

## RTD Eur. 2004 p.33

**Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente**  
à propos de CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00

Stéphane Bracq, Maître de conférences ; IREENAT - Université de Lille II Droit et Santé

### L'essentiel

L'enjeu de la qualification d'aide d'Etat dans le contexte du financement des obligations de service public réside, en partie, dans le fait d'échapper ou non à une procédure de contrôle relativement lourde. La décision de la Cour de justice des Communautés européennes du 24 juillet 2003, *Altmark*, semble résoudre ce problème. En effet, le juge dit à cette occasion que des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de l'article 87 § 1 du Traité CE dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public et si quatre conditions sont réunies.

Toutefois, la décision *Altmark* pose autant de questions qu'elle semble en résoudre. En effet, le juge se contente d'une remise en cause de la qualification d'aide d'Etat pour en éviter les conséquences (complexité de la procédure de contrôle). Se faisant, il déconstruit les logiques juridiques du droit communautaire pour contourner les enjeux relatifs au sujet traité. La technique employée pour opérer cette tactique semble commune à plusieurs pans du droit communautaire matériel. Il s'agit d'utiliser une sorte de « règle de raison » pour écarter *a priori* les qualifications du droit communautaire et, par conséquent, les régimes qui lui sont associés. Ainsi, le juge s'offre la possibilité de reconstruire des régimes spécifiques qui lui semblent plus adaptés au cas en cause. Mais, cette « disqualification » prétorienne de certaines mesures étatiques demeure-t-elle conforme aux vœux des auteurs du Traité ? Ne faudrait-il pas plutôt réfléchir à la reconstruction d'une logique de la qualification juridique exempte de toute « appréciation raisonnable » par le juge ?

Les débats politiques et économiques conduisent à des conséquences parfois insoupçonnées sur les logiques juridiques, y compris sur des notions aussi techniques que la qualification. La question du financement des obligations de service public en donne un exemple flagrant. En effet, dans ce domaine, la qualification juridique d'une mesure va avoir des conséquences pratiques très importantes. Comme le relève l'avocat général Tizzano dans le contexte de l'affaire *Ferring*, « ... la qualification de la mesure litigieuse de "non-aide" ou "d'aide compatible avec le marché commun au sens de l'article 90, § 2, du Traité" (devenu art. 86, § 2) n'a pas une valeur purement formelle, mais a aussi une incidence sur le fond. En particulier pour ce qui nous intéresse ici, elle influe précisément sur l'existence de l'obligation de notification préalable d'une mesure d'aide d'Etat que prévoit l'article 93, § 3, du Traité (devenu art. 88, § 3) ... » (1). La qualification d'aide conduit donc à une obligation générale de notification à la Commission, même si la mesure remplit les conditions de dérogation et si elle est compatible avec le Traité (2). L'enjeu de la qualification d'aide d'Etat dans le contexte du financement des obligations de service public réside en partie, dans le fait d'échapper ou non à une procédure de contrôle relativement lourde.

Les clarifications que la Cour de justice des Communautés européennes devait apporter à cette question le 24 juillet 2003 en rendant une décision préjudicielle dans le cas *Altmark* (3) étaient donc très attendues. Le 18 juin 2002, la Cour de justice des Communautés européennes avait ordonné la réouverture de la procédure orale (4) dans le contexte de cette affaire. A cette occasion, la Cour « ... a demandé aux intervenants de se prononcer sur le point de savoir si - et selon quels critères - un avantage financier accordé par les autorités d'un Etat membre pour compenser le coût des obligations de service public qu'elles imposent à une entreprise doit être qualifié d'aide d'Etat au sens de l'article 92, § 1, du Traité CE (devenu après modification, art. 87, § 1, CE)... » (5). En fait, alors que les parties dans l'affaire *Altmark* avaient déjà déposé leurs observations orales, la Cour a rendu un arrêt sur le même sujet, c'est-à-dire le financement des obligations de service public, dans sa décision *Ferring* (6). Il s'agissait donc de demander aux parties au principal, aux Etats membres, à la Commission et au Conseil de prendre position sur la portée de l'arrêt *Ferring*. L'affaire *Altmark* constitue, dès lors, une décision importante du juge communautaire.

Les conclusions rendues par l'avocat général Léger suite à la réouverture de la procédure *Altmark* permettent de faire le point sur les différentes approches concernant le financement des obligations de service public.

Dans ses secondes conclusions, l'avocat général Léger regroupe les parties intervenantes en deux catégories. Pour le premier groupe, dont fait partie la République française, il faut confirmer la logique dégagée par l'arrêt *Ferring*, que l'avocat général qualifie d'approche compensatoire (7). Selon cette approche, le financement étatique des services publics ne constitue une aide au sens du Traité que si les avantages conférés par les autorités publiques excèdent le coût engendré par la prestation des obligations de service public. Le second groupe d'intervenants se range derrière les propositions de l'avocat général Jacobs dans une autre affaire concernant le financement des obligations de service public, l'affaire *GEMO* (8). L'avocat général Léger qualifie cette démarche d'approche *quid pro quo*. En vertu de cette approche, il faudrait distinguer deux catégories de situations. Quand il existe un lien direct et manifeste entre le financement étatique et les obligations de service public clairement définies, la mesure ne peut pas être qualifiée d'aide d'Etat. En revanche, lorsqu'un tel lien fait défaut, ou s'il n'y a pas clairement définition des obligations de service public, alors la qualification d'aide d'Etat s'impose (9). L'avocat général Léger, pour sa part, ne modifie pas la position adoptée dans ses premières conclusions. Pour lui, « ... les avantages financiers accordés par les autorités d'un Etat membre en vue de compenser le coût des obligations de service public qu'elles imposent à une entreprise constituent des aides d'Etat... » (10).

Pour aborder la question du financement des obligations de service public, trois approches semblent donc se dégager et les avocats généraux, eux-mêmes, ne sont pas d'accord sur la solution à apporter. Le juge communautaire, quant à lui, dans sa décision du 24 juillet 2003, écarte les principales critiques formulées par l'avocat général Léger, confirme l'approche compensatoire, mais ajoute de nombreuses précisions à sa jurisprudence antérieure, en particulier à l'arrêt *Ferring*.

Cet apport à la jurisprudence concernant le financement des obligations de service public s'insère dans un contexte

très spécifique. *Altmark trans GmbH* avait bénéficié de l'octroi d'une licence pour l'exploitation d'un service régulier de transport par autobus. Un concurrent avait contesté la légalité de l'octroi de cette licence au motif que sans les subventions publiques dont elle bénéficiait, *Altmark* était incapable de survivre économiquement. Il s'agissait donc de savoir si le Traité, les dispositions concernant les aides d'Etat, et le droit dérivé s'opposent à une telle situation. Or, la Cour de justice estime que le règlement n° 1191/69 (11) modifié par le règlement 1893/91 (12) établit un régime communautaire applicable aux obligations de service public en cause. Alors que l'applicabilité de ce texte n'était évoquée que dans la troisième branche de la question préjudicielle, le juge l'aborde d'emblée. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, « ... 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 ... 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'Etat... » (13). Ce n'est donc que dans un deuxième temps que sera abordée la première branche de la question préjudicielle (14) qui conduit à s'interroger sur les liens entre aides d'Etat et financement des obligations de service public. Le juge va alors s'inspirer de sa jurisprudence antérieure, en particulier de l'arrêt *Ferring*, pour répondre « ... que la condition d'application de l'article 92, § 1, du Traité selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre Etats membres ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné. Toutefois, des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de cette disposition dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public... » (15). Au-delà de cet exposé qui rappelle l'arrêt *Ferring*, la Cour de justice des Communautés européennes ajoute que la juridiction de renvoi doit vérifier que quatre conditions sont réunies pour pouvoir appliquer cette démarche compensatoire (16). L'apport de la décision réside plus dans ces précisions que dans la réflexion finale sur la non-applicabilité en l'espèce de l'article 73 CE (17).

Alors que pour clore le débat, le juge pouvait simplement confirmer la solution *Ferring*, la Cour préfère apporter un certain nombre de précisions, les quatre conditions, dans un contexte relativement circonscrit. Or, la question centrale du financement des obligations de service public est confrontée à des situations radicalement différentes comme les affaires *Ferring*, *Altmark*, *GEMO* et *Enirisorse* (18) le montrent (19). Est-il possible, dès lors, de considérer l'arrêt *Altmark* comme l'étape ultime en matière de qualification du financement des obligations de service public ?

La diversité des situations confirme combien il est difficile d'appréhender globalement le financement des obligations de service public au regard du droit communautaire. La décision *Altmark*, qui ne peut être dissociée du contexte spécifique des transports urbains, suburbains ou régionaux, ne constitue, dès lors, pas le terme du débat. A l'occasion de cette affaire, la Cour de justice des Communautés européennes met simplement en lumière certaines limites de la qualification d'aide d'Etat. En effet, les différents modes de financement des obligations de service public (20) ne peuvent pas être abordés de façon uniforme (21), et une seule qualification, celle d'aide d'Etat, ne saurait suffire. Pour autant, la notion d'aide d'Etat ne peut pas être écartée systématiquement, bien au contraire, comme deux arrêts récents l'ont encore montré. Dans l'affaire *GEMO*, une mesure française relative à l'élimination des cadavres d'animaux est qualifiée d'aide d'Etat (22). Dans le cas *Enirisorse*, le juge communautaire rappelle qu'une mesure qui attribue à une entreprise publique une partie importante d'une taxe portuaire peut être qualifiée dans certaines circonstances d'aide d'Etat malgré l'application de la logique de la compensation (23). Cette logique ne constitue donc pas une panacée et il faut dans la plupart des cas concilier une réalité foisonnante avec un cadre juridique restreint, celui des aides d'Etat.

De plus, deux arguments pourraient montrer en quoi ce cadre juridique est suffisant au stade actuel de l'intégration communautaire.

D'une part, l'expression Service public (24) englobe dans le droit public français un contenu complexe (25) qui dépasse largement ce qui sera appréhendé par la Communauté européenne. En effet, cette dernière ne prendra en compte que certaines obligations de service public tombant sous le coup des règles qui entrent dans le champ de ses compétences d'attribution (26). Cette restriction ramène déjà le financement des obligations de service public tel qu'il peut être considéré ici à des proportions plus restreintes et, le plus souvent, à des activités plutôt marchandes. C'est d'ailleurs dans ce sens restreint qu'il faut entendre le concept de « financement des obligations de service public » développé dans cette étude qui ne concerne donc pas le financement du Service public au sens large. D'autre part, en s'en tenant à ces activités, la Commission relève dans son livre vert sur les services d'intérêt général, « ... bien que différentes formes de financement continuent de cohabiter, une tendance nette est apparue ces dernières décennies : les Etats membres ont progressivement supprimé les droits exclusifs en matière de fourniture des services d'intérêt général et ouvert le marché aux nouveaux entrants. Il a dès lors été nécessaire de recourir à d'autres formes de soutien financier, comme la création de fonds spécifiques financés par les opérateurs du marché ou le financement public direct par le budget, ce dernier mode de financement étant celui qui entraîne le moins de distorsions ... » (27).

En fait, bien que les situations de financement des obligations de service public soient diverses, il semble difficile de les rattacher globalement à une autre qualification qu'à celle d'aide d'Etat. Dès lors, certains financements, qui ne seront pas qualifiés d'aide d'Etat par le juge, ne seront pas, dans la plupart des cas, soumis à un régime prévu par le Traité CE ou le droit dérivé. Ils devront se plier en fait à des règles élaborées par le juge communautaire, en particulier les quatre conditions précisées dans l'arrêt *Altmark*. Cette situation constitue une remise en cause de la structure du droit communautaire matériel.

En effet, en s'appuyant sur la jurisprudence, la doctrine ainsi que sur les documents préparatoires à l'élaboration du Traité, il semble possible de montrer que le débat relancé par la décision *Altmark*, se ramène, en dehors des problèmes administratifs posés par l'obligation de notification des aides, à un problème de science du droit : celui de la qualification. La qualification consiste en une définition juridique abstraite d'un cas concret. Or, face à des situations complexes, comme ici, cet exercice s'avère périlleux. Le juge semble alors préférer déconstruire les logiques juridiques du droit communautaire pour contourner les enjeux relatifs au sujet traité (I). Dans le cadre des obligations de service public, il évite la qualification d'aide d'Etat et ses conséquences. La technique employée pour opérer cette tactique semble commune à plusieurs pans du droit communautaire matériel. Il s'agit d'utiliser une sorte de « règle de raison » pour écarter *a priori* les qualifications du droit communautaire et, par conséquent, les régimes qui lui sont associés. Ainsi, le juge s'offre la possibilité de reconstruire des régimes spécifiques qui lui semblent plus adaptés au cas en cause. Mais, cette « disqualification » prétorienne de certaines mesures étatiques demeure-t-elle conforme aux vœux des auteurs du Traité ? Ne faudrait-il pas plutôt réfléchir à la reconstruction d'une logique de la qualification juridique exempte de toute « appréciation raisonnée » par le juge (II) ?

## I. - Une étape déterminante dans la déconstruction de la qualification juridique

La problématique du financement des obligations de service public permet d'exposer clairement en quoi les logiques qui guident le droit communautaire matériel sont déconstruites devant le juge communautaire. Le processus peut se résumer de la façon suivante. L'appréhension par le droit communautaire du concept complexe que représente le financement des obligations de service public nécessite un double jeu de qualifications (A). D'une part, il faut qualifier le financement et d'autre part qualifier l'obligation de service public en cause. Ces deux opérations juridiques ne sont déjà pas aisées prises isolément. Elles conduisent à une véritable déconstruction des logiques communautaires quand elles sont effectuées de façon combinée comme dans l'arrêt *Ferring* (28).

### A. - Financement des obligations de service public : deux jeux de qualifications

Le financement des obligations de service public constitue plus un concept qu'une réalité immédiatement saisissable. Il n'apparaît, dès lors, pas aisé de le qualifier juridiquement en un seul mouvement. Ce concept contient, en effet, deux objets différents qui peuvent être saisis par le droit : le service public (1) et la notion de financement (2).

#### 1. La qualification de service public et le droit communautaire

Le service public constitue un sujet éminemment conflictuel pour le droit communautaire (29). L'objet de cette étude ne réside pas dans un exposé global de cette confrontation. Il ne s'agit pas ici d'analyser le concept général de Service public tel qu'il se développe en droit français et de le comparer au contenu avant tout économique que peut recouvrir la notion communautaire de service d'intérêt économique général.

En fait, il suffit de rappeler que, même si la question du service public ne constituait pas l'enjeu majeur des négociations de 1957, les auteurs du Traité laissèrent une petite place au concept (30).

Cette place prit la forme, en particulier, des articles 73 CE (31) et 86, § 2 CE (32). La logique de ces dispositions repose sur l'idée de proposer des exceptions aux principes fixés par le droit communautaire quand une mission d'intérêt économique général ou de service public est remise en cause. En résumé, ces règles ne peuvent être actionnées que si un principe d'interdiction prévu par une autre disposition du Traité est concerné (33). Ainsi, par exemple, l'article 73 CE, en matière de transport, présuppose l'existence d'une aide. Il ne s'agit donc pas, à l'origine, de développer une démarche positive. La CEE n'a pas, en 1957, la compétence pour développer une philosophie du Service public. Le texte se contente de protéger, relativement, les choix des Etats membres, tout en favorisant l'intégration.

Des dérogations à l'application des règles du Traité CEE avaient donc été prévues dès l'origine pour permettre la prise en compte de certaines obligations de service public. Il faut également souligner que l'expression de « service public » n'est employée dans le Traité que dans le contexte très spécifique des aides au secteur des transports de l'article 73 CE. L'article 86, § 2, CE emploie la terminologie plus originale de « service d'intérêt économique général ». Cette expression a l'avantage d'être plus neutre que l'idée de « service public » connotée idéologiquement dans certains Etats membres, comme la France (34). Cette présentation originale a nécessité inévitablement des précisions de la part des institutions communautaires et, plus particulièrement, de la part de la Cour de justice des Communautés européennes. Cette interprétation n'est intervenue que récemment. En effet, la logique communautaire est fondée sur l'intégration. Les marchés se rapprochent par étape. Ce n'est qu'une fois le marché unique en voie de finalisation que les contraintes liées aux obligations de service public ont commencé à attirer l'attention des institutions communautaires.

Au début des années 1980, les secteurs économiques en cause demeuraient la plupart du temps sous monopole d'Etat. L'existence de ces monopoles conduisait au cloisonnement des marchés nationaux. Cette réalité n'était pas conforme à l'esprit même du marché unique. Pour résoudre ce problème, la gardienne des traités a mis en oeuvre les dispositions de l'article 86, § 1, CE lu en combinaison avec l'article 82 CE. Les décisions et directives fondées sur l'article 86, § 3, CE se sont alors multipliées (35). Le but n'était pas la suppression des positions dominantes. Le droit communautaire ne sanctionne que l'abus de position dominante. Il s'agissait de rappeler aux Etats membres, qu'en ce qui concerne leurs entreprises publiques ou les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, ils ne devaient pas élaborer des mesures contraires aux règles du Traité. Le premier contact entre le droit communautaire et les entreprises bénéficiant de liens étroits avec l'Etat (36) fut donc un rappel à l'ordre qui a conduit, en particulier dans le secteur des télécommunications, à un décloisonnement d'envergure (37).

Dans un second temps, les institutions, mais ici plus particulièrement le juge communautaire, ont commencé à développer les justifications fondées sur l'article 86, § 2, CE. Des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, soumises en principe aux rigueurs du Traité, devaient pouvoir y échapper si leur mission était remise en cause par les dispositions incluses dans ce texte, à moins que l'intérêt de la Communauté ne soit lui-même affecté. Cette prise en compte, dont le point d'orgue est l'arrêt *Corbeau* (38) en 1993, a conduit au développement de la définition jurisprudentielle du service d'intérêt économique général (39). En parallèle, le droit dérivé a développé le concept de service universel (40) qui implique lui aussi une logique d'intérêt général. Les expressions proches, service public (41), service d'intérêt général (42), ont également été définies par le biais de multiples communications (43). Depuis le début des années 2000, les nuances entre ces mots semblent se stabiliser et les textes font appel aux mêmes définitions (44).

Participant à ce mouvement de prise en compte des services publics par le droit communautaire, certains Etats membres ont favorisé la multiplication des références au service d'intérêt économique général dans le droit communautaire conventionnel. Ainsi, le Traité d'Amsterdam a permis l'insertion de l'article 16 CE (45) qui met en avant le lien entre de tels services et les valeurs communes de l'Union. Un protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres fut également annexé au Traité (46). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait elle-même appel à cette expression (47).

La notion de service d'intérêt économique général (48) a donc pris une place primordiale dans le cadre du droit communautaire. Elle continue, toutefois de poser des problèmes aux institutions communautaires et aux entreprises en cause. Toute activité présentée comme un « service public » par un Etat membre ne saurait bénéficier d'office de la dérogation offerte par l'article 86, § 2, CE. Il faut, pour cela, tout d'abord, qualifier l'entreprise, d'entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général. Ensuite, il est nécessaire de caractériser la mission particulière qui lui a été impartie. Enfin, il reste à appliquer un critère de proportionnalité pour déterminer si l'accomplissement de cette mission est bien mis en échec par l'application des règles du Traité. De plus, il ne faut pas que le développement des échanges soit affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. L'article 86, § 2, CE allie donc un double exercice de qualification juridique et d'évaluation d'une mesure assez peu aisé à réaliser.

En fait, ces problèmes de qualification/justification révèlent un dilemme, celui de l'ampleur de l'implication de la Communauté dans la gestion des services d'intérêt économique général ou des services publics à dimension économique. Quelle est l'étendue de la compétence de la Communauté ? La Commission et le juge communautaire doivent-ils se contenter de rappeler que de telles entreprises doivent respecter les règles du Traité, sauf exception ? La Communauté peut-elle s'impliquer plus avant dans les choix politiques qui accompagnent le service public ? Ce dilemme est latent depuis la négociation de 1957. La lecture des documents préparatoires du Traité montre qu'à l'origine, les directives prévues à l'article 86, § 3, CE avaient été envisagées pour clarifier les termes du paragraphe 2 du même article, donc les services d'intérêt économique général (49). Or, dans les faits, le droit dérivé du paragraphe 3 de l'article 86 est surtout venu appuyer les principes du paragraphe 1 (50). Cette question, purement théorique *a priori* prend une dimension beaucoup plus pragmatique quand il s'agit d'affronter la question de l'encadrement communautaire du financement des obligations de service public (51), même au sens restreint qu'implique la construction communautaire.

## 2. La question de la qualification du financement des obligations de service public

Cet encadrement va avoir une conséquence inévitable. Il va faire entrer en conflit deux bases juridiques, les règles concernant le service public, ou d'intérêt économique général, et les règles concernant les aides d'Etat.

Dans sa présentation des modes de financement des services d'intérêt économique général, D. Triantafyllou (52) précise que le coût de ces services ne peut pas toujours être payé par les redevances des usagers. Les pouvoirs publics doivent donc couvrir en partie les pertes et le capital. Cet auteur propose trois théories qui permettent d'appréhender juridiquement ce financement public.

