis à la Commission de donner l'impulsion décisive. Aussi peu démocratique qu'il fut, le procédé a été validé par la Cour de Justice²⁰. L'article 95 (ex100-A) du TCE a été choisi prudemment pour la suite de son action de libéralisation des secteurs monopolistiques²¹.

B.- Les implications de la concurrence sur les fondements, les modalités et les finalités de l'interventionnisme

5. **Une concurrence flexible ou plurielle.** Si la cohérence des politiques de libéralisation ne fait guère de doute, force est de constater que celles-ci sont flexibles et plurielles, en ce qu'elles diffèrent dans leurs modalités selon les secteurs. Le secteur des télécommunications²² était propice à une libéralisation plus poussée et plus rapide, compte tenu des progrès techniques considérables (initiés par le secteur privé) et de la structure particulière de ce marché (demande solvable). Il n'est pas comparable au secteur de l'électricité ou à celui de la poste, pour lesquels le droit communautaire a conservé un noyau dur non ouvert à la concurrence. Les politiques de libéralisation ont, la plupart du temps, programmé une disparition ou diminution progressive des monopoles, instauré de nouvelles distinctions, activités et services concurrentielles, activités ou services réservés et, enfin la notion de service universel²³. Le maintien de droits exclusifs et spéciaux sur les réseaux a été combiné avec l'obligation de prévoir l'accès au réseau pour tous les opérateurs.
6. **Interventionnisme renouvelé dans ses fondements et finalités.** La mise en place d'un marché (dans le sens de l'augmentation des opérateurs économiques présents), là où il n'existe pas naturellement ou n'existe pas en raison de l'existence d'une certaine protection juridique, constitue le premier volet des politiques de libéralisation. Le passage d'une organisation monopolistique à une organisation oligopolistique (pour

spéc. note 4, p. 325. ; DEFALQUE, L., « Le traité de la C.E.E. interdit-il la création, le maintien ou l'extension de monopoles nationaux ? », *J.T.D.E.*, 1993, pp. 42-46, spéc. pp. 44-46.

¹⁷ TESAURO, G., « Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, §2 du TCE », déjà cité, spéc. p. 323.

¹⁸ *Infra*, II.

¹⁹ LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.48.

²⁰ C.J.C.E., 19 mars 1991, FRANCE/COMMISSION, C-202/89, *Rec.*, I-1233.

²¹ GERADIN, D., déjà cité, spéc. p. 189, v. sur les enjeux du processus de libéralisation, GERADIN, D., « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau-analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *C.D.E.*, 1999, pp. 13-48.

²² DEHOUSSE, Fr. et SGAJEWSKI, « Les nouveaux développements de la réglementation des télécommunications en Belgique », *J.T.*, 2003, pp. 425-424.

²³ *Infra*, II. B.

l'essentiel des secteurs) doit être accompagné, et suppose, d'une certaine manière, un interventionnisme public d'une plus grande complexité²⁴, renouvelé dans ses fondements et ses finalités. Les courants traditionnels d'analyse économique du 20^{ème} siècle, prônant le « *Welfare state* » en réponse aux défaillances du marché, suivis d'une critique radicale des défaillances de l'Etat (Public Choice), ont cédé la place aux théories des « *Market and Regulatory design* »²⁵, qui supposent à la fois des actions diverses sur les structures de marché et une nouvelle approche des mécanismes de contrôles (et de régulation). Désormais, l'Etat doit organiser (parfois créer) concrètement le marché (en préservant l'entrée sur le marché des nouveaux entrants et l'accès au réseau) et veiller à instaurer une concurrence loyale. Il doit, en outre, éviter les conflits d'intérêts (il ne peut plus être juge et partie, joueur et arbitre).

7. **Le principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation.** Le principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation posé par la Cour de Justice²⁶ n'est guère surprenant dans la logique nouvelle : il s'agit de préserver l'égalité des chances et de traitement entre les opérateurs économiques²⁷. Il est présenté par certains comme le prolongement du principe de la séparation des pouvoirs²⁸. Le professeur KOVAR a justement souligné qu'en confiant à une entreprise le pouvoir d'adopter des réglementations (notamment techniques), l'Etat prenait le risque qu'elle se détourne de l'intérêt général et lui permettait de porter atteinte à la concurrence²⁹. Le risque de conflit d'intérêt évident (induit par la confusion des rôles) a très tôt été sanctionné par la Cour de Justice³⁰. Ultérieurement, ce principe a été inscrit dans les textes de droit dérivé³¹.

²⁴ A vrai dire, de manière générale, cet interventionnisme repose sur une vision très optimiste de la rationalité des acteurs impliqués. L'histoire nous apprendra si la complexité n'était pas trop grande.

²⁵ Sur le sujet, v. GLACHANT, J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in *Droit de la régulation, service publics et intégration européenne*, L'Harmattan, 2005, Tome I, pp. 259-276.

²⁶ C.J.C.E., 20 mars 1995, Italie/Commission, C-41/83, *Rec.*, I-873.

²⁷ BAZEX, M., « Obligations communautaires de transparence et prestations des services publics », *Droit administratif*, supplément au n° 10 d'octobre 1993, pp.15-19 ; FRISON-ROCHE, M.A., « L'Etat, le marché et les principes internes et communautaires de la concurrence », *L.P.A.*, n°59, du 17 mai 1995, spéc. p. 4 ; LOMBARD, M., « A propos de la libre concurrence entre opérateur public et privé », *D. chron.*, 1994, spéc. p. 163.

²⁸ Comme le fait LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.64 ; ce rattachement ne doit pas masquer que les implications institutionnelles induites par la volonté de libéraliser, comme la mise en place d'institutions de régulation voulues indépendantes, qui dilue quelque peu le contrôle démocratique. En outre, et à l'opposé de l'affirmation première, les autorités de régulation cumulent souvent des fonctions de type réglementaire, exécutive et contentieuse. Il est dès difficile d'y voir le prolongement d'un principe qui fut longtemps considéré comme un des piliers les plus essentiels des démocraties modernes.

²⁹ KOVAR, R., « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D.E.*, 1996, pp. 215-242 et pp. 493-533, spéc. p. 495.

³⁰ C.J.C.E., 18 juin 1991, E.R.T., C-260/91, *Rec.*, I-2925.

³¹ V. notamment, le livre vert sur le développement des services postaux communautaires, COM (91), 476 du 11 juin 1992 ; le 39^{ème} considérant de la directive 97/67/CE du Parlement Européen du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, J.O.L 15 du 21 janvier 1998, p. 14 et s ; Livre vert de 1987 sur les télécommunications ; article 6 de la directive 88/301 du 16 mai 1988 ; article 7 de la directive 90/388/CEE du 29 juin 1990 ; de manière moins explicite dans le secteur de l'électricité, considérant 10 et 12 de la directive 96/92/CEE ; de manière tardive et ambiguë dans le secteur ferroviaire, article 13 de la directive 95/18 et 19 du 19 juin 1995.

Les autorités de régulations³² émergent dans ce contexte avec des fonctions de réglementation, d'arbitrage et d'expertise. Elles sont censées être indépendantes. A vrai dire, les risques de « *capture* » des autorités de régulation sont tout aussi présents que dans le cadre institutionnel qui précédait leur mise en place³³. L'exemple des U.S.A est, de ce point de vue, particulièrement significatif.

8. **Les interventions publiques sur le marché : organisation de l'entrée et accès aux ressources rares.** La finalité des politiques de libéralisation est d'introduire une certaine concurrence. Les instruments juridiques prévus sont classiques en droit administratif.

Dans les secteurs « *régulés* », l'entrée sur le marché est concrètement assurée par le biais de déclarations, d'autorisations ou de licences³⁴ (éventuellement assorties de cahiers des charges), ou d'appels d'offres³⁵. L'intérêt général peut se concrétiser dans le système de l'octroi ou des conditions d'octroi des licences et dans la rédaction des cahiers des charges (qu'ils soient adossés aux déclarations, aux autorisations ou aux appels d'offres). Certes, les conditions de refus sont parfois précisées par la réglementation dans le but notamment de soutenir les nouveaux entrants. Néanmoins, il reste un espace pour une action publique d'intérêt général dans la mise en oeuvre³⁶. Il est vrai qu'elle relève souvent d'un art délicat, essentiellement dynamique.

En Belgique, le gouvernement vient de parachever certaines réformes fondamentales dans le secteur postal, avec deux arrêtés royaux du 11 janvier 1996³⁷, qui précisent les modalités d'octroi et de retrait des autorisations et des licences individuelles. Une licence individuelle peut désormais être octroyée à tout opérateur postal, pour la prestation de services non réservés compris dans le service universel³⁸. Dans une

³² V., par exemple, en Belgique, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, du 24 janvier 2003. La mise en place d'un comité consultatif spécifique au secteur postal permet notamment la rencontre de tous les opérateurs du secteur. L'article 14 de cette loi définit les missions stratégique, réglementaire et opérationnelle de l'Institut.

³³ Au surplus, il n'est pas certain que la confidentialité, parfois organisée, ne constitue pas en définitive, un risque majeur pour la collectivité.

³⁴ Les modalités sont variables selon les secteurs. Ainsi, pour les télécommunications, le principe est le choix des systèmes les moins contraignants, ce qui implique de privilégier la libre prestation (en clair, l'absence d'autorisation) ou les autorisations générales, v. le 7^{ème} considérant de la directive 97/13/CE relative aux licences, v. BAZEX, M., « Le système de délivrance des autorisations pour l'exercice d'une activité professionnelle en droit européen, l'exemple des télécommunications », in *Rapport TACIS-EDRUS 2001, Cadre juridique des interventions publiques en économie de marché*.

³⁵ Dans le secteur électrique, l'autorisation a été combinée avec un système d'appels d'offres. La directive 96/92/CE, en supprimant les monopoles de production, consacre le principe de la liberté d'établissement (donc d'entrée sur le marché) de la production de l'énergie. En son article 4, elle laisse aux Etats membres le choix entre d'une part, un système d'autorisation et, d'autre part, un système d'appels d'offres pour la construction de nouvelles centrales de production (souci de sécurisation des approvisionnement).

³⁶ Par exemple, en France dans le secteur des télécommunications, CHEVALLIER, J., « La mise en oeuvre de la réglementation des télécommunications », *R.F.D.A.*, 1997, nov-déc, spéc. p.118.

³⁷ *M.B.*, 17 janvier 2006 (2^{ème} édition). L'arrêté royal du 11 janvier fixant les modalités de la déclaration et le transfert des services postaux non compris dans le service universel et mettant en application les articles 144 quater, §3, 148 sexies, §1^{er}, 1^o et 148 septies de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et l'arrêté royal du 11 janvier 1996 mettant en application le titre IV (réforme de la Régie des Postes) de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

³⁸ *Infra*, II.B., pour des détails sur la notion de service universel.

communication du 27 février 2006, l'IBTP a détaillé ces systèmes d'autorisations et de licences afin d'aider d'éventuels « *nouveaux entrants* ».

