



FRANCE

**Contribution française à l'évaluation du
Paquet « Monti-Kroes » relatif aux aides d'Etat versées sous
forme de compensations de service public**

**Réponse à la consultation publique de la Commission
européenne**

Septembre 2010

Le traitement des *services d'intérêt général* est devenu l'un des sujets de préoccupations majeurs des autorités publiques et de l'ensemble des acteurs qui concourent à la mise en œuvre des services publics au sein de l'Union européenne. Cette question est abordée par plusieurs volets de l'action communautaire, en particulier la politique sociale, la politique de cohésion, les politiques de la concurrence et du marché intérieur. A l'occasion des multiples débats suscités par ce thème notamment depuis l'entrée en vigueur du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne le 1^{er} décembre 2009, la question de la cohérence de l'action communautaire au regard des besoins du service public, des citoyens, et des autorités publiques a été soulevée. Les règles communautaires ne doivent pas être ressenties comme source de confusion ou comme un obstacle à l'efficacité des services d'intérêt général mais doivent avant tout, valoriser et préserver ces services, essentiels à la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne mais aussi à sa compétitivité et à son attractivité.

C'est là le sens des nouveautés introduites par le **Traité de Lisbonne**. La combinaison de son article 14 et de son protocole n°26 sur les services d'intérêt général qui reconnaît l'importance de ces services parmi les valeurs communes de l'Union européenne, suscitent de multiples espoirs et réflexions sur la création au niveau européen d'un cadre juridique spécifique pour les services d'intérêt général. Ces dispositions combinées offrent en effet une nouvelle base juridique qui permettrait de fixer dans un nouvel acte les principes et les conditions de fonctionnement des services d'intérêt économique général (SIEG) afin d'en garantir la bonne exécution et la préservation. Toutefois, l'opportunité d'une telle initiative elle-même, n'est pas encore entièrement démontrée au regard notamment des diverses règles européennes déjà existantes en la matière. Selon la lettre de l'article 14 TFUE, cette disposition ne devrait pas avoir d'incidence sur les conditions d'application de l'ex-article 86§2 CE aujourd'hui article 106§2 TFUE qui constitue le fondement principal du régime juridique général des SIEG en droit européen. Se posera en outre la question de la coexistence d'un tel texte - dont la nature horizontale ou sectorielle soulève déjà de multiples interrogations - avec les règles actuellement applicables en matière d'aides d'Etat et avec les directives sectorielles relatives aux activités de réseaux adoptées dans le cadre du perfectionnement du marché intérieur (énergie, transports, services postaux, télécommunications, audiovisuel). En droit des aides d'Etat plus particulièrement, cette nouvelle disposition devrait encourager la Commission européenne à associer davantage ses partenaires institutionnels que sont le Parlement européen et le Conseil, dans une matière qui relève de ses compétences propres. Le débat européen sur les services d'intérêt général en serait enrichi.

Au **plan européen** en effet, la réflexion sur l'importance de ces services a été récemment relancée. En septembre 2009, le candidat à la Présidence de la **Commission européenne**, M. José Manuel Barroso, dans ses *orientations politiques pour la nouvelle Commission européenne* a exprimé le souhait de définir dans le cadre de son nouveau mandat « un cadre de qualité pour les services publics européens » en maintenant ainsi ouvert le débat. Le rapport du Professeur Mario Monti « *Une nouvelle stratégie pour le marché unique* » remis au Président Barroso le 9 mai 2010 consacre quant à lui, certaines réflexions à ce sujet. Il requiert notamment une adaptation des règles existantes en matière d'attribution et de financement des SIEG ainsi qu'une réflexion sur l'utilisation de l'article 14 du Traité pour d'éventuelles applications sectorielles.

Au sein du **Conseil**, des travaux importants sont menés par le groupe de travail dit « Groupe Spiegel » constitué au sein du Comité de la protection sociale pour analyser le cadre juridique applicable aux services sociaux d'intérêt général avec pour mandat d'analyser l'impact sur ces services des règles du marché intérieur et de la concurrence notamment celle du droit des aides d'Etat. A la suite des travaux menés durant la Présidence Française de l'Union européenne (2^{ème} forum sur les services sociaux d'intérêt général et adoption d'une feuille de route transmise à la Commission européenne), le **3^{ème} forum sur les services sociaux d'intérêt général** qui se tiendra au mois d'octobre 2010 durant la Présidence Belge permettra de poursuivre la réflexion sur l'amélioration du cadre juridique qui leur est applicable et la prise en compte de leurs spécificités par le droit européen.

Au **Parlement Européen**, un **intergroupe parlementaire sur les services d'intérêt général** réunissant les formations des différents groupes politiques et associant diverses parties prenantes a été créé afin d'examiner la question des services d'intérêt général à travers plusieurs consultations publiques couvrant la mise en œuvre de l'article 14 TFUE, dernièrement **l'évaluation du paquet « Monti-Kroes »** et bientôt, le droit des marchés publics et les mécanismes de coopération entre autorités publiques.

Dans le cadre de la nouvelle stratégie pour la croissance et l'emploi de l'Union européenne « **Europe 2020** » enfin, c'est l'importance de la contribution des services d'intérêt général à la relance du marché intérieur et au renforcement de la cohésion sociale et territoriale qui a été rappelée. Elle figure désormais dans les nouvelles lignes directrices intégrées pour l'action des Etats membres et de l'Union, validées par le Conseil européen du 17 juin 2010.

La consultation publique sur l'évaluation des règles encadrant la compatibilité des compensations d'obligations de service public lancée le 10 juin dernier et la réflexion sur leur évolution éventuelle revêtent dans ce contexte une importance toute particulière et la France souhaite que l'ensemble des préoccupations des autorités publiques, des citoyens et des opérateurs de SIEG soient relayées et entendues.

La contribution des autorités françaises à l'évaluation du paquet se fonde ainsi sur les multiples travaux de réflexion internes et l'expérience acquise au cours de ces premières années de mise en œuvre. Elle intègre les interrogations exprimées par les praticiens sur son application concrète notamment pour certains types de SIEG mais également les craintes formulées par la société civile et certains opérateurs de SIEG au regard de la logique économique qui le sous-tend. Elle inclut également les premières réflexions des autorités publiques quant à son adaptation et propose quelques pistes d'évolutions apparaissant envisageables.

Elle s'inscrit en outre dans la suite du rapport remis à la Commission le 3 mars 2009 sur la mise en œuvre en France de la décision du 28 novembre 2005 conformément à son article 8 et précise les premières pistes de réflexion ébauchées alors, qui portaient sur la cohérence entre les différents cadres juridiques qui s'imposent à l'action des pouvoirs publics, dont, au premier chef, les règles relatives aux aides d'Etat et le droit des marchés publics, la proportionnalité du cadre lui-même par rapport aux finalités recherchées et aux moyens humains et financiers dont disposent les autorités publiques et son caractère adapté à la multiplicité des services couverts par son champ d'application. Le rapport soulignait de ce point de vue qu'« en France la question concerne, outre les autorités nationales, quelques 37 000 collectivités publiques locales, plus de 60 000 opérateurs de services locaux de la vie quotidienne (habitat, santé et action sociale, culture, loisirs et sports, tourisme social, actions socio-éducatives et éducation populaire, gestion locale de l'environnement...) et se traduit par des centaines de milliers d'actes administratifs. ».

Le rapport insistait également tout particulièrement sur certaines préoccupations des collectivités territoriales concernant l'impact du droit des aides d'Etat lorsque des financements au bénéfice de SIEG de faible envergure ou de dimension très locale étaient en cause, ou lorsque des doutes pouvaient être soulevés quant au caractère économique de certaines activités relevant selon elles de l'intérêt général. Des interrogations similaires avaient par ailleurs été portées par certains opérateurs notamment de service sociaux.

Mais le rapport rappelait également que le paquet « Monti-Kroes » constituait un outil précieux afin de soutenir les objectifs de transparence, de bonne utilisation des deniers publics et de traçabilité des aides partagés par les autorités françaises. Il relevait qu'il nécessitait parfois un changement d'analyse et de méthode qui pouvait inciter les autorités publiques à repenser les modalités et l'encadrement du financement de certains SIEG mais que bien souvent les exigences du paquet « Monti-Kroes » étaient respectées.

La contribution des autorités françaises se fonde sur la pratique des décideurs publics et les nombreuses interrogations des opérateurs. Elle analyse également la pratique décisionnelle de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Commission européenne en s'attachant à en relever les contradictions ou au contraire à souligner les avancées qui méritent selon elles d'être approfondies.

Pour la France, l'un des enjeux essentiels de l'évaluation puis de la révision éventuelle du paquet « Monti-Kroes » demeure la clarification des notions. Il s'agira de garantir une meilleure lisibilité et prévisibilité du droit des aides d'Etat appliqué aux SIEG et une plus grande sécurité juridique pour les autorités publiques et les opérateurs. Le travail de pédagogie et de communication paraît de ce point de vue indispensable.

Elle induit également une réflexion approfondie sur l'analyse du droit des aides d'Etat et son application à la spécificité du financement des obligations de service public. Ceci passe avant tout par le respect des dispositions du traité et de l'article 107§1 TFUE en particulier. L'évaluation implique également une

réflexion commune sur une application du paquet plus proportionnée et adaptée aux enjeux auxquels doivent faire face les autorités publiques. Sa mise en œuvre est bien souvent considérée comme trop complexe par les parties prenantes. Le respect scrupuleux des exigences de mandatement et notamment le paramétrage des compensations et les mécanismes de contrôle qu'elles requièrent paraissent difficilement applicables dans certaines situations, et nécessitent une expertise approfondie dont ne disposent pas toutes les autorités publiques engendrant ainsi également parfois des surcoûts importants pour elles.

La réflexion que la France souhaite promouvoir est orientée selon deux axes qui sont étroitement liés :

- une réflexion transversale sur l'analyse économique en droit des aides d'Etat indispensable afin de mieux prendre en compte la réalité de l'impact des financements sur les échanges entre Etats membres et de l'atteinte à la concurrence ;
- le souhait d'améliorer l'application des dispositions du paquet qui doit répondre de manière proportionnée et adaptée aux besoins des autorités publiques notamment locales, et de certains type de SIEG.

Parmi les nombreuses réflexions suscitées par l'exercice d'évaluation auquel se sont livrées les autorités françaises, certaines propositions et interrogations méritent d'être soulignées :

① La demande d'une clarification de **la notion de service d'intérêt économique d'intérêt général** et la prise en compte de la spécificité des services sociaux d'intérêt général dans l'évaluation du paquet.