Tout d'abord, il tient compte de la théorie de l'indemnisation. Cette théorie, d'origine américaine, est fondée sur la logique d'un contrat de concession. Les entreprises qui ont accepté de se charger d'une mission d'intérêt général doivent obtenir une rémunération raisonnable. Sinon, la propriété de l'entreprise serait remise en cause. Cela s'avérerait contraire à la protection de la propriété privée omniprésente aux USA. De ce constat découle la nécessité d'indemniser les entreprises chargées de tels services quand le prix demandé aux clients ne suffit pas pour les rémunérer. Certaines pistes fondées sur cette théorie pourraient expliquer une part des évolutions du droit communautaire en la matière. Toutefois, il faut bien reconnaître, comme l'auteur lui-même et d'autres commentateurs, que la neutralité du droit communautaire vis-à-vis du régime de la propriété empêche pour le moment d'admettre cette théorie comme étant du droit positif (53).

Ensuite, la deuxième théorie, dite de la rémunération, considère, en quelque sorte, que l'autorité publique achète un service public contre un prix. Cette logique rapproche le service public d'un marché public, un peu comme dans le cadre de l'affectation des lignes aériennes non rentables (54). Cette théorie ouvre des pistes de recherche intéressantes. Encore faut-il, comme nous le soulignerons ultérieurement, se fonder sur les bases juridiques adéquates. Néanmoins, pour résoudre de façon globale la question du financement des obligations de service public au niveau communautaire, cette théorie n'offre pas assez de réalisations concrètes. Même si certains secteurs semblent suivre cette voie, il ne s'agit pas de règles de droit commun.

Enfin, il ne reste plus qu'à considérer le financement des obligations de service public comme une aide d'Etat. C'est la contestation de cette théorie qui va entraîner la remise en cause de la logique juridique communautaire.

Les deux premières théories permettent d'éviter la qualification d'aide d'Etat. Elles reposent sur des logiques qui favorisent certainement l'implication des entreprises privées dans les missions de service public. Elles facilitent aussi le travail des autorités de contrôle puisqu'elles reposent sur des logiques contractuelles et donc une définition *a priori* des besoins financiers. Néanmoins, le droit communautaire n'offre pas du tout, ou pas encore suffisamment, les outils juridiques pour appréhender ces deux théories. L'article 87 CE (55) constitue le seul véritable instrument disponible dans le Traité. Il n'est pas pour autant d'un usage facile. En effet, la définition de la notion d'aide d'Etat mériterait d'être affinée (56). Cette définition repose sur 4 critères issus de la lecture jurisprudentielle de l'article 87, § 1, CE. Une mesure relève de l'interdiction établie par cette disposition, si elle confère un avantage unilatéral qui fausse ou menace de fausser la concurrence, si l'avantage est accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat, s'il favorise certaines entreprises ou certaines productions et si la mesure affecte les échanges entre Etats membres. C'est certainement le critère de l'origine étatique de la ressource qui a été le plus précisé ces dernières années. La Cour de justice des Communautés européennes a clarifié cet aspect dans son arrêt du 23 mai 2002 rendu dans le contexte des soutiens financiers accordés à la société Stardust par Altus finance et SBT, filiale et sous-filiale de la banque publique Crédit Lyonnais (57). Le sujet avait déjà été abordé de façon plus anecdotique en 2001 dans l'affaire *Preussen Elektra* (58) qui concernait la promotion de l'énergie électrique renouvelable. Quoi qu'il en soit, ce ne sont pas les interrogations concernant l'imputabilité à l'Etat du financement des obligations de service public ou l'affectation du commerce entre Etats membres qui posent problème dans les affaires *Ferring* (59), *Altmark* (60), *GEMO* (61) ou *Enirisorse* (62).

Il en va de même dans les décisions récentes de la Commission sur le sujet. Ainsi, dans l'affaire du financement public du radio diffuseur public danois TV2, la Commission passe rapidement sur ces points quand il s'agit d'inviter les différents intervenants à présenter des observations en application de l'article 88, § 2, CE (63).

En revanche, la détermination de l'existence d'un avantage sélectif, et donc la définition de ce terme au sens de l'article 87 § 1 CE dans le contexte du financement des obligations de service public, constitue une difficulté majeure.

### B. - La confusion entraînée par la combinaison de deux qualifications

En effet, après l'échec d'une utilisation préventive de l'article 86, § 2, CE face à l'article 87, § 1, CE (1), c'est le couplage de la définition du service d'intérêt économique général à la notion d'avantage inhérente aux aides d'Etats (2) qui va conduire à une déstructuration du système communautaire (3).

#### 1. L'échec de l'utilisation préventive de l'article 86 § 2, CE

Pour comprendre comment la notion d'avantage est venue brouiller les pistes en matière de qualification, il faut remonter, entre autres affaires, à la lettre de la Commission concernant le régime fiscal de La Poste française. En 1990, l'attention de la Commission avait été attirée par des plaignants sur le projet de loi relatif à la réforme de La Poste et des télécommunications. Le projet prévoyait parmi les missions de La Poste la possibilité d'offrir des prestations relatives aux moyens de paiement, aux produits de placement et aux produits d'assurance. On comprend que les sociétés d'assurances aient craint que ce nouveau concurrent ne soit favorisé par l'Etat. La Poste

pouvait, en effet, bénéficier sur le fondement de la loi d'un régime fiscal dérogatoire pour financer ses missions de service public. Le souci de la Commission consistait à ménager le financement des obligations de service public et les nécessités de la police de la concurrence. La gardienne des traités en vint donc à suggérer à l'Etat de limiter les avantages fiscaux aux seules activités relevant du service public. Encore fallait-il qu'elle rattache ce choix politique et économique, certainement tout à fait justifié, à un fondement juridique. C'est à cette occasion qu'elle va combiner explicitement deux qualifications qui théoriquement n'auraient jamais dû se télescoper. Au terme de sa lettre, la Commission explique en effet qu'« ... en vertu de l'article 90 § 2, les mesures en cause ne constituent pas des aides d'Etat aux termes de l'article 92, § 1 du Traité. Compte tenu de ce qui précède, la Commission a décidé de ne pas qualifier les dispositions en cause comme aides d'Etat au sens de l'article 92, § 1 du Traité... » (64). L'objectif de cette construction intellectuelle est certainement louable. Le financement des obligations de service public dans un contexte d'économie libérale constitue un enjeu pour la Communauté européenne. Mais ce raisonnement juridique est-il concevable ? La justification prévue à l'article 86, § 2, CE n'est pertinente qu'une fois qu'une prohibition a été contrariée. Dans le cas présent, il faut que préexiste une aide d'Etat pour que l'article 86, § 2, CE puisse faire son office, dans un second temps. La Commission, dans son raisonnement, allait directement à la dérogation, sans tenir compte du principe.

C'est cette démarche que condamnera le Tribunal de première instance dans sa décision *Fédération française des sociétés d'assurances* (65). Pour autant, le Tribunal ne remettra pas en cause le choix politique et économique de la Commission vis-à-vis du financement des obligations de service public : « ... Bien que la Commission ait considéré, dans la décision attaquée, que, en vertu de l'article 90, § 2, du Traité, la mesure étatique en question ne constitue pas une aide d'Etat au sens de l'article 92, § 1, du Traité, contrairement à ce qui a été jugé ci-dessus aux points 167 à 172, le Tribunal considère qu'une telle appréciation, n'ayant aucune influence sur le résultat de l'examen de l'aide en question, ne doit pas entraîner l'annulation de la décision attaquée... » (66). En quelque sorte, le Tribunal va réorganiser le raisonnement de la Commission pour qu'il respecte la logique juridique présente dans le Traité. Le Tribunal renouvellera d'ailleurs cette approche dans une décision du 10 mai 2000 concernant les modes de financement des chaînes exploitées par la RTP (Radio Télévision portugaise) (67).

## 2. Service d'intérêt économique général et avantage sélectif

De nombreux commentateurs conservent la conviction qu'il faut considérer le financement des obligations de service public comme étant indépendant de la qualification d'aide. Leur conviction s'appuie sur plusieurs raisons, le plus souvent pragmatiques, en particulier la difficulté pour les Etats de notifier et pour la Commission de gérer toutes les notifications liées au financement de ces obligations.

Puisque la piste de la combinaison des articles 86, § 2, CE et 87, § 1, CE avait été coupée par le Tribunal de première instance, c'est en se fondant sur la notion d'avantage inhérente au concept d'aide d'Etat que les partisans d'une affirmation du financement des obligations de service public comme concept autonome vont se fonder. Leur raisonnement fera toutefois appel à de nombreux critères présents à l'article 86, § 2, CE.

L'avocat général Tizzano se laissera convaincre par ce raisonnement dans le cadre de l'affaire *Ferring* (68). Dans cette affaire, le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil avait posé à la Cour de justice des Communautés européennes des questions préjudicielles pour savoir si une disposition de la loi sur le financement de la sécurité sociale de 1998 qui a institué une taxe spéciale sur les ventes directes de médicaments par les laboratoires était compatible, en particulier, avec la réglementation communautaire en matière d'aides d'Etat. En France, on distinguait à l'époque deux systèmes de distribution des médicaments aux pharmacies : un système passant par des grossistes répartiteurs et un système fondé sur les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques. Les autorités françaises imposaient aux grossistes répartiteurs certaines obligations de service public afin de garantir une distribution adaptée des médicaments sur l'ensemble du territoire. Dans le but de rééquilibrer les conditions de concurrence entre les différents circuits de distribution des médicaments, la loi de financement de la sécurité sociale de 1998 prévoyait une taxe destinée à financer la Caisse nationale d'assurance maladie instituée uniquement sur les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques. *Ferring SA*, société de droit français faisant partie d'un groupe multinational, distribuait en France un médicament produit en Allemagne à travers un système de vente directe. A ce titre elle a été soumise à la taxe et a dû payer 40 155 F à l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale. C'est pour obtenir le remboursement de cette somme que *Ferring*, estimant la taxe illégale, a saisi d'un recours le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil.

Le rappel des éléments de fait de cette affaire a son importance. En effet, l'idée que « la nature et l'économie d'un système » puissent justifier une mesure est omniprésente dans les raisonnements des différents intervenants. Il semble clair, ici, que le législateur a voulu rééquilibrer la concurrence, défavorable aux grossistes répartiteurs en fonction des obligations de service public auxquelles ils sont soumis, en instituant ce « système ». Encore faut-il savoir si ce « système » met en place une aide d'Etat qui sera justifiée ou s'il contient en lui-même les éléments qui lui permettront d'échapper à la qualification d'aide d'Etat.

Pour M. Tizzano : « ... Comme l'a observé la Commission... si la mesure en question pouvait être justifiée par la nature et l'économie du système, il serait exclu qu'elle puisse être qualifiée d'aide d'Etat. ... Si tel est le cas, comme nous le croyons, l'appréciation que le juge national demande à la Cour d'effectuer par la seconde partie de la première question ne concerne en réalité pas la vérification d'éventuelles justifications d'une mesure considérée comme une aide, mais l'existence même en l'espèce d'une aide d'Etat, c'est-à-dire la possibilité de qualifier de la sorte le traitement fiscal plus favorable réservé aux grossistes répartiteurs pour compenser les charges extraordinaires de service public que leur impose le système français... » (69).

La Cour suivra cette logique qui conduit à introduire la prise en compte de l'économie du système, c'est-à-dire du coût des obligations de service public, au moment de la qualification de l'aide. « ... Il convient donc, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 30 de ses conclusions, d'examiner d'abord si, abstraction faite des obligations de service public prévues par le législateur français, le fait de ne pas assujettir les grossistes répartiteurs à la taxe sur les ventes directes peut, en principe, constituer une aide d'Etat au sens de l'article 92, § 1, du Traité et, dans l'affirmative, il y aura lieu d'examiner si la qualification d'aide de ce régime doit être exclue en raison des obligations spécifiques de service public imposées aux grossistes répartiteurs par le système français d'approvisionnement des officines en médicaments... » (70). Il n'y a pas ici de combinaison apparente entre l'article 87, § 1 CE et l'article 86, § 2 CE. Les termes employés font référence aux obligations de service public et non à un service d'intérêt économique général. Toutefois, le juge opère une combinaison de qualifications : la qualification d'aide d'Etat, d'une part, et la qualification d'obligation de service public, d'autre part. Et, de plus, comme dans le cas de la lettre de la Commission concernant le financement de La Poste française, la seconde qualification, qui normalement n'a rien à voir avec la première, interfère sur l'appréciation de celle-ci. C'est cette interférence qui permet au juge de conclure, « ... pour autant que la taxe sur les ventes directes imposée aux laboratoires pharmaceutiques corresponde aux surcoûts réellement supportés par les grossistes répartiteurs pour l'accomplissement de leurs obligations de service

public, le non-assujettissement de ces derniers à ladite taxe peut être regardé comme la contrepartie des prestations effectuées et, dès lors, comme une mesure ne constituant pas une aide d'Etat au sens de l'article 92 du Traité... » (71). En fait, en opérant une analyse *a priori* du critère de proportionnalité présent à l'article 86, § 2, CE, le juge en vient à présumer que la mesure n'est pas une aide d'Etat parce qu'elle ne dépasse pas le surcoût de l'obligation de service public. C'est exactement la même logique que dans la décision de la Commission de 1995 concernant La Poste.

Dans l'arrêt *Altmark*, aucune référence n'est faite à l'article 86, § 2, CE. Néanmoins, les trois premières conditions fixées par le juge pour qu'une compensation échappe à la qualification d'aide d'Etat ressemblent à la démarche prévue par cette disposition. Ainsi, la première condition : « ... l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. Dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi devra donc examiner si les obligations de service public qui ont été imposées à Altmark Trans ressortent clairement de la législation nationale et/ou des licences en cause au principal... » (72), ressemble mot pour mot à la jurisprudence, déjà ancienne, concernant l'article 86, § 2, CE : « ... il appartient ... au juge national de rechercher si une entreprise qui invoque les dispositions de l'article 90, § 2, pour se prévaloir d'une dérogation aux règles du Traité, a été effectivement chargée par l'Etat membre de la gestion d'un service d'intérêt économique général... » (73). Une comparaison du même type est possible à la lecture de l'arrêt *Enirisorse* dans lequel la Cour utilise explicitement l'expression service d'intérêt économique général (74). Il apparaît, dès lors, que le juge a suivi, implicitement, la démarche inaugurée par la Commission en 1995.

### 3. Une déconstruction des règles de droit communautaire en matière de qualification

En suivant ce raisonnement, le juge déstructure complètement la logique communautaire qui consiste à qualifier une mesure d'aide avant de tenter de la justifier. Certes, on peut chercher à approfondir la notion d'avantage. Pour autant, comme nous l'évoquerons plus loin, doit-on systématiser cette approche, peut-être adaptée à quelques cas, mais qui pourrait s'avérer inappropriée de façon générale ? Pour résoudre un problème ponctuel, l'ensemble de la logique communautaire aurait été mis en échec. Pour l'avocat général Léger l'arrêt *Ferring* opère « ... une confusion entre deux questions juridiquement distinctes : celle de la qualification de la mesure en tant qu'aide d'Etat et celle de la justification de la mesure étatique... » (75). Certains ont pu critiquer cette remarque (76). Il faut toutefois souligner que des éléments militent en faveur du raisonnement de M. P. Léger. Cette réflexion peut même être poussée plus loin en présentant le sujet de la façon suivante. Il s'agit d'une confusion entre qualification d'aide et justification qui se conjugue avec une confusion entre qualification d'aide et qualification d'obligation de service public. Ainsi, dans le même temps, le juge va opérer comme s'il utilisait une « règle de raison » pour évaluer *a priori* si la mesure est contraire à la concurrence (pas de surcoût) et va présumer que cette appréciation raisonnable écarte la qualification d'aide d'Etat parce qu'on est en présence d'un financement d'une obligation de service public. En quelque sorte, en reprenant l'expression employée dans un autre contexte, il s'agit d'une présomption conduisant à l'automatisme de l'application d'un régime (77).

On peut parler de présomption car la jurisprudence *Ferring* apparaît comme la création d'un régime spécifique de la preuve du financement des obligations de service public au sens du droit communautaire. En effet, d'une part, la réglementation en matière d'aides d'Etat repose sur la procédure de l'article 88 CE qui confie d'importantes prérogatives à la Commission. Ce rôle est lié à l'obligation qu'ont les Etats de notifier les projets et à la nécessité d'examiner les aides existantes. Cette logique a conduit à la limitation de l'effet direct de l'article 87 CE. D'autre part, l'évaluation de la pertinence des limitations apportées à l'application du droit communautaire en se fondant sur l'article 86, § 2, CE nécessite un système probatoire complexe qui permet d'appréhender l'absence de mesures moins contraignantes (78). Ici, ces deux logiques sont écartées. En poussant le raisonnement aux limites de l'absurde, l'arrêt *Ferring* conduit à dire, tout d'abord, qu'il suffit de qualifier les obligations imposées aux entreprises d'obligations de service public pour écarter la notion d'aide (79). Ensuite, la seule condition qui permette d'évaluer la pertinence de cette présomption réside dans l'absence d'un surcoût, que le juge national semble pouvoir apprécier (80). Enfin, ce surcoût, ne peut être justifié en aucune façon (81). Les quatre conditions, relativement sévères, fixées par la Cour de justice des Communautés européennes dans sa décision *Altmark* (82) et qui permettent à la compensation d'échapper à la qualification d'aide réduisent d'autant les cas potentiels. Dès lors, on peut analyser cette décision comme étant plus restrictive que l'arrêt *Ferring*. Les articles 87 CE et 86 CE devraient pouvoir trouver à s'appliquer.

Toutefois, cette remarque mise à part, le raisonnement du juge communautaire demeure original. Certes, les théories de l'indemnisation et de la rémunération, évoquées précédemment, peuvent conduire à de telles présomptions et remettre en cause l'existence d'un avantage sélectif. Admettre cette démarche conduit à nier l'existence d'une aide d'Etat. Mais outre le fait qu'il semble malaisé de trouver, en droit communautaire, les fondements de telles théories, il apparaît que le juge se contente, pour aboutir à ce résultat, d'un mélange des qualifications doublé d'une appréciation raisonnable du droit communautaire.

La combinaison des deux qualifications conduit à une véritable confusion. Pour aboutir au résultat recherché et parce qu'il ne dispose pas des bases juridiques qui lui semblent adéquates, le juge semble déconstruire le droit communautaire. Il reconstruit ensuite un raisonnement en utilisant les « pièces » qu'il vient de démonter. Dans différents domaines du droit matériel, le juge communautaire a appliqué la même logique de déconstruction. Pour mieux comprendre comment pourrait se résoudre la question du financement des obligations de service public au sens du droit communautaire, il faut étendre l'étude, même sommairement, aux expériences de déconstruction - reconstruction dans d'autres domaines. En effet, la question du financement des obligations de service public n'est peut-être qu'un élément d'une logique plus profonde.

## II. - Reconstruire une logique exempte d'une « appréciation raisonnable » du droit

En fait, les définitions de l'aide d'Etat ou du service d'intérêt économique général ne constituent pas les pierres d'achoppement dans le débat actuel. Ce qui pose problème, c'est d'avoir présenté d'emblée, depuis l'arrêt *Ferring*, les mesures en cause comme le financement, potentiel, d'une obligation de service public et donc d'avoir mélangé deux jeux de qualifications. Si la mesure n'avait pas été présentée comme un tel financement, elle aurait été analysée au regard de la qualification d'aide d'Etat sans préjuger des possibilités offertes par le Traité de développer un régime spécifique aux services d'intérêt économique général. Cette véritable collision entre deux jeux de qualifications distincts se retrouve très clairement dans la question posée par la Cour de justice des Communautés européennes quand elle a ordonné la réouverture de la procédure orale dans le cas *Altmark*. Le juge demande « ... selon quels critères - un avantage financier accordé par les autorités d'un Etat membre pour compenser le coût des obligations de service public qu'elles imposent à une entreprise doit être qualifié d'aide d'Etat... » (83). Or, en fonction des réponses apportées au débat concernant la notion d'aide d'Etat, il semble difficile de conclure qu'un « avantage » financier accordé par l'Etat à certaines entreprises ne sera pas une aide

d'Etat (84). C'est en fait la façon dont la question est posée qui laisse subsister un malaise, lui-même engendré par le lien entre les deux jeux de qualifications.

Ce malaise est perceptible pour d'autres aspects du droit communautaire matériel. Un rapprochement, même succinct, entre ces différents cas permet de mieux cerner les enjeux de la qualification. Cette approche permettra d'expliquer la démarche de déstructuration des règles de droit communautaire (A). En s'appuyant sur ces éléments, il semble possible de trouver, sinon des solutions, du moins des pistes de réflexion qui permettront un traitement des questions juridiques posées par le financement des obligations de service public (B).

## A. - Un enjeu d'importance pour de nombreux pans du droit communautaire

C'est le juge communautaire qui est plus particulièrement intervenu sur certaines qualifications juridiques. Ces actions étaient parfois ponctuelles et isolées. Il semblait possible de les cataloguer comme des cas d'espèces sans conséquence. Dans d'autres cas, l'apport prétorien à la qualification juridique est plus systématique. En faisant le point sur certains cas (1), il apparaît possible de déterminer les problèmes sous-jacents. Car ce n'est pas la qualification juridique elle-même qui paraît en cause. Derrière cette question se dissimulent des enjeux bien plus importants. Ce sont ces enjeux qu'il faut, en fait, affronter (2).