Elle implique en tout cas de permettre à l'ensemble des opérateurs d'avoir accès aux ressources rares³⁹, qu'elles fussent en quantité limitée (n° d'appel ou préfixe⁴⁰) ou détenues par les pouvoirs publics (fréquences hertziennes et droit de passage). Dans ce volet, elle est en quelque sorte réparatrice, en ce sens qu'elle peut impliquer une certaine protection des « *nouveaux entrants* » par rapport à l'opérateur historique. En matière de télécommunications, il s'agit par exemple de trouver une manière d'allouer des fréquences hertziennes (*res communes*). A nouveau, les techniques juridiques restent familières, il s'agit de concéder un droit d'usage sous certaines conditions ou d'organiser des enchères pour leur octroi⁴¹. Concrètement, une idée transversale de concurrence pour le marché apparaît dans ces problématiques⁴². Lorsque les réseaux impliquent une emprise physique, l'octroi des permissions de voiries, l'éventuelle question du versement d'une redevance ou la question d'un éventuel partage des installations se posent en termes d'instruments d'accès au marché. La Cour de justice et la Commission européenne se sont montrées très actives sur ce thème. Il est vrai que la théorie des « *infrastructures essentielles* » d'origine américaine, déduite de l'article 86 (ex 82) du TCE, constitue une question centrale de la libéralisation. Le droit dérivé a organisé de manière plus concrète cet accès, notamment dans le secteur des télécommunications⁴³, mais également dans le secteur de l'électricité de manière tout à fait originale, compte tenu des problèmes de stockage⁴⁴, avec le système d'accès des tiers au réseau (censé combattre le monopole de transport et de distribution de l'électricité) ou celui de l'acheteur unique (qui implique une concurrence au niveau de la production, mais dans lequel une seule entité achète et vend l'électricité).

9. **Les interventions en vue d'assurer le « *bon* » fonctionnement de la concurrence⁴⁵.**

La complexité des interventions est beaucoup plus grande dans ce volet des politiques de libéralisation qui procède du même souci de faire bénéficier les individus et entreprises⁴⁶ de prestations de meilleure qualité à des prix plus intéressants. Concrètement, il implique, à nouveau, de « *gérer* » la position dominante des opérateurs historiques et de favoriser l'arrivée de « *nouveaux entrants* ». Plusieurs actions relèvent de cette préoccupation.

³⁹ HUET, P., « Allocation et gestion des ressources rares », *A.J.D.A.*, 1997, p.251. ; v. également le traitement magistral de ces problématiques par LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. pp. 152-169.

⁴⁰ L'attribution des préfixes a suscité de nombreux contentieux en France. La règle du premier arrivé, premier servi, n'y est sans doute pas étrangère.

⁴¹ Les solutions sont aisées à formuler mais leur mise en œuvre s'avère très complexe et donc très controversée, pour une critique de l'octroi des licences UMTS, v., MORAND, P.H., MOUGEOT, M., NAEGELEN, F « UMTS : fallait-il choisir un concours de beauté ? », *Revue d'Economie Politique*, 111(5), sept-oct, 2001, pp. 669-682.

⁴² MOUGEOT, M., « Enchères, gestion publique et concurrence pour le marché », in *Enchères et gestion publiques*, Rapport du Conseil d'Analyse économique (France), Paris, La documentation française, 2001, pp. 25-142.

⁴³ Avec le concept « d'Open Network Provision », v., HATZOPOULOS, v., « L'open network provision comme moyen de dérégulation », *R.T.D.E.*, 1994, p. 63.

⁴⁴ LAGONDET, F., « Du dogme du marché intérieur à la négociation du service public ; à propos de la directive électricité », *Europe*, n°5, mai 1997.

⁴⁵ Pour plus de développements, v. LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. pp. 187-240.

⁴⁶ Usagers ou consommateurs, c'est selon.

Au nom d'une certaine transparence, et dès lors avec un certain souci de prévenir des abus, le droit communautaire a, parfois, imposé des règles de transparence des relations financières entre les Etats membres et leurs entreprises publiques (lutte contre les subventions croisées⁴⁷) et la tenue d'une comptabilité analytique⁴⁸. Il a parfois imposé une séparation comptable des activités accomplies sous la protection de droits exclusifs ou spéciaux (ou sous monopole)⁴⁹ des activités ouvertes à la concurrence (utile pour le calcul du coût du service universel⁵⁰ et le contrôle des prix notamment prédateurs), et parfois imposé des séparations organiques ou institutionnelles. Dans le secteur de l'électricité, le droit communautaire impose de distinguer « *les activités de production et de distribution de l'exploitation du système de transport par la création d'un gestionnaire de réseau* »⁵¹. Le gestionnaire du réseau doit, en outre, être indépendant des autres activités, sur le plan de la gestion, afin de combattre les risques de discrimination ou de favoritisme. S'inscrivent également, dans cette logique, les procédés de filialisation des activités exercées en concurrence, pour les opérateurs qui en exercent d'autres qui ne le sont pas⁵². Madame LAGET-ANNAMAYER souligne, à juste titre, que ces nouvelles formes d'intervention se heurtent à un problème d'asymétrie d'information, l'opérateur historique ayant de ce point de vue, un avantage par rapport à ses nouveaux concurrents et par rapport aux organes de régulation⁵³.

Cette même asymétrie d'information rend particulièrement délicat le bon maniement des instruments juridiques liés à la tarification de l'usage du réseau mais aussi des services finals. Les arbitrages subtils conditionnent à la fois l'ouverture réelle de la concurrence, mais également la pérennité de celle-ci. Les modèles théoriques sont complexes et controversés. En régime de concurrence, la tarification des services finals est censée évoluer vers un rééquilibrage nécessairement induit de l'orientation vers les coûts réels. Théoriquement, les tarifs doivent néanmoins rester raisonnables et abordables sur tout le territoire, les intérêts des consommateurs sont donc pris en compte⁵⁴. Formellement donc, l'intérêt général reste inscrit dans ce volet des politiques de libéralisation.

⁴⁷ *Infra*, II.

⁴⁸ A vrai dire indispensable pour apprécier l'existence de subvention croisée ; v. TPI, 27 février 1997, FFSA C./COMMISSION, *Rec.* II, p. 229 et s. ; pour le secteur postal belge, v., en particulier le titre III de l'arrêté royal du 11 janvier 2006 exécutant le titre IV de la loi du 21 mars 1991, déjà cité.

⁴⁹ Par exemple les activités de gestion et de l'exploitation des infrastructures (article 1, §5, du règlement du 26 juin 1969 tel qu'introduit par le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991) ; article 14, §2 de la directive 97/67/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 sur les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux ; l'obligation n'est pas inhérente aux opérateurs historiques, comme l'illustre le secteur des télécommunications, dans lequel l'obligation s'impose à tous les opérateurs puissants en vertu de l'article 8.2 de la directive 97/33/CE.

⁵⁰ *Infra*, II.

⁵¹ LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.207.

⁵² BAZEX, M., « La dissociation – désintégration des fonctions autres que celle de régulateur et d'opérateur », Colloque CEDECE, pp.225-235.

⁵³ LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.212.

⁵⁴ Parfois par d'autres moyens également, ainsi la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs s'applique aux opérateurs postaux.

II.- Les notions de SIEG et de service universel

A.- La notion de SIEG en droit primaire

10. **La notion de SIEG en droit primaire**⁵⁵. La préservation de l'intérêt général n'est pas visée en tant que telle par les politiques de libéralisation. Au demeurant, formulée de cette manière, cette préservation est trop imprécise. La notion de SIEG du droit primaire constitue un instrument correcteur de la finalité première, la concurrence et l'établissement d'un marché intérieur. Elle est donc *un instrument du marché*⁵⁶, un contrepoids.

Il n'est guère utile de s'émouvoir de la circonstance que la jurisprudence de Cour de Justice ne permet pas de définir de manière précise la notion de « *service d'intérêt économique général* ». Il n'était guère plus aisé de caractériser les services publics fonctionnels. Si tel service doit présenter des caractéristiques spécifiques par rapport à celles que revêtent d'autres activités de la vie économique⁵⁷, le recours à des expressions multiples, que certains considèrent comme interchangeables⁵⁸, de service d'intérêt général, service universel ou service public, ne facilite pas l'exercice de qualification. Fondamentalement, cette lacune relative s'explique sans doute par le caractère sensible du sujet. Il s'impose de concilier la compétence des Etats membres pour définir le contenu de leurs services d'intérêt économique général, jouissant en la matière d'une très grande liberté, et le souci légitime de la Cour de Justice de sanctionner certains abus. L'intérêt des Etats à utiliser certaines entreprises en tant qu'instruments de leur politique économique, fiscale ou sociale, doit pouvoir se concilier avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de la concurrence et à

⁵⁵ L'article 86 du TCE stipule que : « (1) Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques, et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire au présent traité, notamment celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus.

(2) Les entreprises chargées de la gestion de services 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 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 lui a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

(3) La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin (*sic*⁵⁵) les directives et décisions appropriées aux Etats membres. »

⁵⁶ Souligné par l'auteur.

⁵⁷ C.J.C.E., 10 décembre 1991, MERCI CONVENZIONALI PORTO DI GENOVA, C-179/90, *Rec.* p.I-5889, C.J.C.E., 17 juillet 1997, GT-LINK, C-242-95, *Rec.*I-4449 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, CORSICA FERRIES FRANCE, C-266/99, *Rec.* I-3949.

⁵⁸ Point 161, conclusions de l'avocat général LEGER, précédant, C.J.C.E., 19 février 2002, WOUTERS, C-309/99, <http://europa.eu.int/cj> (26 mars 2002), concl. LEGER, P.; *Act. fisc.* 2002, liv. 8, p. 8; *Ars Aequi* 2002, n° 6, p. 441, note VAN DE GRONDEN, J., MORTELMANS, K.; *Bilan 2002* (reflet LAMON, H.), n° 426, p. 1; *C.M.L.R.* 2002, VOSSESTEIN, A., n° 4, p. 841 et <http://www.wkap.nl/jrnltoe.htm/0165-0750> (3 octobre 2002); *J.T.* 2002, n° 6059, p. 463; *J.T.D.E* 2002, n° 93, p. 223; *Journ. jur.* 2002, n° 9, p.8; *Juristenkrant* 2002 (reflet VAN DEN BOSSCHE, A.), n° 45, p. 9; *NJB* 2002 p. 623; *J.O.C.E.* (C) 4 mai 2002 (dispositif), n° 109, p.4; *R.W.* 2002-03 (reflet MONTANGIE, Y.), n°17, p. 674; *S.E.W.* 2002, p. 9, note; *R.D.C.* 2002 (reflet DE KEER, S., TUYTSCHAEVER, F.), n° 5, p. 403; *T.B.P.* 2002 (reflet VAN NUFFEL, P.), n° 8, p.577.

la préservation de l'unité du marché commun⁵⁹. Du moins, telle est la présentation qui est faite du sujet par les instances communautaires.

Concrètement, et pour illustrer les propositions qui précèdent, les services suivants ont été considérés par les instances communautaires, comme d'intérêt économique général : la distribution d'eau⁶⁰, la distribution d'électricité⁶¹, la distribution de gaz⁶², la mise à disposition d'un réseau de téléphone⁶³, la collecte et la distribution de courrier⁶⁴, la gestion de lignes aériennes non rentables⁶⁵, la gestion d'infrastructures d'aéroport⁶⁶, la gestion de certains déchets en vue de faire face à un problème environnemental⁶⁷, le placement de main-d'œuvre⁶⁸, le transport en ambulance⁶⁹, etc.⁷⁰ Ces exemples démontrent à suffisance que les notions de services publics (du moins à caractère économique) et de S.E.I.G. désignent des activités similaires.

La prestation offerte au public est seule considérée, et, dès lors qu'elle présente des éléments d'universalité et de continuité⁷¹, qui sont déduits du régime juridique (légal, réglementaire ou contractuel), la qualification de service d'intérêt économique général est acquise. Ainsi, des grossistes qui fournissent en France des médicaments aux pharmacies ont été considérés comme des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, parce qu'ils étaient obligés, par un arrêté ministériel, de détenir

⁵⁹ C.J.C.E., 19 mars 1991, COMMISSION/ REPUBLIQUE FRANÇAISE, C-202/88, *Rec.*, I-1223 (point 12) ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, ALBANY, C-67/96, *Rec.* I-5751 (point 103) ; pour de plus amples développements sur l'application du principe de subsidiarité en ce domaine, v. TRIANTAFYLLOU, D, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *R.T.D.E.*, 1999, p. 21 et s.