② L'approfondissement **de l'analyse « économique » en droit des aides d'Etat** dans le respect des critères de l'article 107§1 du Traité en ce qui concerne la qualification de l'aide et notamment :

- Concernant la *notion d'activité économique*, préciser les divers éléments permettant, de façon générale, de conclure à l'absence de marché donc d'activité économique afin de prendre en compte éventuellement les spécificités de certaines activités notamment sociales.
- Concernant l'*analyse économique* envisager l'adoption de lignes directrices sur l'analyse de *l'affectation du commerce entre Etats membres et le risque d'atteinte à la concurrence* en droit des aides Etat et lancer également une réflexion sur les compensations ayant un impact très local.
- Concernant l'*arrêt Altmark* et les interrogations qu'il suscite : étendre la notion de *procédure de marchés publics* afin d'y inclure toute procédure organisant une publicité et une mise en concurrence permettant de garantir les principes de transparence, et d'égalité de traitement valorisant également l'approche de l'offre économiquement la plus avantageuse ; lancer une réflexion sur l'adaptation de la notion d'entreprise moyenne bien gérée aux besoins des autorités publiques qui souhaitent financer des SIEG de dimension locale ou de faible envergure.

③ **L'adaptation et la proportionnalité dans l'application du paquet « Monti-Kroes »** en veillant à :

- Expliciter la *notion de mandat* afin de disposer d'une définition claire et cohérente et en préciser le contenu notamment quant à la définition de la *notion d'obligations de service public*.
- De manière générale, *alléger la charge administrative et les difficultés techniques* pesant sur les autorités publiques et les petits opérateurs en ce qui concerne les SIEG de faible envergure en réfléchissant notamment à la *fixation d'un seuil* en deçà duquel les obligations seraient simplifiées et en précisant les obligations afférentes.
- Simplifier et préciser les exigences relatives *au paramétrage des compensations* en précisant le type de recettes et de coûts à prendre en compte pour permettre un paramétrage précis des compensations, notamment lorsque des difficultés de valorisation des apports en nature surviennent ; et en assurant la prise en compte d'aspects liés à l'efficacité, l'efficience et la qualité du SIEG.
- Clarifier le traitement des *surcompensations*, en explicitant davantage les mécanismes de report des surcompensations en lien avec la possibilité offerte de dégager un bénéfice raisonnable, et les obligations de remboursement.

- *Alléger et clarifier les obligations comptables* en précisant la notion de *principes de comptabilité analytique généralement acceptés* ; et l'articulation entre les exigences posées par la décision et l'encadrement, d'une part, et les obligations comptables liées à la directive 2006/111/CE, d'autre part.

④ L'adaptation des règles du paquet « Monti-Kroes » à **certaines catégories particulières de SIEG** :

- Dans le champ des *petites infrastructures et services aériens et maritimes* : *exclure du champ d'application de la décision du 28 novembre 2005 les liaisons aériennes avec les îles* ; et *supprimer la référence spécifique aux petits aéroports régionaux* dans la décision du 28 novembre 2005 ou, à défaut, préciser l'articulation entre les lignes directrices du 9 décembre 2005 sur le financement des aéroports et la décision du 28 novembre 2005.
- Concernant *les activités du monde associatif*, mieux prendre en compte ses spécificités qui n'ont pas pour objet premier de développer des activités économiques mais de répondre à des besoins, notamment sociaux, peu ou mal pris en compte par le marché et adapter les exigences relatives au paramétrage des compensations et aux surcompensations en conséquence.
- Concernant *les services sociaux d'intérêt général*, envisager à l'image des secteurs du logement social et des hôpitaux, l'opportunité d'une exemption globale de notification des financements de ces activités en dehors de tous seuils.

1. Notion de service d'intérêt économique général (questions 1 et 2)

L'un des enjeux essentiels de l'évaluation puis de la révision éventuelle du paquet « Monti-Kroes » sera de clarifier l'ensemble des notions sur lesquelles celui-ci repose afin de garantir une meilleure lisibilité et prévisibilité du droit des aides d'Etat et offrir une plus grande sécurité juridique pour les autorités publiques et pour les opérateurs. En l'absence de critères précis, la compréhension des concepts clés du cadre juridique applicable à la gestion des SIEG est l'un des enjeux essentiels de la sécurisation de ce dispositif.

1. Une notion aux contours encore mal définis

La notion de Service d'intérêt économique général (SIEG) auquel le protocole n°26 TFUE est dédié est une notion autonome du droit communautaire qui ne recoupe pas nécessairement l'ensemble des notions développées au niveau national pour encadrer la gestion des activités reconnues d'intérêt général par les Etats membres. Bien que destinée à préserver ou réserver un statut particulier à ces activités, cette qualification n'est pas aisée à appréhender.

Elle inclut volontairement une très grande variété d'activités de nature économique qui vont de la gestion des activités en réseau telles que la production et la distribution de gaz et d'électricité, les transports, l'internet à très haut débit, les services postaux et de télécommunications, gérées selon leurs compétences respectives par l'Etat ou les collectivités territoriales ; jusqu'à des activités à vocation sociale gérées au niveau local tels que les services de formation professionnelle, les services d'aide à la personne, les services sanitaires ou culturels. Outre les formes de gestion directe par l'Etat et les collectivités territoriales, la gestion des SIEG peut être confiée à des opérateurs économiques également extrêmement variés : établissement public, entreprise publique, société de droit privé, entité à participation mixte public-privé, opérateur de l'économie sociale (ou « tiers secteurs » tels que les coopératives, les mutuelles, les fondations ou les associations.

Ces deux facteurs de diversité, catégories de services rendus à l'utilisateur quel qu'il soit et statut de l'opérateur, conditionnent la compréhension par les autorités publiques de la notion de SIEG. Celle-ci ne repose pas en effet sur une définition précise. La jurisprudence de la Cour de Justice a bien entendu tenté d'en identifier les caractéristiques générales : une activité économique, confiée à une entreprise par un acte formel et explicite de la puissance publique (cet acte pouvant être législatif, réglementaire ou contractuel) définissant clairement l'activité en cause, et présentant un caractère d'intérêt général ou public se manifestant essentiellement par la présence d'obligations de service public. Toutefois, le doute demeure pour les décideurs sur l'applicabilité de ces critères et notamment la notion d'*activité économique*, la notion d'*acte formel et explicite*, la notion d'*obligation de service public* qui peut revêtir un sens différent dans chaque Etat membre et aller au-delà d'une simple obligation de prester¹.

La notion de SIEG en tant que telle peut apparaître relativement claire mais la lecture extensive de la notion d'*activité économique* par la Cour ne permet pas de rendre compte de la spécificité de certaines activités qui bien que revêtant le cas échéant un caractère économique repose également sur d'autres fondements notamment les activités reconnues d'intérêt général prises en charge par le monde associatif².

De même, l'absence de prise en compte, dans le champ du paquet « Monti-Kroes » notamment, de certaines activités présentant une forte dimension d'intérêt général mais ne bénéficiant pas de la qualification de SIEG est symptomatique de cette difficulté rencontrée par les autorités publiques.

Certaines activités sont qualifiées par le législateur national d'*activités d'intérêt général*, ou encore d'*intérêt public ou national*, mais il n'existe pas de définition légale de l'intérêt général, ni de définition légale du service public. Il s'agit de définitions jurisprudentielles ne recoupant pas les mêmes réalités. Ainsi, en France, si la notion de *service public* correspond à un cadre juridique de droit administratif permettant la prise en compte de l'intérêt général par la puissance publique, la notion d'*intérêt général* apparaît plus large.

¹ Cf. infra, TPIUE, 12 février 2008, *BUPA*, Aff. T-289/03.

² Cf. infra. Partie IV – « Catégories particulières de SIEG ».

Ces notions françaises ne coïncident pas totalement donc, avec celle de SIEG, ce qui laisse hors du bénéfice des dispositions du paquet « Monti-Kroes » certaines activités d'intérêt général présentant pourtant des caractéristiques les distinguant des activités commerciales normales. Il serait donc particulièrement utile de préciser davantage la notion de SIEG.

A ce titre, la définition des bénéficiaires des SIEG est particulièrement révélatrice des faiblesses de la notion. Dans la démonstration de l'existence d'une activité de SIEG, il importe de justifier que l'activité poursuit un intérêt distinct des intérêts privés des entreprises, même si ces intérêts peuvent être considérés comme légitimes ou bénéfiques. Sur ce point, la Commission a notamment considéré que « *le développement économique n'est [...] pas suffisant pour justifier qu'un service soit qualifié de SIEG. Une telle qualification doit être motivée par des raisons de service public allant au-delà de l'intérêt général de développer des activités économiques* »³.

Si l'on considère généralement à l'aune de ces critères jurisprudentiels, que le service doit répondre *in fine* aux besoins du citoyen, la question de la nature exacte des bénéficiaires « finals » d'une mission de SIEG ne semble cependant pas avoir été clairement tranchée à ce jour. Dans son arrêt *Commune d'Almelo*⁴, la Cour estime que pour qu'une entreprise soit considérée comme chargée de la gestion d'un SIEG, « *il convient de relever qu'une telle entreprise doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients* », formule qui fait potentiellement entrer dans le champ des usagers du SIEG à la fois des personnes physiques et des personnes morales.

De son côté, la Commission a accepté de qualifier de SIEG des services rendus à des entreprises en raison de l'objectif d'intérêt général poursuivi. Par exemple, dans sa décision du 15 décembre 2009 relative aux aides d'Etat que l'Allemagne a accordées en rapport avec certaines prestations du service vétérinaire du Land de Bavière⁵, la Commission a qualifié de SIEG les prestations fournies par ce service vétérinaire aux agriculteurs établis en Bavière. En effet, l'objectif poursuivi par la mesure avait trait à la promotion et à la garantie de la santé animale et à la protection des consommateurs.

A la lumière de ces décisions, les autorités françaises considèrent qu'une incertitude existe encore sur la finalité du SIEG et invitent la Commission à apporter une clarification sur la notion *d'utilisateurs finals* d'un SIEG.

2. Valoriser et reconnaître la spécificité des services sociaux d'intérêt général

Il importe de rappeler le rôle primordial des services sociaux d'intérêt général (SSIG) dans le succès des politiques de cohésion sociale. Toutes les politiques constitutives de l'agenda social de l'Union européenne sont concernées : conciliation vie familiale/vie professionnelle, accompagnement des personnes âgées, aide aux personnes handicapées, insertion sociale et professionnelle, aide aux familles...etc.

La spécificité des SSIG se retrouve dans les critères utilisés pour les définir. Dans sa communication de 2006, la Commission a proposé de recourir à la méthode du "faisceau d'indices", en proposant six critères ni cumulatifs ni exhaustifs permettant d'identifier un SSIG :

- un fonctionnement sur la base d'un principe de solidarité (non sélectivité des risques par exemple) ;
- des services personnalisés en particulier pour les populations vulnérables ;
- une relation asymétrique entre fournisseur de service / usager, distincte de la relation client / fournisseur ;
- une notion de profit non « centrale » pour un SSIG, dont l'organisation est souvent le résultat d'un héritage historique ;
- la participation de bénévoles au service fourni, l'implication de la société civile ;
- l'ancrage dans des traditions locales ou « culturelles » (notion de *proximité* du service).

³ Décision C(2004) 4343 du 16 novembre 2004 (aide d'Etat N381/2004 sur le projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques), point 53.

⁴ CJUE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, point 48)

⁵ Cf. JOUE L 79 du 25 mars 2010, p. 13

Cette méthode souple semble adaptée et justifiée au regard de la liberté laissée aux autorités publiques nationales pour définir les missions d'intérêt général dans le domaine social en application du principe de subsidiarité.

