

Document 5 de 69

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 35, 29 Août 2011, 2278

Collectivités territoriales, télévision locale et droit de la concurrence : terra incognita... non hostilis !

Etude rédigée par : Michaël Karpenschif
 professeur de droit public
 université Jean-Moulin, Lyon III

Sommaire

Peu ou mal utilisé, l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales offre pourtant aux collectivités locales et à leurs groupements la possibilité d'éditer un service de télévision locale, de l'exploiter ou de le confier à un opérateur sans que cette attribution soit soumise aux règles, toujours plus prégnantes, de la « commande publique ». En effet, l'analyse des « contrats d'objectifs et de moyens », d'une nature différente de celle des marchés publics ou des délégations de service public qui peuvent par ailleurs exister dans ce secteur, oblige à y voir la manifestation d'un « contrat de service public » échappant, pour l'instant, à une procédure *ad hoc* de passation, La conclusion de ces « contrats d'objectifs et de moyens » ne saurait néanmoins s'affranchir de toute règle et elle ne peut s'effectuer que conformément aux prescriptions du droit de l'Union.

1. - Dans une contribution publiée il y a quelques semaines dans ces colonnes, B. Fleury et H. Robert montraient, avec raison, l'inadaptation des outils juridiques classiques du droit des contrats publics (marché public et convention de délégation de service public) pour permettre l'exploitation de télévisions locales qui, sans que les résultats économiques ne soient d'ailleurs à ce jour convaincants, se multiplient pourtant sur le territoire national. Pour la résumer, sans la trahir, l'étude précitée rappelait « *le flou des instruments traditionnels de la commande publique* » pour inviter, subséquemment, les collectivités à mettre en oeuvre une procédure *ad hoc* de mise en concurrence des diffuseurs afin de respecter un principe devenu fondamental : celui de la « transparence »^{Note 2}.

2. - Si l'orthodoxie juridique qui fonde une telle analyse n'est pas contestable, force est toutefois de relever que les préconisations faites par les auteurs écartent certaines subtilités du droit français qui, une fois n'est pas coutume, rejoignent (pour l'instant) les dispositions du droit de l'Union. En effet, il nous semble qu'il est tout à fait possible, en l'état du droit applicable et sous certaines réserves, de confier directement l'exploitation de télévisions locales sans publicité ni mise en concurrence tout en respectant la lettre et l'esprit des dispositions nationales et européennes. Tout dépendra ainsi, et cumulativement, de la nature du service de télédiffusion confié (1), de la qualification juridique du contrat passé (2) et des modalités de versement des financements publics alloués (3).

1. Le service de télévision confié par la collectivité est un SIEG

3. - Première étape indispensable à l'utilisation du cadre « permissif » de l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales : les missions confiées par la collectivité à la télévision locale doivent satisfaire un besoin d'intérêt général. L'article précité issu de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 dispose en effet : « *Les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, dans les conditions prévues par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, éditer un service de télévision destiné aux informations sur la vie locale et diffusé par voie hertzienne terrestre ou par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur*

de l'audiovisuel. La collectivité territoriale ou le groupement conclut avec la personne morale à laquelle est confié le service un **contrat d'objectifs et de moyens** définissant des missions de service public et leurs conditions de mise en oeuvre, pour une durée comprise entre trois et cinq ans. Ce contrat est annexé à la convention conclue avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel ».

4. - L'objectif du législateur français n'est donc pas ici de permettre l'éclosion de télévisions commerciales locales vivant de services de téléachat, de publicité, de parrainage, de commerce électronique, d'abonnement auprès des téléspectateurs... (à l'instar de chaînes locales d'autres pays membres de l'Union), mais de permettre aux collectivités publiques de développer une télévision de proximité, informant, alertant et/ou éduquant leurs concitoyens, largement diffusée au niveau local et accessible à l'ensemble des usagers à titre gratuit et donc quasi totalement financée par la collectivité elle-même.

5. - Si l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales n'impose certes pas que le service de télévision locale rendu s'effectue à titre gratuit (contrairement à ce que peuvent prévoir d'autres législations nationales^{Note 3}), *la ratio legis* du texte semble néanmoins le commander car, à défaut, le contrat (mais nous y reviendrons) serait qualifié soit de marché public de services, soit de délégation de service public. Au reste, le législateur aurait alors pris soin, comme il le fait à l'article précédent du code (*CGCT, art. L. 1425-1, IV*, consacré aux réseaux et services locaux de télécommunications) de passer par le biais d'un marché public ou d'une délégation de service public, et non, comme en l'espèce, par un « **contrat d'objectifs et de moyens** ».