⁶⁰ C.J.C.E., IAZ, INTERNATIONAL BELGIUM /COMMISSION, C-96/82, *Rec.*, 1982, p. 3369 ; Déc. 82/371/CEE de la Commission du 17 décembre 1981, NAVEWA-ANSEAU, JOCE, 1982 L 167, p. 39 et s.

⁶¹ C.J.C.E., 27 avril 1994, ALMELO, C- 393/92, *Rec.*I-148 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, COMMISSION / PAYS-BAS, C-157/94, *Rec.* I-5699, (point 41).

⁶² C.J.C.E., 23 octobre 1997, COMMISSION / REPUBLIQUE FRANÇAISE, C-159/94, <http://europa.eu.int/cj> (25 juin 1999) ; *CMLR* 1998 (reflet SLOT, P.), p. 1183 et <http://www.wkap.nl/jrnltoe.htm/0165-0750> (18 octobre 2001), note SLOT, P. ; *J.T.D.E.* 1998 (abrégé), p. 15, note ; *Rec.* 1997, I-5815, concl. COSMAS, G. ; *R.A.E.* 1998, p. 290 ; *S.E.W.* 1998 (reflet MORTELMANS, K.), p. 30.

⁶³ C.J.C.E., 13 décembre 1991, RTT/GB-INNO-BM, C-18/88, *Rec.* 1991, I-5973 ; C.J.C.E., 17 novembre 1992, ROYAUME D'ESPAGNE, C-272/90 et C-281/90, *Europe* 1993, n° 35

⁶⁴ C.J.C.E., 17 mai 1993, CORBEAU, C-320/91, *Rec.* I-2563 ; C.J.C.E., 10 février 2000, DEUTSCHE POST AG, C-147/97 et C-148/97, *Rec.* I-825 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, TNT TRACO SPA ET POSTE ITALIANE C-340/99, (*internet*).

⁶⁵ C.J.C.E., 11 avril 1989, AHMED SAEED FLUGREISEN, C-66/86, *Rec.* I-838 (point 55).

⁶⁶ Décision de la Commission du 14 janvier 1998, FLUGHAVEN FRANKFURT, JOCE, 1998, L 72, pp. 30 et s.

⁶⁷ C.J.C.E., 23 mai 2000, SYDHAVNENS STEN &GRUS, C-209/98, *Rec.* I-3743 (point 75).

⁶⁸ C.J.C.E., 13 avril 1991, HÖFNER, C-66/86, *Rec.* I-2010 ; C.J.C.E., 11 décembre 1997, JOB CENTRE COOP., C-55/96, *Rec.* I-7140 ; C.J.C.E., GIOVANNI CARRA E.A., 8 juin 2000, C-258/98, *Rec.* I-4217.

⁶⁹ C.J.C.E., 25 octobre 2001, FIRMA AMBULANZ GLÖKNER ET LANDKREIS SÜDWESTPFALZ, C-475/99, (*internet*).

⁷⁰ Pour d'autres exemples, v., THIRION N, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, spéc. p. 298, et le point 163 des conclusions de l'avocat général LEGER., précédant, C.J.C.E., 19 février 2002, WOUTERS, C-309/99, déjà cité.

⁷¹ En ce sens v., LENAERTS K, « Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire », *E.D.C.E.*, 2002, pp. 425-437, spéc. p. 430.

en permanence un stock important et d'assurer une livraison de médicaments dans les 24 heures suivant la réception de la commande⁷².

Une évolution dans la jurisprudence de la Cour de justice, s'expliquant tant par une prise en considération plus grande des services d'intérêt général en tant que valeur commune de l'Union⁷³, que par la libéralisation des marchés et la privatisation des services publics, a été soulignée. La Cour de Justice accepte des institutions dérogatoires aux mécanismes « naturels » du marché⁷⁴, afin d'obliger les opérateurs économiques à fournir ces prestations spécifiques - parfois non rentables - afin de sauvegarder le caractère universel et continu de ceux-ci. Sensible à l'équilibre financier des entreprises chargées de pareilles missions, la Cour de Justice admet plus facilement que des restrictions à la concurrence sont nécessaires, notamment sous l'angle du financement (octroi d'un droit exclusif ou spécial⁷⁵, ou financement direct sous la forme de subvention, ou financement indirect sous la forme d'un avantage fiscal⁷⁶, venant compenser strictement⁷⁷ les surcoûts générés par les services d'intérêt économique général). Elle s'inscrit dans le cadre des exceptions prévues dans l'article 86.2 du TCE⁷⁸.

11. La « prise en charge » par les pouvoirs publics du service économique d'intérêt général. Pour que l'ancien article 90 du traité (86 actuel) s'applique, encore faut-il que l'entreprise ait été « chargée » de la gestion d'un service d'intérêt économique général par un acte de la puissance publique⁷⁹. Dans un premier temps, il fut jugé que le seul exercice d'une activité réglementée par l'Etat ne suffisait pas⁸⁰. Ultérieurement, la Cour a précisé que l'« acte de puissance publique » ne devait pas nécessairement revêtir la forme d'un acte législatif ou réglementaire⁸¹, une simple « concession de droit public » suffisait⁸². Cependant, la Cour a admis que le seul fait, pour un pouvoir public, de rendre obligatoire l'affiliation à un fonds sectoriel de pensions, créé par des partenaires sociaux, était suffisant pour considérer que ce fonds était une entreprise chargée de la gestion d'un service au sens de l'article 90 précité⁸³.

12. La déplacement du débat sur l'article 86.2 du TCE. L'arrêt SACCHI a suscité un regain d'intérêt pour les dispositions de l'article 86.2 (ex 90.2) du TCE⁸⁴. La Cour de

⁷² C.J.C.E., 22 novembre 2001, FERRING, C-53/00, (internet).

⁷³ En ce sens v., LENAERTS K, déjà cité, spéc. p. 430.

⁷⁴ Comme des clauses d'achat exclusif, C.J.C.E. ALMELO, déjà cité.

⁷⁵ C.J.C.E., CORBEAU, déjà cité.

⁷⁶ C.J.C.E., FERRING, déjà cité.

⁷⁷ Si la subvention ne se limite pas à compenser les surcoûts que l'entreprise supporte pour l'accomplissement des obligations de services d'intérêt économique général, elle pourra être qualifiée d'aide d'Etat, C.J.C.E., FERRING, déjà cité ; v. encore la directive 2000/52/CEE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (JO L 193, p. 75), qui fait office d'instrument de contrôle, système de comptabilité analytique.

⁷⁸ *Infra*, n°12.

⁷⁹ C.J.C.E., 21 mars 1974, BRT II, C-127/73, *Rec.* p. 313 (point 20) ; C.J.C.E., 11 avril 1989, AHMED SAEED FLUGREISEN ET SILVER LINE REISBÜRO, C-66/86, *Rec.* p. 803, point 55.

⁸⁰ C.J.C.E., 14 juillet 1981, ZÜCHNER, C-172/80, *Rec.* 1981, p.2021.

⁸¹ C.J.C.E., 23 octobre 1997, COMMISSION / REPUBLIQUE FRANÇAISE, C-159/94, *Rec.*, I-5815 (point 66).

⁸² C.J.C.E., 27 avril 1994, ALMELO, C- 393/92, *Rec.* I-148, C.J.C.E., 23 octobre 1997, COMMISSION / REPUBLIQUE FRANÇAISE, C-159/94, *Rec.* I-5815.

⁸³ C.J.C.E., 21 septembre 1999, ALBANY, C-67/96, *Rec.* I-5751.

⁸⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 325.

Justice a tenté de concilier les intérêts des Etats membres dans leur choix de politique économique avec les exigences des impératifs du traité en matière de concurrence. L'évolution des arrêts CORBEAU et Commune d'ALMELO⁸⁵ est, sur ce dernier point, significative. La Cour de Justice met l'accent sur les conditions dans lesquelles les services économiques d'intérêt général sont prestés, en soulignant autant d'éléments qui évoquent pour les publicistes belges et français les célèbres lois de Roland : service rendu à tous (une collectivité), de manière continue, à des tarifs uniformes, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque service individuel⁸⁶. La qualification indiciariaire de la Cour de Justice rejoint celle employée par les juridictions et la doctrine dans les ordres juridiques qui connaissaient la théorie du service public.

L'article 86.2 (ex 90.2) du TCE prévoit l'application des règles, notamment des « *règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui lui a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.* »⁸⁷

La Cour de Justice a souvent apprécié les cas dont elle était saisie au regard de l'article 86.1 et 86.2 (ex 90.1 et 90.2). Globalement, ces appréciations ont entraîné une appréciation de facto de la pertinence de la dérogation aux règles de concurrence, par rapport aux exigences liées à l'accomplissement des services d'intérêt économique général. L'arrêt SACCHI va imputer à l'Etat ou à l'entreprise la lourde tâche⁸⁸ de démontrer que l'application des règles de concurrence est de nature à rendre impossible l'exercice de la mission qui lui est confiée. Le problème probatoire est d'autant plus sérieux que les méthodes et paramètres d'analyse restent aussi imprécis que controversés.

Avec l'arrêt HÖFNER⁸⁹, la Cour va estimer que le droit exclusif octroyé à un organisme public de placement ne saurait être mis en échec par les règles de la concurrence, puisque cet organisme se révélait incapable de répondre à un segment de la demande du marché (le placement des cadres). Par le biais de cette disposition, la Cour de Justice va analyser la pertinence de l'étendue des activités exercées avec une protection particulière, en vue de limiter l'étendue des monopoles de manière stricte

⁸⁵ Déjà cité. ; *contra.*, BUENDIA SIERRA, J. L., « La Communication de la Commission sur les services économiques d'intérêt général », déjà cité, spéc. p. 468. Cet auteur estime que les deux arrêts s'inscrivent dans le prolongement de positions antérieures, notamment avec les décisions de la Commission 90/116/CEE du 20 décembre 1989, J.O.C.E., L 10 du 12 janvier 1990, §§ 16-18, spéc. p. 51 et 90/456/CEE du 1^{er} août 1990, J.O.C.E., L 233, du 28 août 1990, §§ 13-14, spéc. pp.22-13.

⁸⁶ TESAURO, « Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, §2 du TCE », déjà cité, spéc. p. 328 ; WAELBROECK, « Les conditions d'applicabilité de l'article 90 paragraphe 2 du Traité CE », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Tome II, Actes du Colloques de Strasbourg 17-19 octobre 1996, La Documentation française, Paris, 1998, pp. 447-460, spéc. p. 449 ; Rapport d'information sur le livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêts général, n°1010, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, cahier détaché n° 2 du Moniteur des Travaux Publics du 13 février 2004, spéc. p.5.

⁸⁷ Sur les conditions de mise en œuvre de l'article 86.02 (ex 90.2) v. CHEROT, J.Y., « L'article 90, §2 du traité de Rome et les entreprises de réseau », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 171-182 ; spéc. pp. 180-182.

⁸⁸ Compte tenu des outils d'analyse économique opérationnels pour le faire.

⁸⁹ C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/99, *Rec. I-1979*, déjà cité.

dans un premier temps⁹⁰, plus soupagement dans un deuxième temps, en intégrant la notion d'équilibre entre secteurs économiques rentables et non rentables.

Selon la Commission européenne, le droit communautaire ne condamne dès lors pas en tant que tel l'octroi d'un monopole, mais il exige une justification sous l'angle économique, rompant le lien nécessaire entre service public et monopole⁹¹. Il rompt ensuite le lien entre entreprises publiques (ou services publics organiques) et services économiques d'intérêt général (sens matériel), soulignant que les premières ne sont pas nécessairement en charge des seconds et que les seconds sont parfois assumés par des entreprises privées⁹².