### 1. Les incertitudes liées à la qualification par le juge : une constante du droit communautaire matériel

Les confusions en matière de qualification constituent un symptôme assez fréquent en droit communautaire. Pour autant, on ne rapproche pas facilement ces indices les uns des autres. Les réflexions globales sur des logiques juridiques qui pourraient traverser l'ensemble du droit communautaire matériel demeurent peu nombreuses (85). De plus, elles ne sauraient donner une réponse définitive. En effet, la logique fonctionnelle qui prévaut en droit communautaire conduit nécessairement à aborder chaque sujet de façon pragmatique sans forcément bâtir de logiques juridiques communes. Pourtant, à la source de ces problèmes de qualification, se trouve, peut-être, la même cause. Il serait alors possible de chercher un remède là où on ne l'a pas forcément cherché auparavant. Dès lors, ramener la problématique du financement des obligations de service public au plan juridique à une simple question de qualification ne constituerait pas une simplification outrancière, mais une piste de recherche prometteuse.

Les deux principaux pans du droit communautaire matériel, les règles de concurrence et celles sur les libertés de circulation, connaissent de nombreux problèmes de qualification. Sans évoquer ce sujet de façon exhaustive, il semble possible d'approcher certains aspects et de voir ce qu'ils peuvent apporter à la réflexion menée sur le financement des obligations de service public.

En droit de la concurrence, la question de la qualification pose deux problèmes principaux. D'une part, certaines limites apportées à la qualification d'entreprise, critère d'applicabilité de cette branche du droit, sont contestées. D'autre part, la démarche suivie par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Wouters* (86), qui consiste à appréhender de façon raisonnable le droit de la concurrence, semble critiquable quant à certains aspects liés à la logique de la qualification.

La qualification d'entreprise constitue un critère d'applicabilité du droit de la concurrence. Cette qualification a fait l'objet d'une jurisprudence complexe qui a fini par se stabiliser autour d'une appréciation économique de la notion. Cette approche lui a donné un caractère plutôt extensif. Certaines limites ont dès lors été fixées pour éviter que des activités, en particulier celles relevant du secteur exclusivement social, ne soient appréhendées par le droit de la concurrence (87). Ce n'est pas tellement cette limite fixée par les activités exclusivement sociales, encore précisée récemment (88), qui nous occupe ici. En revanche, l'autre limite, celle posée par les prérogatives typiques de puissance publique, a fait l'objet d'interrogations. L'apparition de cette problématique remonte à l'affaire *Eurocontrol* (89) en 1994. A la date de l'arrêt, *Eurocontrol* remplissait une mission de planification et de recherche et exerçait une activité de contrôle aérien sur le Benelux et le Nord-Ouest de l'Allemagne. Dans cette affaire, le juge conclut que « ... prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du Traité... » (90). N. Charbit critique cette position. Selon lui, « ... le droit communautaire, en consacrant à l'instar du droit interne et sur les fondements du droit public, une même exception tirée de l'exercice de prérogatives de puissance publique, a fait oeuvre de création jurisprudentielle, puisque rien dans le Traité ni dans le droit dérivé ne prévoyait une telle dérogation au champ d'application des articles 81 et 82. Si le droit communautaire tente ainsi de répondre au même problème théorique, il participe à la confusion française en assimilant abusivement l'exercice de prérogatives de puissance publique et l'absence de toute activité économique » (91). Cette remarque montre le parallèle que l'on peut faire avec le contexte du financement des obligations de service public puisqu'elle révèle une confusion de qualification. Cette confusion va conduire à exclure l'applicabilité du droit communautaire. De plus, elle a été confirmée dans le cadre de l'affaire *Diego Cãli* (92). Il s'agissait d'un litige concernant une redevance à payer au concessionnaire chargé des services antipollution dans le port de Gênes. Dans ce cas, comme dans l'arrêt *Ferring*, le juge va inverser le raisonnement au moment de la qualification juridique des faits : « ... la surveillance antipollution que SEPG a été chargée d'assurer dans le port pétrolier de Gênes constitue une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'Etat en matière de protection de l'environnement du domaine maritime. Une telle activité de surveillance, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache ainsi à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elle ne présente pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du Traité... » (93). A cette occasion, L. Idot remarquait que cet arrêt « ... pourrait apparaître comme une application pure et simple de la jurisprudence *Eurocontrol*, même si, comme on l'a relevé précédemment, le raisonnement est inversé en ce sens que l'on part, non de la notion d'entreprise, et par conséquent de la règle, mais de la notion d'intervention étatique et donc de l'exception. Toutefois, l'ambiguïté est accentuée du fait de la référence à la mission d'intérêt général qui incombe au concessionnaire ... » (94). Au-delà de sa proximité avec l'affaire du financement des obligations de service public, cette démarche montre comment le juge en opérant une confusion au niveau de la qualification peut déstructurer les logiques du droit communautaires. L'article 86, § 2, CE offre aux institutions communautaires la possibilité de développer un régime spécifique pour les services d'intérêt économique général. Or, ici, comme dans le cas du financement des obligations de service public, la notion de service d'intérêt économique général permet d'exclure l'applicabilité du droit communautaire. Ces deux cas de confusions semblent montrer que le juge préfère renoncer à sa compétence plutôt qu'affronter un problème complexe. Il semble qu'il vaille mieux présumer l'absence d'applicabilité du droit communautaire plutôt que de mettre en oeuvre un régime spécifique. Comment et pourquoi en est-on arrivé là ?

L'affaire *Wouters* (95) constitue un autre objet de critiques (96). Elle semble offrir quelques pistes pour des réponses. Il s'agissait de la rencontre entre le droit de la concurrence et la profession d'avocat dans le contexte sensible de l'interprofessionnalité des experts-comptables et des avocats. A cette occasion, alors que le juge avait clairement précisé qu'« ... une interdiction des collaborations intégrées entre les avocats et les experts-comptables telle que celle édictée par la *Samenwerkingsverordening* 1993 est de nature à limiter la production et le développement technique, au sens de l'article 85, § 1, sous b), du Traité ... » (97). Il n'hésitera pas à conclure qu'« une réglementation nationale telle que la *Samenwerkingsverordening* 1993 adoptée par un organisme tel que l'ordre néerlandais des avocats n'enfreint pas l'article 85, § 1, du Traité, étant donné que cet organisme a pu raisonnablement considérer que ladite réglementation, nonobstant les effets restrictifs de la concurrence qui lui sont inhérentes s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'Etat membre concerné... » (98). Cette démarche purement prétorienne s'avère relativement déroutante. Car, comme le souligne L. Idot, « ... quel que soit le nom donné à un tel raisonnement et même s'il ne s'agit pas de l'application de la *rule of reason* au sens du droit antitrust américain, il y a bien là une application raisonnable de l'article 81, § 1, CE... » (99). Or, le Tribunal de première instance avait écarté, de façon certes un peu sommaire, une telle logique en 2001 (100). De plus, d'autres solutions étaient envisageables pour justifier cette entrave à la concurrence. Ainsi, l'avocat général Léger avait envisagé un recours à l'article 86, § 2, CE (101). Le juge a préféré, ici aussi, jouer sur la qualification et éviter une fois de plus le développement de l'article 86, § 2, CE qui, lui, est pourtant inscrit dans le Traité. Les justifications prévues par le Traité n'ont pas de raison de se développer si la Cour de justice des Communautés européennes décide qu'il n'y a même pas infraction aux règles du Traité. La lecture du texte de l'arrêt le montre bien, la réglementation en cause « ... n'enfreint pas l'article 85, § 1... » (102). Il n'y a donc pas infraction, non parce que le cas ne remplissait pas les critères de cette qualification, mais parce que le juge l'a voulu.

On pourrait lire l'épisode *Wouters* comme le rapprochement entre le droit de la concurrence et les libertés de circulation (103). En effet, il y a dans la démarche suivie par le juge dans les cas *Ferring* ou *Wouters* des similitudes avec l'approche des mesures indistinctement applicables dans le contexte des libertés de circulation. La justification d'une telle mesure par des exigences impératives permet de ne pas la qualifier de mesure d'effet équivalent. Encore une fois, il y a au moins confusion entre la qualification de mesure d'effet équivalent et sa justification en faisant intervenir une nouvelle qualification : l'exigence impérative.

A ce niveau de l'analyse, il serait sans doute possible d'effectuer un recensement des cas de rapprochement entre les différents régimes mis en place par le droit communautaire : les quatre libertés et le droit de la concurrence. Dans son article K. Mortelmans tente un bilan de ces convergences tel qu'il se dessine dans la pratique de la Cour et de la Commission (104). Outre le fait qu'il ne soit pas aisé de systématiser cet ensemble et qu'une convergence parfaite entre ces régimes n'existe pas et ne soit pas désirable, cet auteur exprime dans ses conclusions un point qui apparaît important dans le contexte qui nous occupe. L'article 86, § 2, CE fournit une base pour une telle convergence puisqu'il peut être utilisé à la fois en combinaison avec les dispositions du droit de la concurrence et les articles concernant les libertés de circulation (105). Néanmoins, il faut pour cela que la Cour de justice et la Commission développent cette potentialité. Or, justement, en jouant sur la qualification, le juge se prive de cette piste. Il s'en prive tant en ce qui concerne le droit de la concurrence (financement des obligations de service public, régime applicable aux avocats), qu'en ce qui concerne les mesures indistinctement applicables dans le cadre des libertés de circulation (106).

En fait, des convergences sont certainement décelables dans ce qu'on peut qualifier avec précaution de jurisprudence de l'*application raisonnable* (107) du droit communautaire. Ces convergences permettent certainement de noter que les institutions communautaires tiennent compte de certains impératifs d'intérêt général pour limiter les effets des principes du droit communautaire. Faire un recensement des motivations de ces limitations aura certainement son importance et permettra de montrer jusqu'où des règles différentes peuvent participer à la même démarche. Mais avant cela, il faut répondre à une question fondamentale. Sur quelles bases juridiques peut-on développer ces limites ? En fait, le juge communautaire peut-il se contenter de jouer sur la qualification juridique pour aboutir à ce résultat ? Et ce comportement n'a-t-il pas comme corollaire de limiter les potentialités du Traité ? Comme a pu l'évoquer Laurence Idot dans son commentaire de la décision *Wouters* : « ... Sans doute, la Cour a-t-elle voulu exprimer ... que les règles communautaires de libre circulation et de libre concurrence pouvaient voir leur application limitée dans les hypothèses où cette dernière irait à l'encontre de la protection d'intérêts légitimes jugés supérieurs. Cela est tout à fait justifié, mais en dehors du fait que la motivation gagnerait à être plus explicite, le fondement juridique de cette atténuation devrait à tout le moins être indiqué... » (108).

Pour trouver cette ou ces base(s) juridique(s) adéquate(s), il faut revenir à la source du problème dans les différents cas évoqués. Pourquoi la qualification juridique est-elle utilisée de cette manière par le juge ?

## 2. Les enjeux d'une appréciation raisonnable de la qualification juridique en droit communautaire

Cette interrogation fondamentale est trop large pour en donner une réponse complète dans le cadre restreint développé dans cette étude. Toutefois, une piste de recherche peut être trouvée en tentant de définir les principaux enjeux de la qualification juridique en droit communautaire.

La qualification consiste à identifier juridiquement un fait pour pouvoir lui appliquer le régime correspondant. Il s'agit d'une confrontation entre une définition juridique abstraite et un cas concret. En s'en tenant à cette approche, on se rend bien compte que dans l'affaire *Ferring*, la volonté d'appliquer un régime spécifique l'a emporté sur la confrontation des cas au cadre juridique. La logique a été inversée. En quelque sorte, la fin justifie les moyens. Ce qui est critiquable en matière de concurrence et d'aides (109), mais aussi en ce qui concerne les mesures d'effet équivalent (110).

Or, en particulier dans le contexte du service d'intérêt économique général, les juridictions communautaires et les commentateurs semblent avoir conscience que le juge ne peut pas exercer plus qu'un contrôle marginal. Le juge n'est pas le législateur (111). C'est au législateur communautaire de développer les justifications présentes dans le Traité. Quand le législateur n'a pas pris ses responsabilités, le juge semble alors jouer sur la qualification pour ne pas avoir à prendre partie sur le fond du problème. Ce constat est paradoxal. Alors que le droit communautaire renferme certainement les outils pour résoudre une question, le juge préfère ne pas utiliser ces techniques de peur d'empiéter sur le terrain des choix politiques qui relèvent, *a priori*, du législateur. Or, par la même occasion, il développe une *approche raisonnable* de la qualification qui le fait agir tel un législateur. En fait, cette sorte de « règle de raison » appliquée au stade de la qualification lui a donné l'opportunité de contourner la compétence communautaire dans certaines matières en lui permettant d'échapper à la logique communautaire : « qualification - régime de principe - dérogation ».



Il faut, en effet, bien comprendre, qu'au delà de la qualification d'un fait se dissimule la détermination du droit applicable, ce qui recouvre deux enjeux.

D'une part, ce droit commande la compétence des juridictions et autorités administratives. Ainsi, en fonction de la règle juridique en cause, c'est le juge national qui sera compétent ou le juge communautaire. Se posera, alors, dans le contexte propre au droit communautaire, la question de l'effet direct et de l'étendue de l'appréciation que le juge national pourra porter. Suivant la même logique de compétence organique, un régime juridique donné peut réclamer la compétence de la Commission. C'est le cas dans le contexte des aides d'Etat avec l'obligation de notification (112). Les autorités nationales chargées d'appliquer le droit de la concurrence pourront également dans certains cas se voir confier la compétence pour mettre en oeuvre certains régimes. La détermination des juges ou autorités compétents pour appliquer le droit communautaire constitue donc l'enjeu premier de la qualification. Il ne s'agit pas d'une simple question de principe puisque à ce niveau sera déterminé l'organe administratif ou judiciaire qui maîtrisera la régulation du secteur en cause et l'ampleur de cette régulation. C'est cette ampleur qui est au coeur du débat qui nous occupe. Le terme de régulation n'est pas encore pleinement défini au plan juridique (113). Il semble impliquer toutefois que des autorités qui ne sont ni juridictionnelles ni législatives peuvent adopter des décisions qui pourront comporter des choix qui relèvent de l'ordre du politique. Il en va ainsi, de la détermination des justifications fondées sur l'article 86, § 2, CE. Cette implication politique doit-elle pour autant conduire à limiter cet article à une évaluation comptable du coût des services d'intérêt économique général ? Le juge communautaire et la Commission ne peuvent-ils pas s'investir plus avant dans le développement des prescriptions de cette disposition (114) ?

D'autre part, la qualification est un enjeu au niveau même de l'ordre juridique communautaire. La qualification permet de déterminer si le cas relève de la compétence exclusive de la Communauté européenne, de la compétence des Etats membres ou d'une compétence partagée. Le fait que les questions de la répartition des compétences et de la subsidiarité dans le champ des compétences partagées aient été un des points cruciaux de la discussion à la Conférence sur l'avenir de l'Union européenne montre l'importance du sujet dans la mise en oeuvre du droit communautaire matériel. Il s'agit de déterminer, en fait, jusqu'où les institutions communautaires peuvent mener une politique autonome dans certains secteurs.

En ce qui concerne la portée de l'action communautaire en matière d'intérêt général, la Commission s'interroge dans un Livre vert sur la question de la subsidiarité appliquée au service d'intérêt général (115). Selon, ses premières analyses, le Traité n'attribue pas de pouvoirs spécifiques « positifs » (116) à la Communauté dans ce domaine. Toutefois, les services d'intérêt général peuvent être classés en trois catégories selon la nécessité et l'intensité de l'action communautaire. Les services d'intérêt économique général fournis par les grandes industries de réseau nécessitent une réglementation spécifique. Les autres services d'intérêt économique général doivent se voir appliquer les règles de concurrence et celles liées au marché intérieur. Les services non économiques et les services sans effet sur le commerce ne peuvent être soumis qu'à une simple coopération au niveau communautaire (117).

Ces deux enjeux expliquent certainement, en partie, pourquoi le juge tente d'échapper à la qualification d'aide d'Etat quand il est en présence de certaines méthodes de financement des obligations de service public, alors que le législateur n'a pas encore suffisamment développé les solutions techniques pour résoudre ce problème. Quelles sont, en fait, les limites du droit positif en la matière ?

## **B. - Le financement des obligations de service public : les limites du droit positif**

La notion d'aide d'Etat constitue dans la plupart des cas la qualification la plus rigoureuse (1). Néanmoins, des aménagements restent possibles de même que le développement d'une contractualisation de ce financement (2).

### **1. Retour sur la qualification d'aide d'Etat**

Il semble difficile d'échapper à la qualification d'aide d'Etat (118). Certains intervenants dans les différentes affaires tentent de contourner cette notion en apportant une interprétation spécifique d'un de ses critères constitutifs, l'existence d'un avantage. Cette démarche amène à distinguer une aide d'Etat dite « brute » d'une aide dite « nette ». La logique de l'aide d'Etat « nette » repose en partie sur la théorie de la rémunération évoquée précédemment et sur une analyse de la situation qui fait en quelque sorte intervenir une sorte de « règle de raison ». Pour ces intervenants, une mesure étatique qui se limite à compenser le coût des obligations de service public ne constitue pas une aide, car elle ne constituerait pas réellement un avantage sélectif au sens de l'article 87 CE. La mesure étatique ne constituerait que la contrepartie des obligations de service public en en compensant le coût. Elle n'aurait comme effet que de replacer le bénéficiaire dans une situation comparable à celle de ses concurrents. Or, comme le souligne l'avocat général Léger « ... Les dispositions du Traité en la matière sont fondées sur une conception "brute" de l'aide ou sur la théorie de l'avantage "apparent". Dans cette approche, les avantages conférés par les autorités publiques et la contrepartie mise à charge du bénéficiaire doivent être examinés séparément... » (119).

En fait, la thèse de l'aide « nette » est contraire à la logique de l'ensemble du Traité qui n'est pas fondée sur une « appréciation raisonnable » *a priori* de chaque situation, mais bien sur une qualification préalable qui conduit à un régime juridique qui peut, lui-même, prévoir certaines dérogations. A quoi sert de prévoir une liste d'aides compatibles si la logique de l'aide « nette » vient détruire son utilité (120). Ainsi, les conditions prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 87 CE pourraient être, dans cette démarche « raisonnable », appréciées avant même la qualification d'aide. Qu'est-ce qui différencie, de ce point de vue, le financement des obligations de service public d'une mesure destinée à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ? Dans les deux cas, l'Etat cherche à replacer le bénéficiaire dans une situation de concurrence comparable. Sous l'angle de l'aide « nette », il n'y a pas « avantage ». Donc, les dispositions de l'article 87, § 2, CE n'ont plus de raison d'être. Certes en imposant quatre conditions pour que le critère de la compensation soit rempli et en en confiant l'évaluation au juge de renvoi, la Cour de justice des Communautés européennes limite les risques de dérive (121).

Dans l'état actuel du droit communautaire, il semble impossible de s'écarter de la qualification d'aide d'Etat pour qualifier un grand nombre de techniques de financement des obligations de service public. Le juge dans l'affaire *Altmark* se contente de refuser cette qualification dans certains cas, sans pour autant se fonder sur une autre qualification.

Il ne faut pas pour autant négliger le fait que quand l'Etat intervient dans l'économie, deux cas peuvent être distingués (122). Soit il se comporte tel un « opérateur privé en économie de marché » (123) en participant au capital d'une entreprise, par exemple. Soit l'Etat agit en tant que puissance publique et son financement est destiné à appuyer un choix d'ordre politique.

Dans le premier cas, puisque le Traité ne préjuge pas le régime de la propriété dans les Etats membres, l'« Etat » doit être considéré comme un entrepreneur privé et si les règles du droit communautaire sont respectées, les relations financières en cause ne seront pas considérées comme des aides (124). Il faut toutefois noter que l'existence d'une mission d'intérêt économique général peut également interférer, dès ce stade de l'analyse, sur l'appréciation des conditions normales de marché comme l'a remarqué le juge dans une décision récente (125).

Dans le second cas, ces sommes pourront être qualifiées d'aides d'Etat. Toute la question est de savoir si le financement des obligations de service public ou de service d'intérêt économique général entre uniquement dans cette seconde catégorie. N'est-il pas possible de développer une logique contractuelle qui permettrait à l'Etat d'échapper, pour une partie des obligations de service public, à la qualification d'aide ? En quelque sorte, l'Etat achèterait une mission de service public sur le marché. Il s'agirait de prendre en considération le raisonnement de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire de la directive sur les huiles usagées. Une affaire que la Cour de justice des Communautés européennes dans la décision *Altmark* place sur un plan de similarité avec le cas *Ferring* (126). Les articles 13 et 14 de cette directive prévoyaient la possibilité de faire bénéficier les entreprises de collecte des huiles usagées d'indemnités pour les services rendus. La Cour avait pu dire qu'« ... à cet égard, la Commission et le Conseil font valoir à juste titre dans leurs observations qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'aides au sens des articles 92 et suivants du Traité CEE, mais de prix représentant la contrepartie des prestations effectuées... » (127). En quelque sorte, il s'agit d'observer si, à côté de la logique de la qualification d'aide, pourrait se développer une logique fondée sur les théories de l'indemnisation et de la rémunération telles qu'elles ont été développées plus haut. Dispose-t-on des techniques juridiques qui permettraient de considérer la mise en oeuvre d'une mission de service d'intérêt économique général, non comme l'expression d'un choix de la puissance publique mais comme un acte d'achat ? Cette réflexion rejoint les débats sur la définition de la concession, d'une part, et des marchés publics, d'autre part. Elle éclaire la quatrième condition posée par la Cour de justice des Communautés européennes dans la décision *Altmark* pour évaluer si une compensation échappe à la qualification d'aide d'Etat « [...] 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 public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, 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 [...] » (128). La Cour de justice des Communautés européennes confie une mission d'évaluation bien complexe au juge de renvoi.