6. - En tant qu'il offre aux collectivités locales depuis 2004 la possibilité d'éditer un service de télévision, l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales laisse en réalité une très grande marge de liberté à ces dernières pour : définir les objectifs de ces télévisions locales, déterminer la nature des programmes qui doivent être diffusés (informatif, éducatif, touristique...), fixer le volume horaire quotidien et/ou hebdomadaire, cibler le public visé (personnes dépendantes, petite enfance, jeunesse...), etc. En d'autres termes, il leur appartient de définir le champ du service d'intérêt économique général qu'elles souhaitent instituer sur leur territoire. Or, en l'espèce, et contrairement aux craintes qui peuvent habiter les élus locaux face au droit de l'Union, celui-ci laisse, au nom du principe de subsidiarité, aux seuls États membres le soin d'en définir la portée sous le simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation effectué par la Commission européenne^{Note 4} et les juges du plateau du Kirchberg^{Note 5}. Pour le dire autrement, les collectivités locales et leurs groupements peuvent donc aisément instituer un service de télévision locale comportant de nombreuses obligations de service public (qualifié de SIEG en droit de l'Union) ; d'autant que ces services de radiodiffusion ont été consacrés par le traité^{Note 6} et disposent, selon les conclusions mêmes de la Commission, d'un rôle singulier par rapport aux autres SIEG dans l'Union^{Note 7}.

7. - Ce préalable levé, les collectivités territoriales qui souhaitent éditer un service de télévision peuvent vouloir confier cette mission à une personne morale de droit public (régie) ou de droit privé (SEM, SPL, SA...), conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales. C'est alors qu'une deuxième condition doit être satisfaite pour échapper à toute procédure de publicité et de mise en concurrence.

2. Le « **contrat d'objectifs et de moyens** » passé n'est pas un marché public ou une concession de services

8. - « *La collectivité territoriale ou le groupement conclut avec la personne morale à laquelle est confié le service un **contrat d'objectifs et de moyens** définissant des missions de service public et leurs conditions de mise en oeuvre, pour une durée comprise entre trois et cinq ans (...)* ». La terminologie utilisée par le législateur de 2004 dans cet article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales n'est pas due, à notre sens, au hasard.

9. - En effet, la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 « *relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle* » s'est d'abord attachée à revenir sur la loi dite *Léotard* (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986) permettant aux collectivités d'établir sur leur territoire des réseaux distribuant par câbles des services de radiodiffusion

sonore et de télévision) qui, assez largement interprétée par les collectivités, a conduit ces dernières à confier, dans un seul et même contrat, la construction et l'exploitation du réseau alors que le législateur (notamment par les ajouts réalisés par l'article 17 de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990) entendait séparer ces deux activités : l'établissement du réseau relevant d'une décision communale, son exploitation résultant uniquement d'une décision de la CNCL, puis de son successeur, le CSA. La loi du 9 juillet 2004 vise donc à mettre en conformité les conventions passées sous l'empire de la législation antérieure^{Note 8} avec les règles de publicité et de mise en concurrence qu'exige la requalification de la plupart de ces conventions *ad hoc* en convention de délégation de service public^{Note 9}. Pour autant, si la loi du 9 juillet 2004 effectue un *aggiornamento* juridique attendu à l'égard des conventions en vigueur, elle consacre aussi, dans son article 116-I, une voie nouvelle pour permettre aux collectivités locales et à leurs groupements d'éditer un service de télévision locale et de le confier à une personne morale : sans exiger une carence de l'initiative privée, sans qualifier les contrats passés de « *marché public* » ou de « *convention de délégation de service public* » et sans imposer le respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence contrairement à ce qui existe pour les réseaux et services locaux de télécommunications dont le régime juridique (issue de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004) est codifié à l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales^{Note 10}. On ne saurait être plus clair : le législateur de juillet 2004 appréhende la question de l'intervention des collectivités publiques dans le secteur des télécommunications d'une manière infiniment plus restrictive que ne le fait le législateur de juin 2004 à l'égard des télévisions locales. La simple exigence de la passation d'un « *contrat d'objectifs et de moyens* » entre la collectivité éditeur du service et la personne morale diffuseur pour une durée comprise entre trois et cinq ans, attestant de la liberté laissée aux collectivités en la matière.

10. - Présenté ainsi, le « *contrat d'objectifs et de moyens* » ne saurait donc être assimilé à un marché public de services ou à une délégation de service public. Identiquement, il ne peut être confondu avec les « *conventions d'objectifs* » liant les collectivités locales et les associations bénéficiaires de subventions publiques^{Note 11} ; conventions qui, en certaines occurrences, sont requalifiées par le juge administratif en marché public ou en convention de délégation de service public^{Note 12}. Il s'agit à la vérité nécessairement d'une convention par laquelle la collectivité, à l'origine du service de télévision locale et qui définit seule le champ des obligations de service public qu'elle souhaite imposer, attribue à un opérateur le soin de le mettre en oeuvre. L'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales, particulièrement laconique, ne fait au reste nullement allusion à une quelconque procédure de publicité et/ou de mise en concurrence préalables à la passation d'un tel contrat. Il n'aborde pas davantage la question de la rémunération de l'opérateur sélectionné (par la collectivité ? Par l'usager ?).