13. **La cristallisation des discussions sur la question du financement.** Les sommes allouées par les pouvoirs publics à des entreprises publiques ou privées en compensation des missions particulières⁹³ assumées par ces dernières sont-elles des aides d'Etat ? L'approche du financement des entreprises publiques (au sens organique) et des services d'intérêt économique général (sens matériel) par le biais des aides d'Etats en droit communautaire doit être soulignée. En effet, celle-ci met l'accent sur la circonstance que ces activités ne constituent pas une activité de marché « *normal* ». Elles constituent, en quelque sorte, un contre modèle. Le droit communautaire se serait, selon certains, distancié de l'approche américaine de la théorie de l'indemnisation, qui met l'accent sur la nécessité de fournir au gestionnaire des *public utilities* un retour raisonnable des investissements consentis, en plaçant le centre de gravité du raisonnement sur la propriété privée⁹⁴. Le droit communautaire entretient, par contre, des rapports plus ambivalents avec la théorie de la rémunération⁹⁵, qui consiste à honorer une prestation accomplie par une société privée, soit dans le cadre « *d'un marché public* », soit dans le cadre d'une « *concession de service public* »⁹⁶. L'assimilation entre marché public et concession en droit communautaire n'est en effet que très partiellement réalisée⁹⁷, même si les régimes juridiques qui leur sont réservés en droit communautaire tendent à se rapprocher⁹⁸.

⁹⁰ TESAURO, « Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, §2 du TCE », déjà cité, spéc p. 331.

⁹¹ Communication de la Commission européenne sur les services d'intérêt général du 11 septembre 1996 COM(96) 443 final., J.O.C.E. C 281 du 26 septembre 1996, p. 3 et s., spéc. §15.

⁹² Communication de la Commission européenne sur les services d'intérêt général du 11 septembre 1996 COM(96) 443 final., spéc. § 11, déjà citée.

⁹³ A la demande et en fonction des circonstances, avec une certaine protection des pouvoirs publics, l'expression étant choisie afin de ne pas renvoyer à des concepts juridiques tels que le service public, le service universel, ou autre activité d'intérêt général qui n'ont de sens que par rapport à un système juridique particulier.

⁹⁴ TRIANTAFYLLOU, D., « L'encadrement communautaire du financement du service public », déjà cité, spéc. p. 30.

⁹⁵ De laquelle se rapproche la théorie de la compensation.

⁹⁶ TRIANTAFYLLOU, D., « L'encadrement communautaire du financement du service public », déjà cité, spéc. p. 31.

⁹⁷ Les concessions de travaux ont été intégrées dans le droit dérivé des marchés publics et non les concessions de services publics.

⁹⁸ La jurisprudence de la Cour de Justice sur les relations *in house* dégagée au départ du droit dérivé des marchés publics a été étendue aux concessions sur base du Traité ; dans le même sens, les procédures de sélection des concessionnaires concurrents en matière de télécommunications et les appels d'offres organisés pour les lignes aériennes non rentables, TRIANTAFYLLOU, « Evolution de la notion de concession de service public », *R.M.C.*, 1997, p. 558 et s.

Les réponses des instances communautaires ont évolué sur la délicate question⁹⁹ du financement public des services d'intérêt économique général (ou de service public selon la qualification retenue par certains ordres juridiques).

14. Les positions divergentes de la Commission et des juridictions communautaires¹⁰⁰. Dans un premier temps, la Commission européenne a considéré que les sommes allouées à des entreprises, en vue de compenser les obligations assumées par elles au titre d'obligations de « *services publics* », ne constituaient pas des aides d'Etat¹⁰¹. Elle mettait essentiellement en avant que ces sommes ne procuraient pas un avantage concurrentiel à ces entreprises¹⁰².

Elle ne fut pas suivie par le Tribunal de Première instance, qui a retenu une définition large de l'aide, débarrassée de toutes considérations liées aux objectifs poursuivis par le financement dans l'exercice de qualification¹⁰³, dite notion d'aide « *brute* »¹⁰⁴. Le tribunal a considéré que l'intervention financière des pouvoirs publics, en ce qu'elle allégeait les coûts de l'entreprise, avait des effets sur la concurrence. Dans cette optique, le tribunal a déplacé son analyse sur la comptabilité de cette intervention financière au regard de l'article 86.2 du TCE, qui suppose une appréciation de sa nécessité au regard de la mission particulière assumée dans des conditions d'équilibre économique. La nécessité de l'aide sera analysée à l'aune d'une évaluation globale des conditions économiques dans lesquelles l'entreprise accomplit les activités particulières, sans tenir compte des bénéfices retirés d'activités économiques ouvertes à la concurrence que l'entreprise pourrait par ailleurs accomplir¹⁰⁵.

Dans un deuxième temps, la Commission européenne s'est ralliée à l'interprétation du Tribunal de Première instance des Communautés. Elle a considéré que la qualification d'aide pouvait être influencée par la manière dont elle était octroyée. Si la détermination des compensations s'est réalisée au terme d'une procédure de mise en concurrence (appel d'offres ouvert et inconditionnel), elle considère que la qualification d'aide d'Etat est exclue.

La Cour de Justice se devait de clarifier cette question¹⁰⁶. Elle le fit avec l'arrêt FERRING¹⁰⁷. La qualification d'une exonération fiscale établie au bénéfice des grossistes répartiteurs, en compensation d'obligations de services publics dans le

⁹⁹ Les enjeux sont évidents pour les Etats membres et les services publics en général, organiques ou matériels, KEPPELNE, J.P., « Les aides des collectivités territoriales aux entreprises gestionnaires de services d'intérêt économique général face au droit communautaire : synthèse et développements récents », *R.C.D.S.P.*, 2000, pp. 11-33, spéc. n° 11.

¹⁰⁰ KARAYANNIS, V., « Le service universel de télécommunications en droit communautaire : entre intervention publique et concurrence », *C.D.E.*, 2002, pp. 315-375, spéc. pp.357-368.

¹⁰¹ Elle s'oriente alors vers une notion d'aide nette, TRIANTAFYLLOU, D., « L'encadrement communautaire du financement du service public », déjà cité, spéc. p. 32.

¹⁰² Notamment, les décisions de la Commission du 21 février 1995 (La Poste) et du 7 novembre 1996 (Radiotélévision Portugaise).

¹⁰³ Notamment, TPI, 27 février 1997, FFSA e ;a /COMMISSION, T-106/95, *Rec.* II-229 ; TPI, 10 mai 2000, SIC / COMMISSION, T-46/97, spéc. point 56, *Rec.* II-2125.

¹⁰⁴ TRIANTAFYLLOU, D., « L'encadrement communautaire du financement du service public », déjà cité, spéc. p. 32.

¹⁰⁵ Notamment, TPI, 27 février 1997, FFSA /COMMISSION, T-106/95, déjà cité.

¹⁰⁶ Elle ne s'était, selon certains, jamais ralliée de manière explicite à la jurisprudence du Tribunal, v. le point 59 des conclusions de l'avocat général TIZZANIO, A, précédent l'arrêt FERRING.

¹⁰⁷ C.J.C.E., 22 novembre 2001, C-53/00, *Rec.* I-9098.

cadre de la politique française d'approvisionnement des officines en médicaments, était au cœur des débats.

La Cour de Justice a analysé les deux circuits de distribution de médicaments, en France, directement concurrents : celui des grossistes répartiteurs et celui des laboratoires pharmaceutiques qui pratiquent la vente directe. Elle considère qu'il est établi que la taxe sur les ventes directes vise à rééquilibrer les conditions de concurrence entre les deux circuits de distribution des médicaments, puisque le législateur a imposé, aux seuls grossistes répartiteurs, des obligations de services publics. La Cour constate que la taxe a eu un effet sur la concurrence, puisque, suite à son introduction, les grossistes répartiteurs ont récupéré des parts de marchés¹⁰⁸. Dans ce contexte, la Cour de Justice considère que l'exonération du paiement de la taxe constitue un avantage économique accordé au moyen de ressources publiques, en l'espèce le renoncement à percevoir la taxe ou l'exonération fiscale accordée. Le renforcement de la position concurrentielle d'une catégorie d'entreprises influence les échanges intracommunautaires, compte tenu des caractéristiques des marchés pharmaceutiques. La conclusion de la Cour de Justice est ferme : « *abstraction faite des obligations de service public prévues par le législateur français, la taxe sur les ventes directes, en tant qu'elle ne s'applique pas aux grossistes répartiteurs, est susceptible de constituer une aide d'Etat au sens de l'article 92, paragraphe 1 du traité* »¹⁰⁹.

Ensuite, la Cour de Justice répond à la question de savoir si la qualification d'aide d'Etat peut être exclue en raison des obligations spécifiques de service public imposées aux grossistes répartiteurs. Renvoyant à sa jurisprudence antérieure¹¹⁰, la Cour de Justice précise que, pour autant que la taxe sur les ventes directes imposées aux laboratoires corresponde aux surcoûts réellement supportés par les grossistes répartiteurs pour l'accomplissement de leurs obligations de services publics, le non-assujettissement à la taxe peut être regardé comme la contrepartie des prestations effectuées et, dès lors, ne constitue pas une aide d'Etat¹¹¹. La stricte contrepartie annule de facto l'avantage.

L'exonération est ainsi lue comme, d'une part, un moyen de rétablir des conditions de concurrence comparables entre ceux qui en bénéficient et *les autres* et, d'autre part, un prix représentant la contrepartie des prestations effectuées.

La Cour de Justice précise encore que, si la stricte contrepartie n'est pas démontrée, l'article 86.2 du TCE ne peut être invoqué utilement car il ne couvre pas « *un avantage fiscal dont bénéficient des entreprises chargées de la gestion d'un service public telles que celles en cause (...), dans la mesure où cet avantage excède les surcoûts du service public* ».

¹⁰⁸ Point 19 de l'arrêt.

¹⁰⁹ Point 22 de l'arrêt.

¹¹⁰ C.J.C.E., 7 février 1985, ADBHU, C-240/83, *Rec.*, p. 531, spéc. point 18.

¹¹¹ Point 27 de l'arrêt.

Certains soutiennent qu'avec ce raisonnement, le test de l'article 86.2 du TCE semble devenir superflu¹¹². Puisque la qualification d'aide d'Etat entraîne l'obligation de notification préalable au sens de l'article 88.3 du TCE¹¹³, il en résulte une simplification certaine pour les pouvoirs publics, pour autant que toutes les conséquences en soient tirées sur le plan méthodologique. Il s'agit d'être en mesure de démontrer la stricte compensation entre l'avantage accordé par rapport aux obligations de service public (ou service économique d'intérêt général). Dans cette perspective, les Etats membres et les pouvoirs publics doivent être en mesure de démontrer que les mesures financières viennent strictement compenser les obligations particulières assumées par l'entreprise.

La paix communautaire avec cet arrêt fut de courte durée. L'abandon de l'approche dite « *aide d'Etat* » au bénéfice de l'approche dite « *compensation* »¹¹⁴ allait ranimer les flammes de la discorde présente au sein des instances communautaires. Cette approche « *compensatoire* » est fondée sur le principe que la compensation du service public doit être regardée comme un prix du service rendu¹¹⁵ et concrétise l'application du standard de l'opérateur privé en économie de marché¹¹⁶.

15. L'arrêt « *ALTMARK* »¹¹⁷. Le débat rebondit rapidement avec une affaire relative à un service public de transport local de personnes en Allemagne. Le cadre juridique du litige comprenait dès lors l'article 92 du TCE et l'article 77 relatif aux aides qui peuvent être accordées dans le domaine des transports¹¹⁸, dans le cadre de la politique commune européenne dans cette matière¹¹⁹. La législation allemande avait prévu un système de licence pour le transport de personnes par véhicule en service régulier. Elle avait, en outre, distingué les transports exploités en autonomie financière des transports exploités selon des « *modalités de services publics* ». Le législateur allemand avait prévu l'octroi de la licence pour les transports exploités en service public, sur base d'un acte d'autorité ou d'un contrat de service public, selon une procédure d'adjudication, conformément à la réglementation des marchés publics. Le

¹¹² Dans ce sens, v. ., KARYDIS, G., « Le principe de l'opérateur économique privé », déjà cité, spéc., p. 398 ; TRIANTAFYLLOU, D., « L'encadrement communautaire du financement du service public », déjà cité, p. 21 et s.