Cette présentation rejoint, mais en partie seulement, l'approche *quid pro quo* de l'avocat général Jacobs qui consiste à observer s'il existe un lien direct et manifeste entre le financement et les obligations de service public clairement définies (129).

Il faut tenir compte ici de deux critiques. D'une part, certains commentateurs estiment que la distinction proposée par l'avocat général « ... pourrait s'avérer parfois délicate à anticiper de la part des entreprises, tant le comportement des autorités nationales peut fluctuer en pareille matière... » (130). D'autre part, outre une remarque similaire liée à la question de la sécurité juridique, l'avocat général Léger souligne que « ... l'approche *quid pro quo* se départit de la jurisprudence de la Cour en matière d'aides d'Etat. Elle revient à définir la notion d'aide non plus en fonction des seuls effets de la mesure, mais en fonction de critères d'ordre purement formel ou procédural. Sur le plan conceptuel, elle implique qu'une même mesure puisse être qualifiée d'aide ou de "non aide" selon qu'il existe un contrat (de service public) ou un texte (définissant les obligations de service public), alors qu'elle produit des effets identiques sur la concurrence... » (131). Pour répondre à cette critique, il faut donc, dans un premier temps, clairement distinguer les cas pour lesquels la qualification d'aide prévaut des situations couvertes par une logique contractuelle. Dans un second temps, il faut s'interroger sur l'existence des outils juridiques qui permettent l'appréhension d'une telle logique contractuelle. Leur absence nous ramène à la notion d'aide.

En fait, le refus d'une « approche raisonnable » du droit communautaire et le respect de la logique « qualification - régime de principe - dérogation » conduit inévitablement à privilégier l'approche aide d'Etat. Toutefois, dans certains cas, comme l'affaire des huiles usagées, la mesure en cause ne remplira pas toutes les conditions pour entrer dans les limites de la qualification (132). De plus, le législateur communautaire peut toujours développer une politique de « contractualisation » des obligations de service public. Mais, outre le fait que cette politique ne pourra concerner que les obligations de service public quantifiables *a priori*, cette politique ne pourra pas se fonder sur les dispositions du droit de la concurrence. En effet, il ne pourra pas s'agir de dérogations aux règles de concurrence, sinon il faudrait quand même qualifier au préalable les mesures en cause d'aide d'Etat pour bénéficier de la dérogation. Il faudra donc développer un véritable droit qui permettra de contractualiser, sous forme de concession par exemple, les obligations de service public. Ces développements réglementaires répondront à la question de la sécurité juridique et au respect de la définition des aides d'Etat.

## 2. Les aménagements envisagés, les développements théoriques

A première vue, dans bon nombre de cas, la seule véritable qualification possible pour le financement des obligations de service public tel que ce concept peut être appréhendé par le droit communautaire, se révèle celle de l'aide d'Etat avec tout ce que cela implique, y compris la position de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Altmark*. Pour autant, en théorie d'autres pistes pourraient être explorées.

En se fondant sur le découpage des compétences effectuées dans le Livre vert de la Commission sur le service d'intérêt général entre les industries de réseau auxquelles il faut appliquer un droit sectoriel spécifique et les autres services d'intérêt économique général soumis aux règles de droit commun du Traité (133), on peut appliquer le raisonnement suivant. Il faut, pour les services d'intérêt économique général au sens large (gestion des déchets, approvisionnement en eau) exploiter les ressources du Traité fondées sur les articles 87 CE et 86 CE en particulier. Pour les entreprises de réseau, une approche sectorielle contractualisée semble envisageable. Les lacunes de cette seconde démarche pourraient être couvertes par un retour au droit commun. Pour les autres services d'intérêt général, la question ne se pose pas dans les mêmes termes puisque la compétence communautaire doit assez souvent être écartée. Une interrogation demeure toutefois. Qu'est-ce que le droit communautaire peut apporter à la refondation de ces services publics ? La réponse ne se situe peut-être pas dans la logique du financement, sauf en impliquant les institutions communautaires plus avant dans les logiques fiscales et budgétaires des Etats membres. Il semble toutefois possible de proposer la réponse suivante qu'il faut, bien entendu, confronter à la décision *Altmark*.

- Si la qualification d'aide d'Etat constitue l'approche principale du financement du service d'intérêt économique

général en dehors des grandes entreprises de réseau, alors les conséquences majeures de cette approche sont les suivantes.

Tout d'abord, les Etats ont l'obligation de notifier ces aides sous peine d'avoir à les récupérer. Pour éviter les désagréments liés à ces notifications la Commission envisage la préparation d'un règlement d'exemption exemptant certaines aides du domaine des services d'intérêt économique général de l'obligation de notification préalable (134). L'arrêt *Altmark* en contournant la qualification d'aide d'Etat poursuit le même but mais les conséquences sur la sécurité juridique sont différentes comme l'arrêt *Enirisorse* (135) le montre.

Ensuite, une fois l'aide déterminée, pour la rendre compatible, il faut lui appliquer la dérogation adaptée (136). En l'occurrence c'est l'article 86, § 2, CE qui constitue la principale référence. Encore faut-il correctement définir jusqu'où les Etats membres peuvent aller dans la définition de leurs services d'intérêt économique général pour pouvoir bénéficier de l'exemption présentée précédemment. La Commission a donc entamé des travaux en ce sens (137). Il faut rappeler que la Commission dispose à l'article 86, § 3, CE des outils pour développer des textes de droit dérivé en cette matière.

Enfin, pour justifier cette aide au titre de l'article 86, § 2, CE, il faut remplir le test de proportionnalité qu'implique cette disposition. Dans la logique compensatoire développée dans l'arrêt *Ferring* et précisé par la décision *Altmark*, ce test est effectué avant la qualification d'aide, pour apprécier la nature de l'avantage. Le raisonnement se résume de la façon suivante, du moins dans le cas *Ferring*. Tant que l'avantage n'excède pas les surcoûts supportés pour l'accomplissement des obligations de service public il est justifié. Les surcoûts, en revanche, ne peuvent pas être justifiés y compris par le biais de l'article 86, § 2, CE. La contestation de ce raisonnement a plusieurs conséquences.

Tout d'abord, elle condamne la Commission à élaborer des textes qui obligeront les Etats membres, dans l'esprit des directives « transparence », à clarifier leurs relations financières avec les entreprises chargées de services d'intérêt économique général. La Gardienne des Traités doit pouvoir contrôler ces situations (138).

Ensuite, cette contestation conduit à s'interroger sur l'effet direct de l'article 86, § 2, CE lu en combinaison avec l'article 87 CE (139). La question de l'existence d'un effet direct attaché à l'article 86, § 2, CE a soulevé de nombreuses controverses (140). De plus, ce paragraphe ne prend un sens que s'il est lu en combinaison avec une autre disposition. Si cette autre disposition n'est pas d'effet direct, leur combinaison ne saurait être d'effet direct. La question renvoie donc à la situation de l'article 87 CE en ce qui concerne ce problème.

Enfin, et il s'agit certainement du point le plus important, la justification fondée sur l'article 86, § 2, CE doit-elle uniquement recouvrir une dimension comptable ? L'arrêt *Corbeau* constitue un tournant dans l'histoire de l'article 86, § 2, CE. En effet, le juge communautaire a présenté dans ce contexte les premiers développements concernant la justification de mesures étatiques limitant l'application du droit communautaire. Dans le cadre de cette affaire, le juge communautaire va examiner en quoi une mesure de restriction de la concurrence peut s'avérer nécessaire pour permettre au titulaire de la mission d'intérêt général de la remplir et « ... de bénéficier de conditions économiquement acceptables... » (141). En effet, le juge communautaire part de « ... la prémisse que l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables... » (142). La justification fondée sur l'article 86, § 2, CE semblait donc liée dans l'arrêt *Corbeau*, un peu comme dans l'affaire *Ferring*, aux compensations nécessaires pour maintenir l'équilibre financier de l'entreprise chargée de l'obligation de service public. Cette approche « comptable », qui conduit à conclure que la dérogation prévue à l'article 86, § 2, CE n'est pas applicable dans un cas de surcompensation, a d'ailleurs encore été confirmée dans la décision de la Commission de 2002 concernant l'aide de la France au Crédit Mutuel (143).

Avec l'affaire *Commune d'Almelo*, l'avocat général Darmon va ouvrir l'espace des justifications possibles en expliquant que « ... l'ouverture du marché de la fourniture d'électricité est subordonnée, compte tenu des spécificités de ce service d'intérêt économique général, au respect des quatre impératifs suivants : une obligation de fourniture ininterrompue de tous les utilisateurs ; une égalité de traitement entre ces derniers ; une prévention des distorsions de concurrence entre producteurs ; une protection efficace de l'environnement ... » (144). Le recours en manquement formé par la Commission contre les Pays-Bas, concernant l'importation d'énergie électrique conforte l'analyse selon laquelle il est possible de développer d'autres justifications que la simple préservation de l'équilibre financier. « ... Il n'est pas nécessaire, pour que les conditions d'application de l'article 90, § 2 soient remplies que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise soient menacés. Il suffit que, en l'absence des droits litigieux, il soit fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise... » (145).

Cette affaire permet d'envisager une distinction qui pourrait avoir une influence si les institutions communautaires décidaient de développer l'utilisation de l'article 86, § 2, CE dans le contexte du financement du service d'intérêt économique général considéré comme une aide d'Etat. Il faut en fait distinguer la mise en brèche de l'équilibre financier de l'entreprise dans son entier, d'autres causes de justification, d'origine non économique, qui vont avoir des effets sur l'existence économique de la mission proprement dite. La logique de la compensation sans surcoût permet d'appréhender l'équilibre financier global de l'entreprise. Ne pourrait-on pas prendre en considération, en plus, les autres choix publics vis-à-vis du service d'intérêt économique général, qui peuvent imposer aux entreprises chargées de ce service des obligations non quantifiables *a priori* comme des objectifs environnementaux, par exemple ? Cette démarche pourrait permettre de prendre en compte certains surcoûts et, surtout, faciliterait le développement de véritables choix politiques en matière de service d'intérêt économique général. La Cour a d'ailleurs déjà eu l'occasion de prendre en compte de tels impératifs environnementaux dans le contexte de la lecture combinée des articles 86, § 2, CE et 82 CE (146). L'arrêt *Altmark* n'aborde pas clairement la question de l'article 86, § 2, CE. Il n'est donc pas possible d'envisager d'autres développements en la matière.

- Pour appréhender le financement des industries de réseau, une autre voie, celle de la « contractualisation » (147) est théoriquement possible (148). Elle nécessitera de larges développements de la part du législateur et ne permettra pas de recouvrir les multiples cas qu'englobe la qualification d'aide d'Etat. Toutefois, elle offrira la possibilité aux institutions communautaires de fournir un cadre sûr juridiquement. Ainsi, dans son rapport de 2002, la Commission explique qu'elle a engagé une réflexion pour permettre le développement d'un cadre juridique contractuel permettant aux Etats membres et aux entreprises en charge de services d'intérêt économique général de formaliser leurs relations. La réflexion de la Commission concerne également les modalités de sélection des entreprises en charge de tels services et les méthodes de calcul des compensations censées financer ces services pour pouvoir échapper à la qualification d'aide d'Etat (149).

Justement, pour éviter cette qualification, il faudra prendre garde à la base juridique choisie pour développer cette

politique de contractualisation. L'article 86, § 3, CE permet d'aborder les concepts inclus dans l'ensemble de l'article 86 CE, dont le service d'intérêt économique général. Mais d'autres dispositions, comme l'article 73 CE qui fait référence aux aides qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public, suppose la qualification d'aide pour la mesure en cause. Il faut donc veiller à utiliser une base juridique qui permette de construire une contractualisation des relations entre Etats membres et entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général indépendante de la qualification d'aide d'Etat.

\*\*\*

Cette étude a tenté de montrer que la confusion autour de la question du financement des obligations de service public était certainement causée par l'oubli de la logique communautaire qui repose sur le respect des qualifications juridiques. Ce respect est remis en cause par l'attitude qui consiste à mettre en oeuvre une sorte de « règle de raison » qui permet d'écartier l'applicabilité des règles du Traité *a priori*. Or, justement, cette appréciation raisonnable, qui se répand dans l'ensemble du droit communautaire matériel, empêche le développement des potentialités du Traité. Un retour à la rigueur de la qualification semble donc nécessaire. Cette rigueur pourrait pousser le législateur communautaire, et non le juge, à compléter les textes en vigueur pour qu'il soit possible d'appréhender convenablement, par le droit, la réalité économique et sociale.

Le 30 août 2003

Mis à jour le 15 décembre 2003

## Annexe

### **CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en présence de *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* (affaire C-280/00)**

Règlement (CEE) n° 1191/69. Exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains et régionaux. Subventions publiques. Notion d'aide d'Etat. Compensation représentant la contrepartie d'obligations de service public

#### **La Cour,**

composée de M. G. C. Rodríguez Iglesias, président ; MM J.-P. Puissechet, M. Wathelet, R. Schintgen et C. W. A. Timmermans (rapporteur), présidents de chambre ; MM C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann et V. Skouris, M<sup>mes</sup> F. Macken et N. Colneric, MM S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues et A. Rosas, juges ; avocat général : M. P. Léger ; greffier : M<sup>me</sup> D. Louterman-Hubeau, chef de division, puis M. H. A. Rühl, administrateur principal,

rend le présent

#### **Arrêt**

**1. Par ordonnance du 6 avril 2000, parvenue à la Cour le 14 juillet suivant, le Bundesverwaltungsgericht a posé, en vertu de l'article 234 CE, une question préjudicielle relative à l'interprétation des articles 92 du Traité CE (devenu, après modification, art. 87 CE) et 77 du Traité CE (devenu art. 73 CE) ainsi que du règlement (CEE) 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 route et par voie navigable (JOCE L 156, p. 1), tel que modifié par le règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil, du 20 juin 1991 (JOCE L 169, p. 1, ci-après le « règlement n° 1191/69 »).**

2. Cette question a été soulevée dans le cadre d'un litige entre Altmark Trans GmbH (ci-après « Altmark Trans ») et Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (ci-après « Nahverkehrsgesellschaft ») concernant l'octroi à la première, par le *Regierungspräsidium Magdeburg* (le gouvernement de la région de Magdebourg, ci-après le « *Regierungspräsidium* »), de licences de services réguliers de transport par autocar dans le *Landkreis Stendal* (Allemagne) et de subventions publiques pour l'exécution desdits services.

#### **Le cadre juridique**

##### **Le droit communautaire**

3. L'article 92, § 1, du Traité dispose :

« Sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

4. L'article 74 du Traité (devenu art. 70 CE), qui figure sous le titre IV de la troisième partie, consacré aux transports, dispose que les objectifs du Traité sont poursuivis par les Etats membres, en ce qui concerne la matière régie par ce titre, dans le cadre d'une politique commune des transports.

5. L'article 77 du Traité, qui fait partie dudit titre IV, prévoit que 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 sont compatibles avec le Traité.

6. Le règlement n° 1191/69 est divisé en six sections dont la première comporte les dispositions générales (art. 1<sup>er</sup> et 2), la deuxième est relative aux principes communs pour la suppression ou le maintien des obligations de service public (art. 3 à 8), la troisième traite de l'application aux transports de voyageurs de prix et de conditions de transport imposés dans l'intérêt d'une ou de plusieurs catégories sociales particulières (art. 9), la quatrième concerne les méthodes communes de compensation (art. 10 à 13), la cinquième a trait aux contrats de service public (art. 14) et la sixième contient les dispositions finales (art. 15 à 20).

7. L'article 1<sup>er</sup> de ce règlement dispose :

« 1. Le présent règlement s'applique aux entreprises de transport qui exploitent des services dans le domaine des

transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

Les Etats membres peuvent exclure du champ d'application du présent règlement les entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation de services urbains, suburbains ou régionaux.

2. Aux fins du présent règlement, on entend par :

- "services urbains et suburbains", les services de transport répondant aux besoins d'un centre urbain ou d'une agglomération, ainsi qu'aux besoins du transport entre ce centre ou cette agglomération et ses banlieues,

- "services régionaux", les services de transport destinés à répondre aux besoins en transports d'une région.

3. Les autorités compétentes des Etats membres suppriment les obligations inhérentes à la notion de service public, définies dans le présent règlement, imposées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

4. Pour garantir des services de transport suffisants, compte tenu notamment des facteurs sociaux, environnementaux et d'aménagement du territoire, ou en vue d'offrir des conditions tarifaires déterminées en faveur de certaines catégories de voyageurs, les autorités compétentes des Etats membres peuvent conclure des contrats de service public avec une entreprise de transport. Les conditions et les modalités de ces contrats sont arrêtées à la section V.

5. Toutefois, les autorités compétentes des Etats membres peuvent maintenir ou imposer les obligations de service public visées à l'article 2 pour les services urbains, suburbains et régionaux de transport de voyageurs. Les conditions et les modalités, y compris les méthodes de compensation, sont arrêtées aux sections II, III et IV.

[...]

6. Par ailleurs, les autorités compétentes d'un Etat membre peuvent ne pas appliquer les paragraphes 3 et 4, dans le domaine des transports de voyageurs, aux prix et conditions de transport imposés dans l'intérêt d'une ou de plusieurs catégories sociales particulières ».

8. L'article 6, § 2, du règlement n° 1191/69 est libellé comme suit :

« Les décisions de maintien ou de suppression à terme de tout ou partie d'une obligation de service public prévoient, pour les charges qui en découlent, l'octroi d'une compensation déterminée conformément aux méthodes communes prévues aux articles 10 à 13 ».

9. L'article 9, § 1, du même règlement prévoit :

« Le montant de la compensation des charges qui découlent, pour les entreprises, de l'application aux transports de voyageurs de prix et conditions de transport imposés dans l'intérêt d'une ou de plusieurs catégories sociales particulières est déterminé conformément aux méthodes communes prévues aux articles 11 à 13 ».

10. L'article 17, § 2, du règlement n° 1191/69 énonce :

« Les compensations qui résultent de l'application du présent règlement sont dispensées de la procédure d'information préalable prévue à l'article 93 § 3 du Traité instituant la Communauté économique européenne.

Les Etats membres communiquent sans délai à la Commission, par catégorie d'obligations, les compensations des charges découlant pour les entreprises de transport du maintien des obligations de service public visées à l'article 2 et de l'application aux transports de voyageurs de prix et conditions de transport imposés dans l'intérêt d'une ou de plusieurs catégories sociales particulières ».

## La réglementation nationale

11. *La Verordnung zur Festlegung des Anwendungsbereiches der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 im Straßenpersonenverkehr* (arrêté portant application du règlement n° 1191/69 dans sa version résultant du règlement n° 1893/91 concernant le transport par route de personnes), du ministre fédéral des Transports, du 31 juillet 1992 (BGBl. 1992 I, p. 1442), dans sa version résultant d'une modification du 29 novembre 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3630), écarte de manière générale jusqu'au 31 décembre 1995, pour le transport public de voyageurs, l'application du règlement n° 1191/69 quant aux entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation de services urbains, suburbains ou régionaux.

12. Les dispositions combinées des articles 2, § 1, et 1<sup>er</sup>, § 1, du *Personenbeförderungsgesetz* (loi relative aux transports terrestres de personnes, ci-après le « PbefG ») prévoient que le transport de personnes par véhicules routiers en service régulier est soumis en Allemagne à l'octroi d'une licence. Cette licence oblige le transporteur à ne percevoir que le tarif autorisé par l'autorité délivrant la licence, à respecter l'horaire qui a été approuvé et à se conformer aux obligations d'exploitation et de transport qui lui incombent légalement.

13. Jusqu'au 31 décembre 1995, les conditions d'octroi d'une licence relative à un service régulier de transport par autocar étaient déterminées uniquement par l'article 13 du PbefG. Cette disposition impose notamment des conditions quant à la capacité financière ainsi qu'à la fiabilité de l'entreprise de transport et prescrit le rejet de la demande de licence lorsque le service visé serait de nature à affecter les intérêts de la collectivité en matière de transport. Si plusieurs entreprises veulent fournir les mêmes services de transport, l'autorité concernée doit, en vertu du paragraphe 3 du même article, prendre en compte d'une manière appropriée les perspectives d'une prestation adéquate de ces services par l'une desdites entreprises pendant de nombreuses années.

14. Par l'article 6, § 116, de l'*Eisenbahnneuordnungsgesetz* (loi sur la restructuration du chemin de fer), du 27 décembre 1993 (BGBl. 1993 I, p. 2378), le législateur allemand a introduit, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1996, une distinction entre transports exploités sous un régime d'autonomie financière et transports exploités en tant que service public pour l'octroi de licences de services réguliers de transports publics urbains, suburbains et régionaux.

15. L'article 8, § 4, première phrase, du PbefG établit le principe selon lequel les services de transports publics urbains, suburbains et régionaux doivent être fournis sous le régime de l'autonomie financière.