Les autorités françaises, vigilantes et soucieuses de la prise en compte des spécificités des SSIG par le droit communautaire, soutiennent toutes les initiatives susceptibles d'œuvrer en ce sens. Au même titre, que les travaux en cours relatifs à différents aspects de leur organisation (notamment la qualité, ou l'attribution des SSIG), l'évaluation du paquet « Monti-Kroes » doit traduire ces caractéristiques afin d'adapter au mieux les exigences relatives au financement, aux besoins et aux finalités de ces services.

3. La qualification d'un SIEG par les autorités publiques

Le protocole n°26 reconnaît la *marge d'appréciation* laissée aux Etats membres dans la définition et la reconnaissance de ce qu'il considère comme relevant de l'intérêt général sous le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation réalisé par la Commission européenne et la Cour de Justice de l'Union européenne.

Selon les autorités françaises, l'application d'un tel principe nécessite avant de tout de réconcilier les conceptions nationales du service public, tel que conçu et encadré par les droits nationaux et la notion de *service d'intérêt économique général* encadrée par le droit européen. Une telle réflexion permettra de préciser la finalité et l'objet de ces services. La valorisation par les autorités publiques de l'intérêt général local ou national auquel ils doivent répondre bénéficiera ainsi d'une réelle reconnaissance.

Par ailleurs, sa mise en œuvre concrète exige de clarifier l'étendue exacte de cette marge d'appréciation.

Les différentes parties prenantes associées aux travaux menés pour la préparation du rapport de la France sur la mise en œuvre de la décision du 28 novembre 2005 ont soulevé de multiples interrogations sur l'étendue exacte du pouvoir de contrôle et d'appréciation de la Commission européenne quant à la définition de l'intérêt général. Ainsi, par exemple, dans sa décision récente relative au financement du service d'intérêt économique général mis en œuvre par les opérateurs du logement social aux Pays-Bas⁶, la Commission a rejeté la compatibilité des financements octroyés car la définition du service fourni par les opérateurs ne répondait pas à un impératif d'intérêt général au sens du droit européen en raison de la possibilité pour des familles « plus aisées » d'accéder ces logements. La Commission, au-delà du simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, semble par ce biais contribuer directement à la définition nationale de l'intérêt général et du service en cause.

Les autorités françaises invitent la Commission, conformément au principe de subsidiarité, à clarifier l'étendue du contrôle exercé sur la qualification de SIEG retenue pour certains services par les autorités publiques.

Concernant la *notion de SIEG*, les autorités françaises invitent la Commission à :

- **préciser de manière générale, la définition de la notion de SIEG** au sens du droit européen afin de compléter ses critères et clarifier son champ d'application au-delà des seules activités de gestion d'infrastructures et de services en réseau ;
- **apporter une clarification sur la notion d'utilisateurs finals** d'un SIEG ;
- prendre en compte **la spécificité des services sociaux d'intérêt général** dans l'évaluation du paquet « Monti-Kroes » ;
- préciser **l'étendue du pouvoir d'appréciation de la Commission européenne** relatif à la qualification de SIEG retenue par les autorités publiques au regard du principe de subsidiarité.

⁶ Décision C(2009)9963 final de la Commission, du 15 décembre 2009, relative au système d'aides E 2/2005 et N 642/2009 (Pays-Bas). Cette décision fait l'objet d'un recours en annulation de la part d'opérateurs néerlandais (affaire T-202/10, *Stichting Woonlinie e.a. / Commission*).

2. Application du droit des aides d'Etat (question 3 à 6)

La première difficulté tient au fait que le droit des aides d'Etat a été conçu pour régler les situations de concurrence entre grands opérateurs du charbon et de l'acier. Les critères qui ont été mis en place à l'article 107, présent dès le Traité de Rome⁷ et, sous une formulation un peu différente, dès le Traité sur la Communauté du charbon et de l'acier de 1951⁸, n'ont pas été conçus, à l'origine, pour régir des situations telles qu'une subvention versée à un foyer de femmes battues⁹ ou une association locale de protection de l'environnement.

L'extension progressive du champ d'application du droit des aides d'Etat résulte d'une longue évolution de la jurisprudence de la Cour, et conduit à considérer désormais presque toute dépense des pouvoirs publics comme une aide d'Etat – ou en tout cas, à appliquer à titre conservatoire les critères définis par le droit communautaire.

Il importe cependant de rappeler qu'en matière de SIEG en particulier, les concepts propres aux aides d'Etat doivent être redéfinis pour ne couvrir que les services dont le financement est susceptible d'avoir un impact négatif sur le fonctionnement du marché intérieur.

I. Analyse de l'article 107§1 TFUE

Le droit des aides d'Etat a pour objet d'interdire les interventions des personnes publiques ayant pour conséquence de fausser le libre jeu de la concurrence entre les entreprises soit en rompant l'égalité entre entreprises, soit en érigeant des barrières entre Etats contraires au marché commun, notamment si la mesure a pour objet ou pour effet de protéger des entreprises nationales.

L'article 107§1 du Traité pose un principe d'incompatibilité des aides d'Etat accordées aux entreprises. Une mesure est qualifiée d'aide d'Etat, si l'avantage qu'elle procure est **sélectif**, est octroyé au moyen de **ressources d'Etat**, **fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte les échanges entre Etats membres**.

1. *La notion d'activité économique*

La notion d'*activité économique* est l'une des conditions essentielles de l'application du droit européen et du droit des aides d'Etat en particulier. Elle conditionne également la qualification de SIEG. La maîtrise de cette notion autonome du droit communautaire qui peut être appréciée différemment selon les Etats membres est nécessaire à la mise en conformité des compensations éventuellement octroyées avec le droit des aides d'Etat et plus spécifiquement avec le paquet « Monti-Kroes » qui ne concerne que les seuls services d'intérêt général de nature *économique*.

Inversement, définir précisément ce qui ne relève pas du champ économique, apparait également indispensable pour la préservation de certaines activités ayant un rôle essentiel pour la cohésion sociale et territoriale des Etats membres et de l'Union européenne. L'interprétation extensive par la Cour de Justice de la notion d'*activité économique* a conduit à inclure dans le champ du droit communautaire certaines activités d'intérêt général qui ne relèvent que peu ou pas d'une logique économique ou qui ne répondent pas entièrement aux critères dégagés par sa pratique décisionnelle. Dès lors les autorités publiques s'interrogent sur la réelle portée de cette notion et sur le champ couvert par la notion d'*activité non-économique*.

La CJUE définit l'activité économique comme « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹⁰. L'analyse de cette définition soulève diverses interrogations.

⁷ Article 92 du Traité de Rome.

⁸ Article 67 du Traité instituant la CECA : « *Toute action d'un Etat membre susceptible d'exercer une répercussion sensible sur les conditions de concurrence dans les industries du charbon ou de l'acier doit être portée à la connaissance de la Haute Autorité par le gouvernement intéressé. (...)* ».

⁹ Cf. Questions-Réponses du service d'information interactif sur les services d'intérêt général mis en place par la Commission et FAQ

¹⁰ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, aff. C-35/96, point 36.

Premièrement, l'existence d'un *marché* apparaît comme un élément préalable et central de la reconnaissance du caractère économique d'une activité¹¹. Pour autant, ce critère est difficile à appréhender pour les autorités publiques et repose sur la réunion d'un faisceau d'indices parmi lesquels l'objet de l'activité, les produits et service en présence, la faculté de l'entité d'influencer le niveau de la contrepartie exigée pour les prestations fournies...etc. Par ailleurs, si l'absence de but lucratif n'est pas de nature à écarter la qualification d'activité économique, l'absence de rémunération (c'est à dire de contrepartie économique directe à la prestation) est, en principe, un indice sérieux de l'absence de marché et donc d'activité économique.

Dans la plupart des cas, le juge communautaire se livre à une analyse qui vise à vérifier l'existence d'un marché¹² afin de déterminer la nature économique de l'activité. Au terme de cette analyse, en l'absence de marché notamment, toutes les activités ne semblent pas systématiquement correspondre à la qualification d'activités économiques. Pour mémoire, à ce jour, seuls quelques services ont été explicitement reconnus par la Cour comme étant des activités à caractère non économique¹³. Sont ainsi exclus les services ayant trait à l'exercice de prérogatives de puissance publique tels que le contrôle et la police de l'espace aérien, la surveillance contre les pollutions marines (mission rattachée à la protection de l'environnement du domaine maritime), la normalisation technique et l'assistance apportée aux administrations pour l'acquisition d'équipements et de systèmes en matière de gestion du trafic aérien (missions exercées par Eurocontrol), ou l'organisation, le financement et l'exécution des mesures pénitentiaires afin d'assurer la mise en œuvre du système pénal¹⁴. Les prestations d'enseignement public financées, en règle générale, par le budget public et non par les élèves et leurs parents et par lesquelles l'Etat accomplit sa mission envers la population dans les domaines social, culturel et éducatif, ont été également qualifiées d'activités non économiques de nature purement sociale¹⁵.

Par ailleurs, outre ces catégories de services *non-économiques* d'intérêt général *par nature*, l'arrêt *Poucet et Pistre* du 17 février 1993¹⁶ a exclu de la qualification d'entreprises en raison de l'absence de toute activité économique, « *les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale [et qui] remplissent une fonction de caractère exclusivement social* ». Selon la Cour, « *cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations* » soustrayant ainsi les activités de ces caisses à la notion de SIEG.

En outre, le juge communautaire a écarté de la qualification d'activités économiques certaines missions à caractère exclusivement social, notamment dans le domaine de la réinsertion de personnes en grande difficulté¹⁷. Dans chacune de ces hypothèses, la Cour et la Commission ont pris en compte toutes les circonstances spécifiques de l'espèce : sa nature, son objectif social, et les règles spécifiques auxquelles peuvent être soumises les entités bénéficiaires des financements, ont pu juger que ces activités non économiques n'entraient pas dans le champ d'application du droit communautaire des aides d'Etat.

Ainsi, selon ce courant jurisprudentiel¹⁸, plusieurs conditions cumulativement réunies sembleraient émerger et permettraient d'affirmer le caractère *non économique* de certaines activités à visée sociale et considérer ainsi que l'organisme l'exerçant échappe à la qualification d'entreprise :

¹¹ TPI, 12 décembre 2006, *Selex Sistemi c/ Commission*, aff. T-155/04, points 61 et 62.

¹² CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di risparmio di Firenze*, aff. C-222/04, points 119 à 121. On citera également les conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt CJCE *AOK Bundesverband* du 16 mars 2004, aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, points 32 à 35.

¹³ Cf. arrêt du 19 janvier 1994, *SAT contre Eurocontrol*, aff. C-364/92, points n°30 et 31 ; arrêt du 18 mars 1997, *Diego Cali*, aff. C-343/95, points n°22 et 23.

¹⁴ Cf. Decision de la Commission n°140/2006 du 19 juillet 2006, *allotment of subsidies to the state enterprises at the correction houses*, p.5.

¹⁵ Cf. CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff-318/05, point n°68 à 71.