¹¹³ Comme le souligne fort opportunément l'avocat général TIZZANIO, A., dans le point 31 de ses conclusions précédant l'arrêt FERRING.

¹¹⁴ Expression utilisée par l'avocat général JACOBS dans ses conclusions présentées le 30 avril 2002 précédant l'arrêt de la C.J.C.E., 20 novembre 2003, GEMO S.A, C-126/01.

¹¹⁵ MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt FERRING à l'arrêt ALTMARK : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *C.D.E.*, 2003, pp. 639-694, spéc. p. 660 ; ce qui rapproche la technique de l'expression « *marché public* ».

¹¹⁶ MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt FERRING à l'arrêt ALTMARK : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », déjà cité, spéc. p. 664.

¹¹⁷ C.J.C.E., 24 juillet 2003, ALTMARK, C-280/00, RITLENG ; D., THIEFRY, P., « Le financement du service public face au droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2004, pp.1011-1024 ; MEROLA, M., MEDINA, C., « De l'arrêt FERRING à l'arrêt ALTMARK : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », déjà cité ; CABANES, C., PARTY, P., « Droit communautaire de la concurrence et aides d'Etat aux transports publics », *A.C.C.P.*, 2003, n° 20, pp. 52-58.

¹¹⁸ Cet article dispose que « *Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* ».

¹¹⁹ Article 74 du TCE et le règlement n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 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 routes et par voies navigables, *J.O. L 156, p. 1 et s.*, tel que modifié par le règlement 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991, *J.O. L. 169, p. 1 et s.*

litige s'est noué entre des sociétés concurrentes sur le marché des transports. Il était reproché aux autorités allemandes d'assortir de subventions les licences de transports exploités selon des modalités de service public. Plusieurs questions préjudicielles ont été posées à la Cour de Justice.

S'écartant, dans les points 65 et 66 de son arrêt, des conclusions de l'avocat général, la Cour de Justice a considéré que le règlement 1191/69 était susceptible de s'appliquer¹²⁰. Subsidiairement, la Cour a examiné la question des subventions au regard de l'article 92 du TCE.

Par la première branche de la question préjudicielle, la juridiction de renvoi demandait en substance à la Cour de Justice : « *si des subventions visant à compenser le déficit d'un service public de transport urbain, suburbain ou régional, relèvent en toutes circonstances de l'article 92, paragraphe 1, du traité, ou si, eu égard à la nature locale ou régionale des services de transport fournis et, le cas échéant, à l'importance du domaine d'activité concerné, de telles subventions ne sont pas de nature à affecter les échanges entre États membres* ». La Cour de Justice a estimé que le caractère local ou régional des services de transports ne permet pas d'exclure, a priori, une incidence sur le commerce entre États membres, d'autant plus que l'ouverture de services de transports à la concurrence a permis à des entreprises d'exécuter ce type de service dans d'autres États membres que celui de leur établissement.

La Cour de Justice va ensuite se référer à la jurisprudence ABDHU et FERRING¹²¹, en réaffirmant que : « *dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 92, paragraphe 1, du traité.* » Elle s'écarte donc clairement des conclusions de l'avocat

¹²⁰ Elle précisera que : « *dans la mesure où la juridiction de renvoi juge que le principe de sécurité juridique n'a pas été respecté en l'espèce au principal, elle devra considérer que le règlement n° 1191/69 est pleinement applicable en Allemagne et qu'il vaut donc également pour le régime de l'autonomie financière. Dans une telle hypothèse, il conviendra de vérifier que les licences en cause au principal ont été octroyées en conformité avec ce règlement et, dans l'affirmative, de vérifier si les subventions en cause au principal ont été accordées conformément à celui-ci. Dès lors que lesdites licences et subventions ne répondraient pas aux conditions arrêtées par ledit règlement, la juridiction de renvoi devra conclure qu'elles ne sont pas compatibles avec le droit communautaire sans qu'il soit nécessaire de les examiner au regard des dispositions du traité. Dès lors, ce n'est que dans la mesure où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion que le règlement n° 1191/69 ne s'applique pas au régime de l'autonomie financière, et que l'usage fait par le législateur allemand de la faculté de dérogation, prévue par ledit règlement, est conforme au principe de sécurité juridique, qu'elle devra examiner si les subventions en cause au principal ont été accordées en conformité avec les dispositions du traité relatives aux aides d'État.* »

¹²¹ Déjà citée, alors que l'avocat général LEGER, Ph., dans le point 62 de ses conclusions présentées le 19 mars 2002, invitait la Cour à s'écarter de sa jurisprudence, dans la mesure où celle-ci bouleversait l'économie du Traité, en rendant l'article 86.2 totalement inutile (point 81 et 82 du Traité) et privait la Commission européenne du contrôle des mesures de financement des services publics.

général LEGER, qui avait critiqué avec beaucoup de véhémence la solution de l'arrêt FERRING¹²², tout en précisant cette dernière de manière substantielle.

La Cour de Justice ajoute, en effet, quatre conditions qui doivent être réunies dans un cas concret, pour qu'une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'Etat¹²³.

Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies¹²⁴.

Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être *préalablement*¹²⁵ établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes¹²⁶.

Troisièmement, la compensation peut dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des *coûts*¹²⁷ occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un *bénéfice raisonnable*¹²⁸ pour l'exécution de ces obligations¹²⁹.

Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public¹³⁰ permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité¹³¹, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport, afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Dans la mesure où des subventions publiques accordées à des entreprises explicitement chargées d'obligations de service public, afin de compenser les coûts occasionnés par l'exécution de ces obligations, répondent à ces quatre conditions, de

¹²² Dans les secondes conclusions qui furent présentées le 14 janvier 2003.

¹²³ Points 89 à 94 de l'arrêt.

¹²⁴ Cette condition suppose la vérification du contenu de la législation ou des licences.

¹²⁵ C'est nous qui soulignons.

¹²⁶ Dans cette perspective, « la compensation par un État membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité ».

¹²⁷ C'est nous qui soulignons.

¹²⁸ C'est nous qui soulignons.

¹²⁹ Ceci afin de « garantir que n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise ».

¹³⁰ La Cour de Justice, en se référant aux marchés publics, ne nous semble pas pouvoir exclure par cela, que d'autres figures juridiques (concessions) soient possibles. Il s'agit alors de généraliser la solution à toute forme d'attribution, au terme d'une procédure d'enchère qui présente certaines caractéristiques que la Cour énonce.

¹³¹ Cette formulation semble indiquer que ce choix en dehors du droit dérivé des marchés publics est possible et donc licite.

telles subventions ne tombent pas sous le coup de l'article 92, paragraphe 1, du traité. À l'inverse, l'intervention étatique qui ne répond pas à une ou plusieurs desdites conditions devra être considérée comme une aide d'État au sens de cette disposition.

L'arrêt **ALTMARK** constitue, sans nul doute, une « *nouvelle approche compensatoire* »¹³², et un incitant indirect à confier l'exécution des services publics à des entreprises, dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence.

16. **Les enjeux de la jurisprudence ALTMARK.** La Cour de justice a confirmé sa jurisprudence¹³³. L'arrêt **ENIRISORSE** illustre la difficulté de démontrer rigoureusement la troisième condition posée par l'arrêt **ALTMARK**, « *la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* » ; de simples allégations ne suffisent pas. Une comptabilité analytique semble indispensable¹³⁴.

MEROLA et MEDINA, reprenant la plupart des arguments avancés par l'avocat général LEGER, dans ses conclusions précédant l'arrêt **ALTMARK**, émettent des critiques relatives à l'approche compensatoire¹³⁵. Elles se déclinent en trois thèmes. Le premier est la conception même de l'aide : s'agit-il d'une « *approche brute* » ou « *nette* » ? Le deuxième est la validité économique de la solution. Le troisième est l'interprétation de la logique du Traité. Les trois thèmes se rejoignent dans les détails de l'argumentation.

Dans le premier thème, MEROLA et MEDINA soulignent l'évolution dans l'interprétation de la notion « *d'avantage* ». La philosophie du droit communautaire des aides d'État serait de n'apprécier un aspect compensatoire que lors de l'examen de la compatibilité¹³⁶. L'approche compensatoire supprime dès lors cet examen de compatibilité en méconnaissance de l'économie de l'article 87 du TCE. Il est vrai que la notion d'avantage net change radicalement le droit communautaire des aides d'État¹³⁷. Selon nous, si l'évolution rencontre la difficulté récurrente générée par l'obligation de considérer une intervention publique avec le seul référent de l'économie de « *marché* » parfois considérée pour l'exercice de manière trop réductrice, elle n'en reste pas moins contraire aux dispositions du Traité.

¹³² MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt **FERRING** à l'arrêt **ALTMARK** : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », déjà cité, spéc. p.662.

¹³³ C.J.C.E., 20 novembre 2003, GEMO, S.A., C-126/01, et C.J.C.E., 27 novembre 2003, ENIRISORSE SpA, C-34/01 à C-38/01.

¹³⁴ Elle est, au demeurant, indispensable à toute gestion rigoureuse.

¹³⁵ MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt **FERRING** à l'arrêt **ALTMARK** : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », déjà cité, spéc. pp. 665-679.

¹³⁶ Dans cette logique, il est admis qu'une aide peut être octroyée en contrepartie d'un effort particulier demandé à son bénéficiaire, ce qui énerve la distinction entre marché public et aide, nous l'avons déjà souligné dans la première partie de cette recherche. La contrepartie offerte par le bénéficiaire est appréciée lors de l'examen de la compatibilité. Il s'agit même d'une condition à la compatibilité, v. ROZET, G., « La notion d'aide d'État en question : un débat suscité par le financement public des SIEG », *G.D.P.*, 11 et 12 juillet 2003, n° 191-193 ; ceci apparaît encore plus en matière de transport, puisque l'article 73 du TCE le dit explicitement : les aides « *qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* » sont compatibles avec le Traité.

¹³⁷ MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt **FERRING** à l'arrêt **ALTMARK** : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », déjà cité, spéc. p. 669.

Dans le deuxième thème (la validité économique), MEROLA et MEDINA soulignent, s'appuyant sur l'analyse économique, la confusion entre la qualification et la justification opérée par l'approche compensatoire. Des économies indirectes liées à la stricte compensation, image, synergie, subvention croisée, bénéfice inhérent à la prestation¹³⁸, etc., ne sont pas prises en compte. Cela revient à souligner que l'avantage peut être présent lorsqu'il n'est pas certain que le marché aurait pu offrir spontanément le service et que les bénéfices indirects n'ont pas été quantifiés. Ce type de raisonnement induit naturellement la solution de l'organisation d'un appel d'offres, afin de vérifier si « *le marché* » n'est pas capable de répondre à la demande de service public¹³⁹. La solution du « *marché public* », du moins telle qu'elle est interprétée par les instances communautaires¹⁴⁰, permettrait encore d'objectiver les coûts¹⁴¹. Selon nous, il reste à définir ce que signifie au juste, dans l'esprit des commentateurs, la volonté de vérifier que le marché offre spontanément une solution. A notre sens, cela ne peut signifier qu'un financement privé de l'activité en question¹⁴². Or, le lien tissé entre cette « *offre spontanée du marché* » et le marché public est à l'opposé de ce financement privé. En effet, dans un marché public, le service est financé par des fonds publics. Dans le troisième thème, MEROLA et MEDINA soulignent que l'approche compensatoire rend l'application de l'article 86.2 du TCE impossible.

