



## **Contribution de l'UTP relative à la révision par la Commission européenne des lignes directrices interprétatives du Règlement OSP (1370/2007)**

En réponse à la consultation initiée par la DG MOVE sur la révision des lignes directrices interprétatives de 2014<sup>1</sup> du Règlement OSP 1370/2007 (relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route<sup>2</sup>) auprès des associations européennes du secteur, dont l'Union Internationale des Transports Publics (UITP), l'Union [française] des Transports Publics et ferroviaires (UTP) souhaite insister sur les importantes clarifications et précisions qu'il est indispensable de recevoir de la part de la Commission européenne eu égard au présent projet de lignes directrices révisées. L'UTP formule ses principales observations détaillées dans le présent document.

### **Quelques mots sur l'UTP**

L'UTP est l'organisation professionnelle du transport public urbain, des entreprises ferroviaires (fret et voyageurs) et des gestionnaires d'infrastructure en France. L'UTP représente près de 200 entreprises soit l'équivalent de 260 000 salariés répartis sur le territoire français.

Dans le transport urbain, l'UTP représente près de 170 entreprises, soit l'équivalent de 100 000 salariés. Certaines entreprises sont liées à des groupes de transport comme Keolis, Groupe RATP, Transdev, Vectalia France. D'autres sont des entreprises privées sans lien avec un groupe de transport ou des entreprises relevant de l'économie publique locale (régies EPIC, SPL).

Depuis 2006, l'UTP fédère également les entreprises ferroviaires, soit l'équivalent de 160 000 salariés en France. Il s'agit notamment d'Agencia, Arriva, CargoBeamer, CFTA, Colas Rail, DB Cargo France, Europorte, Eurostar, groupe RATP, Keolis, Objectif OFP, Railcoop, RRT PACA, SNCF, SNCF Fret, SNCF Gares & Connexions, SNCF Voyageurs, Thalys International, TRENITALIA France, Transdev, Transdev Rail Bretagne, VFLI. Depuis janvier 2013, l'UTP accueille également des gestionnaires d'infrastructure (LISEA, SNCF Réseau) et incarne par conséquent l'unité de la branche ferroviaire en France.

### **Avant-propos : pourquoi il est urgent de favoriser les transports publics et ferroviaires**

Chaque jour, des millions de Français et d'Européens utilisent les transports publics et ferroviaires pour aller travailler, étudier, se soigner, faire des achats, faire des démarches administratives, se retrouver, se cultiver, se distraire ou découvrir d'autres territoires. En plein cœur d'une crise sanitaire qui a chamboulé leurs vies et leurs habitudes, ces derniers restent plus que jamais attachés à leurs transports publics et ferroviaires. Pourquoi ?

<sup>1</sup> Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (JO C 92 du 29.3.2014, p. 1-21).

<sup>2</sup> Règlement (CE) N° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifié par le Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016, en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer.

➤ **Parce qu'ils préservent la planète**

Comment ne pas penser à la dernière mise en garde des experts du GIEC sur le réchauffement climatique, aux conséquences mortelles de la pollution sur la santé (48 000 morts par an en France<sup>3</sup>) ou à l'impact environnemental, social et économique catastrophique de la congestion routière (270 milliards d'euros par an dans l'UE<sup>4</sup>) ?

Alors même que le transport est l'activité qui contribue le plus aux émissions de gaz à effet de serre (GES) de la France (avec 31 % des émissions<sup>5</sup> en 2019) et qu'il est le seul secteur qui n'a pas réduit ses émissions depuis 1990, il est impératif de favoriser résolument les transports publics et ferroviaires, seuls modes capables de transporter au quotidien des millions de voyageurs et de tonnes de marchandises tout en préservant la planète.

➤ **Parce qu'ils participent chaque jour à la cohésion sociale et territoriale**

En connectant les régions, en demeurant parfois le dernier des services publics présents sur certains territoires, et en restant accessibles à tous, les transports publics et ferroviaires contribuent chaque jour à un aménagement plus équilibré du territoire.