¹⁶ Cf. aff jointes C-159/91 et C-160/91 ; 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, jurisprudence confirmée par la suite : CJUE, aff. C-218/00, 22 janvier 2002, *Cisal*, points n°34 à 45 relatif aux organismes chargés de la gestion d'un régime d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles ; CJUE, aff. C-355/00, du 22 mai 2003, *Freskot* concernant un organisme fournissant des prestations d'assurance obligatoire contre les risques naturels ; CJUE, aff jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, points n°45 à 57 ; 16 mars 21004, *AOK Bundesverband* concernant le régime d'assurance maladie allemand.

¹⁷ CJUE, 31 mai 1989, *I. Bettray*, aff. 344/87, point n°17 concernant les entreprises et associations exerçant une mission de réinsertion par le travail des personnes toxicomanes. Voir également, Décision de la Commission européenne, 19 juillet 2006, Lituanie, réinsertion des détenus, n°140/2006.

¹⁸ Voir également les critères cumulatifs posés par la Cour dans l'arrêt *FFSA* du 16 novembre 1995, aff. C-244/1994 :

- l'activité doit être exclusivement sociale, même si la finalité sociale d'un dispositif n'est en elle-même pas suffisante pour exclure une activité de la qualification d'économique¹⁹ ;
- elle doit être fondée sur le principe de la solidarité et dépourvue de tout but lucratif. Ainsi par exemple, en matière d'assurance, le régime concerné est financé par des cotisations dont le taux n'est pas systématiquement proportionnel au risque assuré et le montant des prestations versées ne correspond pas nécessairement aux revenus de l'assuré. Cette absence de lien direct entre les cotisations acquittées et les prestations versées implique une solidarité entre l'ensemble des cotisants, révélatrice de l'absence de rémunération²⁰ ;
- enfin, l'organisme concerné est en général soumis à un contrôle très étroit de l'Etat. Ce dernier détermine par exemple le montant des prestations et des cotisations, c'est à dire les deux éléments essentiels d'un régime d'assurance.

Outre ces éléments tenant à l'analyse de l'activité de l'organisme attributaire de la mission, il peut s'avérer nécessaire de prendre en compte également le statut²¹ des opérateurs chargés des SIEG notamment lorsqu'il s'agit d'opérateurs de l'économie sociale et particulièrement d'organismes de bienfaisance et d'organisations caritatives. En France, le traitement de ces opérateurs par le droit européen est source de confusion dans l'application du droit des aides d'Etat. Ces opérateurs n'y apparaissent pas en effet entièrement assimilables à des entreprises et sont donc soumis à des réglementations nationales spécifiques.

Dans un arrêt du 10 janvier 2006²² portant sur des mesures fiscales prises par l'Italie en faveur des fondations bancaires²³, la CJUE a quant à elle, écarté ces dernières de la qualification d'*entreprise*. Ces fondations bancaires sont des personnes morales de droit privé sans but lucratif qui poursuivent exclusivement des activités d'utilité sociale et de promotion du développement économique, conformément à leurs statuts. Elles ne peuvent agir que dans les secteurs déterminés par la loi tels que par exemple, l'éducation, la protection et le développement des personnes, la recherche scientifique et technologique, la protection de l'environnement, les arts et la sauvegarde du patrimoine culturel. Elles utilisent les rendements tirés de leur patrimoine et des participations détenues dans des banques pour promouvoir ces différents buts d'utilité sociale notamment par le versement de contributions à des organismes sans but lucratif. Leur action est essentiellement menée au niveau local dans la région où elles sont domiciliées. La Cour relève également que ces activités à caractère exclusivement social sont exercées en l'absence de tout marché concurrentiel. Les activités de ces fondations ne sont donc pas considérées comme économiques et celle-ci ne peuvent être reconnues comme étant des entreprises au sens de l'article 107§1 TFUE²⁴.

D'après cette jurisprudence, il apparaît que, pour les autorités communautaires, un organisme de bienfaisance ou une organisation caritative exerçant une activité ayant un caractère exclusivement social, fondée sur le principe de la solidarité et dépourvu de but lucratif ne peut être qualifié d'entreprise. En

-
1. Le caractère obligatoire de l'affiliation.
 2. Le degré d'autonomie restreint du gestionnaire (contrôle étroit de l'Etat, modalités du régime fixées par la loi).
 3. La mise en œuvre du principe de solidarité nationale, qui se déduit essentiellement de deux éléments :
 - L'application du principe de répartition.
 - Le fait que les prestations soient indépendantes du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme.

¹⁹ Cf. arrêt *Cisal* du 22 janvier 2002, précité, point n°37.

²⁰ Dans ses conclusions sur l'arrêt *AOK Bundesverband*, précité, points n°32 à 35, l'avocat général Jacobs indique que « *si les activités des régimes obligatoires de sécurité sociale tels que ceux en cause dans les affaires *Cisal* et *Poucet et Pistre* ne sont pas qualifiées d'économiques, c'est parce qu'elles sont incompatibles, même sur le plan des principes, avec la possibilité qu'une entreprise privée les exerce. De tels régimes comportent un élément de redistribution dans l'intérêt de la solidarité sociale qui ne laisse que peu ou pas de place aux différents services actuariels, d'investissement et de médiation que les prestataires de pensions ou d'assurance privés sont en mesure de fournir et qu'ils proposent effectivement sur le marché. (...) nous ne voyons pas comment une entreprise privée pourrait offrir sur le marché une pension non capitalisée, correspondant à un système où les cotisations courantes financent les prestations servies au même moment (...)* ».

²¹ La CJUE a jugé que la notion d'entreprise comprend « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macroton*, aff. C-41/90).

²² CJUE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'economica e delle finanze c/ cassa di risparmio di Firenze Spa*, aff C-222/04, points 119 à 121.

²³ Cf. JOUE, L, 01/03/2003, p. 55 à 64.

²⁴ Voir également sur les activités des fondations, Décision de la Commission européenne, 2003/146/CE, du 22 août 2002 relative aux mesures fiscales mises à exécution par l'Italie en faveur des fondations bancaires, points 46 et 47.

effet, ce type d'organisme n'opère pas selon les critères de marché « normaux » puisqu'il n'exerce pas son activité sur un marché en concurrence avec d'autres opérateurs, aucun marché n'existant pour ce type d'activité. Les activités poursuivies par les fondations et organisations caritatives dans des domaines d'intérêt public et d'utilité sociale pourraient être considérées, par essence, non économiques.

Ces interrogations révélées par la pratique décisionnelle de la Cour sont liées généralement à des enjeux de préservation et de pérennisation de la cohésion sociale au sein des Etats membres. L'interprétation extensive de la notion d'*activité économique* combinée à une définition floue du champ des activités non-économiques ne permet pas de sécuriser pleinement la situation de certaines activités en particulier celles qui relèvent du champ de l'action sociale ou de la solidarité nationale. Une réflexion pourrait être lancée sur l'extension éventuelle de la grille d'analyse utilisée par la Cour à certains types d'activités à visée sociale reposant sur un principe de solidarité telles que l'aide aux victimes la protection judiciaire de la jeunesse ou la gestion des fonds collectés pour la formation professionnelle²⁵ par exemple.

Concernant **la notion d'activité économique**, les autorités françaises invitent la Commission à :

- préciser les divers éléments permettant, de façon générale, de conclure à l'**absence de marché** donc d'activité économique ;
- **étendre la grille d'analyse de la Cour sur les activités purement sociales**, afin de réfléchir au traitement d'autres activités qui sont exercées selon un principe de solidarité nationale notamment l'aide aux victimes, la protection judiciaire de la jeunesse ou la gestion des fonds collectés pour la formation professionnelle. et dont le caractère économique demeure sujet à interrogations.

2. Le critère de l'affectation des échanges

La notion d'affectation du commerce entre Etats membres est le critère capital pour établir la compétence du droit de l'Union sur certaines pratiques conformément au principe de subsidiarité – de même que la notion de « *interstate commerce* » est fondamentale pour la détermination de la compétence fédérale aux Etats-Unis. De façon constante, la Cour de justice admet que la condition de l'affectation du commerce entre Etats membres a pour fonction de déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le champ d'application du droit communautaire par rapport aux législations nationales.

Ce critère est particulièrement important dans les règles de concurrence énoncées au Titre VII du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (article 101 à 109). Or il est appliqué de façon différente par la Commission, dans sa pratique décisionnelle, selon qu'il s'agit de qualifier l'existence de pratiques anticoncurrentielles ou d'aides d'Etat.

- *En droit des pratiques anticoncurrentielles*

En matière de pratiques anticoncurrentielles (articles 101 et 102 du Traité), comme en matière d'aides d'Etat (article 107), ces articles énoncent l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles ou des aides d'Etat « *dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté* ». Ce même critère de l'affectation du commerce détermine aussi le champ d'application de l'article 3 du règlement n° 1/2003/CE relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence. Relève ainsi du droit communautaire toute pratique susceptible de mettre en cause la liberté du commerce entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les Etats membres, par un cloisonnement des marchés nationaux ou une modification de la structure de la concurrence dans le marché unique²⁶.

²⁵ Par exemple, s'agissant des missions des organismes collecteurs paritaires agréés (OPCA) : la finalité du dispositif est essentiellement sociale, puisqu'elle vise par la solidarité et une contribution touchant l'ensemble des entreprises nationales, à financer les formations suivies par les salariés de ces entreprises. En second lieu, les différents montants des contributions des entreprises sont fixés par le législateur, au sein des dispositions précitées du Code du Travail (articles L.6331-1 et suivants du Code du Travail). Enfin, le mode d'utilisation des contributions, la nature et le niveau des prestations fournies, ainsi que les modalités de gestion des éventuels excédents, sont autant d'éléments fixés par le législateur dans ce même Code.

²⁶ Cf. CJCE, 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, 22/78, point n°17 et CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff C-475/99, point n°47.

L'appréciation de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être faite de façon concrète dans chaque cas d'espèce, compte tenu de toutes les données de droit ou de fait qui lui sont propres. La condition d'affectation du commerce doit être entendue « *par référence au cadre réel où se place l'accord* »²⁷, c'est-à-dire en fonction des données réelles du marché – ce qui suppose que soit défini le marché sur lequel la pratique considérée a un impact. La Commission a donc adopté des lignes directrices pour clarifier comment procéder à la définition du **marché de produits ou de services** et du **marché géographique**²⁸ dans lequel il convient d'examiner les effets concurrentiels de la pratique considérée.

Dans sa communication de 2004²⁹, la Commission précise que : « *Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce*³⁰ *entre États membres, même si le marché local se trouve dans une région frontalière. En revanche, si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante, le commerce est susceptible d'être affecté, même si le marché en cause ne se trouve pas dans une région frontalière* ». Elle indique également que « *les accords entre petites et moyennes entreprises (...) sont rarement en mesure d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Cette présomption s'explique par le fait qu'en principe, les activités des PME sont de nature locale ou tout au plus régionale. Les PME peuvent cependant relever du droit communautaire, notamment lorsqu'elles se lancent dans une activité économique transfrontalière* »³¹.