Les enjeux politiques de cette discussion sont complexes dans le cadre de la construction européenne. Comme le soulignent très justement MEROLA et MEDINA, l'arrêt ALTMARK redistribue les compétences, affaiblissant celles de la Commission européenne dans le cadre de son contrôle *ex-ante* et accroissant celles des tribunaux nationaux dans le cadre d'un contrôle *ex-post*, sans cependant énerver le contrôle *ex post* de la Commission¹⁴³. Si le droit communautaire s'invente tous les jours et se commente longuement, il s'applique à des situations souvent anciennes. La jurisprudence ALTMARK plonge de nombreux dirigeants dans un abîme d'incertitude. Si l'argument est jugé superficiel par certains¹⁴⁴, il semble devoir être rencontré de manière pragmatique afin d'éviter une situation chaotique dans certaines

¹³⁸ Qui aurait pu être prestée sans compensation pour des raisons stratégiques.

¹³⁹ De nombreuses analyses économiques semblent donc converger sur la solution du « *marché public* », NICOLAIDES, P., « Distortive effects of compensatory aid measures : a note on the economics of the FERRING judgment », *E.C.L.R.*, 2002, p. 313 et s., cité par MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt FERRING à l'arrêt ALTMARK : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », déjà cité, spéc. p. 674.

¹⁴⁰ Pour une critique, v. DURVIAUX, A.L., « Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, un système ? », thèse à paraître.

¹⁴¹ Solution admise par la Jurisprudence « ALTMARK ». C'est une vue de l'esprit, car la solution dépend du régime de l'exécution des prestations qui font l'objet du marché, variable d'un Etat membre à l'autre. Au terme de la procédure de passation, les pouvoirs adjudicateurs ont un prix offert par une entreprise dans un cadre contractuel.

¹⁴² Il ne s'agit pas d'une hypothèse purement académique ou excessivement théorique. Certains secteurs investis de longue date par les pouvoirs publics étaient ou sont devenus très rentables et pourraient être entièrement assumés par des entreprises privées (sous contrôle étroit des pouvoirs publics, pour des raisons liées à l'intérêt général). Il en est ainsi, par exemple de la gestion de certains déchets ou de certains services funéraires.

¹⁴³ MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt FERRING à l'arrêt ALTMARK : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », déjà cité, spéc. p. 681.

¹⁴⁴ Notamment par, MEROLA, M. et MEDINA, C., « De l'arrêt FERRING à l'arrêt ALTMARK : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *C.D.E.*, 2003, pp. 639-694, spéc. p. 687

Etats membres, même en considérant la force créatrice du chaos. Le véritable enjeu est l'emprise du droit communautaire sur la compétence des Etats membres, pour organiser et naturellement financer les S.E.I.G et leurs institutions publiques, non sur le principe, qui ne semble pas contestable, mais sur les modalités. La remise en question systématique des règles et la formulation confuse de principes, à défaut de consensus politique, sont une source d'inefficacité et d'insécurité juridique préjudiciables à tous. La crédibilité des institutions impliquées, celles des Etats membres et celles de la Communauté européenne, en est, nécessairement, affectée.

17. **Les suites de l'arrêt ALTMARK.** La Commission européenne, probablement sensible aux difficultés d'application des principes dégagés par la Cour de Justice dans l'affaire ALTMARK, a entamé divers projets en vue de clarifier les modalités des règles de concurrence dans le cadre des aides d'Etat sous forme de compensation, notamment d'obligation de services publics : encadrement des aides d'Etat sous forme de compensation de service public, projet de décision d'application des dispositions de l'article 86 du TCE aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général, et projet de directive modifiant la directive 80/723 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques. La Commission a présenté son approche dite *de minimis* et autres exemptions par secteur¹⁴⁵ au Parlement Européen. Ce dernier a accueilli favorablement le principe de ces mesures, en excluant, a priori, toute exemption, sans investigation approfondie de la situation de chaque Etat membre¹⁴⁶. Elle a annoncé une future décision (sur base de l'article 86.3 du TCE) et une proposition de directive pour assouplir les obligations des gouvernements nationaux quant à la notification des versements d'aides à certaines opérateurs de services publics, afin de tirer les conséquences de l'arrêt ALTMARK¹⁴⁷. La décision précisera les conditions à respecter pour que les compensations versées aux entreprises chargées d'un service d'intérêt général économique soient compatibles avec le droit des aides d'Etat et ne doivent pas être notifiées. Les compensations inférieures à 30 millions d'euros par an, pour autant que leurs bénéficiaires réalisent un chiffre d'affaires annuel inférieur à 100 millions d'euros, sont visées par la décision. Les hôpitaux, les sociétés de logement social, certaines liaisons maritimes et aériennes avec des îles ont été insérés dans le projet de décision.

¹⁴⁵ Transport maritime desservant les îles transportant moins de 100.000 passagers par an, hôpitaux publics, logement social.

¹⁴⁶ Le Parlement européen s'est montré, sur cette question, plus ultra-libéral que la Commission, notamment sur le financement du logement social et des hôpitaux publics.

¹⁴⁷ COMMISSION CE, communiqué IP/05/937 du 15 juillet 2005.

B.- L'émergence du concept de service universel dans le droit dérivé

18. Généralités. La rigueur sémantique ne fut pas plus au rendez-vous lors de l'élaboration du droit dérivé ayant pour objet de libéraliser certains secteurs. Le vocable « *service public* » est réapparu sous la plume des instances communautaires¹⁴⁸ qui ont ensuite mis l'accent sur la notion¹⁴⁹, fort ancienne, de « *service universel* »¹⁵⁰ liée, en droit américain, à la question des monopoles. En droit communautaire, le concept de service universel a été utilisé pour la première fois dans le secteur des services postaux¹⁵¹. Le choix du concept participe également au déplacement du débat sur les techniques de financement. De nature fonctionnelle, la notion de service universel s'inscrit, en outre, en parfaite harmonie avec la finalité des politiques de libéralisations. Selon la Commission, elle vise précisément des exigences d'intérêt général auxquelles doivent répondre les activités libéralisées et elle tend à assurer, partout dans l'Union, l'accès à tous à certaines prestations essentielles, de qualité et à un prix abordable.

Les principes d'universalité, d'égalité et de continuité qui caractérisaient les services publics sont dès lors sauvegardés. Par contre, le caractère abordable du service universel constitue une innovation remarquable et soulignée¹⁵². Elle est certes délicate à interpréter car, à l'instar de l'émergence de certains droits fondamentaux dans le discours juridique, comme la dignité humaine, elle peut aussi signifier la prise en compte par un ordre juridique d'une menace ou d'une violation. La notion de service universel met également l'accent sur la qualité de celui-ci, le droit dérivé imposant des outils de définition, d'information et de contrôle de celle-ci¹⁵³. Elle est, en outre, essentiellement évolutive, ce qui était naguère exprimé dans le principe d'adaptabilité, son contenu est lié aux avancées technologiques. Sans doute, les services universels constituent une avancée pour certains nouveaux Etats membres, chacun restant libre d'aller plus loin dans la définition des prestations offertes aux citoyens pour des raisons liées à l'intérêt général. La notion de service universel est, selon la très belle expression de Mme LAGET-ANNAMAYER, le « *vecteur d'un intérêt général communautaire* ». Elle a participé à l'introduction d'un article 16 dans le TCE qui précise « *la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union* ». Sans minimiser l'impact symbolique de cette nouvelle disposition, celle-ci n'est pas de nature à remettre en cause les équilibres

¹⁴⁸ Dans le secteur des transports avec le règlement n° 1191/69 du Conseil relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par voie de chemin de fer, par route et voie navigable, J.O.C.E., L 156, du 28 juin 1969 ; dans le secteur de l'électricité avec la directive 96/92 déjà citée.

¹⁴⁹ COM (93) 159 du 28 avril 1993, Résolution du Conseil du 7 décembre 1993 relative au développement du service universel dans un environnement concurrentiel, v. également les communications sur les SEIG.

¹⁵⁰ LAGET-ANNAMAYER, A., dans sa thèse déjà citée, spéc. p.104., rappelle que l'expression a déjà été utilisée en 1907 dans le secteur des télécommunications aux USA pour justifier le monopole de l'ATT. Curieux destin pour ce concept qui servit, ensuite, à justifier son démantèlement ; sur les incidences négatives en matière de recherche et développement du démantèlement des monopoles en matière de télécommunications, v. l'article de KAHN, A. « Les génies des télécoms chez Alcatel », dans le journal *Le monde* du 11 avril 2006.

¹⁵¹ Livre vert sur les services postaux COM (92) 476.

¹⁵² LOMBARD, M., « Service postal universel », *A.J.D.A.*, 1998, spéc., p. 718.

¹⁵³ Par exemple, dans le secteur des télécommunications, la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et des services de communication électronique.

généraux du TCE, ni la portée de l'article 86. Reste à découvrir l'interprétation que la Cour de Justice réservera aux concepts de valeurs communes ou de cohésion sociale dans la question traitée. Elles semblent exprimer qu'un autre système de justification, qui ne soit pas « *purement* » économique, est désormais possible, encore faudra-t-il donner un sens précis à celui-ci.

19. **La traduction différenciée selon les secteurs d'activité.** A nouveau, la traduction ponctuelle de la notion de service universel n'est pas uniforme en droit communautaire. Elle semble spécifique aux secteurs des télécommunications et des services postaux¹⁵⁴.

Si sa définition renvoie à des données et notions familières aux juristes qui ont étudié la théorie du service public, il faut se garder d'une assimilation trop rapide car le contexte et la finalité ont changé¹⁵⁵. Désormais, il s'agit de concevoir des modalités juridiques adaptées au souci premier, instaurer une concurrence accrue (augmentation du nombre des opérateurs). Dans cette perspective de nouvelles techniques de financement sont devenues possibles.

20. **Le principe et les exceptions en matière de financement : présentation générale**¹⁵⁶. Le service universel doit, en principe et par priorité, être financé par le prix payé par les usagers¹⁵⁷. Les tarifs doivent dès lors être orientés vers les coûts. Les financements collectifs (interne ou externe) ne peuvent être prévus qu'à titre complémentaire. La pluralité des opérateurs économiques permet d'envisager de nouvelles techniques de financement (fonds externes alimentés par une pluralité d'opérateurs), sans remettre en cause les techniques anciennes.

L'évaluation des coûts du service universel est devenue une question centrale, puisque le financement complémentaire lui est lié et qu'elle a un impact sur les mécanismes d'imputation de ces coûts (soit les techniques de financement proprement dites). La philosophie, très générale, est de privilégier le financement qui porte le moins atteinte au « *fonctionnement de la libre concurrence* » et « *respecte les principes fondamentaux du traité* ». L'apparition de ces formules sacramentelles ne surprend guère. Souvent, il s'agit d'indiquer que si tout peut sembler différent, rien n'a véritablement changé, si ce n'est que les méthodes, nettement plus complexes, sont dictées par des autorités différentes et que les Etats membres ont perdu un peu de leur compétence en chemin.

¹⁵⁴ Elle est ainsi précisée dans le secteur des télécommunication par la directive 95/62/CE du 13 décembre 1995 ; LE MESTRE, R., « L'Etat des dernières dispositions communautaires sur le service postal », in *Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché*, CEDECE, Tome I, pp. 133-150 ; MONGIN, B., « Quelques éléments sur le financement des activités non rentables dans le secteur des télécommunications et de la poste », in *Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché*, CEDECE, Tome I, pp.151-163. Elle n'est pas restée longtemps étrangère en droit belge, v. l'article 68 de la loi du 21 mars 1991 en matière de télécommunications et le titre IV de cette même loi pour la poste.

¹⁵⁵ *Supra*, I.

¹⁵⁶ MARCHESSOU, P., « Les modes de financement du service universel existants et retenus en droit communautaire », in *Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché*, CEDECE, Tome II, pp.287-296.

¹⁵⁷ Ce principe n'énerve pas la possibilité selon nous, d'une politique de soutien à des publics cibles, par le biais de la fiscalité. Il s'agit en quelque sorte, de passer d'un financement de l'entreprise à une aide directe aux citoyens.