Dans un contexte d'envolée des prix des carburants qui pèse sur le pouvoir d'achat des ménages, les transports publics et ferroviaires, par la modicité du prix payé par les voyageurs, constituent par ailleurs une réponse efficiente aux besoins de mobilité à moindre coût.

➤ **Parce qu'ils concourent au développement économique des territoires et génèrent partout en France et en Europe des emplois pérennes et non-délocalisables**

Les transports publics et ferroviaires sont un élément majeur du dynamisme économique. Des territoires entiers ont pu se développer en étant connectés. Par ailleurs, le transport ferroviaire de marchandises répond aux enjeux de compétitivité de notre agriculture et de nos entreprises industrielles et les aide à relever le défi de la lutte contre le changement climatique.

Les transports publics et ferroviaires, c'est aussi en soi un secteur économique phare, un vivier d'emplois pérennes et non-délocalisables, un véritable vecteur d'innovations au cœur d'une filière industrielle stratégique. A elle seule la branche ferroviaire génère 160 000 emplois directs<sup>6</sup>.

Ces atouts majeurs des transports publics et ferroviaires ont été encore récemment reconnus par les Institutions européennes. Ainsi, eu égard aux transports urbains, la Commission européenne a affirmé en décembre 2021 dans son *Nouveau cadre européen pour la mobilité urbaine* que « le transport public – que ce soit par rail urbain, métro, tramway, bus, ferry ou téléphérique – représente la manière la plus sûre, la plus efficace et la plus durable de faire se déplacer un grand nombre de personnes » et qu'il assure également une « offre de mobilité abordable et inclusive qui favorise la cohésion sociale et le développement économique local ». Quant au transport ferroviaire extra-urbain, les 27 Etats-membres, dans des Conclusions du Conseil de l'UE au titre très explicite (*Placer le rail au premier plan d'une mobilité durable et intelligente*), ont rappelé en juin 2021 que « le transport ferroviaire n'est responsable que de 0,4 % des émissions de CO2 dues aux transports, bien qu'il représente 8 % du transport de passagers et 19 % du transport de marchandises en Europe. Pour cette raison, un transfert modal des modes de transport à forte intensité de carbone vers le rail est probablement le moyen le plus efficace de décarboner le secteur des transports sur de grandes portions du territoire de l'Union ».

---

<sup>3</sup> Rapport d'information du Sénat sur la lutte contre la pollution de l'air, 2018.

<sup>4</sup> *Mobilité urbaine durable dans l'UE : pas d'avancée réelle sans l'engagement des Etats-membres*, Rapport spécial de la Cour des Comptes Européenne, 2020.

<sup>5</sup> *Rapport Secten, traitement SDES*, CITEPA, 2021.

<sup>6</sup> Bilan Social urbain et Bilan social ferroviaire UTP, RATP.

## Une révision « ciblée » pour assurer la sécurité juridique du Règlement OSP modifié et sa bonne interprétation en Europe

Dans la continuité de sa Position adoptée à la suite de la publication de la *Stratégie européenne pour une mobilité durable et intelligente*<sup>7</sup> et de sa contribution à l'étude récemment menée sous l'égide de la Commission européenne sur la mise en œuvre du Règlement OSP<sup>8</sup>, l'UTP souhaite souligner tout particulièrement l'importance de **garantir désormais la stabilité des dispositions du Règlement OSP** tel que modifié en 2016, dans le cadre du 4<sup>ème</sup> Paquet ferroviaire.