11. - Dans un tel contexte, on peut légitimement s'interroger sur la nécessité de faire application des principes classiques du « droit de la commande publique » pour attribuer de tels contrats. Certes, le spectre des obligations de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination ne se limite ni au champ d'application de la directive n° 2004/18/CE, ni aux seuils européens^{Note 13}, néanmoins il faut encore, pour y être soumis, être en présence d'un contrat qualifiable (au sens du droit de l'Union) de « marché » ou de « concession ». Ainsi, comme le rappelle justement la Commission dans un document de travail de décembre 2010 : « *Les règles relatives aux marchés publics/concessions ne s'appliquent que si une autorité publique décide de confier une prestation de service à un tiers à titre onéreux* »^{Note 14} ; position confirmée, à de multiples reprises, par la Cour de justice^{Note 15}. De même, les contrats normalement exclus du champ des directives « marchés » (marchés inférieurs aux seuils, concessions de services) « *...sont soumis uniquement aux principes fondamentaux du TFUE (non-discrimination, transparence, etc...) dans la mesure où lesdits contrats présentent un intérêt transfrontalier. En l'absence d'intérêt transfrontalier, ces contrats sortent également du champ d'application des dispositions du TFUE* »^{Note 16}. Enfin, et concernant spécifiquement la mise en place d'un SIEG, la Commission souligne que : « *En ce qui concerne les règles en matière de marchés publics, celles-ci sont applicables à partir du moment où il y a une obligation de fournir un service spécifique contre rémunération et indépendamment de l'objectif d'intérêt général du service* »^{Note 17}.

12. - Appliqués à la passation des « *contrats d'objectifs et de moyens* » de l'article L. 1426-1, ces principes semblent offrir, à la lumière du droit de l'Union, une totale liberté d'action aux collectivités locales. En premier lieu parce que ces contrats *sui generis* ne sont pas nécessairement qualifiables de « marchés publics ». Il s'agit en effet de rembourser les

obligations de service public imposées au diffuseur et non de rémunérer un prestataire (v. *infra* 3). En deuxième lieu, parce qu'ils ne sont pas davantage des concessions de services étant entendu que l'activité est (le plus fréquemment) fournie à titre gratuit pour l'utilisateur et qu'aucun « risque »^{Note 18} ne pèse sur le prestataire. En troisième lieu, parce que l'attribution de ces contrats visant à exploiter « *un service de télévision destiné aux informations sur la vie locale* » ne nous paraît pas nécessairement de nature à présenter un intérêt transfrontalier exigeant de se soumettre à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables^{Note 19} ; ni même, d'ailleurs, à imposer un respect scrupuleux de la réglementation relative aux aides d'État (dès lors qu'aucune affectation des échanges entre États membres n'est réellement envisageable), à l'image d'une pratique décisionnelle de la Commission européenne de plus en plus riche en la matière^{Note 20}. En dernier lieu, et sans qu'il s'agisse là de l'argument le moins important, parce qu'aucune *lex specialis* européenne n'impose aux collectivités publiques de se soumettre à une procédure particulière de passation de ces « **contrats d'objectifs et de moyens** » qui ressemblent, à s'y méprendre, aux « *contrats de service public* »^{Note 21} présents essentiellement dans le domaine des transports. Or, en l'absence de dispositifs européens *ad hoc* imposant une procédure spécifique de passation de ces contrats^{Note 22}, ceux-ci ont été librement attribués pendant des décennies par les États membres sans que le droit de l'Union ne s'y oppose^{Note 23}.

13. - Si les obstacles européens paraissent donc franchissables, le droit national confirme lui aussi (au moins implicitement) la liberté dont jouissent les collectivités pour attribuer « *un contrat d'objectifs et de moyens* » sous la réserve, là encore, qu'un tel contrat ne présente pas les caractéristiques juridiques d'un marché public de services ou d'une délégation de service public. Ainsi, comme il a été rappelé ci-avant, l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales ne conditionne nullement l'attribution de ces « **contrats d'objectifs et de moyens** » à une procédure de passation particulière. Pourquoi alors ne pas faire un parallèle avec les titres privatifs d'occupation du domaine public ? En effet, même s'il nous semblait que la délivrance de tels actes ne pouvait pas s'exonérer du respect de l'obligation de transparence impliquant une publicité minimale pour satisfaire tant aux exigences du droit de la concurrence, qu'aux dispositions de la directive « services »^{Note 24}, force est de reconnaître que tel n'a pas été la position du Conseil d'État en jugeant : « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel* »^{Note 25}. Dès lors, en l'absence d'obligation textuelle et de requalification avérée de ces « **contrats d'objectifs et de moyens** » en contrats soumis aux règles de la commande publique, pourquoi obliger les collectivités à mettre systématiquement en place une procédure *ad hoc* pour se conformer aux prescriptions de l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales ? Il nous semble donc que la liberté de choix, en l'absence de textes contraires ou d'engagement unilatéral de la collectivité à se soumettre spontanément à une procédure de publicité et/ou de mise en concurrence^{Note 26}, puisse demeurer la règle. Il faut encore toutefois, pour échapper aux prescriptions nationales et européennes encadrant le versement de subsides publics, que la réglementation relative au financement des SIEG soit pleinement respectée.