Le financement public traditionnel par des subventions est resté possible. Du reste, il était prévu par le TCE en matière de transports par chemine de fer, par route et par voies navigables¹⁵⁸ et a été clairement admis par la Cour de Justice, notamment dans le secteur postal¹⁵⁹. Les subventions doivent correspondre au remboursement des obligations de « *services publics* » (ou à celles de services universels). L'article 86, §2 s'applique. La difficulté réside dans l'évaluation, acceptable pour les instances communautaires, de la stricte compensation¹⁶⁰. A défaut d'établir cette stricte compensation, le droit communautaire des aides d'Etats s'applique. Si ces compensations sont vues avec méfiance par les instances communautaires, elles y sont nettement moins hostiles lorsqu'elles ont participé à leur encadrement concret¹⁶¹. Assez clairement également, les instances communautaires sont plus enclines à accepter cette modalité de financement lorsqu'une procédure d'appel d'offres a été organisée pour choisir le prestataire, bénéficiaire de la subvention¹⁶², en imposant souvent la contractualisation de la relation¹⁶³. Dans le secteur des transports de voyageurs, la Commission a réaffirmé sa préférence pour l'organisation d'un appel d'offres et une contractualisation de la prestation de service¹⁶⁴. Le Parlement s'y est opposé dans des termes ambigus. Force est de constater que la position de repli finalement adoptée par la Commission reste d'un flou certain.

Le financement interne, péréquation géographique ou par service, reste également possible, même s'il n'est pas accueilli avec enthousiasme par les instances communautaires. Il repose sur un mécanisme de subvention croisée admis par la Cour de Justice¹⁶⁵ et le droit dérivé. Certains présentent le financement interne comme intimement lié au concept de service universel, qui implique l'accès à ces services à prix abordable, indépendamment de la localisation géographique¹⁶⁶. Cette déduction ne nous semble pas convaincante car les modalités pour réaliser l'objectif sont variées. Quoi qu'il en soit, les instances ont admis de manière explicite les subventions

¹⁵⁸ Article 73 TCE.

¹⁵⁹ Dans l'affaire FFSA, déjà citée.

¹⁶⁰ *Supra*, II.A.

¹⁶¹ Règlement n° 1169/69 en matière ferroviaire. A vrai dire, tout le monde semble gagnant lorsque les instances communautaires s'emparent d'une matière et légifèrent. A tout le moins, les acteurs ne doivent-ils pas attendre que la jurisprudence détermine les exigences précises qui leur sont imposées.

¹⁶² Règlement n°240/92 du 23 juillet 1992 dans le secteur du transport aérien.

¹⁶³ A vrai dire, ce glissement ne va pas de soi. Il est parfaitement possible d'organiser un appel d'offres sans transformer la relation de type unilatéral en relation contractuelle. A notre sens, la logique du marché et de la concurrence implique, au contraire, que les opérateurs prennent des risques. La contractualisation, au contraire, peut impliquer la responsabilité financière de la collectivité lors de l'exécution (clause financière dans le contrat) et dès lors, minimise de manière significative la prise de risque par les opérateurs privés. Or, le risque est une composante essentielle des modèles de concurrence dans l'analyse économique.

¹⁶⁴ Projet de règlement du Parlement et du Conseil relatif à l'action des Etats 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, publié le 26 juillet 2000. Le 12^{ème} considérant justifie la solution par l'invocation du principe de subsidiarité.... La lecture des articles 5 à 7 permet de comprendre parfaitement la logique. Le contrat de service public doit être obligatoirement utilisé pour régler le versement de toute indemnisation financière et pour octroyer des droits exclusifs. L'appel d'offres est obligatoire. Les exceptions qui permettent une attribution directe sont de stricte interprétation. Une de ces exceptions organise une attribution directe lorsqu'un opérateur propose l'instauration d'une ligne là où aucun service n'existe, consacrant l'initiative privée dans la création d'un service public.

¹⁶⁵ Notamment dans le secteur postal, dans l'affaire CORBEAU déjà citée.

¹⁶⁶ LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p. 257.

croisées (péréquation tarifaire) dans le secteur postal¹⁶⁷ et dans le secteur des télécommunications (seulement à titre transitoire pour ce dernier)¹⁶⁸. La péréquation entre service, ou l'adossement d'une activité rentable à une qui ne l'est pas¹⁶⁹, a également été validé par la Cour de Justice¹⁷⁰. Le droit dérivé est plus délicat à interpréter : il semble accepter ce type de financement à certaines conditions. Logiquement, le droit communautaire se préoccupe d'éviter un abus de position dominante. Concrètement, la notion de « *service réservé* »¹⁷¹, en droit dérivé, consacre la légalité et l'encadrement du mécanisme, dans le secteur des télécommunications et le secteur postal¹⁷². A nouveau, le principe de l'exclusion de certains services à la concurrence n'est accepté que dans la mesure où elle est nécessaire au financement, ce qui repose la délicate question de l'évaluation. La séparation comptable est dès lors logiquement imposée, sans constituer une panacée.

Le partage des coûts du service universel ou le financement externe, par la création d'un fonds de financement du service universel alimenté par les opérateurs ou les redevances de services publics, constituent de nouveaux modes de financement¹⁷³.

Le secteur des télécommunications fut à nouveau un terrain privilégié d'expérimentation, les « *nouveaux entrants* » ont été invités à financer le service universel par le versement de redevance d'accès spécifique¹⁷⁴. A nouveau, de sérieux problèmes d'évaluation des coûts se posent, l'opérateur historique pouvant conserver des informations de nature à fausser la concurrence : asymétrie d'information et distorsions de concurrence contrarient l'efficacité (et surtout le contrôle externe).

Le système de péréquation externe a été imaginé¹⁷⁵ pour sortir des difficultés liées aux différents financements internes et d'abandonner le système des « *services réservés* » : il apparaît adapté à la présence d'une pluralité d'opérateur et peut être confié à une autorité indépendante. A ces titres, il s'inscrit dès lors parfaitement dans la logique de marché voulue. La directive 96/19 du 13 mars 1996 et la directive 2002/22/CE relative au service universel dans le secteur des télécommunications ont consacré ce mode de financement, tout en précisant les méthodes d'évaluation du coût du service universel. A nouveau, tous les problèmes d'évaluation ne sont pas pour autant évacués ; l'implication des instances communautaires dans la formalisation des règles permet, sans doute, de limiter les aléas de tout contentieux.

¹⁶⁷ Point 3.2 de la communication de la Commission sur l'application des règles de la concurrence au secteur postal (1997).

¹⁶⁸ Considérant n° 5 de la directive 98/10/CE, déjà citée.

¹⁶⁹ MERCHESOU, P. « Les modes de financement du service universel existants et retenus par le droit communautaire », déjà cité, spéc. p. 190.

¹⁷⁰ Dans le secteur postal avec l'arrêt CORBEAU, déjà cité, point 17 ; mais aussi dans le secteur de l'électricité avec l'arrêt ALMELO, déjà citée.

¹⁷¹ Sous-jacente dans l'arrêt de la C.J.C.E., du 13 décembre 1991, C-18/88, déjà citée.

¹⁷² Article 3 et 16^{ème} considérant de la directive 97/67/CEE déjà citée.

¹⁷³ Selon la très belle expression de RODRIGUES, S., il s'agit d'imposer une solidarité entre concurrents, thèse, *Service public et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne, Eléments de droit comparé et analyse communautaire*, Paris, 1999, Panthéon Sorbonne, spéc. p. 757

¹⁷⁴ Le système avait déjà été utilisé pour financer les infrastructures dans le secteur des transports ferroviaires dans l'article 8 de la directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991.

¹⁷⁵ LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p. 267.

21. **Le financement du service universel dans le secteur postal, en Belgique.** Les grandes lignes de la libéralisation des services postaux furent tracées dans la directive 97/67/CE¹⁷⁶. La difficulté d'élaborer une approche commune sur le sujet a permis l'adoption de solutions présentant une certaine souplesse. Le degré d'ouverture n'était pas figé, les Etats membres pouvaient aller au delà de la libéralisation imposée, ils pouvaient également aller plus loin dans la définition du service universel pour autant qu'ils respectent alors les contraintes en matière de financement. Les techniques de financement étaient variées : la création d'un fonds de compensation, l'instauration de services réservés (harmonisés) ou de taxes restaient possible. La définition et le financement du service universel sont deux problèmes centraux¹⁷⁷. La directive 2002/39 du Parlement et du conseil du 10 juin 2002 a défini les étapes programmées de la libéralisation, en limitant davantage et de manière progressive les services qui pouvaient être réservés.

En droit belge, les principes sont énoncés dans la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques autonomes¹⁷⁸ et dans le contrat de gestion¹⁷⁹.

La Poste fut initialement¹⁸⁰ chargée de fournir la totalité du service universel sur l'ensemble du territoire et s'est vu réserver certains services dans le respect de la directive 97/67/CE, dont le courrier transfrontalier (entrant et sortant), le publipostage dans les mêmes limites de prix et de poids que pour les autres services réservés¹⁸¹. Dès cet instant, le contenu du service universel ont défini par la loi¹⁸² et dans ses

¹⁷⁶ DEHOUSSE, F. et MACZKOVICS, déjà cité, spéc. pp. 18-26. La directive a été transposée en droit belge par l'arrêt royal du 9 juin 1999, *M.B.*, 18 août 1999, (pris en vertu d'une loi d'habilitation du 3 mai 1999 – *M.B.* du 4 mai 1999 – et confirmé ultérieurement par une loi du 12 août 2000, *M.B.* du 31 décembre 2000).

¹⁷⁷ V. l'étude commandée par la Commission européenne, *Cost and financing of universal services in the postal sector in the european union*, octobre 1998.

¹⁷⁸ *M.B.*, 27 mars 1991, modifiée à de nombreuses reprises, notamment pour intégrer les directives dites de libéralisation.

¹⁷⁹ Le quatrième contrat de gestion entre l'Etat belge et la Poste date du 2 décembre 2005, *M.B.*, 20 décembre 2005.

¹⁸⁰ Article 141 de l'arrêté royal du 9 juin 1999, déjà cité.

¹⁸¹ DEHOUSSE, F. et MACZKOVICS, déjà cité, spéc. p.45.

¹⁸² L'article 142 de la loi du 21 mars 1991 déjà citée, dispose que :

1^{er}. Le service postal universel comprend les prestations suivantes: – la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kg; – la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kg; – la distribution des colis postaux reçus d'autres Etats membres et pesant jusqu'à 20 kg; – les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée.

Le service postal universel comprend aussi bien les services nationaux que les services transfrontaliers § 2. La prestation du service universel comporte les obligations suivantes: 1° toutes les communes du Royaume, y compris les entités administratives fusionnées qui constituaient une commune distincte au 31 décembre 1970, sont pourvues d'un point d'accès, au moins, pour le dépôt des envois postaux visés au § 1^{er}; 2° il doit y avoir, par commune visée au point 1°, au minimum une levée, une expédition et une distribution des envois postaux et ce, au moins cinq jours par semaine, sauf le dimanche et les jours fériés légaux; 3° la distribution des envois postaux doit s'étendre à toutes les habitations du Royaume, pour autant qu'elles soient pourvues d'une boîte aux lettres placée à la limite de la voirie publique et à portée de main, répondant à la réglementation édictée par le Ministre sur proposition de l'Institut.

Cette obligation s'étend aux colis visés au § 1^{er}, deuxième tiret. Au cas où le colis présenté n'a pu être réceptionné par le destinataire, il est conservé dans un lieu situé dans la commune du destinataire, ce dernier en étant averti par un avis déposé dans sa boîte. Ce lieu doit être accessible au moins cinq jours par semaine, sauf le dimanche et les jours fériés légaux.