### **Le Règlement OSP, pierre angulaire de la législation européenne pour les services de transport public terrestre : un besoin impérieux de stabilité juridique**

Adopté en 2007, le Règlement OSP fixe les conditions dans lesquelles les Autorités Organisatrices (AO) compétentes peuvent organiser la fourniture de services de transport public de voyageurs de qualité, en adéquation aux enjeux territoriaux d'aujourd'hui, en leur permettant de fixer des obligations de service public. À cette fin, le Règlement prévoit, d'une part, les conditions dans lesquelles ces AO peuvent confier l'exécution de telles obligations, dans le respect des règles de concurrence, et d'autre part, les modalités selon lesquelles elles peuvent octroyer une compensation aux opérateurs de service public en contrepartie des coûts supportés en raison des obligations de service public dont l'exécution leur est confiée. **Ce Règlement constitue donc la pierre angulaire de la législation européenne sur les services de transport public terrestre, qu'ils soient routiers ou ferroviaires, tous modes confondus.**

Ainsi, comme le souligne l'introduction de la Communication de la Commission européenne sur les lignes directrices interprétatives du Règlement OSP (Communication du 29 mars 2014), **le Règlement n° 1370/2007 dit OSP est capital pour l'organisation et le financement des services publics de transport par bus, tramway, métro et train** dans les Etats-membres. L'application cohérente et correcte de ses dispositions est fondamentale sur le plan économique et politique. L'existence d'un secteur des transports publics performant est capitale pour assurer une politique sociale, économique et environnementale efficace.

L'UTP s'est d'ailleurs toujours beaucoup impliquée sur ce texte dans l'objectif d'accompagner le développement des services publics et l'ouverture des marchés. Alors même que ce Règlement a fait l'objet d'importantes modifications en 2016, le secteur en Europe a désormais besoin d'une **forte stabilité, notamment juridique**, pour mettre en œuvre cette ouverture du marché aussi bien au niveau des transports urbains que ferroviaires. **Ce besoin de stabilité est d'autant plus prégnant pour les transports publics urbains et ferroviaires dans le contexte sanitaire actuel** (compte tenu de la baisse de fréquentation qui en résulte).

L'UTP rappelle qu'elle est satisfaite des dispositions actuelles du Règlement OSP, jugées équilibrées et efficaces afin de tenir compte de la grande diversité des modèles d'organisation des services publics urbains et ferroviaires par les différents Etats-membres, dans le **respect des principes de subsidiarité** et de **libre administration des collectivités territoriales** qui permettent aux Autorités Organisatrices de la Mobilité de librement choisir leur mode de gestion.

<sup>7</sup> Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions : Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir du 9 décembre 2020.

<sup>8</sup> Étude sur la mise en œuvre du règlement (CE) n° 1370/2007 et sur l'évolution de la fourniture de services de transport public de voyageurs, conformément à l'article 11 du Règlement OSP. Contribution UTP transmise le 20 septembre 2021 au consortium Grimaldi, VVA, et Waves-tone.

## La révision des lignes directrices : une opportunité pour sécuriser la bonne mise en œuvre du Règlement OSP modifié

Même si ce document n'a **qu'une simple portée interprétative** et **ne peut donc créer de nouvelles règles de droit**, la future Communication de la Commission européenne, annoncée d'ici la fin du premier semestre 2022, pourra utilement apporter aux Autorités Organisatrices compétentes, comme aux opérateurs de transports urbains et ferroviaires, certains éléments de clarification bienvenus du Règlement en vigueur.

Comme développé par la Commission européenne en introduction dans son projet de lignes directrices révisées, l'UTP soutient l'ambition de la Commission d'assurer **une bonne mise en œuvre, à droit constant, du cadre législatif existant**. Il est vrai que le Règlement OSP a été modifié en 2016, notamment pour étendre le principe de la mise en concurrence des services publics au secteur ferroviaire ; principe déjà transposé en France par la loi portant *Nouveau pacte ferroviaire* de 2018 et par ses textes d'application. Cette modification constitue une évolution substantielle des modes d'organisation des services publics ferroviaires dans les différents Etats-membres. Il est donc cohérent que la Commission européenne souhaite actualiser les lignes directrices actuelles sur ce point.