16. La deuxième phrase de ce paragraphe définit les services de transport fournis dans le cadre d'un régime d'autonomie financière comme ceux dont les coûts sont couverts par les recettes des transports effectués, par les rentrées perçues en vertu de dispositions réglementaires prévoyant des compensations ou des remboursements en raison de certains tarifs et d'une organisation des transports déterminée ainsi que par les autres produits de l'entreprise au sens du droit commercial. Les conditions d'octroi d'une licence sous le régime de l'autonomie financière sont définies à l'article 13 du PBefG, ainsi qu'il a été exposé au point 13 du présent arrêt.

17. L'article 8, § 4, troisième phrase, du PBefG prévoit que c'est le règlement n° 1191/69, dans sa version en vigueur, qui comporte les règles de référence applicables, dès lors qu'un service de transport suffisant ne peut pas être assuré sous le régime de l'autonomie financière. Les conditions d'octroi des licences portant sur des prestations de transport fournies en tant que service public sous l'empire dudit règlement sont définies à l'article 13 *bis* du PBefG.

18. Aux termes de cette dernière disposition, il convient d'octroyer une licence dans la mesure où celle-ci est indispensable aux fins de la mise en place d'un service de transport sur le fondement d'un acte d'autorité ou d'un contrat au sens du règlement n° 1191/69 et où elle représente la solution entraînant le moindre coût pour la collectivité.

#### **Le litige au principal**

19. Le litige au principal concerne l'octroi, par le Regierungspräsidium à Altmark Trans, de licences de services réguliers de transport par autocar dans le Landkreis Stendal.

20. Des licences avaient été accordées initialement à Altmark Trans pour la période du 25 septembre 1990 au 19 septembre 1994. Par une décision du 27 octobre 1994, de nouvelles licences lui ont été octroyées jusqu'au 31 octobre 1996.

21. Il résulte de l'ordonnance de renvoi que le Regierungspräsidium a, dans le même temps, rejeté les demandes d'octroi de licences d'exploitation de ces services introduites par Nahverkehrsgesellschaft. Pour fonder cette décision, le Regierungspräsidium a exposé qu'Altmark Trans remplissait les conditions d'agrément prévues à l'article 13, § 1, points 1 et 2, du PBefG. En tant qu'ancienne entreprise, Altmark Trans bénéficiait d'une protection de la situation acquise, conformément au paragraphe 3 du même article. Cette protection impliquerait que l'exploitation d'un service régulier de transport par l'entreprise actuellement en charge dudit service est susceptible de représenter une meilleure offre de transport que celle qui émane d'une nouvelle entreprise candidate. Or, une telle offre n'existerait pas. Accusant un déficit de 0,58 DM par kilomètre de réseau, Altmark Trans aurait besoin du financement complémentaire des pouvoirs publics le moins élevé.

22. A la suite d'une réclamation d'Altmark Trans, le Regierungspräsidium a prolongé la durée de ces licences jusqu'au 31 octobre 2002, par une décision du 30 juillet 1996.

23. Nahverkehrsgesellschaft a introduit une réclamation à l'encontre de la décision du 27 octobre 1994, en soutenant qu'Altmark Trans ne répondait pas aux exigences de l'article 13 du PBefG. En effet, celle-ci ne serait pas une entreprise économiquement saine puisqu'elle n'aurait pas été capable de survivre sans subventions publiques. Dès lors, les licences qui lui avaient été octroyées seraient illégales. Il ne serait pas non plus exact d'affirmer qu'Altmark Trans a le besoin le moins élevé en subventions. Par décision du 29 juin 1995, le Regierungspräsidium a rejeté cette réclamation.

24. Nahverkehrsgesellschaft a introduit un recours contre ces décisions des 27 octobre 1994 et 30 juillet 1996 devant le *Verwaltungsgericht Magdeburg* (Tribunal administratif de première instance de Magdebourg) (Allemagne), qui a rejeté ce recours.

25. Au stade de l'appel, l'*Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt* (juridiction administrative d'appel de Saxe-Anhalt) (Allemagne) a fait droit au recours de Nahverkehrsgesellschaft et a donc annulé l'octroi des licences à Altmark Trans. Cette juridiction a notamment considéré que, au moment où la décision du 30 juillet 1996 avait été prise, la santé économique d'Altmark Trans n'était plus assurée, car celle-ci avait besoin des subventions du Landkreis Stendal pour l'exécution desdites licences. En outre, elle a jugé que ces subventions n'étaient pas compatibles avec le droit communautaire relatif aux aides d'Etat tel qu'il résultait notamment du règlement n° 1191/69.

26. A cet égard, l'*Oberverwaltungsgericht* a relevé que la République fédérale d'Allemagne n'avait fait usage que jusqu'au 31 décembre 1995 de la possibilité, offerte par le règlement n° 1191/69, d'exclure de son champ d'application les entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation de services de transports urbains, suburbains ou régionaux. Il a donc jugé que, après cette date, les subventions publiques en cause n'étaient autorisées que moyennant le respect des conditions prévues par ledit règlement. Parmi ces conditions figure la nécessité d'imposer des obligations de service public soit par voie de contrat, soit par un acte des autorités compétentes. Le Landkreis Stendal n'ayant pas procédé à la conclusion d'un contrat avec Altmark Trans ni adopté un acte administratif conformément aux dispositions dudit règlement, l'*Oberverwaltungsgericht* a considéré que, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1996, le Landkreis n'était plus autorisé à subventionner Altmark Trans pour l'exécution des services couverts par les licences qui lui avaient été octroyées.

27. A l'encontre de cette décision de l'*Oberverwaltungsgericht*, Altmark Trans a formé un recours en « *Revision* » devant le *Bundesverwaltungsgericht*. Ce dernier considère que les dispositions de l'article 8, § 4, du PBefG soulèvent la question de savoir si l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux qui ne peut être effectuée de manière rentable grâce aux recettes tirées dudit transport et qui, de ce fait, dépend nécessairement de subventions publiques peut, en vertu du droit national, être considérée comme réalisée sous le régime de l'autonomie financière ou si elle doit nécessairement être considérée comme effectuée sous le régime du service public.

28. A cet égard, le *Bundesverwaltungsgericht* considère que les subventions publiques en cause peuvent relever de la notion d'« autres produits de l'entreprise au sens du droit commercial » visée à l'article 8, § 4, deuxième phrase, du PBefG. En ayant recours aux méthodes usuelles d'interprétation du droit national, il parvient à la conclusion que la circonstance que des subventions publiques sont nécessaires n'exclut pas que les services de transport soient fournis sous le régime de l'autonomie financière.

29. Toutefois, la juridiction de renvoi émet des doutes quant au point de savoir si les articles 77 et 92 du Traité ainsi que le règlement n° 1191/69 impliquent nécessairement l'interprétation de l'article 8, § 4, deuxième phrase, du PBefG conforme au droit communautaire préconisée par l'*Oberverwaltungsgericht*. Eu égard à la complexité de

système d'interdictions, d'exceptions et d'exceptions aux exceptions, il estime que cette problématique devrait être clarifiée par la Cour.

### **La question préjudicielle**

30. Considérant que, dans l'affaire dont il est saisi, la portée des règles communautaires est incertaine et qu'une décision à titre préjudiciel est nécessaire pour la solution du litige au principal, le *Bundesverwaltungsgericht* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Les dispositions combinées des articles [77 et 92 du Traité] CE ainsi que du règlement (CEE) n° 1191/69, dans sa version modifiée par le règlement (CEE) n° 1893/91, s'opposent-elles à l'application d'une réglementation nationale qui autorise la concession de licences de services réguliers de transport dans le cadre des transports publics urbains, suburbains ou régionaux, pour des transports dépendant nécessairement de subventions, sans respecter les dispositions des sections II, III et IV dudit règlement ? »

31. La juridiction de renvoi a précisé que cette question devait être comprise comme comportant les trois branches suivantes :

« 1) Les subventions visant à compenser le déficit d'un service public de transport local de personnes sont-elles en toute hypothèse visées par l'interdiction des aides énoncée à l'article [92], § 1, [du Traité] CE ou, eu égard à leur portée régionale, convient-il de considérer que de telles subventions ne sont, *a priori*, pas de nature à affecter les échanges entre Etats membres ? La réponse à apporter à cette question est-elle susceptible de dépendre de la situation précise et de l'importance du domaine d'activité des transports urbains, suburbains ou régionaux visés dans chaque cas ?

2) L'article [77 du Traité] CE confère-t-il de manière générale au législateur national la faculté d'autoriser les subventions publiques destinées à compenser les déficits dans le domaine du transport public urbain, suburbain ou régional sans faire entrer en ligne de compte le règlement (CEE) n° 1191/69 ?

3) Le règlement (CEE) n° 1191/69 permet-il au législateur national d'autoriser l'exploitation d'un service régulier de transport public urbain, suburbain ou régional dépendant obligatoirement de subventions publiques sans respecter les sections II, III et IV dudit règlement, en ne prescrivant l'application de ces dispositions que lorsque, à défaut, la fourniture d'un transport suffisant n'est pas possible ? Cette latitude laissée au législateur national découle-t-elle en particulier du droit que lui conférerait l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, du règlement (CEE) n° 1191/69, dans sa version modifiée par le règlement n° 1893/91, d'exclure complètement du champ d'application du règlement les entreprises de transport urbain, suburbain ou régional ? »

### **Observations liminaires**

32. Dans le litige au principal, l'octroi de licences à Altmark Trans n'est contesté que dans la mesure où celle-ci avait besoin de subventions publiques pour exécuter les obligations de service public découlant desdites licences. Ce litige porte donc essentiellement sur la question de savoir si les subventions publiques qu'Altmark Trans a ainsi reçues ont été accordées licitement.

33. Après avoir constaté que le versement de subventions à Altmark Trans pour l'exploitation des licences en cause au principal sous le régime de l'autonomie financière n'était pas contraire au droit national, la juridiction de renvoi s'interroge sur la compatibilité desdites subventions avec le droit communautaire.

34. Les dispositions principales du Traité régissant les subventions publiques sont celles relatives aux aides d'Etat, à savoir les articles 92 et suivants du Traité. L'article 77 du Traité instaure dans le domaine du transport une dérogation aux règles générales applicables aux aides d'Etat, en prévoyant que 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 sont compatibles avec le Traité.

35. Or, il convient de constater que le Conseil a adopté le règlement n° 1191/69 sur le fondement des articles 75 du Traité CE (devenu, après modification, art. 71 CE) et 94 du Traité CE (devenu art. 89 CE), donc tant sur le fondement des dispositions du Traité relatives à la politique commune des transports que sur celles relatives aux aides d'Etat.

36. Le règlement n° 1191/69 établit un régime communautaire applicable aux obligations de service public dans le domaine des transports. Cependant, en vertu de son article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, les Etats membres peuvent exclure de son champ d'application les entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation de services de transports urbains, suburbains ou régionaux.

37. Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner d'emblée si le règlement n° 1191/69 est applicable aux services de transport en cause dans l'affaire au principal. C'est uniquement dans la négative qu'il sera nécessaire d'examiner l'application des dispositions générales du Traité concernant les aides d'Etat aux subventions en cause au principal. Dès lors, il convient de répondre en premier lieu à la troisième branche de la question préjudicielle.

### **Sur la troisième branche de la question préjudicielle**

38. Par la troisième branche de la question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance si le règlement n° 1191/69, et plus particulièrement son article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, peut être interprété en ce sens qu'il permet à un Etat membre de ne pas appliquer ce règlement à l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux dépendant nécessairement de subventions publiques et d'en limiter l'application aux cas où, à défaut, la fourniture d'un service de transport suffisant n'est pas possible.

### **Observations soumises à la Cour**

39. Altmark Trans, le *Regierungspräsidium* et *Nahverkehrsgesellschaft* considèrent qu'il n'est pas possible de déduire du règlement n° 1191/69 que des subventions publiques à des entreprises de transport ne sont conformes au droit communautaire que lorsque sont imposées des obligations de service public au sens dudit règlement ou qu'un contrat de service public a été conclu conformément à ce règlement.

40. Ils relèvent notamment que le législateur allemand a opéré une distinction entre les services de transport effectués sous le régime de l'autonomie financière et ceux effectués sous celui du service public. En vertu de l'article 8, § 4, du *PBefG*, le règlement n° 1191/69 ne s'appliquerait qu'aux transports relevant du régime du service public.

Dès lors, les services de transport effectués sous le régime de l'autonomie financière ne relèveraient pas du champ d'application de ce règlement.

41. En effet, bien que le législateur allemand ne fasse plus usage de manière générale de la faculté de dérogation prévue à l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, du règlement n° 1191/69 depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1996, il aurait indirectement prévu une exception à l'application de ce règlement en faveur des services de transports urbains, suburbains et régionaux qui sont fournis sous le régime de l'autonomie financière. Dès lors que ledit règlement autoriserait une dérogation de portée générale, ce législateur aurait également la faculté de prévoir une dérogation partielle. En effet, le principe selon lequel « Qui peut le plus peut le moins » s'appliquerait en l'occurrence.

42. La Commission fait valoir que, dans la mesure où les services de transports urbains, suburbains ou régionaux n'ont pas été exclus du champ d'application du règlement n° 1191/69 en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, de celui-ci, le législateur national doit réglementer l'exploitation d'un service régulier soit en imposant des obligations de service public, conformément aux sections II à IV de ce règlement, soit en vertu de contrats prévoyant ces obligations et respectant les dispositions de la section V dudit règlement.

### Réponse de la Cour

43. En vue de répondre à cette branche de la question, il convient de déterminer à titre liminaire si le règlement n° 1191/69 impose un régime contraignant que les Etats membres sont impérativement tenus de respecter lorsqu'ils envisagent d'imposer des obligations de service public dans le secteur des transports terrestres.

44. Il résulte clairement tant des considérants dudit règlement que de son dispositif qu'il impose effectivement un régime obligatoire aux Etats membres.

45. En effet, selon le premier considérant du règlement n° 1191/69, un des objectifs de la politique commune des transports est l'élimination des disparités qui résultent des obligations inhérentes à la notion de service public imposées aux entreprises de transport par les Etats membres et qui sont de nature à fausser substantiellement les conditions de concurrence. Aux termes du deuxième considérant dudit règlement, il est donc nécessaire de supprimer les obligations de service public définies dans celui-ci bien que, toutefois, leur maintien puisse être indispensable dans certains cas pour garantir la fourniture de services de transport suffisants.

46. A cet effet, l'article 1<sup>er</sup>, § 3, du règlement n° 1191/69 prévoit que les autorités compétentes des Etats membres suppriment les obligations inhérentes à la notion de service public, telles que définies dans ledit règlement, imposées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Aux termes du paragraphe 4 du même article, pour garantir des services de transport suffisants, compte tenu notamment des facteurs sociaux, environnementaux et d'aménagement du territoire, ou en vue d'offrir des conditions tarifaires déterminées en faveur de certaines catégories de voyageurs, ces autorités peuvent conclure des contrats de service public avec une entreprise de transport selon les conditions et les modalités qui sont arrêtées à la section V dudit règlement. Le paragraphe 5 du même article ajoute que, toutefois, lesdites autorités peuvent maintenir ou imposer des obligations de service public pour les services urbains, suburbains et régionaux de transport de voyageurs selon les conditions et les modalités, y compris les méthodes de compensation, arrêtées aux sections II à IV dudit règlement.

47. Dès lors, dans la mesure où les licences en cause au principal imposent des obligations de service public et s'accompagnent de subventions contribuant au financement de l'exécution de celles-ci, l'octroi de ces licences et de ces subventions était en principe soumis aux dispositions du règlement n° 1191/69.

48. Toutefois, l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, de ce règlement autorise les Etats membres à exclure du champ d'application de celui-ci les entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation de services de transports urbains, suburbains ou régionaux.

49. Dans un premier temps, à savoir jusqu'au 31 décembre 1995, la République fédérale d'Allemagne a fait usage de la dérogation prévue à l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, du règlement n° 1191/69 en écartant explicitement dans la réglementation nationale l'application de ce règlement aux entreprises de transport urbain, suburbain ou régional.

50. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1996, la réglementation allemande ne prévoit plus expressément une telle dérogation. Tout au contraire, ledit règlement a été déclaré applicable à l'octroi de licences de transport par autocar en Allemagne sous le régime du service public par les articles 8, § 4, troisième phrase, et 13 *bis* du PBefG. Cependant, la législation allemande ne détermine pas explicitement si ce règlement est également applicable à l'octroi de licences de transport par autocar sous le régime de l'autonomie financière.

51. A cet égard, il convient d'examiner si la non-application du règlement n° 1191/69 au régime de l'autonomie financière, à supposer qu'elle soit avérée, est contraire audit règlement.

52. Altmark Trans, le Regierungspräsidium et Nahverkehrsgesellschaft font valoir que, l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, du règlement n° 1191/69 permettant d'exclure de l'application de celui-ci une catégorie complète de services de transport, ladite disposition doit, à plus forte raison, permettre de soustraire une partie limitée de ces services à l'application de ce règlement.

53. Il y a lieu de rappeler que, comme il a été exposé aux points 44 à 47 du présent arrêt, le règlement n° 1191/69 établit un régime que les Etats membres sont tenus de respecter lorsqu'ils envisagent d'imposer des obligations de service public aux entreprises de transport terrestre.

54. Toutefois, les Etats membres peuvent, pour des entreprises qui exploitent des services de transports urbains, suburbains ou régionaux, établir une dérogation aux dispositions du règlement n° 1191/69, en vertu de son article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa. Le législateur allemand a fait un usage général de cette dérogation jusqu'au 31 décembre 1995.

55. Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que la modification du PBefG, qui a pris effet au 1<sup>er</sup> janvier 1996, contribue à la réalisation des objectifs poursuivis par le règlement n° 1191/69.

56. En effet, par cette modification, le législateur allemand a introduit, pour l'octroi de licences relatives au transport de voyageurs par autocar, une distinction entre le régime de l'autonomie financière et celui du service public. En



vertu de l'article 13 *bis* du PBefG, le règlement n° 1191/69 est devenu applicable à l'octroi de licences sous le régime du service public. Cette modification du PBefG a donc réduit le domaine d'application de la dérogation prévue à l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, dudit règlement. Ainsi, la législation allemande s'est rapprochée des objectifs poursuivis par celui-ci.

57. Il résulte de ces considérations qu'un Etat membre peut légitimement, sur le fondement de la faculté de dérogation prévue à l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, du règlement n° 1191/69, non seulement exclure complètement les services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux du champ d'application de ce règlement, mais également donner une application plus limitée à cette dérogation. En d'autres termes, cette disposition permet en principe au législateur allemand de prévoir que, pour des services de transport fournis sous le régime de l'autonomie financière, des obligations de service public peuvent être imposées et des subventions accordées sans respecter les conditions et les modalités arrêtées par ledit règlement.

58. Toutefois, la législation nationale doit clairement délimiter l'usage fait de cette faculté de dérogation pour qu'il soit possible de déterminer dans quelle situation ladite dérogation s'applique et dans quelle situation le règlement n° 1191/69 est applicable.

59. En effet, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante, il est particulièrement important, afin que soit satisfaite l'exigence de sécurité juridique, que les particuliers bénéficient d'une situation juridique claire et précise, leur permettant de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales (V. arrêts du 23 mai 1985, *Commission c/ Allemagne*, aff. 29/84, Rec. p. 1661, pt 23 ; du 9 avr. 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 363/85, Rec. p. 1733, pt 7 ; du 30 mai 1991, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-59/89, Rec. p. I-2607, pt 18, et du 19 sept. 1996, *Commission c/ Grèce*, aff. C-236/95, Rec. p. I-4459, pt 13).

60. La décision de renvoi comporte un certain nombre d'indices permettant de douter que ces exigences de clarté aient été respectées en l'occurrence.

61. En effet, il découle, d'une part, de l'ordonnance de renvoi que le régime de l'autonomie financière peut s'appliquer également à des entreprises qui ont besoin de subventions publiques pour l'exploitation de licences de services de transport. La juridiction de renvoi a constaté, d'autre part, que, « s'agissant de services réguliers de transport urbain, suburbain ou régional largement déficitaires, cette option offerte à l'opérateur par le législateur est, en pratique, écartée, la nécessité de subventions publiques entraînant automatiquement l'assujettissement au régime du service public ».

62. Il semble résulter de ce qui précède que les licences de services de transport nécessitant pour leur exploitation des subventions publiques peuvent être soumises tant au régime de l'autonomie financière qu'à celui du service public. Si tel était effectivement le cas, les dispositions de la législation nationale concernée ne détermineraient pas de manière claire et précise dans quelle situation de telles licences relèvent de l'un ou de l'autre de ces régimes. Or, dans la mesure où le règlement n° 1191/69 n'est pas applicable au régime de l'autonomie financière, une éventuelle incertitude sur la délimitation de ce régime par rapport à celui du service public s'étendrait également au domaine d'application dudit règlement en Allemagne.

63. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si l'application faite par le législateur allemand de la faculté de dérogation prévue à l'article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, du règlement n° 1191/69 répond aux exigences de clarté et de précision imposées par le respect du principe de sécurité juridique.

