



7.6.1999  
DAJ  
mtp

## **Commentaires de l'UER au sujet du projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics**

L'Union Européenne de Radio-Télévision (UER) se félicite d'avoir l'occasion de présenter ses observations sur le projet de communication de la Commission. Les commentaires qui suivent concernent avant tout la portée qu'il est envisagé de donner à cette communication; il conviendrait, selon l'UER, de la délimiter avec plus de clarté et de rigueur.

### **Observation générale sur le champ d'application**

Le projet de communication entend couvrir une série de cas aussi divers que les *concessions* au sens traditionnel du terme, les formes plus récentes de *partenariats public-privé*, ou encore *les actes qui consistent à charger* une entreprise privée ou publique de fournir un *service d'intérêt économique général*.

Seraient ainsi englobées des problématiques aussi différentes que les concessions pour la collecte de déchets ménagers, les concessions d'aménagement et d'exploitation d'autoroutes, ou encore l'attribution à une entreprise publique d'une mission de service public.

On peut se demander ce que tous ces cas ont en commun, et ce qui justifierait qu'on les réunisse du point de vue des marchés publics.

Premièrement, tous ces aspects procèdent d'"actes étatiques" très différents. Il faut distinguer les concessions portant sur l'usage d'infrastructures ou d'autres ressources publiques, des partenariats public-privé pour la mise en place d'infrastructures. A leur tour, ces deux notions doivent être différenciées des actes par lesquels une entreprise est chargée de fournir un service d'intérêt économique général. Enfin, parmi ces derniers, charger une institution *publique* d'un service d'intérêt économique général et confier ce service à une entreprise privée ou mixte sont deux actes différents.

Deuxièmement, il y a de grandes différences entre les situations si l'on considère la nature des ressources publiques utilisées, le volume de l'investissement privé et le caractère des intérêts économiques généraux qui sont en jeu.

Troisièmement, on observe d'un secteur à l'autre d'importantes différences qui ne se ramènent pas à celles que nous avons déjà mentionnées. Par exemple, dans le secteur culturel, les objectifs politiques font souvent référence à l'identité ou à la diversité nationale/régionale, ce qui suppose une sorte de préférence culturelle, et à la qualité du contenu, notion difficile à définir ou à quantifier. En outre, dans le secteur des médias, il faut que certaines activités et décisions se distancient de l'Etat si l'on veut que la liberté d'expression et l'indépendance des médias soient respectées; c'est pour garantir ces principes qu'ont été créées des institutions spéciales autonomes.

La communication devrait recenser les secteurs que la Commission entend couvrir, mieux analyser les traits distinctifs des divers cas, ainsi que la nature particulière de certains secteurs.

Si, ensuite, on prend conscience de la grande variété suggérée ci-dessus des activités potentiellement couvertes par le projet de communication, *on doit se demander si, dans un objectif d'efficacité de la démarche de la Commission, le champ d'application ne doit pas être revu.*

### **Le cas de la radiodiffusion publique**

En ce qui concerne le service public de la radiodiffusion, deux questions doivent être distinguées.

La première question est celle de savoir si les radiodiffuseurs publics sont - ou non - liés par les règles des marchés publics et, notamment, par les directives sur les marchés publics, lorsqu'ils adjugent des marchés à des tierces parties. Cette question renvoie au rôle de "pouvoir adjudicateur"<sup>1</sup> des organismes publics de radiodiffusion. Pour éviter tout malentendu, nous souhaitons souligner d'emblée que les commentaires qui suivent (pas plus que le projet de communication lui-même, d'ailleurs) ne traitent pas de cette problématique. Nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'une autre question, sans rapport avec les concessions.

La seconde question vise à savoir si un acte par lequel un Etat confie une mission de service public à un radiodiffuseur, ou par lequel il définit les tâches d'un organisme public de radiodiffusion, devrait être couvert par les principes relatifs aux marchés publics énoncés dans la communication. Selon nous, la réponse à cette question ne peut être que négative. Cependant, bien qu'il soit fait référence au Protocole d'Amsterdam sur le système de radiodiffusion publique, le texte en projet ne lève pas toute ambiguïté à ce sujet<sup>2</sup>.

Il est donc souhaitable que la Commission clarifie le champ d'application et *déclare explicitement que tout acte étatique définissant, conférant ou organisant la mission de radiodiffusion de service public sort du champ d'application de la communication.*

---

<sup>1</sup> Au sens des directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics.

<sup>2</sup> Dans la dernière phrase du dernier alinéa du paragraphe 1.2, on lit que "les relations entre pouvoirs publics et entreprises publiques chargées de missions d'intérêt économique général sont, au contraire, visées par la présente communication". Et la note 14 à laquelle renvoie ce passage fait état du Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres annexé au Traité d'Amsterdam.

Les commentaires qui suivent visent à expliquer pourquoi une telle exclusion est à la fois justifiée et nécessaire. Les trois raisons principales en sont : préserver la cohérence de la notion de "concessions et formes analogues de partenariats public-privé", écarter l'application des règles des marchés publics des cas où elles n'ont pas lieu de l'être, respecter la compétence des Etats membres dans ce domaine.