A cet égard, l'UTP considère que certains nouveaux paragraphes introduits dans le projet apportent des précisions utiles concernant les marchés ferroviaires, s'agissant notamment des services de transport public internationaux en application de l'article 1(2) du Règlement OSP<sup>9</sup>.

De la même manière, les nouveaux paragraphes relatifs à l'interprétation de l'article 5 du Règlement OSP sur l'attribution des contrats de service publics sont également opportuns pour permettre aux Autorités Organisatrices compétentes en Europe d'assurer la transparence des procédures engagées et la qualité des pièces des dossiers de consultation.

Plus largement, l'UTP souligne l'intérêt des précisions apportées au point 2.1.5 des lignes directrices proposées<sup>10</sup> (*Multimodal public service obligations*). La Commission soutient ainsi une approche multimodale du service public respectant les principes du Règlement OSP et devant permettre d'assurer la promotion d'exigences environnementales durables.

L'UTP observe en outre que ce projet est également l'occasion de prendre en compte pour certaines dispositions dudit Règlement les récents apports de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) intervenus depuis la publication des lignes directrices initiales de 2014. Ces compléments sont les bienvenus dans la mesure où ils participent à renforcer la sécurité juridique des procédures de passation des contrats par les Autorités Organisatrices compétentes mais aussi par les opérateurs de transports urbains et ferroviaires directement intéressés à l'interprétation de ce texte et *in fine*, la bonne mise en œuvre du Règlement OSP modifié.

## La nécessité d'apporter d'importantes clarifications et précisions au projet de lignes directrices révisées pour accompagner, à droit constant, les ambitions fortes attachées au développement des transports publics et ferroviaires en Europe

S'agissant d'un texte fondateur de la législation européenne pour les services de transport public terrestre, l'UTP estime, en l'état, que **d'indispensables clarifications et ajustements doivent être apportés au présent projet de lignes directrices révisées afin de garantir une bonne mise en œuvre, à droit constant, du cadre législatif existant**.

<sup>9</sup> Cf. Point 2.1.3. Article 1(2). *Application of Regulation (EC) No 1370/2007 to international public transport services*, p. 4 à 5 du projet.

<sup>10</sup> Cf. Point 2.1.5. Article 1(2). *Multimodal public service obligations*, p. 5 du projet.

Selon l'UTP, ces clarifications auraient en outre le mérite d'accompagner les ambitions fortes attachées au développement des transports publics et ferroviaires en Europe dans le cadre de la politique du *Green Deal*, en lien avec les récentes Communications de la Commission européenne pour le rail et la mobilité urbaine.

### Une définition des Obligations de Service Public à clarifier

Ce projet prévoit de nouveaux développements dans la partie consacrée à la définition de la nature et de l'étendue des obligations de service public et de la portée des contrats de service public<sup>11</sup>. L'UTP estime que **l'analyse de la Commission européenne porte atteinte au rôle essentiel et au large pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes** (qu'elles soient nationales, régionales ou locales) **dévolus par le Règlement OSP** pour définir l'opportunité de fixer des obligations de service public et en déterminer leur contenu. **Ce faisant, cette analyse n'affecte pas seulement les Autorités Organisatrices, elle crée également une insécurité juridique forte pour les opérateurs de transport public, dès lors que les contrats qu'ils auraient remportés – pourtant à la suite d'une procédure de mise en concurrence équitable – pourraient être remis en cause parce que le bien-fondé des obligations de service public mis à leur charge dans ces contrats serait discuté.**

L'UTP relève ainsi que la Commission européenne, pour justifier l'obligation qu'auraient les Autorités Organisatrices de démontrer l'existence d'un besoin en transport à couvrir par la mise en place d'obligations de service public en raison de l'insuffisance de services privés commerciaux sur leur territoire, se fonde en réalité sur différents jugements du Tribunal européen applicables à d'autres secteurs d'activité que le transport terrestre.