La Commission renvoie également à la jurisprudence *Ambulanz Glöckner*³² : « *Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi devrait effectivement constater l'existence d'une position dominante, à tout le moins sur l'ensemble du Land de Rhénanie-Palatinat, il y aurait lieu alors de considérer qu'une telle position affecte une partie substantielle du marché commun (...) eu égard à la superficie étendue du territoire de ce Land, qui est de près de 20 000 km², et au nombre très élevé de ses habitants, qui est d'environ quatre millions, lequel est supérieur à la population de certains États membres* ».

Particularisme du droit des pratiques anticoncurrentielles, les articles 101 et 102 TFUE exigent une atteinte sensible du commerce entre Etats membres³³ ou ne s'appliquent pas lorsque les pratiques en cause ne l'affectent que de manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone concernée par l'accord³⁴.

Dans le cadre des abus de position dominante, le point de savoir si un territoire déterminé revêt une importance suffisante pour constituer une partie substantielle du marché commun implique de prendre en considération, notamment « *la structure et le volume de la production et de la consommation dudit produit, ainsi que les habitudes et les possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs* »³⁵.

L'appréciation du caractère sensible doit donc être faite au cas par cas en prenant en compte les circonstances de chaque espèce³⁶. La jurisprudence se fonde notamment sur l'importance des entreprises en cause, compte tenu de leur chiffre d'affaires et de leur part de marché en ce qui concerne le produit ou le service en cause.

Dans ses lignes directrices³⁷, la Commission confirme la nécessité d'une analyse au cas par cas pour la détermination du caractère sensible ou non d'une pratique anticoncurrentielle.

²⁷ Cf. CJCE, 6 mai 1971, précité, point n°8.

²⁸ Communication 97/C 372/03 de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE C372 du 09/12/1997, p. 5.

²⁹ Communication 2004/C 101/07 de la Commission « Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité », JOUE C 101 du 27/04/2004, p. 81.

³⁰ La notion de commerce est interprétée largement et vise toutes les opérations économiques intéressant au moins deux Etats membres, quel que soit leur objet (biens corporels, valeurs incorporelles, prestations de services ou monnaie).

³¹ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité, précitées, pt 50.

³² CJUE, 25 octobre 2001, *Ambulance Glöckner*, affaire C-475/99, pt 38.

³³ Cf. CJCE, 16 juin 1981, *Salonia c/ Poidomani*, aff 126/80, points n°17 à 20.

³⁴ Cf. CJCE, 6 mai 1971, précité, pts 9 à 11 ; TPI, 1^{er} avril 1993, *BPB et British Gypsum c/ Commission*, aff. T-65/95, pt 138.

³⁵ Cf. CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie c/ Commission*, aff. 40/73, point 371.

³⁶ Cf. TPI, 14 juillet 1994, *Parker Pen c/ Commission*, aff. T-77/92, points n°40 et 41 ; TPI, 1^{er} avril 1993, *BPB et British Gypsum c/ Commission*, précité.

³⁷ Points n°52 à 55.

En matière d'entente, elle a également défini des conditions cumulatives permettant de présumer qu'un accord ne peut affecter sensiblement le commerce entre les Etats membres :

- la part de marché³⁸ totale des parties, sur le marché communautaire concerné par l'accord, est inférieure à 5%,
- pour un accord horizontal, le chiffre d'affaires annuel moyen réalisé dans la Communauté par les entreprises en cause avec les produits concernés par l'accord est inférieur à 40 millions d'euros,
- pour un accord vertical, le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans la Communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord est inférieur à 40 millions d'euros.

- ***Le contrôle des concentrations***

Outre les pratiques anticoncurrentielles, la notion d'affectation du commerce intracommunautaire est également utilisée pour déterminer la **compétence de la Commission pour le contrôle des opérations de concentrations**.

Le règlement n°139/2004/CE prévoit notamment des mécanismes de renvoi permettant de corriger les effets des seuils en chiffre d'affaires en principe utilisés pour établir la compétence communautaire. L'article 9(2)(b) prévoit notamment que l'analyse d'une opération de concentration doit être renvoyée à l'Etat membre qui en fait la demande si elle paraît susceptible d'affecter la concurrence « *sur un marché se situant à l'intérieur de l'Etat membre requérant, présentant toutes les caractéristiques d'un marché distinct et ne constituant pas une partie substantielle du marché commun* ». Dès lors que, sur la base d'un examen préliminaire et obligatoire, ces conditions paraissent remplies, la Commission a l'obligation de renvoyer l'affaire à l'Etat demandeur ; elle n'a en effet compétence, selon l'article 2 du règlement, que pour examiner la compatibilité avec le marché commun des « *concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* »³⁹.

L'article 4(4) et l'article 9(2)(a) précisent également que, lorsqu'une concentration est susceptible d'avoir des effets significatifs **sur un marché distinct, se situant à l'intérieur du territoire de l'Etat (c'est-à-dire des marchés nationaux ou infranationaux⁴⁰)**, un renvoi est également possible. Les lignes directrices de la Commission précisent par ailleurs qu'une opération peut être considérée, a priori, comme susceptible d'affecter la concurrence lorsqu'il est probable que les parts de marché de la nouvelle entité dépassent 25% (notion de marché affecté, utile pour apprécier l'étendue des informations sectorielles à notifier).

C'est en procédant à une analyse approfondie du critère d'affectation du commerce intracommunautaire que la Commission européenne procède ainsi régulièrement au renvoi aux autorités nationales d'opérations dans le secteur de la distribution de détail, pour ce qui concerne l'analyse de leur impact sur les marchés locaux.

- ***En droit des aides d'Etat***

En matière d'aides d'Etat, la pratique décisionnelle de la Commission et de la Cour sur l'affectation du commerce entre Etats membres est assez peu convergente avec celle qui prévaut en matière de pratiques anticoncurrentielles :

- **il existe très peu de cas dans lesquels les institutions communautaires ont considéré la dimension géographique du marché pertinent pour appréhender la qualification d'aide d'Etat au sens du Traité**

³⁸ Pour appliquer le seuil de part de marché, il convient de définir le marché en cause, lequel comprend le marché de produits et le marché géographique. Les parts de marché doivent être calculées sur la base de la valeur des ventes ou le cas échéant, de la valeur des achats (cf. lignes directrices précitées point n°55).

³⁹ Cf. articles 2 et 9 du règlement n° 139/2004/CE et Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations (2005/C56/02, JOUE du 5 mars 2005).

⁴⁰ Cf. lignes directrices sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, paragraphe 36.

La Commission européenne et la Cour ont adopté, en des occasions peu nombreuses, une position conduisant à écarter la qualification d'aide, au sens de l'article 107§1 TFUE, au motif que la mesure examinée n'affectait pas le commerce entre Etats membres.

Les autorités françaises, dans leur rapport du 3 mars 2009 sur l'application du paquet « Monti-Kroes », avaient notamment souligné le précédent constitué par la décision relative à la piscine de Dorsten⁴¹ : dans cette affaire, la Commission avait estimé que les habitants de la ville et de ses environs étaient les utilisateurs de cette installation et que cette situation devait être clairement distinguée d'une aide destinée à promouvoir de grands parcs à thèmes qui s'adressent au marché national, voire international. Dans ces conditions, la Commission y avait considéré que la subvention qui lui était versée n'était pas constitutive d'une aide d'Etat, faute d'affectation du commerce entre Etats membres.

Dans une autre décision sur l'aide à la production théâtrale dans le pays basque, la Commission a, pour conclure à l'absence d'aide, souligné que le secteur concerné n'avait qu'une dimension locale et linguistique limitée, que le montant des aides était relativement faible et qu'il n'y avait que peu de risques de subventions croisées, dès lors que les entreprises concernées n'exerçaient qu'une activité théâtrale⁴². Elle a également relevé que la production en la matière avait peu d'impact sur la concurrence et les échanges.

D'une façon similaire, la Commission a considéré qu'en raison de la faiblesse du volume d'activité de trois ports de plaisance, les échanges n'étaient pas affectés et les mesures de financement n'étaient pas constitutives d'une aide d'Etat au sens de l'article 107§1 TFUE^{43,44}. Le Tribunal de Première Instance, saisi d'un recours contre cette décision, a déclaré le recours irrecevable.

Dans un arrêt *Wam* de 2006⁴⁵, le TPIUE a pourtant annulé une décision de la Commission européenne concernant au motif que « (...), il ne saurait être a priori exclu que de telles aides affectent les échanges entre Etats membres ou faussent ou menacent de fausser la concurrence. Néanmoins si une telle possibilité n'est pas exclue, elle n'est pas pour autant automatiquement établie et doit donc être démontrée ». En découle ainsi logiquement, une obligation constante et préalable pour la Commission de procéder à l'analyse de l'affectation éventuelle des échanges intracommunautaires au stade de la qualification de l'aide.

Toutefois, en dehors de ces quelques rares décisions, l'examen par la Commission et la Cour de Justice de ce critère semble être effectué sur la base d'une présomption d'affectation quasi systématique.

- **ainsi en réalité alors que le texte de l'article 107§1 le prévoit expressément, de façon générale, la pratique décisionnelle européenne semble considérer qu'il suffit que l'aide ait un effet potentiel sur le commerce entre Etats membres, cet effet étant le plus souvent confondu avec le risque d'atteinte à la situation d'entreprises concurrentes**

La jurisprudence du Tribunal et de la Cour n'exige pas que la Commission établisse une affectation réelle des échanges entre les Etats membres. Ceci semble coïncider avec le caractère préventif du contrôle des aides d'Etat institué par le traité⁴⁶. La Commission doit ainsi seulement examiner si ces aides sont **susceptibles** d'affecter les échanges. Cette analyse, qui prévaut alors même que l'article 107§1 établit une différence entre le critère d'affectation du commerce et la « menace de fausser la concurrence », est confirmée même dans l'hypothèse où une aide a été accordée sans avoir été préalablement notifiée, car « faire la démonstration de l'effet réel d'aides déjà accordées [...] aboutirait à favoriser les Etats membres qui versent des aides en violation de l'obligation de notification »⁴⁷. Dans l'arrêt *Altmark*, la

⁴¹ Décision relative à l'aide N258/2000 du 21 décembre 2000.

⁴² Décision relative à l'aide N257/2007 du 27 juin 2007.

⁴³ Cf. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/archive_docs/1759_sieg_fr.pdf

⁴⁴ Décision relative aux mesures d'aide notifiées sous le numéro C(2003) 3890 et mises à exécution par les Pays-Bas en faveur des ports de plaisance sans but lucratif aux Pays-Bas, du 29 octobre 2003 :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:034:0063:0069:FR:PDF>

Voir également les décisions rendues dans les cas N 543/2001 Capital allowances for hospitals (Irlande) et Cas N 560/01 et NN 17/02 Brighton West Pier.

⁴⁵ TPICE, 6 septembre 2006, *République Italienne et Wam SpA c/ Commission*, aff. jointes T-304/04 et T-316/04, points 61 à 63. Analyse confirmée par la CJCE le 30 avril 2009 (*Wam*, aff. C-494/06 P).

⁴⁶ Voir par exemple, CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-372/97, *Rec.* p. I-3679, pts 40-46.

⁴⁷ Arrêt précité, pt. 45.