64. Il convient donc de répondre à la troisième branche de la question préjudicielle que le règlement n° 1191/69, et plus particulièrement son article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un Etat membre de ne pas appliquer ce règlement à l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux dépendant nécessairement de subventions publiques et d'en limiter l'application aux cas où, à défaut, la fourniture d'un service de transport suffisant n'est pas possible, à condition toutefois que le principe de sécurité juridique soit dûment respecté.

65. Il y a lieu encore de préciser 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.

66. 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'Etat.

#### **Sur la première branche de la question préjudicielle**

67. Par la première branche de la question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance 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, § 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 Etats membres.

#### **Observations soumises à la Cour**

68. Altmark Trans, le Regierungspräsidium et Nahverkehrsgesellschaft soutiennent que les subventions en cause au principal n'ont aucune incidence sur les échanges entre Etats membres au sens de l'article 92, § 1, du Traité, car elles ne concerneraient que des services locaux et, en tout état de cause, elles seraient d'un montant tellement faible qu'elles n'affecteraient pas sensiblement ces échanges.

69. La Commission, par contre, fait valoir que huit Etats membres ont, dès 1995, ouvert de leur plein gré certains marchés de transports urbains, suburbains ou régionaux à la concurrence d'entreprises d'autres Etats membres et

qu'il existe différents exemples d'entreprises de transport d'un Etat membre qui exercent des activités dans un autre Etat membre. Cette ouverture du marché dans certains Etats membres montrerait bien que les échanges intracommunautaires sont non seulement possibles et potentiels mais d'ores et déjà réels.

70. Il y a lieu de rappeler que la Cour a décidé, par ordonnance du 18 juin 2002, de rouvrir la procédure orale dans la présente affaire pour donner aux parties au principal, aux Etats membres, à la Commission et au Conseil la possibilité de soumettre leurs observations sur les conséquences éventuelles de l'arrêt du 22 novembre 2001, *Ferring* (aff. C-53/00, Rec. p. I-9067), quant à la réponse à donner à la question préjudicielle dans cette affaire.

71. Lors de la seconde audience, tenue le 15 octobre 2002, Altmark Trans, le Regierungspräsidium, Nahverkehrsgesellschaft ainsi que les gouvernements allemand et espagnol ont proposé, en substance, de confirmer les principes dégagés par la Cour dans l'arrêt *Ferring*, précité. Ils considèrent donc que le financement étatique de services publics ne constitue pas une aide au sens de l'article 92, § 1, du Traité si les avantages conférés par les autorités publiques n'excèdent pas le coût engendré par la prestation des obligations de service public.

72. A cet égard, ils ont fait valoir principalement que la notion d'aide figurant à l'article 92, § 1, du Traité ne s'applique qu'aux mesures qui procurent un avantage financier à une ou certaines entreprises. Or, une subvention publique qui se limite à compenser le coût lié à la prestation de services publics qui ont été imposés ne procurerait aucun avantage effectif à l'entreprise bénéficiaire. En outre, dans un tel cas, la concurrence ne serait pas faussée puisque chaque entreprise pourrait bénéficier de la subvention publique à condition de fournir les services publics de transport imposés par l'Etat.

73. Lors de cette seconde audience, les gouvernements danois, français, néerlandais et du Royaume-Uni ont soutenu, en substance, que la Cour devrait suivre l'approche développée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions présentées le 30 avril 2002 dans l'affaire *GEMO* (aff. C-126/01), pendante devant la Cour. Selon cette approche, une distinction devrait être faite entre deux catégories de situations. Lorsqu'il existerait un lien direct et manifeste entre un financement étatique et des obligations de service public clairement définies, les sommes versées par les autorités publiques ne constitueraient pas une aide au sens de l'article 92, § 1, du Traité. En revanche, lorsqu'un tel lien ferait défaut ou lorsque les obligations de service public ne seraient pas clairement définies, les sommes versées par ces autorités constitueraient des aides.

#### Réponse de la Cour

74. Pour répondre à la première branche de la question, il y a lieu d'examiner les différents éléments de la notion d'aide étatique figurant à l'article 92, § 1, du Traité. En effet, selon une jurisprudence constante, la qualification d'aide requiert que toutes les conditions visées à cette disposition soient remplies (V. arrêts du 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, dit « Tubemeuse », aff. C-142/87, Rec. p. I-959, pt 25 ; du 14 sept. 1994, *Espagne c/ Commission*, aff. C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, pt 20, et du 16 mai 2002, *France c/ Commission*, aff. C-482/99, Rec. p. I-4397, pt 68).

75. L'article 92, § 1, du Traité énonce les conditions suivantes. Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence.

76. La question posée par la juridiction de renvoi concerne plus particulièrement la deuxième de ces conditions.

77. A cet égard, il y a lieu de relever, d'abord, qu'il n'est nullement exclu qu'une subvention publique accordée à une entreprise qui ne fournit que des services de transport local ou régional et ne fournit pas de services de transport en dehors de son Etat d'origine puisse, néanmoins, avoir une incidence sur les échanges entre Etats membres.

78. En effet, lorsqu'un Etat membre accorde une subvention publique à une entreprise, la fourniture de services de transport par ladite entreprise peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres Etats membres de fournir leurs services de transport sur le marché de cet Etat en sont diminuées (V., en ce sens, arrêts du 13 juill. 1988, *France c/ Commission*, aff. 102/87, Rec. p. 4067, pt 19 ; du 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-305/89, Rec. p. I-1603, pt 26, et *Espagne c/ Commission*, préc. pt 40).

79. En l'occurrence, cette constatation n'est pas seulement de nature hypothétique, car, ainsi qu'il ressort notamment des observations de la Commission, plusieurs Etats membres ont commencé dès 1995 à ouvrir certains marchés de transport à la concurrence d'entreprises établies dans d'autres Etats membres, de sorte que plusieurs entreprises offrent déjà leurs services de transports urbains, suburbains ou régionaux dans des Etats membres autres que leur Etat d'origine.

80. Ensuite, la communication de la Commission, du 6 mars 1996, relative aux aides de *minimis* (JOCE C 68, p. 9), ne vise pas le secteur des transports, ainsi qu'il ressort de son quatrième alinéa. De même, le règlement (CE) n° 69/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité CE aux aides de *minimis* (JOCE L 10, p. 30), ne s'applique pas à ce secteur conformément à son troisième considérant et à son article 1<sup>er</sup>, sous a).

81. Enfin, selon la jurisprudence de la Cour, il n'existe pas de seuil ou de pourcentage en dessous duquel on peut considérer que les échanges entre Etats membres ne sont pas affectés. En effet, l'importance relativement faible d'une aide ou la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire n'excluent pas *a priori* l'éventualité que les échanges entre Etats membres soient affectés (V. arrêts préc. *Tubemeuse*, pt 43, et *Espagne c/ Commission*, pt 42).

82. Dès lors, la deuxième condition d'application de l'article 92, § 1, du Traité, selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre Etats membres, ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné.

83. Toutefois, pour qu'une intervention étatique puisse relever de l'article 92, § 1, du Traité, elle doit également, ainsi qu'il a été exposé au point 75 du présent arrêt, pouvoir être considérée comme un avantage consenti à l'entreprise bénéficiaire.

84. A cet égard, sont considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises (arrêt du 15 juill. 1964, *Costa*, aff. 6/64, Rec. p. 1141, 1161) ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas

obtenu dans des conditions normales de marché (arrêts du 11 juill. 1996, *SFEI e.a.*, aff. C-39/94, Rec. p. I-3547, pt 60, et du 29 avr. 1999, *Espagne c/ Commission*, aff. C-342/96, Rec. p. I-2459, pt 41).

85. Il convient cependant de rappeler ce que la Cour a décidé à propos d'une indemnité prévue par la directive 75/439/CEE du Conseil, du 16 juin 1975, concernant l'élimination des huiles usagées (JOCE L 194, p. 23). Cette indemnité pouvait être accordée aux entreprises de collecte et/ou d'élimination d'huiles usagées en contrepartie des obligations de collecte et/ou d'élimination qui leur étaient imposées par l'Etat membre, à condition de ne pas dépasser les coûts annuels non couverts et réellement constatés des entreprises, compte tenu d'un bénéfice raisonnable. La Cour a jugé qu'un tel type d'indemnité ne constituait pas une aide au sens des articles 92 et suivants du Traité, mais un prix représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises de ramassage ou d'élimination (V. arrêt du 7 févr. 1985, *ADBHU*, aff. 240/83, Rec. p. 531, pts 3, dernière phrase, et 18).

86. De manière similaire, la Cour a jugé que, pour autant qu'une taxe sur les ventes directes imposée à des laboratoires pharmaceutiques correspond aux surcoûts réellement supportés par les grossistes répartiteurs pour l'accomplissement de leurs obligations de service public, le non-assujettissement de ces derniers à ladite taxe peut être regardé comme la contrepartie des prestations effectuées et, dès lors, comme une mesure ne constituant pas une aide d'Etat au sens de l'article 92 du Traité. La Cour a considéré que, lorsque cette condition d'équivalence entre l'exonération accordée et les surcoûts exposés est remplie, les grossistes répartiteurs ne bénéficient pas, en réalité, d'un avantage au sens de l'article 92, § 1, du Traité, car la mesure concernée aura comme seul effet de mettre ceux-ci et les laboratoires pharmaceutiques dans des conditions de concurrence comparables (arrêt *Ferring*, préc. pt 27).

87. Il découle de cette jurisprudence 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, § 1, du Traité.

88. Cependant, pour que, dans un cas concret, une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'Etat, un certain nombre de conditions doivent être réunies.

89. Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. Dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi devra donc examiner si les obligations de service public qui ont été imposées à Altmark Trans ressortent clairement de la législation nationale et/ou des licences en cause au principal.

90. Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement 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 concurrentes.

91. Aussi, la compensation par un Etat 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'Etat au sens de l'article 92, § 1, du Traité.

92. Troisièmement, 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. Le respect d'une telle condition est indispensable 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.

93. 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 public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, 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.

94. Il résulte des considérations qui précèdent que, 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 aux conditions indiquées aux points 89 à 93 du présent arrêt, de telles subventions ne tombent pas sous le coup de l'article 92, § 1, du Traité. A l'inverse, l'intervention étatique qui ne répond pas à une ou plusieurs desdites conditions devra être considérée comme une aide d'Etat au sens de cette disposition.

95. Il y a donc lieu de répondre à la première branche de la question préjudicielle que la condition d'application de l'article 92, § 1, du Traité selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre Etats membres ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné.

Toutefois, des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de cette disposition dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public. Aux fins de l'application de ce critère, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier la réunion des conditions suivantes :

- premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;

- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;

- troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service publics, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que

d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;

- quatrième, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été 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.

#### **Sur la deuxième branche de la question préjudicielle**

96. Par la deuxième branche de la question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 77 du Traité peut être appliqué à des subventions publiques qui compensent les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public sans tenir compte du règlement n° 1191/69.

#### **Observations soumises à la Cour**

97. Altmark Trans soutient que la faculté dont dispose le législateur national d'autoriser des subventions publiques visant à compenser des déficits résultant de l'exploitation de transports publics urbains, suburbains ou régionaux sans faire entrer en ligne de compte le règlement n° 1191/69 existe indépendamment de l'article 77 du Traité.

98. Le Regierungspräsidium considère pour sa part que l'article 77 du Traité ne confère pas au législateur national la faculté d'autoriser des subventions publiques sans faire entrer en ligne de compte le règlement n° 1191/69.

99. Nahverkehrsgesellschaft soutient que, pour autant que les subventions publiques en cause au principal tombent sous le coup de la prohibition énoncée à l'article 92 du Traité, l'article 77 de celui-ci exclut cette application, car ces subventions répondraient aux conditions posées par ce dernier article. Cela étant, elle fait valoir que, en ce cas, le règlement n° 1191/69 ne s'opposerait pas à l'octroi de telles subventions.

100. La Commission considère que, en vertu de l'article 77 du Traité, le législateur national a le pouvoir d'accorder des subventions publiques destinées à compenser les déficits subis dans le domaine du transport public urbain, suburbain ou régional sans faire entrer en ligne de compte le règlement n° 1191/69, mais que lesdites subventions sont alors entièrement soumises à la procédure de notification préalable prévue à l'article 93, § 3, du Traité CE (devenu art. 88, § 3, CE) concernant l'examen des aides d'Etat.

#### **Réponse de la Cour**

101. L'article 77 du Traité prévoit que 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 sont compatibles avec le Traité.

102. Au point 37 du présent arrêt, il a été exposé que, dans l'hypothèse où il n'existerait pas de règlement applicable au litige au principal, il conviendrait d'examiner si les subventions en cause au principal tombent sous le coup des dispositions du Traité relatives aux aides d'Etat.

103. Or, il ressort des points 65 et 66 du présent arrêt que le règlement n° 1191/69 pourrait être applicable au litige au principal dans la mesure où le législateur allemand n'aurait pas exclu l'application dudit règlement au régime de l'autonomie financière ou qu'il ne l'aurait pas fait dans le respect du principe de sécurité juridique. Si tel s'avère être le cas, les dispositions dudit règlement sont applicables aux subventions en cause au principal et la juridiction de renvoi ne doit pas examiner si celles-ci sont compatibles avec les dispositions du droit primaire.

104. Cependant, dans le cas où le règlement n° 1191/69 ne serait pas applicable au litige au principal, il ressort de la réponse à la première branche de la question préjudicielle que, pour autant que les subventions en cause au principal sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations de transport effectuées pour exécuter des obligations de service public et répondant aux conditions énoncées aux points 89 à 93 du présent arrêt, ces subventions ne tomberaient pas sous le coup de l'article 92 du Traité, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu d'invoquer la dérogation à cette disposition prévue à l'article 77 du Traité.

105. Il s'ensuit que les dispositions du droit primaire concernant les aides d'Etat et la politique commune des transports ne seraient applicables aux subventions en cause au principal que dans la mesure où, d'une part, ces subventions ne relèveraient pas des dispositions du règlement n° 1191/69 et où, d'autre part, pour autant que ces subventions ont été accordées afin de compenser les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public, toutes les conditions énoncées aux points 89 à 93 du présent arrêt ne seraient pas réunies.

106. Toutefois, même dans le cas où les subventions en cause au principal devraient être examinées à l'aune des dispositions du Traité concernant les aides d'Etat, la dérogation prévue à l'article 77 de celui-ci ne pourrait pas y être appliquée comme telle.

107. En effet, le 4 juin 1970, le Conseil a adopté le règlement (CEE) n° 1107/70, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JOCE L 130, p. 1). L'article 3 de ce règlement dispose que, « [s]ans préjudice des dispositions du règlement (CEE) n° 1192/69 [...] et du règlement (CEE) n° 1191/69 [...], les Etats membres ne prennent de mesures de coordination ni n'imposent de servitudes inhérentes à la notion de service public comportant l'octroi d'aides au titre de l'article 77 du Traité que dans les cas et conditions suivants ». Il s'ensuit que les Etats membres ne sont plus autorisés à invoquer le bénéfice de l'article 77 du Traité en dehors des cas visés par le droit communautaire dérivé.

108. Ainsi, pour autant que le règlement n° 1191/69 n'est pas applicable en l'occurrence et que les subventions en cause au principal tombent sous le coup de l'article 92, § 1, du Traité, le règlement n° 1107/70 énonce, de manière exhaustive, les conditions dans lesquelles les autorités des Etats membres peuvent accorder des aides au titre de l'article 77 du Traité.

109. Dès lors, il convient de répondre à la deuxième branche de la question préjudicielle que l'article 77 du Traité ne peut être appliqué à des subventions publiques qui compensent les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public sans tenir compte du règlement n° 1191/69.

#### **Sur les dépens**

110. Les frais exposés par les gouvernements allemand, danois, espagnol, français, néerlandais et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

#### Par ces motifs

#### La Cour,

statuant sur la question à elle soumise par le *Bundesverwaltungsgericht*, par ordonnance du 6 avril 2000, dit pour droit :

1) Le règlement (CEE) 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 route et par voie navigable, tel que modifié par le règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil, du 20 juin 1991, et plus particulièrement son article 1<sup>er</sup>, § 1, second alinéa, doit être interprété en ce sens qu'il permet à un Etat membre de ne pas appliquer ce règlement à l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux dépendant nécessairement de subventions publiques et d'en limiter l'application aux cas où, à défaut, la fourniture d'un service de transport suffisant n'est pas possible, à condition toutefois que le principe de sécurité juridique soit dûment respecté.

2) La condition d'application de l'article 92, § 1, du Traité CE (devenu, après modification, art. 87, § 1, CE) selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre Etats membres ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné.

Toutefois, des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de cette disposition dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public. Aux fins de l'application de ce critère, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier la réunion des conditions suivantes :

- premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;

- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;

- troisièmement, la compensation ne dépasse pas 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 ;

- quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été 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.

3) L'article 77 du Traité CE (devenu art. 73 CE) ne peut être appliqué à des subventions publiques qui compensent les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public sans tenir compte du règlement n° 1191/69, tel que modifié par le règlement n° 1893/91.

#### Mots clés :

**SERVICE PUBLIC** \* Financement \* Droit communautaire \* Service d'intérêt économique général  
**DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT DE L'UNION EUROPEENNE** \* Service public \* Financement \* Service d'intérêt économique général  
**CONCURRENCE** \* Aide d'Etat \* Service public \* Financement \* Service d'intérêt économique général

(1) CJCE 22 nov. 2001, *Ferring SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, aff. C-53/00, Rec. p. I-9067, concl. M. A. Tizzano, spéc. concl. pt 31.

(2) Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken. Les services d'intérêt général, COM (2001)598 final, 17 oct. 2001, pts 24 et s. La Commission relève ensuite : « ... Dans la situation juridique actuelle, cette obligation souffre uniquement deux exceptions. Premièrement, lorsque l'aide accordée est une aide *de minimis* satisfaisant aux conditions du règlement n° 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001, la notification n'est pas requise. Deuxièmement, les compensations accordées conformément aux exigences du 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 route et par voie navigable sont exemptées de notification. De plus la Commission proposera un ajustement des procédures pour la notification des aides pour les cas relatifs à la compensation des obligations de service public pour les liaisons périmériques et insulaires... ».

(3) CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en présence de : Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, aff. C-280/00, non encore publié au Recueil, concl. M. P. Léger ; A. Alexis, L'arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2003 : la Cour de justice précise les conditions de financement des Services d'intérêt économique général, Competition policy newsletter, n° 3, automne 2003.1-7 ; O. Dupéron, Le régime des services publics en droit communautaire : des précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes, Petites affiches, 17 nov. 2003, n° 229, p. 6-12 ; note L. Idot, Europe, oct. 2003, n° 330, p. 26 ; J.-M. Thouvenin et M.-P. Lorieux, L'arrêt de la CJCE du 24 juillet 2003 *Altmark*, Rev. du Marché commun et de l'Union européenne, n° 473, déc. 2003.633-641.

**(4)** Règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 juin 1991, JOCE L 176/7, 4 juill. 1991, rectificatif in JOCE L 383/117, 29 déc. 1992, modifications in JOCE L 44/61, 28 févr. 1995, L 103/1, 19 avr. 1997, L 351/72, 23 déc. 1997, L 122/43, 24 mai 2000, JOCE 322/1, 19 déc. 2000, L 119/1, 27 avr. 2001, L 272/24, 10 oct. 2002 : art. 61 : « La Cour, l'avocat général entendu, peut ordonner la réouverture de la procédure orale ». Aucune modification de cet article n'est attendue suite à l'entrée en vigueur du Traité de Nice. Les demandes de réouverture de la procédure orale sont très rarement acceptées, en particulier dans le contexte des questions préjudicielles en interprétation. En effet, ce renvoi non contentieux laisse une large marge d'appréciation à la Cour. Si celle-ci prend l'initiative de rouvrir la procédure c'est en vue d'obtenir des éclaircissements (ord. CJCE, 21 mars 1962, *Compagnie des hauts fourneaux de Chasse et autres c/ Haute autorité*, aff. jtes. 33/59, 46/59 et 47/59, Rec. p. 777). La mise en oeuvre d'une telle démarche ne peut qu'attirer l'attention sur le sujet débattu.

**(5)** Secondes concl. av. gén. M. Philippe Léger, 14 janv. 2003, *Altmark Trans GmbH*, arrêt préc. pt 3.

**(6)** Les premières conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *Altmark* datent du 19 mars 2002. CJCE 22 nov. 2001, *Ferrini SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, aff. C-53/00, Rec. p. I-9067, concl. M. A. Tizzano.

**(7)** Secondes conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger présentées le 14 janv. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. concl. pt 7.

**(8)** CJCE 20 nov. 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et GEMO SA*, aff. C-126/01, non encore publié au Recueil, concl. M. F. G. Jacobs.

**(9)** Secondes conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger, 14 janv. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. concl. pt 10.

**(10)** *Ibid.* pt 97.

**(11)** Règlement (CEE) 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 route et par voie navigable, JOCE L 156/1, 28 juin 1969.

**(12)** Règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JOCE L 156. Le passage pertinent pour répondre au cas d'espèce concerne l'article 1<sup>er</sup> § 1 du règlement modifié : « ... Le présent règlement s'applique aux entreprises de transport qui exploitent des services dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Les Etats membres peuvent exclure du champ d'application du présent règlement les entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation de services urbains, suburbains ou régionaux... ».