Il s'agit en particulier du cas spécifique de dessertes maritimes en coexistence avec des services commerciaux<sup>12</sup> ainsi que du mécanisme d'égalisation des risques pour les prestataires privés d'assurance maladie<sup>13</sup>. Ces deux contentieux sont liés à la mise en œuvre du régime général des aides d'Etat défini par les dispositions de l'article 106 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) et de la Communication « SIEG »<sup>14</sup> interprétées par la jurisprudence « Altmark » qui imposent effectivement de devoir justifier de ce besoin.

Or il est important de rappeler que **le Règlement OSP constitue une *lex specialis* sur une base juridique distincte, en l'occurrence le titre VI du TFUE (art. 93), ce qui justifie notamment l'inapplication des dispositions et de la jurisprudence précitées dans les cas où des compensations sont versées pour des obligations de service public dans le domaine des transports terrestres.**

Au demeurant, les considérants du Règlement OSP précisait que « *l'organisation des services publics de transport de voyageurs par voie navigable ou, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par une législation communautaire spécifique, par voie maritime nationale est donc soumise au respect des principes généraux du traité, sauf si les Etats-membres choisissent d'appliquer le présent Règlement [ROSP] à ces secteurs spécifiques* », ce qui conforte l'inapplicabilité de la jurisprudence du Tribunal précitée sur les dessertes maritimes aux services de transport terrestres, qui eux sont justement soumis à une législation communautaire spécifique que constitue le Règlement OSP.

<sup>11</sup> Cf. Point. 2.2.3. Article 2 point (e) and Article 2a. *Definition of the nature and extent of public service obligations and of the scope of public service contracts*, p. 7 à 10 du projet.

<sup>12</sup> Jugement du 1<sup>er</sup> mars 2017, Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) c/ Commission européenne, T-454/13, EU : T :2017:134.

<sup>13</sup> Judgment of the General Court of 12 February 2008, *BUPA and Others v Commission*, T-289/03, EU: T:2008:29, para 168.

<sup>14</sup> Communication de la Commission sur *l'Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public*, JOUE C 8/15 du 11 janvier 2012.

**Cette spécificité, qui est déjà reconnue dans les lignes directrices actuelles de 2014 (conformément au Règlement OSP), est absolument essentielle pour notre secteur et doit donc être préservée. En effet, les obligations de service public dans ce domaine n'ont pas seulement pour objet de satisfaire un besoin des utilisateurs mais aussi d'influencer leurs comportements en vue de les inciter à utiliser des modes de transport répondant à des enjeux de développement durable et d'aménagement du territoire notamment.**

En outre, à la différence, d'une part, des transports ferroviaires, pour lesquels il est prévu un libre accès à l'infrastructure accordé aux entreprises ferroviaires dans des conditions non-discriminatoires et transparentes, et d'autre part, des services maritimes, pour lesquels le Règlement (CEE) 3577/92 sur le cabotage maritime consacre le principe de libre prestation des services de cabotage maritime dans l'Union, l'UTP rappelle que, conformément à la législation nationale des Etats-membres, **les autres services publics de transport terrestre peuvent ne pas être mis en concurrence avec des services commerciaux, ce qui est le cas en France des transports publics urbains.** Aussi, l'UTP estime que cette précision doit être clairement confirmée par la Commission européenne tout au long de son analyse portant notamment sur l'évaluation ex-ante de la demande de services de transport public et l'analyse de l'échec du marché, d'autant que lors des échanges qui se sont tenus entre l'UTP et les services de la DG MOVE le 12 janvier dernier, cette dernière a semblé confirmer qu'elle partageait cette analyse. **Le caractère inopérant de l'analyse de l'échec du marché pour le cas du transport public urbain devra également être formellement confirmé.**

A cet égard, l'UTP souhaite tout particulièrement mettre en exergue les **difficultés posées par la justification préalable de la demande de service public de transport.**