Cour a ainsi, par exemple, considéré qu'une subvention publique accordée à une entreprise qui ne fournit des services de transport public qu'au niveau local ou régional peut avoir une incidence sur les échanges entre Etats membres⁴⁸.

La Cour considère également que « *lorsqu'une aide accordée par un État membre renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par cette aide* », même si l'entreprise concernée ne participe pas à ces échanges⁴⁹. Cependant, le standard de démonstration du caractère concurrent des « entreprises concurrentes » est nettement plus faible que celui qui est utilisé, dans le cadre de l'analyse des fusions notamment, pour déterminer s'il existe une **concurrence potentielle** aux opérateurs dont le regroupement est examiné. En effet, **faute d'avoir procédé à la délimitation du marché** sur lequel exerce l'entreprise bénéficiaire de l'aide, il est en effet plus compliqué d'apprécier dans quelle mesure d'autres opérateurs sont concurrents, réels ou potentiels⁵⁰.

Ce problème commun à l'ensemble du droit des aides d'Etat se pose avec une acuité particulière pour les SIEG, qui correspondent dans de nombreux cas à des services de *dimension très locale*.

En l'absence de lignes directrices, les autorités publiques sont ainsi conduites à considérer qu'il vaut mieux, à titre conservatoire, appliquer les règles du Paquet « Monti-Kroes ».

- **cette absence d'analyse précise de l'affectation des échanges ne permet pas de prendre en compte les financements de services ayant un impact très local et qui ne devraient pas en tant que tels être qualifiables d'aides d'Etat au sens de l'article 107§1 TFUE**

Toutefois, en s'inspirant des orientations données par les lignes directrices de la Commission en ce qui concerne les ententes et abus de position dominante ne couvrant qu'une partie d'un État membre⁵¹, il pourrait être envisagé en matière d'aides d'Etat et dans un contexte très local, de préciser expressément qu'il n'y a pas affectation des échanges intracommunautaires⁵² lorsque sont remplis certains critères cumulatifs révélateurs. Une réflexion pourrait être ainsi lancée sur l'opportunité de créer un faisceau d'indices objectifs permettant aux autorités locales notamment, de considérer *a priori* que les financements qu'elles souhaitent octroyer n'affecteront pas les échanges et qu'ils ne seront donc pas qualifiables d'aides d'Etat. Des critères tels que ceux de la « *clientèle locale* » ou du *besoin local*, du *rayonnement géographique* circonscrit de l'entreprise aidée, ou le *rayonnement local de ou des activités* de l'entreprise dans des secteurs peu ou pas concurrentiels, sont autant de pistes de réflexions qui pourraient être étudiées en ce sens⁵³.

3. Analyse économique : la notion de risque d'atteinte de la concurrence

Les autorités françaises considèrent sur ce point que les efforts mis en œuvre par la Commission européenne pour introduire une analyse plus économique des aides d'Etat, notamment avec le projet

⁴⁸ CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Rec.* p. I- 7747, pts 75 et 77.

⁴⁹ CJCE, 15 juin 2006, *Air Liquide*, aff. C-393/04, *Rec.* p. I-5293, pt 35.

⁵⁰ « *Pour que l'entrée de nouveaux concurrents puisse être considérée comme une contrainte concurrentielle suffisante sur les parties à la concentration, il faut démontrer que cette entrée est probable, qu'elle interviendra en temps utile et sera suffisante pour prévenir ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération.* » Voir Section VI des Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (communication n°2004/C 31/03 de la Commission) ».

⁵¹ Communication 2004/C 101/07 intitulée « *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité* », points 89 à 92 et 97 à 99.

⁵² Ce qui permettrait d'éviter des décisions contradictoires :

- Décision du 27 juin 2007 (N257/2007) sur le soutien à la production théâtrale dans le Pays basque, exonéré de la qualification d'aide.

- Décision du 18 juillet 2007 (N340/2007) relative à des aides espagnoles en faveur d'activités dans les domaines du théâtre, de la danse, de la musique et de l'audiovisuel au Pays basque, déclarées compatibles.

⁵³ Cette réflexion s'inspire des orientations données par la Cour dans une affaire *Bagnasco*, concernant certains services de banque de détail. Selon elle, le commerce n'était pas susceptible d'être affecté de manière sensible, car le potentiel de commercialisation des produits particuliers en cause était très limité et il n'y avait pas de facteur d'une importance décisive dans le choix des entreprises d'autres États membres de s'établir ou non dans le pays concerné. Une telle logique pourrait être transposée à l'analyse de l'existence de l'aide d'Etat, CJUE, 21 janvier 1999, aff. Jointes C-215/96 et 216/96, *Bagnasco*, Recueil 1999, pts 49 à 52

proposé en 2009 sur les «Principes communs d'évaluation économique de la compatibilité des aides d'État en application de l'article 87§3»⁵⁴ doivent être poursuivis.

Dans le cadre du « *balancing test* » utilisé lors de l'examen individuel d'une aide, le bilan à opérer entre les effets positifs de la mesure et les éventuelles distorsions de concurrence doit nécessairement conduire préalablement à une **analyse de marché pertinent** afin de vérifier l'incidence réelle de l'aide sur les concurrents. L'atteinte à la concurrence ne doit pas être présumée ou déduite de façon approximative.

- **La politique européenne en matière d'aides d'État se distingue par un faible recours à l'analyse économique**

La politique européenne en matière d'aides d'État se distingue des autres branches de la politique de concurrence (contrôle des concentrations, des accords horizontaux...) par une utilisation trop limitée de l'analyse économique. Le régime actuel pose pourtant bien quatre conditions pour qu'une mesure soit considérée comme une aide d'État au sens de l'article 107§1 TFUE:

En ce qui concerne le critère spécifique de l'*atteinte à la concurrence*, celui-ci est souvent présumé rempli à partir du moment où le critère de sélectivité de l'avantage est vérifié. Dans la mesure où l'aide semble favoriser certaines entreprises ou certaines productions, c'est-à-dire à partir du moment où l'on n'a pas affaire à une mesure de portée générale, alors la concurrence est considérée comme nécessairement faussée. Il suffit donc que ces financements aient un impact hypothétique sur les concurrents pour que ce critère soit rempli sans que soit opérée une réelle analyse de la structure du marché et du comportement des opérateurs permettant d'identifier les effets économiques de l'aide.

Pourtant, le TPIUE relève dans l'arrêt *Le Levant*⁵⁵ que « *s'agissant de la condition liée au fait de fausser ou de menacer de fausser la concurrence, (...) la décision attaquée ne comport[ait] pas d'indications permettant de déterminer en quoi et sur quel marché la concurrence [était] affectée ou susceptible d'être affectée par l'aide. (...) En conséquence, la décision attaquée ne permet[tait] pas de comprendre en quoi l'aide ici en cause répond[ait] à trois des quatre conditions définies à l'article 87§1 du TCE pour établir l'incompatibilité de ladite aide au regard du marché commun* ». Il s'ensuit que la vérification de l'atteinte de la concurrence doit être systématique au stade de l'analyse de l'existence de l'aide au même titre que l'affectation des échanges.

La Commission affiche une volonté d'utiliser de manière plus systématique une analyse dite « économique » sans toutefois la faire intervenir dès la définition de l'aide d'État. Ainsi a-t-elle envisagé d'augmenter le rôle de l'analyse économique et de la prise en compte du surplus du consommateur dans le contrôle des aides d'État. Elle a notamment proposé une nouvelle politique en 2009 dans ses « *Principes communs d'évaluation économique de la compatibilité des aides d'État en application de l'article 87§3* ».

Dans ce document de travail, la Commission proposait de clarifier l'analyse faite au titre de l'article 107§3. La méthode ferait davantage appel à l'analyse économique et reposerait sur une mise en balance dont le but est d'établir si les distorsions de concurrence et les effets sur les échanges des aides d'État sont compensés par d'éventuels effets bénéfiques de ces aides, auquel cas elles seraient déclarées compatibles avec les traités européens en vertu du paragraphe 3 de l'article 107 du Traité⁵⁶.

Dans leur réponse du 15 juillet 2009, les autorités françaises notaient en particulier qu'il s'agissait seulement d'appliquer une évaluation économique à l'analyse au terme de l'article 107§3 et non de modifier la manière dont est déterminé ce qui constitue une aide d'État au sens de l'article 107§1. En tout état de cause, ces évolutions ne sont pas encore appliquées.

⁵⁴ Cf. Document de travail relatif aux critères d'appréciation approfondie des aides régionales en faveur de grands projets d'investissement.

⁵⁵ TPI, 22 février 2006, *EURL Le Levant 001*, aff. T-34/02, points 113 à 125.

⁵⁶ Voir, Hans Friederiszick, Lars-Hendrik Röller et Vincent Verouden « *European State Aid Control : an Economic Framework* », 2006. Voir également Stanislas Martin et Christophe Strasse, « *La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence ?* », *Concurrences* N° 3-2005 – pp. 52-59.

- **Un recours accru à l'analyse économique permettrait de clarifier l'objectif de la politique européenne en matière d'aides d'Etat**

Malgré la volonté affichée par la Commission, la jurisprudence actuelle repose sur une analyse essentiellement juridique au détriment de la discussion des effets économiques des aides d'Etat ce qui ne permet pas de mettre en balance ses effets éventuellement positifs. La nouvelle politique annoncée en 2009 au titre de l'examen dans le cadre de l'article 107§3 TFUE est un pas dans la bonne direction, les autorités françaises considèrent que ceci n'est pas encore suffisant.

En effet, une aide d'Etat qui serait bénéfique en termes de surplus du consommateur⁵⁷ mais qui ne correspondrait pas à l'une des catégories auxquelles s'applique l'article 107§3 serait néanmoins refusée.

Il semble nécessaire d'étendre de manière adaptée l'analyse économique à la définition de l'existence même de l'aide d'Etat⁵⁸. La maximisation du surplus des consommateurs permet en effet de mieux prendre en compte les effets de l'aide d'Etat sur la structure concurrentielle du marché concerné, notamment lorsque l'aide conduit à maintenir un certain degré de concurrence profitable aux consommateurs à long terme.

Cette approche permettrait de redéfinir et nuancer l'approche communautaire en matière d'aides d'Etat. Il est en particulier délicat de déterminer l'efficacité ou l'inefficacité d'une aide d'Etat. Ainsi, par exemple, lorsqu'on contraint une entreprise sauvée par un Etat à limiter son activité, si l'on règle bien le problème de l'inéquité entre concurrents, on diminue également la pression concurrentielle sur ce marché, ce qui peut se traduire *in fine* par une diminution du surplus du consommateur. Selon une expression souvent utilisée, la politique communautaire actuelle, fondée sur une analyse purement juridique, est par conséquent souvent une politique de sauvegarde des concurrents plutôt que de la concurrence.

La littérature économique enfin, en se fondant notamment sur l'effet des aides sur le commerce international, a mis en évidence de nombreuses conditions dans lesquelles une aide d'Etat peut être justifiée⁵⁹.