3. Les règles nationales et européennes de financement des SIEG sont respectées

14. - Le financement des services de radiodiffusion télévisuelle n'échappe pas plus qu'un autre secteur économique au droit des aides d'État comme le démontrent très clairement les deux communications que la Commission lui a consacrées^{Note 27}. La gardienne des traités a d'ailleurs été amenée à prendre une multitude de décisions en la matière en s'intéressant, pêle-mêle, aux aides versées : à des télévisions locales^{Note 28}, à des chaînes d'information^{Note 29}, à des chaînes jeunesse^{Note 30}, à l'achat de matériels de réception au bénéfice des administrés^{Note 31}, à la recapitalisation de radiodiffuseurs publics^{Note 32}, etc. Les juges du plateau du Kirchberg étant, au reste, régulièrement conduits à statuer sur ces questions^{Note 33}.

15. - L'application rigoureuse des dispositions du traité au financement du secteur de radiodiffusion télévisuelle n'interdit toutefois nullement à cette activité de jouir du cadre dérogatoire qu'ouvre l'article 86§2 CE (devenu *TFUE*, 106§2) ou qu'a construit la Cour avec l'arrêt *Altmark*^{Note 34}. Bien au contraire, cette activité qui constitue, presque par

nature, un SIEG (v. *supra* 1), peut bénéficier de financements publics importants tout en échappant à la qualification d'aides d'État au sens du traité. On sait en effet qu'aux termes de cette jurisprudence du 24 juillet 2003 qui consacre la notion de compensation d'obligation de service public (COSP ci-après)^{Note 35}, dont les principes fondamentaux ont été (imparfaitement) repris par la Commission au sein de ce que l'on nomme aujourd'hui le paquet *Monti/Kroes*^{Note 36}, une collectivité publique peut légalement compenser le coût des obligations de service public qu'elle impose sans heurter la réglementation relative aux aides d'État sous la réserve que :

« - 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 ;

- 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 »^{Note 37}.

16. - Ces conditions qu'il convient cumulativement de remplir (sous peine d'être en présence d'une aide d'État qui peut néanmoins être considérée comme compatible par la Commission^{Note 38}), sont, au demeurant, fréquemment réunies dans le secteur de l'audiovisuel comme le montre l'affaire emblématique de la suppression de la publicité sur les chaînes publiques françaises après vingt heures^{Note 39}. Cette compensation financière du coût des obligations de service public imposées à des entreprises est donc non seulement conforme au traité, mais s'applique aussi à quantité de SIEG ; à l'image, pour le seul cas français, des financements publics alloués pour permettre l'accès généralisé à des infrastructures de haut débit dans le Limousin^{Note 40}, en Pyrénées-Atlantiques^{Note 41} ou dans les Hauts-de-Seine^{Note 42}. Il faut dire qu'en ce domaine, le législateur français a expressément introduit dans notre ordonnancement juridique une procédure permettant d'attribuer des COSP en toute sécurité juridique (*CGCT*, art. L. 1425-1 IV) ; le juge administratif veillant dès lors scrupuleusement au respect par les collectivités des conditions posées par l'arrêt *Altmark*^{Note 43}. En revanche, force est de constater que rien n'est prévu pour les télévisions locales au Code général des collectivités territoriales. Ce silence du législateur doit-il être interprété comme rendant impossible de financer les OSP des télévisions locales ou, faut-il, au contraire, voir dans le « **contrat d'objectifs et de moyens** » de l'article L. 1426-1 *l'instrumentum* permettant le financement légal des obligations de service public imposées aux diffuseurs ?

17. - Pour ce qui concerne le droit de l'Union, la réponse est d'une clarté évidente : la jurisprudence *Altmark* et le paquet *Monti/Kroes* s'appliquent à tous les SIEG à l'exception de ceux bénéficiant d'une *lex specialis*^{Note 44}. Les télévisions locales constitutives de SIEG sont donc incontestablement éligibles au dispositif.