### **1. La notion de "concessions et formes analogues de partenariats public-privé"**

L'acte de confier une mission de service public à un organisme public de radiodiffusion ne peut être considéré comme une "concession ou forme analogue de partenariat public-privé", si l'on part de la définition que propose la Commission<sup>3</sup>. On constate en effet que cet acte, eu égard à la diversité des systèmes en vigueur dans les différents Etats membres, s'écarte selon les cas de l'un ou de plusieurs des critères suivants que la communication définit d'ailleurs elle-même :

#### **(a) Consentement préalable de la tierce partie**

On peut comprendre que les Etats membres qui, volontairement, ont choisi de créer un organisme de radiodiffusion pour remplir une mission de service public, n'attendent pas de ce dernier, qui serait alors "la tierce partie", un consentement préalablement à la prestation de ladite mission. Il est normal qu'un organisme public accomplisse les tâches dont il a été chargé par la loi.

#### **(b) Gestion du service relevant normalement de la responsabilité d'une autorité publique**

Bien que, dans plusieurs pays, certaines activités de radiodiffusion publique pourraient être considérées comme participant de l'exercice de l'autorité publique, la liberté d'expression et, en particulier, les exigences d'indépendance par rapport aux pouvoirs publics, impliquent une distanciation fondamentale entre la radiodiffusion (publique ou privée) et l'Etat.

En conséquence, l'Etat a la responsabilité de fournir un cadre juridique au secteur de la radiodiffusion, afin de garantir la liberté d'expression et notamment l'indépendance et le pluralisme des médias et de satisfaire aux exigences de communication de la société (besoins culturels, d'information, d'éducation et de divertissement). Les législateurs des Etats membres ont assumé cette responsabilité de deux manières complémentaires :

- en créant des organismes de radiodiffusion publique indépendants, et
- en mettant en place un cadre pour la radiodiffusion commerciale privée.

Toutefois, il ne revient pas à l'autorité publique de gérer l'activité de radiodiffusion elle-même.

---

<sup>3</sup> Dernier alinéa du paragraphe 1.2.

(c) Risque d'exploitation censé être assumé pour l'essentiel par la tierce partie

Le critère de "l'essentiel du risque d'exploitation" présuppose qu'un tiers assume l'essentiel du risque (financier) lié à l'"exploitation" du service en question. Ceci n'est pas le cas de la radiodiffusion publique dans la forme d'organisation que lui ont donnée les Etats membres.

Les Etats membres ne font pas porter à des tiers le risque financier lié à la fourniture de services de radiodiffusion publique ; au contraire, ils continuent d'assurer le financement de cette radiodiffusion afin de lui permettre de remplir sa mission. Le financement public est un trait caractéristique de la radiodiffusion publique, qui la distingue de la radiodiffusion commerciale.

Parler de faire porter l'essentiel du risque d'exploitation à un tiers n'a pas de sens lorsque la "tierce partie" en question est une entreprise du secteur public qui n'est pas orientée vers le profit et qui reçoit des fonds publics.

## 2. Les principes régissant les marchés publics ne sont pas pertinents

Le fait de conférer une mission de service public à une institution publique ne relève pas des marchés publics.

Tout d'abord, comme l'a souligné à juste titre la Cour de justice des Communautés européennes<sup>4</sup>, l'objectif des règles des marchés publics est "d'exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs", et non de protéger les concurrents des "organismes de droit public"<sup>5</sup>, qui fournissent des services d'intérêt économique général. A ce niveau, ce sont les règles de concurrence du Traité CE qui doivent s'appliquer (en particulier l'article 86 (ancien article 90)).

Ensuite, l'application des principes des marchés publics à l'acte par lequel un organisme de radiodiffusion est chargé d'une mission de service public serait susceptible d'entraver l'accomplissement de la mission publique dans le secteur de la radiodiffusion.

Les Etats membres ont établi les organismes publics de radiodiffusion, en tant qu'institutions publiques, sur une base permanente et leur ont attribué certaines caractéristiques structurelles devant leur permettre de remplir efficacement leur mission de service public. Parmi ces caractéristiques figurent notamment des sauvegardes structurelles visant non seulement l'indépendance et le pluralisme interne, mais aussi la stabilité et la transparence financières ainsi que la responsabilité et le contrôle<sup>6</sup>. En règle générale, les organismes de radiodiffusion publique ne sont pas des entreprises à but lucratif, ils sont indépendants des autorités gouvernementales, sont principalement en mains publiques, sont financés par des fonds

<sup>4</sup> Voir l'arrêt de la Cour du 10 novembre 1998 dans l'affaire C-360/96, Arnhem (paragraphe 42 et 45 des considérants).

<sup>5</sup> Au sens large et pratique tel que défini dans l'article 1(b) de la directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Cela comprend également certaines entités privées qui bénéficient d'un financement public.