- 4. *Qualification des compensations versées aux opérateurs en relation de quasi-régie (« in-house ») avec l'autorité publique qui les finance.*

Lorsque l'Etat est en relation de quasi-régie (« in-house ») avec un opérateur, conformément aux critères définis par la Cour de Justice⁶⁰, il peut choisir cet opérateur sans mise en concurrence, par dérogation aux règles communautaires en matière de marchés publics ou de concessions de services⁶¹.

Ainsi, le juge communautaire a indiqué que « *les conditions posées par l'arrêt Teckal, pour considérer la directive 93/36/CE inapplicable aux marchés conclus entre une collectivité territoriale et une personne juridiquement distincte d'elle, selon lesquelles, à la fois, la collectivité territoriale doit exercer sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et cette personne doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent, ont notamment pour but d'éviter que le jeu de la concurrence soit faussé (...). Dans de telles limites, il apparaît justifié que cette entreprise échappe aux contraintes de la directive 93/36, celles-ci étant dictées par le souci de préserver une concurrence qui n'a, en ce cas, plus lieu d'être »⁶².*

Ainsi, une relation « in-house » entre l'Etat et un opérateur, de par son caractère interne, est réputée ne pas affecter la concurrence.

⁵⁷ Ibid. pour une discussion du choix du critère entre surplus global et surplus du consommateur. cité.

⁵⁸ Voir les propositions faites en 2005 par le cabinet CRA à la Commission, *Study on methods to analyse the impact of State aid on competition*, qui demande une application de l'analyse économique dès le stade de la définition de ce qui constitue une aide d'Etat.

⁵⁹ Voir une discussion de cette littérature dans Hans Friederiszick, Lars-Hendrik Röller et Vincent Verouden (2006), pages 22-23. Voir également *Prohibiting State Aid in an Integrated Market: Cournot and Bertrand Oligopolies with Differentiated Products*, David Collie, 2000. et "The effects and policy implications of state aids to industry: an economic analysis", Timothy Besley et Paul Seabright, *Economic Policy*, 1999.

⁶⁰ CJUE, 18 novembre 1999, *Teckal*, affaire C-107/98.

⁶¹ CJUE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, affaire C-458/03, en matière de concessions.

⁶² CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, affaire C-340/04, points 58 à 63.

Dès lors, les autorités françaises considérant que si le choix, sans mise en concurrence, d'un opérateur en relation « in-house » avec l'autorité publique n'occasionne pas de distorsion de concurrence au détriment d'autres entreprises, s'interrogent sur les conséquences de ces décisions sur le traitement des financements octroyés à cet opérateur. Le critère de l'affectation de la concurrence faisant défaut, ces financements publics ne sembleraient pas devoir être qualifiés d'aides d'Etat au sens de l'article 107§1 TFUE.

Qualifier les financements d'aides d'Etat au sein d'une relation de quasi-régie, reviendrait d'ailleurs à admettre que les autorités publiques s'octroient une aide à elles-mêmes⁶³.

Toutefois, ni la Commission, ni le juge communautaire ne s'étant encore prononcés sur cette question, il apparaît opportun que la Commission reconnaisse l'absence d'aide d'Etat dans ces situations.

Les autorités françaises considèrent par conséquent qu'il serait utile :

- que la Commission énonce, comme dans les autres volets des règles sur la concurrence, **des lignes directrices sur l'analyse de l'affectation du commerce entre Etats membres et le risque d'affectation de la concurrence**. Celles-ci, dans une pratique cohérente avec les autres règles de la concurrence énoncées par le Traité, devraient transposer au droit des aides d'Etat la logique de l'analyse concurrentielle et notamment la notion de marché pertinent et de partie substantielle du marché commun, dans le cadre d'une **qualification économique de l'existence d'une aide d'Etat au sens de l'article 107§1** ;
- de lancer une réflexion spécifique sur les financements d'impact très local afin de considérer que ceux-ci ne sont objectivement pas susceptibles d'affecter les échanges intra-communautaires et partant non qualifiables d'aides d'Etat ;
- que la Commission apporte toutes les clarifications nécessaires au traitement des compensations versées aux opérateurs en relation de quasi-régie (« in house ») avec l'autorité publique qui les finance au regard du droit des aides d'Etat. ;
- que cette évolution de la pratique du contrôle des aides d'Etat vers une analyse plus économique permette, **en matière de compensation de services d'intérêt économique général, d'établir la base d'une différenciation nette entre les services purement locaux** et très peu économiques, auquel le droit communautaire n'a pas vocation à s'appliquer en vertu du principe de subsidiarité, **et les SIEG en réseau** fournis dans un cadre économique et sur un marché commercial représentant un enjeu pour l'approfondissement du marché intérieur.

Cette **approche, qui est un complément nécessaire à la définition des critères de compatibilité actuellement établis dans le Paquet « Monti-Kroes »**, est la seule qui permette de sécuriser les pouvoirs publics et en particulier les collectivités locales sur le droit applicable.

II. L'absence d'Aides d'Etat : Application de l'arrêt Altmark (questions 5 et 6)

L'arrêt *Altmark* rendu par la Cour de Justice le 24 juillet 2003⁶⁴, puis l'adoption du paquet « Monti-Kroes » en 2005 et 2006, ont reconnu qu'un soutien financier de l'Etat destiné à prendre en charge les coûts spécifiques ou surcoûts résultant des obligations de service public imposées aux opérateurs de SIEG pouvait non seulement s'avérer nécessaire mais aussi bénéficier d'un régime spécifique au regard du droit des aides d'Etat⁶⁵.

Sous réserve de quatre conditions énoncées par le juge dans l'arrêt *Altmark*, certaines compensations d'obligations de service d'intérêt économique général *ou obligations de service public* ne sont pas constitutives d'aides d'Etat. Elles ne visent en effet dans un tel cas qu'à offrir une contrepartie évaluée de

⁶³ Par analogie, en matière de marchés publics, avec la notion de *contrat avec soi-même*, dont le caractère impossible est souligné notamment par l'avocat général Trstenjak dans ses conclusions sous l'affaire C-324/07, *Coditel Brabant SPRL*, note 28.

⁶⁴ Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), 24 juillet 2003, Affaire C-208/00, *Altmark Trans GMBH*, Rec. 2003, p. I-7747.

⁶⁵ CJUE, *Altmark*, précité, point 87 et considérant 4 de la décision du 28 novembre 2005.

manière objective aux charges supplémentaires induites par les obligations de service public inhérentes à la mission confiée par l'autorité publique à l'opérateur et ne constitue pas une aide.

Pour mémoire, les quatre conditions⁶⁶ permettant de vérifier que le financement octroyé par l'autorité publique ne vise qu'à compenser les obligations de service public imposées sont les suivantes :

- L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;
- La compensation doit être préalablement établie sur la base d'un paramétrage objectif et transparent permettant de prévenir toute surcompensation des coûts induits par l'exécution des obligations de service public ;
- La compensation ne doit couvrir que ce qui est nécessaire à l'exécution des obligations de service public ;
- La compensation peut-être accordée au terme d'une procédure de marché public ayant permis de minimiser les coûts pour l'autorité publique ou sur la base d'un cadre de référence permettant d'identifier a priori les coûts des obligations de service public, tel que celui d'une entreprise moyenne bien gérée en charge d'un SIEG.

Ces quatre conditions, qui permettent une fois remplies, de vérifier l'absence d'éléments d'aides, sont généralement d'application difficile. Outre, les difficultés posées par les trois premiers critères de l'arrêt que l'on retrouve également dans l'analyse de la compatibilité des aides versées sous la forme de compensations d'obligations de service public⁶⁷, le 4^{ème} critère en particulier soulève de multiples interrogations de la part des décideurs publics nationaux. Au plan européen, seules quelques décisions de la Commission européenne notamment en matière de transport⁶⁸ ou de haut débit, sont venues les éclairer sur son application pratique.

La difficulté principale posée par le 4^{ème} critère Altmark⁶⁹ réside dans le fait qu'il entretient une confusion entre l'objet du paquet « Monti-Kroes » qui définit les conditions de compatibilité de l'aide dont l'existence a été préalablement vérifiée et la question des modalités de choix des opérateurs de SIEG sur lesquelles il ne se prononce pas. Cette question est en effet réglée par les dispositions pertinentes du Traité et les directives « marchés publics » de 2004⁷⁰. Il entretient également le sentiment auprès de certains opérateurs de SIEG que le paquet incite ou recommande le recours aux procédures de marchés publics pour l'attribution des SIEG, influençant ainsi directement les choix des autorités publiques et les modalités traditionnelles de gestion déléguée du service public dans les Etats membres.

De ce point de vue, l'arrêt *Altmark* apparaît neutre. Il considère qu'un dispositif, tel qu'une *procédure de marchés publics* ou la référence à une *entreprise moyenne bien gérée*, sont susceptibles normalement d'avoir conduit les autorités publiques à retenir l'offre permettant de prévenir d'éventuelles surcompensations. Il ne s'agit pas de retenir le moins disant mais de déterminer de manière objective les coûts induits par l'exécution d'obligations de service public et ainsi définir une compensation de la manière la plus adéquate.

⁶⁶ Cf. arrêt précité, points 90 à 94.

⁶⁷ Cf. infra.

⁶⁸ Voir décisions N 604/2005 DE Public support for bus operators in Landkreis Wittenberg (pour 2 mesures sur 3) JOUE C 209 du 31 août 2006 (Altmark 4 a); N 207/09 DE Public support for bus operators in Landkreis Anhalt-Bitterfeld, JOUE C 255 du 24 octobre 2009 (Altmark 4 a); N 206/09 DE Public support for bus operators in Landkreis Wittenberg JOUE C 255 du 24 octobre 2009 (Altmark 4 a); C 54/07 (NN 55/2007) DE Emsländische Eisenbahn GmbH, JOUE C 174 du 9 juillet 2008 (ouverture d'une procédure mais pour une mesure les 4 critères sont remplis) (Altmark 4 b).

⁶⁹ Pour mémoire, le 4^{ème} critère précise les conditions à remplir afin de prévenir toute surcompensation, il est formulé comme suit. « *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 [...] afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public, 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* »

⁷⁰ Directives 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation dans les secteurs de l'eau, énergie, transports, services postaux et 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Deux questions se posent généralement pour les autorités publiques confrontées à la jurisprudence de la Cour :

- Que recouvre la notion de *procédure de marché public* et de *moindre coût* au sens de l'arrêt *Altmark* ?
- Comment comprendre le critère de *l'entreprise moyenne bien gérée* ? Comment le rendre opérationnel ?

1. Analyse de la première branche du 4^{ème} critère *Altmark* : une procédure de marchés publics

- **La notion de « procédure de marchés publics » couvre l'ensemble des instruments de la commande publique susceptibles d'offrir les garanties requises par le Traité en la matière, notamment les procédures de délégations de service public**

L'utilisation d'une « *procédure de marché public* » est un indice permettant de vérifier l'absence de surcompensation financière. La lecture de la jurisprudence récente de la Cour de justice appliquant ou précisant la jurisprudence *Altmark* laisse apparaître que le critère tiré de l'application d'une procédure de marché public n'est pas systématiquement employée par la Cour⁷¹. La mise en concurrence précédée d'une publicité adéquate a pour vertu de permettre l'optimisation de la participation financière de la personne publique, en permettant l'attribution du contrat à l'opérateur économique répondant le mieux aux critères posés, et notamment au regard du montant des compensations éventuelles de service public.