Le paragraphe 2.2.3 (*ex ante assessment of the demand for public services*) des nouvelles lignes directrices proposées risque d'introduire une nouvelle obligation procédurale difficile à appréhender par les Autorités Organisatrices de la Mobilité et les opérateurs. **La justification préalable de la nécessité de mise en place d'un service public ne nous semble pas pouvoir procéder de la seule demande des usagers, mais relève de la politique des transports telle que définie par les Autorités Organisatrices de la Mobilité.**

L'introduction de nouveaux paragraphes aux lignes directrices pourrait laisser croire que les Institutions européennes prennent l'initiative de créer une étape réglementaire supplémentaire au titre de la procédure de passation des contrats de concession de service public, celle-ci consistant pour les Autorités Organisatrices de la Mobilité à devoir démontrer l'existence d'une demande réelle de création d'un service public. Cette étape de justification ou de motivation préalable n'est pas requise par le texte du Règlement OSP, lorsqu'il s'agit d'engager une procédure de mise en concurrence ou de passation d'un contrat de service public. Il est seulement prévu que les spécifications du service soient cohérentes avec les objectifs stratégiques fixés dans la politique en matière de transports publics. Cette procédure est donc créatrice de nouvelles obligations. Il ne s'agit pas que d'interpréter le texte.

S'il était confirmé, ce nouveau dispositif risquerait donc de générer des recours et autres actions contentieuses de la part de tiers qui auraient intérêt à contester l'existence d'un tel service public (notamment pour développer leurs propres offres de services non régulés).

En outre, les Autorités Organisatrices de la Mobilité ne disposent pas d'indications ou d'approches méthodologiques sur le sujet, tandis que l'exigence de réévaluation de la nécessité du service public, pendant toute la durée du contrat fait peser un risque de contestation sur plusieurs années d'exécution contractuelle, ce qui n'est pas admissible au titre de la sécurisation des procédures et de la stabilité des engagements pris.

Cette obligation qui ne résulte pas des textes initiaux pourrait enfin avoir pour effet de dissuader certaines Autorités Organisatrices de la Mobilité de s'engager dans un processus de contractualisation afin de confier des missions de service public de transport.

L'UTP rappelle également qu'elle est fortement attachée à **l'approche globale et à l'optimisation économique des contrats de service public à l'échelle d'un réseau**, seule approche qui puisse permettre d'assurer cohérence et continuité du service rendu aux passagers.

L'UTP demande en outre des éclaircissements quant aux nouvelles dispositions au point 2.2.5 sur la durée des contrats de service public et les conditions dans lesquelles une prolongation jusqu'à 50% de la durée du contrat de service public peut être accordée. Plus précisément concernant la prise d'effet de la « durée du contrat » qui débute, selon les nouvelles lignes directrices proposées par la Commission, « à partir du début d'exploitation effective » et non à compter de l'attribution / signature du contrat ». Cette lecture nous semble très étonnante sur l'aspect juridique puisque des obligations contractuelles sont susceptibles d'exister bien avant le début de la phase d'exploitation.

Par souci de pédagogie, l'UTP souhaite que la Commission européenne mentionne plus précisément la **variété des investissements ou travaux** susceptibles d'être demandés aux opérateurs au cours de la période de mobilisation et qui devront être **compensés par l'Autorité Organisatrice compétente, dans le cadre d'une mission globale de service public**. Ainsi, il convient de faire explicitement référence, par exemple, aux investissements liés à la transition énergétique ou à l'intégration de missions de gestionnaire d'infrastructure ou d'installations de service pour certaines lignes ferroviaires (lignes ferroviaires d'intérêt régional non stratégiques, lignes régionales à faible trafic gérées par une autre entité que le gestionnaire d'infrastructure). En effet, si ces investissements préparatoires sont réalisés avant l'exécution effective des services publics de transport, ils ont un impact bien réel sur les coûts d'exploitation et l'économie totale du contrat.