18. - Pour ce qui est du droit national, les certitudes sont identiques. En effet, la circulaire du 4 juillet 2008 concernant « *L'application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG)* »^{Note 45}, comme celle du 18 janvier 2010 « *relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément* »^{Note 46}, invitent explicitement les collectivités françaises à faire application du paquet *Monti/Kroes*. Citons pour s'en convaincre les termes mêmes de la circulaire du 4 juillet 2008 où le ministère de l'Intérieur indique aux préfets de région et de département : « *que la réglementation communautaire Monti-Kroes représente une opportunité de mettre en conformité un certain nombre d'interventions économiques des collectivités territoriales au regard du droit de la concurrence communautaire, dont il est important*

qu'elles se saisissent. (...) Il est essentiel de relayer auprès des collectivités territoriales l'opportunité majeure que constitue la réglementation Monti-Kroes (...). Elle peut en effet permettre de fournir un cadre sécurisé aux aides de toute nature octroyées aux entreprises en charge de l'exécution d'un SIEG, conformément à la demande récurrente de la plupart des collectivités territoriales »^{Note 47}. On ne saurait être plus persuasif : il faut enfin utiliser, à l'heure de sa révision prochaine^{Note 48}, le paquet *Monti-Kroes* !

19. - Au cas particulier des télévisions locales, il nous semble donc que le « **contrat d'objectifs et de moyens** » permet parfaitement à une collectivité de respecter les prescriptions de l'arrêt *Altmark*. Ainsi, c'est bien ce contrat singulier qui « (...) définit les missions de service public et leurs conditions de mise en oeuvre pour une durée comprise entre trois et cinq ans » (CGCT, art. L. 1426-1). C'est donc par cet outil (on parle de « mandatement » en droit de l'UE) que la collectivité détermine le champ des obligations de service public qu'elle impose, fixe préalablement les paramètres sur la base desquels est calculé le montant de la compensation versée, vérifie l'absence de surcompensation et détermine les montants des sommes allouées pour une durée limitée. Certes, on pourrait relever que la passation de ces « **contrats d'objectifs et de moyens** » ne fait l'objet d'aucune procédure de publicité et de mise en concurrence, contrairement à ce qu'impose le quatrième critère de l'arrêt *Altmark*. Il reste néanmoins que ce quatrième critère comprend deux volets alternatifs : soit le choix de l'entreprise s'effectue après une procédure de marché public, soit la sélection s'opère au regard « des coûts d'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée ». Or, sur ce point, la Commission a déjà admis que les États membres disposent de la possibilité de se fonder « sur un coût de référence préétabli dans la mesure où ce coût résulte d'une origine fiable, est basé sur des données solides et correspond aux valeurs du marché »^{Note 49}. En outre, les États ne sont même pas tenus de prendre l'entreprise la moins disante^{Note 50} ! Ainsi, dans l'hypothèse où ce service de télévision locale est déjà pris en charge par un opérateur économique « moyen, bien géré et adéquatement équipé », il est aisé de déterminer le coût des obligations de service public et, subséquemment, de désigner, sans procédure de publicité ni mise en concurrence, l'entreprise titulaire du « **contrat d'objectifs et de moyens** ». Les sommes ainsi versées ne pouvant alors être qualifiées d'aides d'État prohibées mais obtenant, mécaniquement, la qualification de COSP autorisées.

20. - Pour résumer, afin de ne pas perdre nos aventuriers en terre inconnue, l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales (lu à la lumière des textes nationaux et européens) semble offrir aux édiles locaux la possibilité de créer des chaînes de TV locales, d'imposer à ces dernières des obligations de service public fortes pour en faire des SIEG, de financer la totalité des (sur)coûts liés à l'exercice de ses missions et de choisir librement le diffuseur sans passer par une procédure de mise en concurrence *ad hoc*. Certes, cette voie est nouvelle, elle emprunte des passages dangereux (ceux de la requalification des **contrats d'objectifs et de moyens** en marché public ou en convention de délégation de service public), elle ne bénéficie pas de parapets solides (aucune disposition législative nationale pour sécuriser le chemin), mais elle ne nous semble pas déboucher sur une impasse ; juste sur des terres nouvelles que les juristes doivent défricher.

Note 1 En complément, plus qu'en réponse, à l'article de B. Fleury et H. Robert, *Collectivités territoriales, télévision locale et droit de la concurrence : terra incognita ?* : JCP A 2011, 2210.

Note 2 V., en dernier lieu, pour s'en convaincre, CJUE, 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall c/ Ville Francfort-sur-le-Main*, pt 68 : « Il y a lieu de relever que l'obligation de transparence découle du droit de l'Union, et notamment des articles 43 CE et 49 CE. Ces dispositions, dont la Cour assure le respect, sont d'effet direct dans l'ordre juridique interne des États membres et priment toute disposition contraire du droit national ».

Note 3 V. notamment en ce sens la décision de la Commission N 548/2001, du 13 février 2002 « concernant les aides en faveur des télévisions locales dans la Communauté française » où les décrets (du 17 juillet 1987 et du 24 juillet 1997) sur l'audiovisuel qui imposent aux télédiffuseurs l'obligation de diffuser gratuitement et dans leur intégralité les programmes de télévisions locales dans les zones de

réception délimitées par une autorisation du gouvernement.