§ 3. La prestation du service universel répond aux exigences suivantes: – garantir le respect des exigences essentielles; – offrir aux utilisateurs se trouvant dans des conditions comparables un service identique; – être disponible sans discrimination, notamment pour des raisons d'ordre politique, religieux

modalités concrètes dans le contrat de gestion, ainsi que le principe d'un financement¹⁸³ au moyen d'un fonds de compensation. L'activation de ce fonds était prévue si le financement par les services réservés¹⁸⁴ se révélait insuffisant¹⁸⁵. Il devait

ou idéologique; – ne pas être interrompue ou arrêtée, sauf en cas de force majeure; – évoluer en fonction de l'environnement technique, économique et social ainsi que des besoins des utilisateurs

¹⁸³ Art. 144ter de la loi du 31 mars 1991 déjà citée qui dispose que :

§ 1^{er}. Les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel sont fixés selon les principes suivants: 1° les prix doivent être abordables et tels que tous les utilisateurs aient accès aux services offerts; 2° les prix doivent être orientés sur les coûts du service universel; 3° les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires; 4° les tarifs sont identiques sur toute l'étendue du territoire du Royaume quels que soient les lieux de levée et de distribution; [5° lorsqu'il applique des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients, le prestataire du service universel est tenu de respecter les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne tant les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Lesdits tarifs tiennent compte des coûts évités par rapport aux services traditionnels comprenant la totalité des prestations proposées concernant la levée, le transport, le tri et la distribution des correspondances individuelles et s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers et le prestataire du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont à la disposition des particuliers utilisant les services postaux dans des conditions similaires; 6° le financement de services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant de services du secteur réservé est interdit, sauf si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel imposées au domaine concurrentiel. Les mesures prises pour l'exécution de l'alinéa 1^{er}, 6° font l'objet d'un arrêté royal délibéré en conseil des ministres, sur avis de l'Institut.]

§ 2. Sans préjudice du § 1^{er}, des accords tarifaires individuels peuvent être conclus pour prendre en compte le volume et la nature des prestations respectives des parties.

§ 3. [Les tarifs appliqués par La Poste pour les services postaux universels ci-dessous évoluent selon une formule fixée par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, sur avis de l'Institut: – les services postaux universels repris dans un panier des petits utilisateurs, fixé par l'arrêté royal susmentionné, fournis au tarif du courrier égrené; – les services postaux réservés, à l'exception du courrier transfrontalier entrant, énumérés à l'article 144octies, quel que soit le régime tarifaire appliqué. En cas de modification des tarifs des services susmentionnés, tous les documents concernant le calcul du prix de revient sont communiqués à l'Institut.]

L'article a été inséré par l'art. 18 de l'A.R. du 9 juin 1999 (*M.B.*, 18 août 1999 (deuxième éd.)), en vigueur le 18 août 1999 (art. 28). Le § 1^{er}, al. unique, 5° et 6° a été inséré par l'art. 1^{er} de l'A.R. du 7 octobre 2002 (*M.B.*, 25 octobre 2002 (deuxième éd.)), en vigueur le 1^{er} janvier 2003 (art. 3). Le § 3 remplacé par l'art. 27 de la L. du 27 décembre 2005 (*M.B.*, 30 décembre 2005 (deuxième éd.)).

¹⁸⁴ Art. 144octies de la loi du 21 mars 1991 (inséré par l'art. 21 de l'A.R. du 9 juin 1999 (*M.B.*, 18 août 1999 (deuxième éd.)), en vigueur le 18 août 1999 (art. 28). § 1^{er} remplacé par l'art. 2 de l'A.R. du 7 octobre 2002 (*M.B.*, 25 octobre 2002 (deuxième éd.)), en vigueur le 1^{er} janvier 2003 (art. 3). § 2 modifié par l'art. 172, 2° et 3° de la L. du 2 août 2002 (*M.B.*, 29 août 2002 (deuxième éd.)), en vigueur le 29 août 2002 (art. 207).), dispose que :

§ 1^{er}. [Aux fins d'assurer le maintien du service postal universel visé à l'article 142 de la présente loi, les services suivants sont exclusivement réservés à La Poste:

1° à partir du 1^{er} janvier 2003 et jusqu'au 31 décembre 2005: – la levée, le tri, le transport et la distribution des envois de correspondance intérieure, que ce soit par courrier accéléré ou non, dont le prix est inférieur à trois fois le tarif public applicable à un envoi de correspondance du premier échelon de poids de la catégorie normalisée la plus rapide, pour autant que leur poids soit inférieur à 100 grammes; – la correspondance transfrontalière entrante et le publipostage, dans les mêmes limites de prix et de poids.

2° à partir du 1^{er} janvier 2006: – la levée, le tri, le transport et la distribution des envois de correspondance intérieure, que ce soit par courrier accéléré ou non, dont le prix est inférieur à deux fois et demi le tarif public applicable à un envoi de correspondance du premier échelon de poids de la catégorie normalisée la plus rapide, pour autant que leur poids soit inférieur à 50 grammes; – la correspondance transfrontalière entrante et le publipostage, dans les mêmes limites de prix et de poids.]

être financé par les entreprises titulaires d'une licence et réalisant un certain chiffre d'affaires dans le service universel non réservé¹⁸⁶.

Le contrat de gestion a confié à la Poste, outre ce service universel, des tâches de service public¹⁸⁷ en matière d'envois postaux, de prestations financières, de vente des timbres-poste et autres valeurs postales¹⁸⁸, intégrant parfois des dimensions très humaines¹⁸⁹. Il contient également les principes de tarification et de financement notamment du service universel¹⁹⁰. L'Institut est chargé de la tâche délicate de vérifier le calcul du coût du service universel¹⁹¹.

22. **La question ultime : l'identité du prestataire du service universel ou des services d'intérêt général.** La logique de la concurrence, du « *market design* » n'a pas vraiment de limite objective dans ses potentialités de traduction en règle juridique. La finalité de la mise en place d'un marché, telle qu'elle est interprétée par les instances communautaires et le principe de l'égalité de traitement entre entreprises publiques et entreprises privées peuvent également avoir des conséquences en matière de choix de l'entreprise chargée du service universel ou des services d'intérêt général (bref des services bénéficiant d'un financement complémentaire). Dans le discours économique, il s'agit de définir jusqu'où l'offre de tels services doit être rendue « *contestable* ».

§ 2. Pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés [physique] utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste [...].

§ 3. Les échanges de documents ne sont pas visés par le § 1^{er}.]

¹⁸⁵ Article 144, §2 novies de la loi du 21 mars 1991 déjà citée.

¹⁸⁶ Selon les modalités définies à l'article 144 decies de la loi du 21 mars 1991 déjà citée.

¹⁸⁷ Un arrêté royal du 9 décembre 2004 autorise La Poste S.A. de droit public à pouvoir associer sa filiale de Taxipost S.A. à la mise en œuvre de certaines tâches de service public, *M.B.*, 20 décembre 2004 ; un arrêté royal du 5 avril 2006 autorisant La Poste S.A. de droit public à pouvoir associer ses filiales eXbo Services international S.A et Speos Belgium S.A à la mise en œuvre de certaines tâches de service public, *M.B.*, 14 avril 2006..

¹⁸⁸ Chapitre 2 du quatrième contrat de gestion.

¹⁸⁹ Notamment le rôle social du facteur plus particulièrement envers les isolés et les démunis, article 6 du quatrième contrat de gestion.

¹⁹⁰ Article 9 du quatrième contrat de gestion.

¹⁹¹ Art. 144undecies de la loi du 21 mars 1991 déjà citée (Inséré par l'art. 22 de l'A.R. du 9 juin 1999 (*M.B.*, 18 août 1999 (deuxième éd.)), en vigueur le 18 août 1999 (art. 28) et remplacé par l'art. 20 de la L. du 3 juillet 2000 (*M.B.*, 13 juillet 2000, *Errat.*, *M.B.*, 7 novembre 2000), § 1^{er} modifié par l'art. 29, 1^o à 4^o de la L. du 27 décembre 2005 (*M.B.*, 30 décembre 2005 (deuxième éd.)), dispose que :

§ 1^{er}. [L'Institut contrôle chaque année les coûts du service universel calculés par le prestataire du service universel.] Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur avis de l'Institut, la méthode pour calculer ces coûts, ainsi que les modalités de sa publication. L'Institut peut se faire assister par des experts indépendants pour effectuer [les tâches énumérées au premier alinéa]. L'Institut est remboursé par le prestataire du service universel pour [les tâches énumérées au premier alinéa] sur la base du coût des prestations visées à l'alinéa précédent. Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur avis de l'Institut, les règles de ce remboursement. Le prestataire impute ce montant dans ses coûts. Le prestataire du service universel fournit à l'Institut ou à l'expert indépendant tous les renseignements qu'ils demandent afin de [permettre le contrôle du calcul des coûts du service universel]. Si le prestataire du service universel ne fournit pas ou insuffisamment les renseignements demandés dans le délai fixé par l'Institut, il ne peut prétendre à une intervention du fonds de compensation. § 2. Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur avis de l'Institut, les conditions d'intervention du fonds de compensation.]

Une « *logique de marché* » peut aussi impliquer qu'une entreprise doit être mise en mesure d'assumer en nature l'offre de service universel. Ce n'est qu'à défaut, qu'une contribution financière peut être recherchée¹⁹². A nouveau une certaine « *logique de marché* », semble également plaider pour l'organisation de procédure de mise en compétition des offres de services faisant l'objet d'un financement collectif tout à la fois pour contribuer à déterminer un coût plus objectif de ceux-ci, du moins si l'enchère est bien conçue¹⁹³, et afin d'assurer concrètement l'égalité entre les entreprises qui sont censées pouvoir l'exercer. En énonçant ces propositions, il ne s'agit pas de les promouvoir mais de souligner ce que peut encore impliquer une certaine logique du TCE, il reste aux Etats membres à exprimer leur adhésion à celle-ci ou à la modifier¹⁹⁴.

Dans le cadre des politiques de libéralisations, les instances communautaires ont approché cette question délicate de manière nuancée, ou plus exactement ambiguë, tout en indiquant leurs préférences pour une multiplicité d'opérateurs en charge des services universels (ou d'intérêt général) sans l'imposer. Le principe de subsidiarité¹⁹⁵ semblait impliquer cette solution. Aussi, la désignation *a priori* d'un seul opérateur et la désignation d'un ou plusieurs opérateurs *a posteriori* après procédure de mise en concurrence, sont maintenues. A nouveau, les solutions retenues sont fonction des secteurs d'activité qui permettent, selon des degrés divers, la présence d'une multiplicité d'opérateurs.

La directive 96/19/CE du 13 mars 1996 d'ouverture complète à la concurrence prévoit que les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin de *garantir* à toute entreprise le droit de fournir ces services de télécommunications¹⁹⁶. Il est affirmé clairement que plusieurs organismes peuvent avoir des obligations de services universels¹⁹⁷. Dans le livre vert sur le secteur postal et la directive 97/67/CE, la multiplicité des opérateurs pour fournitures de services universels est clairement envisagée.

Reste à déterminer la manière dont les instances communautaires vont appliquer la jurisprudence récente relative aux marchés publics communautaires « *in house* », aux secteurs libéralisés, puisque le principe de la relation *in house* a été étendu aux dispositions relatives aux libertés fondamentales du TCE....

¹⁹² La formule du « *pay or play* » résume parfaitement cette logique.

¹⁹³ Ce qui semble être un exercice extrêmement délicat.

¹⁹⁴ Ce qui implique selon nous, des modifications fondamentales aux dispositions du TCE.

¹⁹⁵ Principe interprété de manière très créative par la Commission européenne dans son projet de règlement en matière de transport de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, déjà cité.

¹⁹⁶ Article 2.

¹⁹⁷ 8^{ème} considérant de la directive 97/33/CE du Parlement et du Conseil.