#### **Une analyse de la compensation pour service public à clarifier**

**L'UTP ne partage pas l'analyse de la Commission européenne relative aux surcompensations et aux contrôles ex-post** lorsqu'elle entend étendre ses contrôles aux contrats de service public mis en concurrence.

En effet, les mécanismes définis dans l'annexe du Règlement OSP ne doivent s'appliquer qu'aux contrats de service public faisant l'objet d'une attribution directe et aux règles générales, conformément à l'article 6§1 du Règlement OSP.

Les dispositions proposées relatives aux contrats attribués sur la base d'un appel d'offres concurrentiel<sup>15</sup> doivent être clarifiées dans la mesure où la Commission européenne semble indiquer qu'une procédure d'attribution concurrentielle d'un contrat de service public n'exclurait plus la surcompensation.

Cette analyse est pourtant en contradiction avec le principe général selon lequel une attribution concurrentielle d'un contrat de service public implique que le prix payé par l'autorité compétente est au moindre coût pour la collectivité, la surcompensation étant exclue par défaut.

**Ce principe général** résulte des dispositions combinées des articles 6§1 et 9 du Règlement OSP et **doit être préservé et clairement mis en évidence dans les futures lignes directrices**, et ce afin de lever toute incertitude quant au respect des exigences du Règlement liées à l'application de l'exemption de l'obligation de notification préalable.

De la même manière, **les dispositions concernant la surcompensation et les contrôles ex-post<sup>16</sup> doivent être clarifiées**, dans la mesure où les mécanismes définis dans l'annexe du Règlement OSP ne s'appliquent qu'aux contrats attribués directement et aux règles générales et ne peuvent être étendus aux contrats de service public mis en concurrence. Par ailleurs, le Règlement OSP n'impose pas actuellement de contrôles ex-post, même pour les contrats attribués directement.

<sup>15</sup> Cf. point 2.5.1 du projet: Contracts awarded on the basis of a competitive tender, p. 25-26.

<sup>16</sup> Cf. point 2.5.3 du projet : Overcompensation – ex post checks, p. 26.

L'UTP s'étonne également de la référence aux « coûts directement encourus par les obligations de service public », comme base des mécanismes de récupération d'une compensation induite sans inclure le bénéfice raisonnable.

L'UTP relève par ailleurs que **les dispositions proposées relatives à la notion de « bénéfice raisonnable »<sup>17</sup> nécessitent aussi des clarifications** dans la mesure où la Commission européenne fait de nouveau référence, sans que cela soit fondé, à :

- la Communication SIEG précitée qui semble introduire une analyse sur la base du 4<sup>ème</sup> critère « Altmark »<sup>18</sup>, non conforme à l'annexe du Règlement OSP qui établit clairement et volontairement une méthode de calcul différente de celle qui résulterait de l'application de ce critère jurisprudentiel ;
- à l'annexe du Règlement OSP sans circonscrire son application aux seuls contrats faisant l'objet d'une attribution directe et aux règles générales. L'UTP rappelle, en effet, que cette annexe ne s'applique pas aux contrats mis en concurrence.

**Par sécurité juridique, l'UTP recommande donc vivement de réintroduire les dispositions des lignes directrices actuelles de 2014 en la matière.** Les dispositions actuelles mentionnent en effet à plusieurs reprises que « *la Communication de la Commission sur l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations accordées pour la fourniture de services d'intérêt économique général (dite communication SIEG) repose sur une base juridique différente de celle du Règlement (CE) n° 1370/2007 et n'est donc pas applicable dans les cas où des compensations sont versées pour des obligations de service public dans le domaine des transports terrestres* ».