Note 4 V. spécifiquement en matière de télévision la « *Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État* » : JOCE n° C 257, 27 oct. 2009, p. 1, spéc. pts 46-47 : « La définition de la mission de service public incombe aux États membres qui peuvent prendre des décisions en la matière au niveau national, régional ou local. (...) Il appartient à la Commission de vérifier si les États membres respectent les dispositions du traité. En ce qui concerne la définition du service public dans le secteur de la radiodiffusion, le rôle de la Commission se limite à contrôler s'il y a ou non erreur manifeste. Il ne lui appartient pas de décider si un programme doit être diffusé en tant que service d'intérêt économique général ni de remettre en cause la nature ou la qualité d'un produit donné ».

Note 5 V., TPICE, 27 févr. 1997, aff. T-106/95, FFSA c/ Commission : Rec. CJCE 1997, II, p. 229, spéc. pt 99. - TPICE, 15 juin 2005, aff. T-17/02, Fred Olsen c/Commission : Rec. CJCE 2005, II-2031, spéc. pt 216 ; ou, de manière plus convaincante encore, TPICE, 12 févr. 2008, aff. T-289/03, BUPA et a. c/ Commission : Rec. CJCE 2008, II-81.

Note 6 On pense bien évidemment ici au « *Protocole interprétatif sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres* » (dit Protocole « d'Amsterdam ») joint au traité CE : JOCE n° C 340, 10 nov. 2007.

Note 7 V. en ce sens la Communication publiée au JOCE n° C 257, 27 oct. 2009 préc., spéc. pts 10-11 : « Le service public de radiodiffusion, bien qu'il ait indéniablement une importance économique, n'est pas comparable au service public tel qu'il s'exerce dans les autres secteurs économiques. Il n'existe pas d'autre service qui, simultanément, dispose d'un accès aussi large à la population, qui fournit une grande quantité d'informations et de contenus et qui, ce faisant, relaie et influence les opinions individuelles et l'opinion publique. De plus, la radiodiffusion est généralement perçue comme une source d'information fiable et représente la principale source d'information d'une partie non négligeable de la population. Elle enrichit ainsi le débat public et, en fin de compte, peut garantir à tous les citoyens un degré équitable de participation à la vie publique (...) ». V. également, dans le même sens, la « *Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe* », COM (2000) 580 final, p. 38 : « La radio et la télévision jouent un rôle central dans le fonctionnement des démocraties modernes, notamment en ce qui concerne le développement et la transmission des valeurs sociales. C'est la raison pour laquelle le secteur de la radiodiffusion a, depuis qu'il existe, fait l'objet d'une réglementation spécifique, dans l'intérêt général (...) ».

Note 8 L'article 134 de la loi du 9 juillet précitée dispose en effet : « Les conventions conclues avec les communes ou leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation de réseaux câblés en cours d'application à la date d'entrée en vigueur de l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques ainsi que les cahiers des charges qui y sont annexés doivent être mis en conformité avec les dispositions de cet article dans un délai d'un an à compter de la publication du décret pris pour l'application de cet article » ; délai finalement porté à deux ans par la loi du 5 mars 2007.

Note 9 Sur l'ensemble de cette question, v. l'étude réalisée par E. Glaser pour le compte de l'ARCEP intitulée : « *Nature juridique des conventions conclues entre les communes et les câblo-opérateurs, et impact du principe de mise en conformité sur les conventions en cours* », juin 2007.

Note 10 V. CGCT, art. L. 1425-1, I : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des communications électroniques, établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du Code des postes et communications électroniques, acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. L'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques. Dans les mêmes conditions qu'à l'alinéa précédent, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals et en avoir informé l'Autorité de régulation des communications électroniques. Les interventions des collectivités s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées. L'insuffisance d'initiatives privées est constatée par un appel d'offres déclaré infructueux ayant visé à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de communications électroniques ». Souligné par nous.

Note 11 V. S. Nicinski, *Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens* : Dr. adm. 2006, comm. 11.

Note 12 Pour une présentation globale, v. *La subvention publique, le marché public et la délégation de service public : mode d'emploi, Guide des aides aux associations, DVAEF, 1er mars 2007*. Pour une illustration topique et récente de ce risque de requalification par le juge, v. CE, 23 mai 2011, n° 342520, Cne Six-Fours-Les-Plages : JurisData n° 2011-009530 ; JCP A 2011, comm. 195.

Note 13 V. en ce sens la *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics*, 23 juin 2006 : JOUE n° C 179, 1er août 2006 et, plus

encore, l'arrêt *TPICE*, 20 mai 2010, aff. T-258/06, *RFA et a. c/ Commission*, non encore publié au Recueil.