<sup>6</sup> Voir, par exemple, la Recommandation du Conseil de l'Europe No. 1(97) sur la garantie d'indépendance de la radiodiffusion du service public.

publics et soumis à contrôle public. Des organes de contrôle autonomes, de composition souvent pluraliste, revoient régulièrement la politique de programmes, celle-ci étant constamment alignée sur les besoins de la société. Grâce à cette procédure, la mission de service public peut être menée à bien de manière efficace et évolutive.

Remplacer ces structures par un système d'adjudications périodiques ouvertes à des opérateurs commerciaux pour assumer des obligations de service public supprimerait ces garanties sans en offrir d'autres équivalentes.

Le modèle de "l'institution publique" peut être considéré comme une solution qui réconcilie la nécessaire indépendance à l'égard de l'influence de l'Etat et des intérêts commerciaux, d'une part, et l'accomplissement effectif de la mission de service public, d'autre part. Bien que le modèle de "l'adjudication publique" puisse être une option théoriquement envisageable, celle-ci serait confrontée, entre autres, aux difficultés suivantes :

- la mission de service public de la radiodiffusion est globale et complexe, elle ne renvoie pas seulement à la production et à la transmission des programmes, mais également à leur programmation ; elle ne peut être morcelée en programmes isolés ;
- tout système d'adjudication géré par l'Etat pour la fourniture de certains programmes est susceptible d'entamer la liberté éditoriale et d'imposer à la programmation un degré de rigidité, alors que les besoins évolutifs de la société exigent une flexibilité accrue ;
- dans la mesure où la mission de service public entrera souvent en conflit avec des intérêts commerciaux (à titre d'exemple, la diffusion d'un programme plus exigeant diminue l'audience d'autres programmes également), de lourds mécanismes de contrôle seraient nécessaires pour garantir qu'une entreprise commerciale remplisse effectivement sa mission ;
- de tels mécanismes de contrôle, cependant, ne seraient ni recommandés, ni praticables : aux difficultés de mesurer objectivement la "qualité" ou le "pluralisme" et de superviser un nombre croissant de services de programmes dans un environnement numérique, s'ajoute le fait que des mécanismes de contrôle interventionnistes seraient incompatibles avec l'indépendance et l'autonomie de programmation.

En outre, certains principes développés dans la communication, tels que l'égalité de traitement (y compris l'interdiction d'une discrimination - directe ou indirecte - fondée sur la nationalité) entraîneraient évidemment quelques difficultés s'ils étaient appliqués à un modèle d'adjudication de marchés publics dans le domaine de la radiodiffusion. Par exemple, sachant que la mission de service public est liée aux besoins effectifs de la société dans une région ou dans un pays spécifique, il est évident qu'un radiodiffuseur ayant d'étroits liens avec cette société est le mieux à même de remplir la mission en question. Une préférence culturelle et régionale semblerait donc naturelle, et la "discrimination" à l'encontre des concurrents des autres Etats membres serait quasi inévitable. C'est pourquoi il est difficile de voir comment

les principes relatifs aux marchés publics pourraient prendre en compte, voire améliorer le fonctionnement du Marché unique européen s'agissant de la mission de service public de la radiodiffusion<sup>7</sup>.

### **3. La compétence des Etats membres doit être respectée**

Le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres, annexé au Traité d'Amsterdam, est entré en vigueur le 1er mai 1999. Il reconnaît et confirme la compétence de chaque Etat membre pour conférer, définir et organiser la mission de service public de la radiodiffusion et pourvoir au financement public pour que cette mission puisse être remplie<sup>8</sup>. Il reconnaît également que le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres est directement lié aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias. On comprendra que l'acte de conférer une mission de service public est au cœur même d'un tel système. C'est à chaque Etat membre, par conséquent, qu'il appartient d'organiser son système de radiodiffusion publique de la manière la mieux adaptée aux besoins de sa société et, entre autres, de choisir entre la création d'un organisme et le recours à des appels d'offres.

En conséquence, l'attribution d'une mission de service public à un organisme de radiodiffusion entre dans la sphère de compétence exclusive des Etats membres. La Commission européenne irait à l'encontre de ce principe si elle subordonnait cette procédure d'attribution de mission à une politique d'appels d'offres ouverts ou à d'autres procédures de marchés publics.

### **Conclusion**

Indépendamment des préoccupations générales suscitées par la portée particulièrement large de la communication, l'UER suggère qu'il soit précisé explicitement, pour les raisons exposées ci-dessus, que la communication ne couvre pas les actes qui consistent à définir, conférer et organiser la mission de service public de la radiodiffusion conformément au Protocole d'Amsterdam sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres.

---

<sup>7</sup> Le besoin de respecter l'autonomie de programmation et les objectifs de politique culturelle énoncés par les Etats membres a également été reconnu par le législateur européen dans la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Cette directive exclut des règles relatives aux marchés publics les "marchés visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des marchés concernant les temps de diffusion."

<sup>8</sup> Ce Protocole s'inscrit d'ailleurs dans la continuité de la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice sur les exceptions à la libre prestations des services, qui a reconnu que les Etats membres conservent la compétence de réglementer, par exemple, en matière de politique culturelle et de protection du pluralisme des médias.