**(13)** CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. spéc. pt 56.

**(14)** *Ibid.* pt 57 : « ... Par la première branche de la question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance 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, § 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 Etats membres... ».

**(15)** *Ibid.* spéc. pt 95.

**(16)** *Ibid.* pt 95 : « ... premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ; deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ; troisièmement, la compensation ne dépasse pas 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 ; quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été 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... ».

**(17)** *Ibid.* pts 108 et 109. L'article 87 CE (ancien art. 92 CEE) n'était pas la seule disposition encadrant les aides d'Etat concernée par les questions du juge national. Ce dernier s'interrogeait également sur l'applicabilité de l'article 73 CE (ancien art. 77 CE). La Cour donne la réponse suivante : « ... pour autant que le règlement n° 1191/69 n'est pas applicable en l'occurrence et que les subventions en cause au principal tombent sous le coup de l'article 92, § 1, du Traité, le règlement n° 1107/70 énonce de manière exhaustive, les conditions dans lesquelles les autorités des Etats membres peuvent accorder des aides au titre de l'article 77 du Traité. Dès lors, il convient de répondre à la deuxième branche de la question préjudicielle que l'article 77 du Traité ne peut être appliqué à des subventions publiques qui compensent les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public sans tenir compte du règlement n° 1191/69... ».

**(18)** CJCE 27 nov. 2003, *Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze*, aff. jtes. C-34/01 à C-38/01, non encore publiées au Recueil, concl. M<sup>m</sup>e C. Stix-Hackl.

**(19)** Le litige au principal dans le cas *Altmark* concerne l'octroi de licences de services réguliers de transport par autocar. L'affaire *Gemo*, pour sa part, concerne une loi française, élaborée suite au développement de l'encéphalopathie spongiforme bovine, qui instaure un service public de collecte et d'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs. Ce service est obligatoire et gratuit pour les éleveurs et abattoirs. Il est accompli par des entreprises privées d'équarrissage rémunérées par l'Etat aux termes de contrats passés selon des procédures d'adjudication publique. Le tout est financé par une taxe sur les achats de viande frappant principalement les supermarchés sans toucher les petits détaillants. Enfin, l'affaire *Enirisorse* concerne une réglementation italienne qui prévoit la perception d'une taxe portuaire à l'occasion du chargement et du déchargement des marchandises dans certains ports italiens. Le cœur du problème réside dans le fait qu'une partie du produit de cette taxe est reversée à des entreprises publiques chargées d'assumer différentes missions dans ce port, en particulier le chargement et le déchargement des marchandises.

**(20)** Dans le Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final du 21 mai 2003, la Commission explique au point 86 que « ... Les mécanismes de financement utilisés par les Etats comprennent : - l'aide financière directe *via* le budget de l'Etat (subventions ou autres avantages financiers tels que les réductions d'impôts), - les droits spéciaux ou exclusifs (par exemple un monopole légal), - les contributions des opérateurs du marché (notamment *via* un fonds de service universel), - l'établissement d'un tarif moyen (un tarif national uniforme malgré des différences considérables dans le coût de la fourniture du service, par exemple), - le financement basé sur la solidarité (cotisation de sécurité sociale) ... ».

**(21)** J.-Y. Chérot, *Financement des obligations de service public et aides d'Etat*, Europe, mai 2000.chron.5, p. 4-8, spéc. p. 5 : « ... Dans certaines conditions, les compensations financières pour charges de service public pourraient tout simplement ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 87 § 1... ».

**(22)** CJCE 20 nov. 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et GEMO SA*, aff. C-126/01, non encore publié au Recueil, concl. M. F. G. Jacobs. Dans ce cas, l'avocat général Jacobs a été obligé de distinguer trois situations (les éleveurs, les entreprises d'équarrissage et les petits détaillants) alors qu'une seule mesure était en cause. En fait, chacune de ces catégories était dans une situation différente et soumise à une technique juridique différente, un contrat pour les entreprises d'équarrissage, par exemple. Certaines situations faisaient penser à des concessions, d'autres n'en remplissaient pas les conditions (concl. av. gén. M. F. G. Jacobs du 30 avr. 2002, pts 15 et s.).

**(23)** CJCE 27 nov. 2003, *Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze*, aff. jtes. C-34/01 à C-38/01, non encore publiées au Recueil, concl. M<sup>m</sup>e C. Stix-Hackl, spéc. pt 47.

**(24)** L'expression débute par un « S » en lettre majuscule à dessein.

**(25)** V. par ex., les développements sur la formation historique de la notion de service public dans A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, 2<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 1997, 414 p. spéc. p. 15 et s.

**(26)** Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final, préc., ce point sera développé ultérieurement.

**(27)** Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final, préc. spéc. pt 87.

**(28)** CJCE 22 nov. 2001, *Ferring SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, aff. C-53/00, Rec. p. I-9067, concl. M. A. Tizzano.

**(29)** Pour un résumé de ce conflit : R. Kovar, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, RTD eur. 1996, 1<sup>re</sup> partie p. 215-242 et 2e partie p. 493-533.

**(30)** L'étude des documents préparatoires du Traité Communauté économique européenne permet de le constater. Deux sources permettent de se faire une opinion : S. Neri, H. Sperl, *Traité instituant la Communauté économique européenne*. Travaux préparatoires. Déclarations interprétatives des six gouvernements. Documents parlementaires, CJCE, Luxembourg, 1960, p. 224 et 225. Les documents conservés aux Archives historiques du Conseil de l'Union européenne, et plus particulièrement ici, les extraits des fichiers CM3/NEGO 153 et CM3/NEGO 237. Les documents pertinents issus de ces fichiers font référence explicitement aux Services publics. Ainsi le plus ancien de ces extraits, le document MAE (ministres des Affaires étrangères) n° 14 f/57 vr du 4 janv. 1957 (2 p.), est intitulé *Entreprises publiques, Services publics, Monopoles d'Etat* (Proposition de la délégation française).

**(31)** Art. 73 CE (ex art. 77 CEE/CE) : « 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 ».

**(32)** Art. 86, § 2, CE (ex art. 90, § 2, CEE/CE) : « 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 leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

**(33)** Cette structure fondée sur l'existence d'exceptions au Traité s'explique certainement par deux données fondamentales. La décision, avant tout politique, d'ériger une activité en service public demeure de la compétence de l'Etat. Ces questions de compétence réapparaîtront dans les développements ultérieurs, mais il faut mentionner dès maintenant qu'au moment de l'élaboration du Traité, les plénipotentiaires n'avaient certainement pas idée que les institutions communautaires puissent se mêler de ces questions tout au moins sur le plan de l'évaluation de l'opportunité de créer un service public. En revanche, sur le plan formel, il en allait tout autrement. Il ne fallait pas que ce choix politique ait des implications excessives sur l'intégration communautaire. Or, pour évaluer cet impact, la Commission est toute désignée. Ainsi, très tôt, dans les documents préparatoires du Traité concernant le service public et les monopoles d'Etat (documents obtenus auprès des archives historiques du Conseil de l'Union européenne, source préc.), on voit apparaître la prescription suivante : « ... Les Etats devront, au cours de la première étape, mettre leur réglementation particulière en harmonie avec les dispositions du présent Traité. Passé ce délai, un Etat membre pourra saisir d'une plainte la Commission européenne dans la mesure où la méconnaissance d'une règle de concurrence porterait atteinte aux relations commerciales de cet Etat. La Commission européenne est compétente pour instruire la plainte et transmettre aux Etats les recommandations nécessaires. En cas de non-application ou d'application incorrecte de ces recommandations, un recours est ouvert aux Etats intéressés devant la Cour de justice... » (art. X+3 du document MAE 14 f/57 vr, préc. spéc. p. 2).

**(34)** R. Kovar, Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée, préc.

**(35)** En ce qui concerne les directives fondées sur l'article 86, § 3, CE, c'est justement la problématique de la transparence des relations financières entre l'Etat et les entreprises publiques qui a constitué la première motivation. Dir. 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, JOCE L 195/35, 29 juill. 1980. Ce texte a été complété et modifié : dir. 85/413 de la Commission du 24 juill. 1985 modifiant la directive 80/723 en étendant ses obligations aux domaines de l'eau, de l'énergie, des postes et des télécommunications et du crédit public, JOCE L 229/20, 28 août 1985 ; dir. 93/84/CEE de la Commission du 30 sept. 1993 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, JOCE L 254/16, 12 oct. 1993 ; dir. 2000/52/CE de la Commission du 26 juill. 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, JOCE L 193/75, 29 juill. 2000. Les premières décisions fondées sur l'article 86, § 3, CE remontent au milieu des années 1980. Il s'agit de la décision 85/276 de la Commission, du 24 avr. 1985, assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques publiques helléniques, JOCE L 152/25, 11 juin 1985 et de décis. 87/359 de la Commission, du 22 juin 1987, réduction des tarifs des transports aérien et maritime réservés exclusivement aux résidents espagnols dans les îles Canaries et Baléares, JOCE L 194/28, 15 juill. 1987.

**(36)** En ce qui concerne l'article 86 CE, et en particulier son paragraphe 2, il faut noter que le juge communautaire lui-même a retardé sa mise en application, en fonction du stade d'avancement de l'intégration communautaire. Ainsi, dans l'arrêt CJCE 14 juill. 1971, *Veuve Müller - Hein (affaire du port de Mertet)*, aff. 10-71, Rec. p. 723, concl. Dutheillet de Lamothe, spéc. attendu n° 16 : « ... le paragraphe 2 du même article [90], n'est pas au stade actuel, susceptible de créer des droits individuels que les juges nationaux doivent sauvegarder... ».

**(37)** Après la transparence entre les Etats membres et leurs entreprises publiques, c'est en effet le secteur des télécommunications qui a connu la technique des directives fondées sur l'article 86, § 3, CE pour sa déréglementation/régulation. Directive de la Commission n° 88/301 du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, JOCE L 131/73, 27 mai 1988 ; dir. 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés de services de télécommunications, JOCE L 192/10, 24 juill. 1990 ; dir. 94/46/CE de la Commission du 13 oct. 1994, modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388 en ce qui concerne les communications par satellite, JOCE L 268/15 du 19 oct. 1994 ; dir. 95/51/CE de la Commission du 18 oct. 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, JOCE L 256/49, 16 oct. 1995 ; dir. 96/2/CE de la Commission du 16 janv. 1996 modifiant la dir. 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, JOCE L 20/59, 26 janv. 1996 ; dir. 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant dir. 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, JOCE L 74/13, 22 mars 1996. La libéralisation ainsi opérée en une dizaine d'années par la directive 90/388 modifiée a conduit à une évolution complète du secteur. La Commission a alors été dans l'obligation de refondre le cadre du texte d'origine par la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 sept. 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, JOCE L 249/21, 17 sept. 2002.

**(38)** CJCE 19 mai 1993, *Procédure pénale c/ Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. p. I-2533, concl. Tesaurio ; Europe, juill. 1993.13-14, n° 304, note L. Idot ; European competition law review, vol. 14, 1993.279-283, comm. R. Giesen.

**(39)** Après la décision *Corbeau* le juge a développé cette définition dans l'affaire *Commune d'Almelo*. Dans ce contexte, les conclusions de l'avocat général Darmon apportent un éclairage particulier sur le concept. CJCE 27 avr. 1994, *Gemeente Almelo e.a. c/ Energiebedrijf NV*, aff. C-393/92, Rec. p. I-1477, concl. Darmon ; A. Fiquet, CJEG n° 505, déc. 1994.643-648.

**(40)** Le concept de service d'intérêt économique général est lié à la déréglementation opérée par l'intermédiaire des décisions et des directives de la Commission fondées sur l'article 86, § 3, CE (par exemple, dans le secteur des télécommunications, la directive 90/388). Cette ouverture à la concurrence s'est accompagnée d'une réorganisation réglementaire fondée sur des textes élaborés sur le fondement de bases juridiques faisant intervenir le Parlement européen et le Conseil (par exemple, toujours pour les télécommunications : dir. 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication (*Open network provision - ONP*), JOCE L 192/1, 24 juill. 1990). C'est dans ce contexte qu'a pu se développer la notion, d'origine américaine, de service universel. Pour bien



comprendre cette notion, il faut donc la resituer dans un contexte technique, les télécommunications, par exemple. Sur le service universel dans les télécommunications : V. Karayannis, Le service universel de télécommunications en droit communautaire : entre intervention publique et concurrence, Cah. dr. eur. 2002, n° 3-4, p. 315-375. Pour une définition du service universel : Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken. Les services d'intérêt général. COM (2001)598 final, 17 oct. 2001, p. 24 : « ... Le service universel, et notamment la définition des obligations de service universel, doit accompagner la libéralisation des secteurs de services dans l'Union européenne, tels que celui des télécommunications. La définition et la garantie d'un service universel permettent le maintien pour tous les utilisateurs et tous les consommateurs de l'accessibilité et de la qualité des services pendant le processus de passage d'une situation de prestation de services sous monopole à celle de marchés ouverts à la concurrence. Le service universel, dans un environnement de marchés des télécommunications ouverts et concurrentiels, se définit comme un ensemble minimal de services d'une qualité donnée auquel tous les utilisateurs et les consommateurs ont accès, compte tenu de circonstances nationales spécifiques, à un prix abordable... ».

**(41)** Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken. Les services d'intérêt général, COM (2001)598 final, 17 oct. 2001, p. 24 : (extrait) « ... Le service public : Cette expression est à double sens : tantôt elle désigne l'organisme de production du service, tantôt elle vise la mission d'intérêt général confiée à celle-ci. C'est dans le but de favoriser ou de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général que des obligations de service public spécifiques peuvent être imposées par l'autorité publique à l'organisme de production du service... ».

**(42)** *Ibid.* : « ... Service d'intérêt général : ils désignent les activités de service, marchands ou non, considérées comme étant d'intérêt général par les autorités publiques et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public... ». « ... Services d'intérêt économique général : mentionnés dans le Traité à l'article 86, ils désignent les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les Etats membres à des obligations de service public. C'est le cas en particulier des services en matière de réseaux de transport, d'énergie, de communication ... ».

**(43)** On notera, en particulier, Communication de la Commission, les services d'intérêt général en Europe, COM (96)443 final du 11 sept. 1996, JOCE C 281/3, 26 sept. 1996 ; Communication de la Commission, les services d'intérêt général en Europe, JOCE C 17/4, 19 janv. 2001.

**(44)** Le Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken. Les services d'intérêt général, COM (2001)598 final, 17 oct. 2001, montre cette stabilisation.

**(45)** Art. 16 CE : « Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent Traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission ».

**(46)** Protocole n° 9 sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres : « ... Les dispositions du Traité instituant la Communauté européenne sont sans préjudice de la compétence des Etats membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque Etat membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte ».


**(47)** Art. 36 de la Charte : « ... L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au Traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ... ».

**(48)** La suite de l'étude s'inscrit dans l'esprit de cette définition du service d'intérêt économique général. Toutefois, les commentateurs emploient souvent l'expression de « financement du service public ». Par souci de cohérence avec ces commentaires, les termes « service public » seront donc parfois utilisés dans la suite du texte.

**(49)** Les sources documentaires des archives historiques du Conseil de l'Union européenne ont été présentées plus haut. Extrait du document MAE 517 f/57 mp, du 14 févr. 1957, 1° lecture des rédactions nouvelles proposées par les rapporteurs du groupe rédaction marché commun, « ... Article 44+1 ... 3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, des directives appropriées aux Etats membres en vue d'éviter que par l'application du paragraphe 2 ci-dessus le développement des échanges ne soit affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté... ».

**(50)** Il est ici question des directives « transparence » et « télécommunications », préc.

**(51)** Les différents textes récents issus des services de la Commission, de même que les différents commentaires montrent que la Commission attend les décisions de justice en envisageant les différents cas de figure : financement du service public qualifié d'aide d'Etat ou pas. A. Alexis, Services publics et aides d'Etat. Evolution récente de la jurisprudence, Rev. dr. Union européenne, n° 1/2002.63-107. Commission européenne, non paper, DG Concurrence, 12 novembre 2002, <[http://europa.eu.int/comm/competition/state.aid/others/l759\\_sieg\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/state.aid/others/l759_sieg_fr.pdf)>.

**(52)** D. Triantafyllou, L'encadrement communautaire du financement du service public, RTD eur. 1999.21-41 .


**(53)** *Ibid.* spéc. p. 30. Dans le même sens : J.-Y. Chérot, Financement des obligations de service public et aides

d'Etat, Europe mai 2000.chron.5, p. 4-8. Il faut noter d'ailleurs que l'article 295 CE (ex art. 222 CE) : « Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres », apparaît pour la première fois dans une note de bas de page d'un des documents préparatoires de 1957 concernant le futur article 86 CE (ex. art. 90 CE) (doc. MAE 472 f/57 gd, 8 février 1957, secrétariat de la conférence intergouvernementale pour le Marché commun et l'Euratom, sources préc.).

**(54)** Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juill. 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intra-communautaires, JOCE L 240/8, 24 août 1992. Dans son Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final, préc., la Commission aborde au point 89 les législations sectorielles qui fixent des règles spécifiques pour les surcoûts liés aux obligations de service public.

**(55)** Art. 87, § 1, CE (ex. art. 92, § 1, CEE/CE) : « ... 1. Sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions... ».

**(56)** J.-Y. Chérot, Financement des obligations de service public et aides d'Etat, Europe, mai 2000.chron.5, p. 4-8 notait d'ailleurs (p. 5) que le débat sur le financement du service public pourrait être l'occasion d'une telle réflexion.

**(57)** CJCE 16 mai 2002, *République française c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-482/99, Rec. p. I-4397, concl. M. F. G. Jacobs ; A. Colin-Goguel, Le caractère public d'un avantage en droit communautaire : après les arrêts *Preussen Elektra* et *Stardust*, *Compétition policy newsletter*, n° 3, automne 2003.26-32, ; J.-P. Gunther et D. Tayar, Ombres et lumière sur la notion d'aide d'Etat : bilan d'un an de jurisprudence, *Contrats, conc. consom.* août-sept. 2002.10-15 ; chron. AJDA hebdomadaire, n° 17, 4 nov. 2002.1122-1128 . Le gouvernement français contestait la qualification d'aide d'Etat attribuée par la Commission, dans sa décision du 8 sept. 1999, à ce soutien financier qui provenait de ressources purement commerciales. Pour répondre à cet argument, la Cour distingue la provenance des ressources de l'origine de la mesure qui a conduit à faire usage de ces ressources. Tout d'abord, la notion de ressource d'Etat est envisagée très largement. En fait, toute ressource du secteur public constitue une ressource d'Etat. En revanche, le caractère public d'une entreprise ne conduit pas automatiquement à considérer la mesure comme étant imputable à l'Etat. Il faut rechercher dans le contexte de l'espèce les indices qui permettront de déterminer le degré d'autonomie de l'entreprise concernée dans la prise de décision.

**(58)** CJCE 13 mars 2001, *Preussen Elektra AG c/ Schlesweg AG*, aff. C-379/98, Rec. p. I-2099, concl. Jacobs. Dans le contexte de cette question préjudicielle portant sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une loi allemande, la CJCE refusait de considérer comme aide d'Etat une mesure de soutien décidée par l'Etat mais financée exclusivement au moyen de ressources privées.

**(59)** CJCE 22 nov. 2001, *Ferring SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, aff. C-53/00, Rec. p. I-9067, concl. M. A. Tizzano.

**(60)** CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en présence de : *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, aff. C-280/00, préc. Dans cette affaire, la question posée par le juge national concernait plutôt la condition d'affectation des échanges entre Etats membres présente dans la définition de l'article 87 CE (pts 75 et 76 de l'arrêt). Le juge arrive rapidement à la conclusion suivante : « ... la deuxième condition d'application de l'article 92, § 1, du Traité, selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre Etats membres, ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné... » (pt 82 de l'arrêt). Le juge va alors s'intéresser à une autre condition : la notion d'avantage.

**(61)** CJCE 20 nov. 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et GEMO SA*, aff. C-126/01, préc. Dans cette affaire, le juge analyse la mesure en cause en fonction des quatre critères. En ce qui concerne l'origine étatique, la Cour précise, d'une part, que le régime juridique en cause est imputable à l'Etat bien que l'activité ainsi organisée (collecte et élimination des cadavres d'animaux) soit exercée par des entreprises privées (pt 26) et, d'autre part, que les ressources utilisées sont bien des ressources d'Etat (pt 27). Le juge estime ensuite que le régime en cause a un caractère sélectif (pts 35 et s.), qu'il affecte les échanges entre Etats membres (pts 40 et s.) et qu'il constitue un avantage économique susceptible de fausser la concurrence (pt 33).

**(62)** CJCE 27 nov. 2003, *Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze*, aff. jtes. C-34/01 à C-38/01, préc. Les critères de l'origine étatique et de l'affectation du commerce entre Etats membres sont ici rapidement étudiés (4 attendus : pts 25 à 28). La question de l'avantage est plus approfondie. Toutefois, il faut noter la formulation du point 29 : « ... En troisième lieu, l'aide doit pouvoir être considérée comme un avantage consenti à l'entreprise bénéficiaire et, en quatrième lieu, cet avantage doit fausser ou menacer de fausser la concurrence... ».

**(63)** Aides d'Etat - Danemark - Aide C 2/03 (ex NN 22/02) - Financement public du radiodiffuseur public danois TV2 au moyen de la redevance et d'autres mesures. Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, § 2, du Traité CE, JOCE C 59/2, 14 mars 2003.