Note 14 *Document de travail des services de la Commission : guide relatif à l'application aux services d'intérêt général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur*, SEC (2010) 1545 final, 7 déc. 2010, spéc. p. 16.

Note 15 V. à titre illustratif, *CJCE*, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller et a.* - *CJCE*, 6 mai 2010, aff. jte C-145/08 et C-149/08, *Club Hôtel Loutraki et a.* ou, plus récemment encore, *CJUE*, 22 déc. 2010, aff. C-215/09, *Mehiläinen Oy*.

Note 16 *Ibid.* p. 17. La Commission précisant, au point 4.2.2 de son guide : « Ainsi, sous certaines conditions, de petits marchés de services à dimension locale peuvent être attribués même sans se conformer aux principes susmentionnés, si les services en question n'ont pas d'intérêt transfrontalier pour les autres opérateurs des autres États membres et ne présentent donc pas d'incidence sur le fonctionnement du marché intérieur ».

Note 17 *Ibid.*, pt 5.2, spéc. p. 80.

Note 18 Condition essentielle pour être en présence d'une concession V. en ce sens, *CJCE*, 11 juin 2009, aff. C-300/07, *Oymanns* : *Rec. CJCE* 2009, I-4779 et *CJCE*, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *Eurawasser* : *Rec. CJCE* 2009, I-8377.

Note 19 V. notamment en ce sens *CJCE*, 13 nov. 2007, aff. C-507/03, *Commission c/ Irlande* : *Rec. CJCE* 2007, I-9777, spéc. pts 29 et s.

Note 20 V. en ce sens le cas du financement de la piscine de Dorsten en Allemagne (N 258/2000 : *JOCE* n° C 172, 16 juin 2001, p. 16), des hôpitaux irlandais (N 543/2001 : *JOCE* n° C 154, 28 juin 2002, p. 4), des aires de service à Ténérife (NN 29/02, *JOCE* n° C 110, 8 mai 2003, p. 13), des musées locaux en Sardaigne (N 630/2003, *JOCE* n° C 275, 8 déc. 2005, p. 3), ou des productions de théâtre basques en Espagne (N 257/2007 : *JOCE* n° C 173, 26 juill. 2007, p. 2).

Note 21 V., de manière plus globale, *M. Karpenschif, Le financement des obligations de service public : vers une généralisation des contrats de service public ?* : *BJCP* n° 59, p. 234.

Note 22 V., le règlement n° 1370/207, 23 oct. 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route : *JOCE* n° L 315, 3 déc. 2007, p. 1 et notre étude *Contrats de service public et transport de voyageurs : nouvelles règles pour un nouvel essor ?* : *JCP A* 2008, 2038. Mécanisme identique en matière de transport aérien. V. en ce sens le règlement n° 2408/92, 23 juill. 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens aux liaisons aériennes intracommunautaires : *JOCE* n° L 240, 24 août 1992, p. 8, récemment complété par le règlement n° 1008/2008, 24 sept. 2008, établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté : *JOCE* n° L 293, 31 oct. 2008, p. 3.

Note 23 On pense précisément ici au règlement n° 1191/69, 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable : *JOUE* n° L 156 du 28 juin 1969, p. 1 tel que complété par le règlement n° 1893/91, 20 juin 1991 : *JOCE* n° L 169, 29 juin 1991, p. 1, qui n'ont jamais soumis la passation des « contrats de service public » à une procédure obligatoire de publicité et de mise en concurrence.

Note 24 V. *M. Karpenschif, Les collectivités locales et la directive services : entre contraintes nouvelles et espoirs déçus* : *JCP A* 2010, 2256.

Note 25 *CE*, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et 338527, *Ville de Paris et assoc. Paris Jean Bouin* : *JCP A* 2010, act. 926 ; *JCP A* 2011, 2043, note Devès.

Note 26 Conformément à l'adage *patere legem quam ipse fecisti* qui impose à l'administration de respecter les règles qu'elle édicte (v., par ex., *CE*, 26 mars 1997, n° 129943, *Cne Sceaux* : *JurisData* n° 1997-051556).

Note 27 V. la *Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État* : *JOCE* n° C 320, 25 nov. 2001, p. 5 et celle publiée au *JOCE* n° C 257, 27 oct. 2009, p. 1.

Note 28 *Aff. N 548/2001*, préc.

Note 29 *Affaire NN 88/98, Financement d'une chaîne d'information diffusant 24 heures sur 24 par la BBC, sans publicité, avec redevance* : *JOCE* n° C 78, 18 mars 2000, p. 6.

Note 30 *Aff. NN 70/98, Aide d'État en faveur des chaînes publiques de radiodiffusion « Kinderkanal » et « Phoenix »* : *JOCE* n° C 238, 21 août 1999, p. 3.