#### **Autres points d'attention pour la profession**

- **Conditions dans lesquelles un contrat de service public peut être directement attribué à un opérateur interne (point 2.4.1.) :**

L'UTP s'étonne que la Commission européenne fonde son analyse du point IV non sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) mais sur les conclusions d'un Avocat Général, alors que la Cour ne s'est pas prononcée sur ce point dans sa décision du 21 mars 2019, C-350/17 et n'a donc pas validé la question de savoir si l'attribution directe d'un contrat serait remise en cause parce que l'opérateur interne aurait répondu à un appel d'offres sur un autre territoire.

L'UTP s'en étonne d'autant plus que la Commission européenne fait le choix de ne pas retenir toute l'interprétation de l'Avocat Général dans cette affaire en ne retenant que ce point. Elle n'évoque en effet pas l'analyse consistant à considérer que « *l'article 8, paragraphe 3, du Règlement n° 1370/2007 doit être interprété en ce sens que l'article 5, paragraphes 2 et 3, de ce Règlement n'est pas applicable, pendant un délai de trente ans expirant le 3 décembre 2039, à un contrat visé à l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous b), dudit Règlement, et ce nonobstant le fait que ce contrat expire après le 3 décembre 2039.* » Selon l'Avocat Général, l'interdiction, pour un opérateur interne ou une entité sous son influence, de soumissionner à des appels d'offres sur d'autres territoires que celui sur lequel lui a été attribué directement un contrat d'exploitation ne s'applique pas aux opérateurs qui ont été bénéficiaires de droits de ligne avant l'entrée en vigueur du Règlement et qui relèvent de la période transitoire définie à l'article 8-3.

<sup>17</sup> Cf. point 2.5.4 du projet: The notion of « reasonable profit », p. 26-27.

<sup>18</sup> Dans l'arrêt rendu dans l'affaire Altmark, la Cour de justice a indiqué que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat pour autant que quatre critères cumulatifs soient remplis. Le quatrième indique que « 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 des moyens nécessaires, aurait encourus ».

- **Conditions dans lesquelles les Autorités Organisatrices peuvent attribuer directement un contrat de service public pour le rail en cas de caractéristiques structurelles et géographiques spécifiques du marché et du réseau et d'amélioration des performances (point 2.4.6.) :**

Le projet de lignes directrices ajoute une mention relative à la lecture restrictive qui doit être faite de cette hypothèse d'attribution directe, communément appelée « dérogation dite de performance ». Pour autant, l'UTP relève une souplesse relative à la « non-exhaustivité » de la liste des caractéristiques spécifiques qui permet de faire usage de cette exception. Cet ajout est de nature à créer une insécurité juridique du fait de son manque de cohérence avec la rédaction de l'article 5§4 bis du Règlement OSP. En revanche, l'aspect « significatif » de l'amélioration de service tel que mentionné<sup>19</sup> par la Commission européenne dans son projet n'est en réalité pas défini.

CONTACTS :

Florence Sautejeau  
Déléguée générale de l'UTP  
[fsautejeau@utp.fr](mailto:fsautejeau@utp.fr)  
+33 (0)1 48 74 73 67

Jean-Philippe Peuziat  
Directeur du Département  
Affaires publiques  
[jppeuziat@utp.fr](mailto:jppeuziat@utp.fr)  
+33 (0)1 48 74 73 49

Karine Maubert  
Chargée de Mission au sein du  
Département Affaires publiques  
[kmaubert@utp.fr](mailto:kmaubert@utp.fr)  
+33 (0)1 48 74 73 29

<sup>19</sup> Extrait p. 20 du projet: « *The second condition to be satisfied to justify a direct award under Article 5(4a) is that the contract must result in an improvement in quality of services or cost-efficiency compared to the previously awarded public service contract. Regulation (EC) No 1370/2007 does not specify the margin of the improvement, so it is up to the competent authority to decide on this. However, in order to prevent the circumvention of the obligation of Regulation (EC) No 1370/2007 and to ensure its useful effect, the improvement of services should be meaningful* ».