**(64)** Aides d'Etat (NN 135/92) France (95/C 262/07), JOCE C 262/11, 7 oct. 1995, spéc. p. 15.

**(65)** TPI 27 févr. 1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) et autres c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-106/95, Rec. p. II-229 (demande d'annulation de la décision de la Commission du 8 févr. 1995, communiquée aux requérants par lettre du 21 févr. suivant, relative à une procédure d'application de l'art. 93 du Traité CE) ; spéc. pt 167 : « ... Cet avantage fiscal constitue en principe une aide d'Etat au sens de l'article 92, § 1... ».

(66) *Ibid.* spéc. pt 199.

(67) TPI 10 mai 2000, *SIC c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-46/97, Rec. p. II-2135 ; spéc. attendus n° 84 et 85 : « ... la circonstance qu'un avantage financier soit octroyé à une entreprise par les autorités publiques pour compenser le coût des obligations de service public prétendument assumées par ladite entreprise est sans incidence sur la qualification de cette mesure d'aide au sens de l'article 92, § 1, du Traité, sans préjudice de la prise en compte de cet élément dans le cadre de l'examen de la compatibilité de l'aide en cause avec le marché commun, au titre de l'article 90, § 2, du Traité... ».

(68) CJCE 22 nov. 2001, *Ferring SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, aff. C-53/00, Rec. p. I-9067, concl. M. A. Tizzano, (demande de décision préjudicielle, formée par le TASS de Créteil).

(69) *Ibid.* spéc. pt 29 concl. M. A. Tizzano.

(70) *Ibid.* spéc. attendu n° 18.

(71) *Ibid.* spéc. attendu n° 27, le juge poursuit : « ... Au demeurant, lorsque cette condition d'équivalence entre l'exonération accordée et les surcoûts exposés est remplie, les grossistes répartiteurs ne bénéficient pas, en réalité, d'un avantage au sens de l'article 92, § 1, du Traité, car la mesure concernée aura comme seul effet de mettre ceux-ci et les laboratoires pharmaceutiques dans des conditions de concurrence comparables... ».

(72) CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. attendu n° 89. Les quatre conditions sont citées dans une note de l'introduction.

(73) CJCE 21 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c/ SV SABAM et NV FONIOR. BRT II*, aff. 127-73, Rec. p. 313, concl. Mayras, spéc. attendu 23.

(74) CJCE 27 nov. 2003, *Enirisorse SpA et Ministero delle Finanze*, préc., spéc. pt 34 : « ... la Cour a déjà jugé qu'il ne ressort pas de sa jurisprudence que l'exploitation de tout port de commerce relève de la gestion d'un service d'intérêt économique général (V. arrêt du 17 juill. 1997, *GT-Link*, aff. C-242/95, Rec. p. I-4449, pt 52) ... ». Il faut noter que la jurisprudence citée concerne au premier chef l'art. 86 CE.

(75) CJCE 22 nov. 2001, *Ferring SA*, préc. spéc. pt 75.

(76) J.-P. Gunther et D. Tayar, préc. spéc. p. 12.

(77) L'utilisation conjointe des articles 86, § 1, CE et 82 CE a entraîné une jurisprudence qui a été interprétée par certains commentateurs comme mettant en place une présomption d'abus de position dominante, appelée également la théorie dite de l'abus automatique : J.-L. Buendia, note sous CJCE 5 oct. 1994, *Société civile agricole du centre d'insémination de la Crespelle*, aff. C-323/93, EC competition policy newsletter, vol. 1, n° 3, automne-hiver 1994.50-53.

(78) V. Karayannis, Le service universel de télécommunications en droit communautaire : entre intervention publique et concurrence, préc. spéc. p. 343.

(79) CJCE 22 nov. 2001, *Ferring*, préc. spéc. pts 22 et 23 : « ... Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de constater que, 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, § 1, du Traité. Toutefois, il convient d'examiner si la qualification d'aide de ce régime doit être exclue en raison des obligations spécifiques de service public imposées aux grossistes répartiteurs par le système français d'approvisionnement des officines en médicaments... ».

(80) *Ibid.* pts 27 et 28.

(81) *Ibid.* pts 30 et s.

(82) CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc.

(83) Question telle qu'elle est retranscrite par l'avocat général M. P. Léger dans ses secondes conclusions présentées le 14 janv. 2003 dans l'affaire *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en présence de : *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, aff. C-280/00 ; spéc. au point 3, pas encore publié au Recueil.

(84) Il faut d'ailleurs noter que dans l'arrêt TPI 10 mai 2000, *SIC c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-46/97, Rec. p. II-2125, préc., le Tribunal constate : « [...] dans la mesure où la Commission a constaté, dans sa décision, que RTP bénéficie d'un "avantage financier" résultant du versement des dotations financières en cause,

lesquelles paraissent susceptibles de fausser la concurrence existant avec les autres opérateurs de télévision, le bien-fondé de son appréciation selon laquelle ces mesures ne constituaient pas des aides d'Etat était, pour le moins, de nature à soulever des difficultés sérieuses... ».

**(85)** Par exemple : K. Mortelmans, Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ?, Common market Law review, vol. 38, juin 2001.613-649.

**(86)** CJCE 19 févr. 2002, *J. C. J. Wouters e.a. c/ Algemene Raad van de Nederlandse orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p. I-1577, concl. M. P. Léger.

**(87)** L. Idot, Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ?, Europe, nov. 1999.chron.11, p. 4-8.

**(88)** TPI 4 mars 2003, *FENIN*, aff. T-319/99, non encore publié au Recueil.

**(89)** CJCE 19 janv. 1994, *SAT fluggesellschaft mbh c/ Eurocontrol (Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne)*, aff. C-364/92, Rec. p. I-43, concl. Tesauro.

**(90)** *Ibid.* attendus n° 30 et 31.

**(91)** N. Charbit, Le droit de la concurrence et le secteur public, th. 18 juin 2001, spéc. pt 284. Sur le sujet : A. Raclet, Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, 556 p.

**(92)** CJCE 18 mars 1997, *Diego Cãli & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, aff. C-343/95, Rec. p. I-1547, concl. Cosmas.

**(93)** *Ibid.*

**(94)** L. Idot, commentaire de l'arrêt CJCE du 18 mars 1997, *Diego Cãli*, Europe, mai 1998.comm.160, p. 20.

**(95)** CJCE 19 févr. 2002, *J. C. J. Wouters e.a. c/ Algemene Raad van de Nederlandse orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p. I-1577, concl. M. P. Léger.

**(96)** Entre autres : L. Idot, Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu..., Europe, mai 2002.chron.6, p. 5-8.

**(97)** CJCE 19 févr. 2002, *J. C. J. Wouters e.a.*, préc. spéc. attendu n° 90.

**(98)** *Ibid.* spéc. attendu n° 110.

**(99)** L. Idot, Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu..., préc. spéc. pt 32.

**(100)** TPI 18 sept. 2001, *Métropole télévision*, aff. T-112/99, Rec. p. II-2459.

**(101)** CJCE 19 févr. 2002, *J. C. J. Wouters e.a.*, préc. spéc. pt 201 concl. M. P. Léger : « ... l'article 90, § 2, du Traité ne s'oppose pas à ce qu'un ordre professionnel d'avocats, tel que le NOvA, adopte une mesure contraignante qui interdit aux avocats, exerçant sur le territoire de l'Etat membre concerné, de nouer une collaboration intégrée avec des membres de la catégorie professionnelle des experts-comptables s'il apparaît que ladite mesure est nécessaire pour sauvegarder l'indépendance et le secret professionnel de l'avocat... ».

**(102)** CJCE 19 févr. 2002, *J. C. J. Wouters e.a.*, préc. spéc. attendu n° 110.

**(103)** Pour une approche pessimiste de ce rapprochement : L. Idot, Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu... », préc. spéc. pt 34. Pour une approche optimiste : K. Mortelmans, Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ?, Common market Law review, vol. 38, juin 2001.613-649.

**(104)** K. Mortelmans, Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition ?, Common market Law review, vol. 38, juin 2001.613-649, préc.

**(105)** *Ibid.* spéc. p. 648 : « ... In a number of situations Article 86 (2) EC may provide a basis for convergence. This provision can be applied both in relation to the provisions on free movement and the competition rules... ».

**(106)** Certaines affaires, par exemple : CJCE 23 oct. 1997, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-157/94, Rec. p. I-5699, concl. Cosmas, ont montré la possibilité de combiner l'article 86 CE avec les règles liées aux libertés de circulation (art. 31 CE, par exemple). Les documents préparatoires du Traité de 1957 montrent aussi une proximité dans la rédaction des articles 86 CE et 37 CE (doc. MAE 14 f/57 vr du 4 janv. 1957). Soulignons également l'adverbe « notamment » et l'expression « notamment aux règles de concurrence » que l'on trouve aux paragraphes 1 et 2 de l'article 86 CE qui montrent bien que cette disposition peut être lue en combinaison avec d'autres règles.

**(107)** L. Idot, *Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu...*, préc. spéc. pt 32.

**(108)** *Ibid.* pt 35.

**(109)** J.-Y. Chérot, *Financement des obligations de service public et aides d'Etat, Europe*, mai 2000.chron.5, p. 4-8, spéc. p. 5 : « ... L'important n'est-il pas que la compensation soit justifiée ? Ce n'est pourtant pas le cas... ».

**(110)** C. Vollot, *De l'utilité de la notion d'exigence impérative ? Contribution à l'étude du concept de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives* », mémoire de DEA droit international et communautaire, dir. P. Girerd, Lille II, 2002 ; spéc. pt 137 : « ... A. Rigaux souligne, dans son commentaire de l'arrêt *Schutzverband*, qu'"il apparaît de plus en plus que la théorie des exigences impératives fait l'objet d'un métissage total avec le jeu de l'article 30" et ce, "hors de toute révision dans les traités de la liste des intérêts légitimes susceptibles de justifier une mesure entravante". Près de vingt-trois ans après la jurisprudence *Cassis de Dijon*, un tel constat pose au grand jour la question de l'utilité des exigences impératives même si le juge Joliet estime qu'il s'agit là d'une question "sans importance pratique" ... ». A. Rigaux, *Symphonie déconcertante ou keckophonie ? (A propos des dissonances de l'arrêt Morelato*, 18 sept. 2003, aff. C-416/00), Europe, nov. 2003.chron.13, p. 7-11.

**(111)** D. Edward, M. Hoskins, *Article 90 : deregulation and EC law. Reflections arising from the XVI FIDE conference, Common market law review*, vol. 32, 1995.157-186 ; spéc. p. 158 : « ... *In considering Article 90, the Conference broached what is, in truth, a fundamental constitutional issue : to what degree can and should the Community, through its various institutions, exercise control over the political, social and economic choices of the Member States ? The outcome of the discussion was a general consensus that courts, whether the Court of Justice or national courts, cannot realistically be expected to exercise more than marginal control. The Community legislature, whether the Council or the Commission, must accept their own responsibilities in this field. They cannot expect the Court of Justice to play the role of Community regulator by means of individual judgments...* ».

**(112)** L'obligation de notification est un des problèmes posés par l'avocat général dans le contexte de l'affaire *Altmark*.

**(113)** M.-A. Frison-Roche, *La régulation, objet d'une branche du droit ?*, Petites affiches, 3 juin 2002, n° 110, p. 3 à 7 ; J.-Y. Chérot, *L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire*, Petites affiches, 3 juin 2002, n° 110, p. 17 à 25 ; Cl. Champaud, *Régulation et droit économique*, RID éco. Vol. 16, n° 1/2002.23-66.

**(114)** Cette question pourrait être résolue au cours des travaux engagés par le Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final, préc.

**(115)** Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final, préc. pt 27 : « ... Comment, à la lumière du principe de subsidiarité, répartir les responsabilités dans le domaine des services d'intérêt général entre la Communauté et les Etats membres, y compris les administrations régionales et locales ? L'action communautaire doit-elle reposer sur une approche essentiellement sectorielle ou convient-il d'établir un cadre général ? Dans quelle mesure la portée de l'action communautaire est-elle affectée par la distinction entre services économiques et services non économiques ? ... ».

**(116)** *Ibid.* pt 29.

**(117)** *Ibid.* pt 32.

**(118)** *Ibid.* pt 86.

**(119)** *Secondes conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger présentées le 14 janv. 2003, Altmark Trans GmbH*, préc. pts 33 et 34.

**(120)** Pour des exemples concernant la cohérence de l'approche de l'aide « brute » : R. Feltkamp, *Some reflections on the structure of the state aid rules in the Treaty of Rome*, Competition policy newsletter, n° 1, printemps 2003.29-31 ; spéc. p. 31 : « ... *the authors of the Treaty developed a more coherent structure of the state aid rules than is usually thought. They had a meaning of "favouring" in mind, larger than that of a simple selective (net) advantage, which is currently often used. This favouring is to be assessed independently of the objectives of the respective State intervention...* ».

**(121)** CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. spéc. pt 95 de l'arrêt.

**(122)** R. Feltkamp, *Some reflections on the structure of the state aid rules in the Treaty of Rome*, préc.

**(123)** Sur le développement du principe de l'investisseur en économie de marché et l'évolution des critères de définition des aides d'Etat : L. Vogel, Les nouveaux critères de définition des aides d'Etat en droit de la concurrence, Rev. conc. consom. n° 133, mai-juin 2003.7-11.

**(124)** V. sur ces aspects pt 21 des Secondes conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger présentées le 14 janv. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc.

**(125)** CJCE 3 juill. 2003, *Chronopost SA, La Poste, République française c/ Ufex*, aff. jtes. C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P), pas encore publié au Recueil, concl. M. A. Tizzano. Dans ce cas, l'existence d'un service d'intérêt économique général a de l'importance pour apprécier les conditions de marché plus que la nature du financement de l'obligation de service public. L'impact sur la définition de l'aide n'intervient pas au même niveau. Néanmoins, il faut bien noter les conséquences de la notion de service d'intérêt économique général sur la qualification d'aide. Pts 34, 36, 38 et 40 de la décision : « ... En effet, La Poste est chargée d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, § 2, du Traité CE. ... Dans ces conditions, en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les "conditions normales de marché", qui sont nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles. ... Sur cette base, l'existence d'une aide d'Etat en faveur de la SFMI-Chronopost peut être exclue si, d'une part, il est établi que la contrepartie exigée couvre dûment tous les coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, une contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de la SFMI-Chronopost et, si, d'autre part, aucun indice ne donne à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés de manière abstraite... ». V. aussi : G. Karydis, Le principe de l'« opérateur économique privé », critère de qualification des mesures étatiques en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE, RTD eur. 2003.389-413 .

**(126)** CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. spéc. pts 85 et 86 de l'arrêt.

**(127)** CJCE 7 févr. 1985, *Procureur de la république c/ ADBHU*, aff. 240/83, Rec. p. 531, concl. Lenz ; spéc. pts 16 à 21.

**(128)** CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. spéc. pt 93 de l'arrêt.

**(129)** CJCE 20 nov. 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et GEMO SA*, aff. C-126/01, préc.

**(130)** J.-P. Gunther et D. Tayar, Ombres et lumière sur la notion d'aide d'Etat : bilan d'un an de jurisprudence, préc. spéc. p. 13.

**(131)** Secondes conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger présentées le 14 janv. 2003, *Altmark Trans GmbH*, préc. pt 84.

**(132)** J.-Y. Chérot, Financement des obligations de service public et aides d'Etat, Europe, mai 2000.chron.5, p. 4-8, spéc. p. 5 : « ... Faut-il pour autant en conclure que l'examen du financement des obligations de service public sur ressources d'Etat doit se faire sur la seule base de l'article 86, § 2 du Traité ? Rien n'est moins sûr. Dans certaines conditions, les compensations financières pour charges de service public pourraient tout simplement ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 87 § 1... ».

**(133)** Le Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final, préc. pt 32.

**(134)** Rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux services d'intérêt économique général, COM (2002)280 final du 5 juin 2002, pt 11.


**(135)** CJCE 27 nov. 2003, *Enirisorse SpA et Ministero delle Finanze*, préc.

**(136)** Sur ce point, il faut bien noter les premiers mots de l'article 87, § 1, CE : « ... Sauf dérogations prévues par le présent Traité ... ». D'autres justifications que celles prévues aux paragraphes 2 et 3 du même article sont donc possibles.

**(137)** Rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux services d'intérêt économique général, COM (2002)636 final du 27 nov. 2002, pt 4.1 Définition des SIEG et liberté des Etats membres.

**(138)** Rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux services d'intérêt économique général, COM (2002)636 final du 27 nov. 2002, préc.

**(139)** L'avocat général Léger estime au point 97 de ses secondes conclusions (aff. *Altmark* préc.) que l'article 86, § 2, CE doit être interprété en ce sens qu'il ne produit pas d'effets directs dans le domaine des aides d'Etat.

**(140)** A l'attendu n° 16 de CJCE 14 juill. 1971, *Veuve Müller-Hein*, aff. 10-71, Rec. p. 723, concl. Dutheillet de Lamothe, la Cour dit : « ... sans préjudice de l'exercice par la Commission des pouvoirs prévus au paragraphe 3 de l'article 90, le paragraphe 2 du même article n'est pas, au stade actuel, susceptible de créer des droits individuels que les juges nationaux doivent sauvegarder... ». Dans l'arrêt CJCE, 11 avr. 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. 66-86, Rec. p. 803, concl. Lenz, la disposition a semblé franchir le stade de l'effet direct. Toutefois, de nombreux auteurs estiment que cet effet direct demeure limité comme l'explique J.-Y. Chérot, L'article 90, § 2, du Traité de Rome et les entreprises de réseau, AJDA n° 3/96, 20 mars 1996.171-182, spéc. p. 181 . La jurisprudence ultérieure ne permet pas d'affirmer que l'article 86, § 2, CE dispose dans sa globalité ou dans tous les cas de figure d'un effet direct. En particulier, la dernière phrase de cette disposition semble nécessiter l'appréciation de la Commission : art. 86, § 2, CE dernière phrase « ... Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté... ». Les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *Altmark* trans constituent un élément supplémentaire apporté à cette controverse.

**(141)** CJCE 19 mai 1993, *Procédure pénale c/ Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. p. I-2533, concl. Tesauro ; Europe, juill. 1993.13-14, n° 304, note L. Idot ; Cah. dr. eur. n° 1-2/1994.200-201, n° 361, chron. J. Amphoux ; Rev. aff. eur. n° 4/1993.91-92 n° 19, chron. J.-B. Blaise et C. Robin ; European competition law review, vol. 14, 1993.279-283, comm. R. Giesen ; spéc. attendu n° 16.

**(142)** *Ibid.* spéc. attendu n° 17.

**(143)** Décision de la Commission du 15 janv. 2002 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la République française en faveur du Crédit Mutuel, JOUE L 88/39, 4 avr. 2003. Cette affaire concernait, en particulier, la gestion du Livret bleu par le Crédit Mutuel et les missions d'intérêt économique général qui pourraient y être attachées. L'apport de cette décision au débat qui nous occupe est double. D'une part, le calcul des surcoûts occasionnés par les obligations de service public apparaît bien difficile à effectuer. Les divergences dans les études opérées par les consultants respectifs du Crédit Mutuel et de la Commission montrent les difficultés inhérentes à la réalisation d'un audit comptable (pts 6 à 12). D'autre part, aux points 199 et 200 de la décision, la Commission analyse si les moyens employés sont bien proportionnés aux fins d'intérêt général recherchées. Le Crédit Mutuel faisait référence à 3 missions distinctes au point 188 de la décision. La Commission peut admettre que la mission de collecte de dépôts sur le Livret bleu pour les transférer à la Caisse des dépôts et consignations peut constituer une telle mission impartie par l'Etat. Pour la Commission, la stricte application de la dérogation prévue à l'article 86, § 2, CE paraît « ... en toutes circonstances incompatible avec une situation de surcompensation des coûts afférents à un service d'intérêt économique général, que rien ne permet de justifier. Il convient donc de conclure que la dérogation prévue à l'article 86, § 2, n'est pas applicable dans un cas de surcompensation, comme le cas d'espèce, et que le bénéfice net retiré de l'exploitation du Livret bleu a le caractère d'une aide d'Etat incompatible avec le Traité... ».

**(144)** CJCE 27 avr. 1994, *Gemeente Almelo e.a. c/ Energie bedrijf NV*, aff. C-393/92, Rec. p. I-1477, concl. Darmon ; spéc. concl. pt 162.

**(145)** CJCE 23 oct. 1997, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume des Pays-Bas*, Rec. p. I-5699, concl. Cosmas ; spéc. attendu 52.

**(146)** CJCE 23 mai 2000, *Entreprenorforeningens Affalds c/ Miljøsektion (FFAD) agissant pour Sydhavens Sten c/ Kobenhavns Kommune*, aff. C-209/98, Rec. p. I-3743, concl. M. P. Léger.

**(147)** Rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux services d'intérêt économique général, COM (2002)636 final du 27 nov. 2002.

**(148)** Dans le Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003)270 final, préc., la Commission fait ainsi référence au point 89 à certaines législations sectorielles qui prévoient des règles spécifiques pour le financement du surcoût lié aux obligations de service public : communication électronique, services postaux, transport aérien, transport public.

**(149)** Rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux services d'intérêt économique général, COM (2002)636 final du 27 nov. 2002, pts 4.3 à 4.5.