Note 31 *Comm. CE*, déc. n° 2008/708/CE, 23 oct. 2007, concernant l'aide d'État que l'Allemagne envisage de mettre à exécution en faveur

de l'introduction de la télévision numérique terrestre dans le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie : JOCE n° L 236, 3 sept. 2008, p. 10.

Note 32 V., par exemple, *Comm. CE, déc. n° 2006/217/CE, 19 mai 2004, concernant les mesures prises par le Danemark en faveur de TV 2 Danmark* : JOCE n° L 85, 23 mars 2006, p. 1 et ses avatars contentieux : TPICE, *ord.*, 24 sept. 2009, *aff. T-16/05, Viasat Broadcasting e.a c/ Commission et, du même jour, aff. T-12/05, SBS TV A/S, SBS Danish Television c/ Commission*. V. également, pour la télévision espagnole, TPICE, *ord.*, 9 juin 2011, *aff. T-533/10 R, DTS Distribuidora de television digital SA c/ Commission*.

Note 33 V. notamment, l'important contentieux que suscite le versement, par des Lander allemands, d'aides au passage à la TNT : TPICE, *ord.*, 5 oct. 2009, *aff. T-2/08, Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen c/ Commission* : *Rec. CJCE 2009, II-195*. - TPICE, 6 oct. 2009 *aff. T-8/06, FAB Fernsehen aus Berlin c/ Commission* : *Rec. CJCE 2009, II-196*. - TPICE, 6 oct. 2009, *aff. T-21/06, RFA c/ Commission* : *Rec. CJCE 2009, II-197*. - TPICE, 6 oct. 2009, *aff. T-24/06, MAAB c/ Commission* : *Rec. CJCE 2009, II-198*.

Note 34 CJCE, 24 juill. 2003, *aff. C-280/00, Altmark Trans* : *Rec. CJCE 2003, I-7747*.

Note 35 V. *M. Karpenschif, Qu'est-ce qu'une compensation d'obligation de service public ?* : LPA, 30 mars 2004, n° 64, p. 4.

Note 36 V. *M. Karpenschif, À qui profitent les incertitudes ? Retour sur la décision de la Commission du 28 novembre 2005* : JCP A 2005, 1392.

Note 37 CJCE, 24 juill. 2003, *C-280/00, Altmark* : *Rec. CJCE 2003, I, p. 7747, spec. pt 95*.

Note 38 V. notamment en ce sens *L'encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public* : JOCE n° C 297, 29 nov. 2007, p. 4.

Note 39 TPICE, 1er juill. 2010, *aff. jtes T-568 et T-573/08, M6, TF1 et Canal plus c/Commission*. V. dernièrement, CJUE, *ord. 9 juin 2011, aff. C-451/10 P, TF1 et a. c/ Commission*. Suppression qui ne concerne d'ailleurs pas que la question du droit des aides d'État. V. en effet CE, 11 févr. 2010, n° 324233 et 324407, *Mme Borvo et a.* : RFDA 2010, p. 780, note N. Sudres.

Note 40 *Aff. N 382/2004* : JOCE n° C 230, 20 sept. 2005, p. 6.

Note 41 *Aff. N 381/2004* : JOCE n° C 162, 2 juill. 2005, p. 5.

Note 42 *Aff. N 331/2008, décision C(2009) 7426 final, 30 sept. 2009 et TPICE, 9 juin 2010, aff. T-79/10 R, COLT Télécommunications France SAS c/Commission*.

Note 43 *TA Montpellier, 30 sept. 2005, Assoc. des contribuables de l'Hérault et a.* : AJDA 2006, p. 1346, note S. Nicinski.

Note 44 V. en ce sens l'article 2-2 de *Comm. CE, déc. n° 2005/842/CE, 28 nov. 2005* : JOUE n° L 312, 29 nov. 2005, p. 67 : « concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ».

Note 45 *NOR/INT/B/08/00133/C*.

Note 46 *PRMX1001610C* : *Journal Officiel 20 Janvier 2010*.

Note 47 Eléments figurant en gras et/ou dans un encadré dans le corps même de la circulaire.

Note 48 Sa révision est attendue pour le deuxième semestre 2011.

Note 49 V. doc de travail de la Commission, 7 déc. 2010, préc., spéc. pt 3.2.2, p. 34 et s. avec, notamment, la décision de la Commission européenne en date du 21 octobre 2008 relative à l'aide d'État n° C 49/06, *Poste Italiane*.

Note 50 *Ibid.*, pt 3.5.15 : « Le paquet Monti-Kroes exige-t-il la sélection de l'entreprise la moins coûteuse pour la fourniture du SIEG ? : Non, cela n'est pas exigé par la décision et l'Encadrement. Les États membres sont responsables de définir les SIEG qu'ils veulent et notamment la qualité de ces services. Lorsque la qualité est plus élevée, les coûts pour fournir le service peuvent être plus élevés et la compensation peut couvrir tous les coûts effectivement supportés par l'entreprise ».

© LexisNexis SA