Ceci n'implique pas que toute compensation, pour être régulière, doive nécessairement être octroyée par le biais d'une procédure de marché public *stricto sensu*. **Les autorités françaises considèrent que les termes de la jurisprudence *Altmark* doivent être compris comme faisant référence à la notion générique de « marché public »** qui, outre les procédures couvertes par les directives de 2004, doit inclure toute procédure permettant à travers une mise en concurrence préalable des opérateurs (notamment par procédure assimilable à un appel d'offre) de garantir l'application des principes fondamentaux du traité que sont la transparence, l'égalité de traitement, la non-discrimination et la reconnaissance mutuelle dans le choix de l'opérateur afin de déterminer une juste compensation.

Selon cette analyse, l'ensemble des instruments à la disposition des autorités publiques permettant de garantir ces principes devrait être regardé comme correspondant à l'analyse de la Cour de Justice. Il conviendrait ainsi que soit admise la possibilité de considérer que ce critère est de droit et de fait rempli lorsque l'opérateur a été sélectionné de façon régulière selon une procédure d'appel d'offres quelle que soit sa forme.

Parmi ces instruments, les procédures de délégation de service public (DSP), notamment les concessions de service, devraient faire l'objet d'une analyse concordante. **Les procédures de délégation de service public offrent en effet des garanties équivalentes à celles des marchés publics et permettent ainsi de déterminer la juste compensation offerte à l'opérateur en raison de l'exécution des obligations de service public.** L'existence même de compensations renvoie d'ailleurs plutôt à une situation de délégation de service public qu'à une situation de marché. Dans un marché public, le pouvoir adjudicateur vise beaucoup plus à acheter des prestations immédiates. Dans une DSP, il vise à confier la gestion proprement dite d'un service d'intérêt général en imposant à l'opérateur les obligations qui lui sont inhérentes.

Parmi les différentes modalités de gestion déléguée, l'attribution des concessions de service bien que ne relevant d'aucun texte communautaire spécifique⁷² doit en particulier respecter les principes et les règles issues du Traité précisées par la jurisprudence de la Cour. La CJUE a ainsi jugé dans l'affaire *Telaustria*⁷³ relative à une concession de services, que les pouvoirs adjudicateurs devaient, malgré l'absence de règles de droit dérivé en la matière, respecter une obligation de transparence impliquant un certain degré de

⁷¹ CJCE; 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Doltori Commercialisti Sri*, Aff. C-451/03, point 67, alors même que l'avocat général y faisait référence dans ses conclusions; voir aussi CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord EV*, Aff. C-206/06, point 85, citant la référence précédente.

⁷² Seules les concessions de travaux sont soumises à certaines règles de la directive 2008/18/CE.

⁷³ CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, Aff. C-324/98.

publicité⁷⁴. Il ressort également de cet arrêt⁷⁵ que la concession n'est pas une exception aux règles de passation définies par les règles des directives «marchés publics». L'objet est certes différent, mais les garanties procédurales de transparence et d'impartialité du choix du titulaire du contrat sont les mêmes. La Cour en déduit que les personnes passant de tels contrats sont « *tenuës de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* ».

Le respect de ces principes, sous-entendus dans l'arrêt *Altmark*, permet de considérer qu'à l'image des procédures de marchés publics prévues par les directives de 2004, les concessions de services favorisent, à travers une procédure de sélection transparente permettant de comparer effectivement plusieurs offres concurrentes⁷⁶, la meilleure adéquation des compensations éventuelles aux obligations de service public imposées.

Ainsi en France, les règles régissant l'attribution des délégations de service public⁷⁷ s'interprètent selon le Conseil d'Etat français⁷⁸ - qui se prononçait alors sur les obligations de publicité en matière de concessions - « *à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la Communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité, qui ne peuvent être réputées satisfaites que lorsqu'est mise en œuvre une procédure de publicité adéquate compte tenu de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques de la délégation de service public à passer* ».

Par ailleurs, à travers l'élaboration du cahier des charges et l'avis d'appel public à la concurrence, les procédures d'attributions des concessions de service peuvent également répondre aux autres critères énoncés par l'arrêt *Altmark*. Ainsi, les contrats de concessions constituent-ils l'*instrumentum*, l'acte juridique par lequel les autorités publiques confient la gestion d'un SIEG. Le contrat inclut de manière systématique la définition de la mission de SIEG ainsi que des obligations de service public correspondantes. En présence de compensations, ils peuvent également inclure les éléments ayant permis de déterminer au préalable leur montants ainsi que les mécanismes de contrôle (par la tenue obligatoire d'une comptabilité analytique par exemple) et de révision de ces compensations. Le montant des compensations peut constituer lui-même l'une des spécifications définies dans le cahier des charges.

La pratique décisionnelle de la Commission européenne semble également converger vers une analyse identique lorsque celle-ci valide les compensations attribuées par la France pour le développement du réseau internet haut débit dans la région Midi-Pyrénées, sur la base d'une concession de service⁷⁹.

En dehors du choix des modalités d'attribution des SIEG, la notion de « *moindre coût* » qui doit être selon la Cour l'une des finalités de la procédure de marchés publics, suscite également de multiples interrogations auprès des autorités publiques :

- Cette notion est-elle uniquement assimilable au prix le plus bas ?
- Exclut-elle la prise en compte de critères de sélection autres que celui du prix tels que des critères qualitatifs?

⁷⁴ Cf. points 60 et 62.

⁷⁵ CJUE, *Telaustria*, précité, voir point 43 : « *il y a lieu de relever d'emblée que l'article 1er, point 4, de la directive 93/38 se réfère aux contrats à titre onéreux conclus par écrit et fournit seulement des indications sur les personnes contractantes ainsi que sur l'objet du contrat, sans que soient expressément visées les concessions de service public, définies notamment au regard du mode de rémunération du prestataire de services, et sans que soit opérée une quelconque distinction entre les contrats dont la contrepartie est fixe et ceux dont la contrepartie consiste en un droit d'exploitation* ».

⁷⁶ Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite Loi « Sapin »).

⁷⁷ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée, reprise aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

⁷⁸ CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté Urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, req. n° 323585 et 323593.

⁷⁹ Décision de la Commission relative à l'aide N 381/2004 – France – Haut débit en Pyrénées-Atlantiques, JO C 162/05, du 02.07.2005, disponible sur http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n381-04.pdf, points 76 à 87.

- **La notion de *moindre coût* mentionnée dans l'arrêt *Altmark* doit être comprise en ce sens qu'elle permet la prise en compte au-delà du prix, de divers critères liés à l'objet du marché tels que des critères qualitatifs, environnementaux ou sociaux et couvrir ainsi également le critère de *l'offre économiquement la plus avantageuse* prévue par le droit des marchés publics**

Les procédures de marchés publics au sens strict du terme, encadrées par les directives européennes aboutissent à un choix objectif du pouvoir adjudicateur qui se fonde selon l'article 53 de la directive 2004/18/CE, sur deux critères alternatifs d'attribution des marchés que sont *l'offre économiquement la plus avantageuse* ou *le prix le plus bas*. Au regard de cet article, le 4^{ème} critère de l'arrêt *Altmark* semble, par la précision qu'il apporte quant au résultat des procédures de marchés publics (i.e : « *fournir le service au moindre coût pour la collectivité* ») se rapprocher du second critère.

La gestion de SIEG obéit pourtant à d'autres critères que le seul niveau du prix/coût exprimé de manière quantitative. D'autres dimensions doivent ainsi être prises en compte afin de remplir spécifiquement les obligations de service public qui sont la caractéristique des SIEG, au bénéfice des usagers : la responsabilité du service public, la qualité du service, l'accueil et la sécurité des usagers, la protection de l'environnement notamment. Le critère de *l'offre économiquement la plus avantageuse* prévu par l'article 53 de la directive peut traduire ces aspects qualitatifs.

Les autorités françaises considèrent que la notion de *moindre coût* devrait correspondre à ce critère d'attribution par ailleurs explicité par l'article 53 et permettre de prendre en compte, dans la sélection des offres, des critères autres que celui du *prix le plus bas* dès lors qu'ils sont mentionnés dans l'avis de marché et le cahier des charges, respectent les principes fondamentaux du droit communautaire et ne confèrent pas une liberté inconditionnée de choix au pouvoir adjudicateur. Il conviendrait ainsi dans la détermination et l'analyse des coûts d'inclure également les considérations qualitatives telles que les aspects environnementaux, sociaux, ou les exigences de qualité du service fourni.

Une analyse en termes d'efficacité dans la gestion des SIEG pourrait a fortiori être prise en compte afin de préciser la portée de la première branche du 4^{ème} critère de l'arrêt *Altmark* et ainsi en favoriser la mise en œuvre en conformité avec le droit communautaire des marchés publics et le droit des aides d'Etat.

Certaines décisions de la Commission européenne en la matière, montre que l'analyse du 4^{ème} critère peut d'ailleurs intégrer la notion d'efficacité. Dans sa décision N 382/2004 relative à la mise en place d'une infrastructure à très haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)⁸⁰, la Commission indique ainsi que « *le quatrième critère de l'arrêt Altmark a pour but d'éviter que la compensation ne soit fixée à un niveau qui ne soit pas le moindre coût pour la collectivité et qui permettrait à des entreprises moins efficaces d'être sélectionnées pour l'exécution du service public* ».

Par ailleurs, dans une décision NN 8/2009⁸¹ du 2 juillet 2009 relative aux zones naturelles protégées en Allemagne, la Commission européenne, pour rejeter l'applicabilité en l'espèce du 4^{ème} critère, constate que bien que la procédure de sélection des opérateurs visée en l'espèce, ait été réalisée de manière ouverte et transparente, « *celle-ci [la procédure de sélection] n'était pas fondée sur les prix les plus bas des services **ou sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse** [...]* »⁸². Elle rappelle également s'agissant de ce dernier critère que « *ce concept [offre économiquement la plus avantageuse] est plus large que celui du prix le plus bas car il permet de prendre en compte des facteurs qualitatifs* ». La présentation de cette alternative montre que, conformément aux possibilités offertes par le droit communautaire des marchés publics, la notion de *moindre coût* au sens de l'arrêt *Altmark* ; couvre les deux critères de choix des offres prévus par les directives de 2004.

2. La notion d'entreprise moyenne bien gérée

⁸⁰ Décision de la Commission relative à l'aide N 382/2004 – France – Haut débit au Limousin (Dorsal), OJ/230/06 du 20.09.2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n382-04.pdf ; voir point 66.

⁸¹ Décision NN8/2009, 2 juillet 2009, Allemagne, Préservation des zones naturelles protégées, C(2009) 5080 final qui fait l'objet d'un recours en annulation formé par l'Allemagne, requête déposée près le TPIUE, Affaire T-347/09, Allemagne c/ Commission, JO C 267 du 07.11.2009 p.75. Voir http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_NN8_2009.

⁸² Décision précitée, point 65.

Si l'autorité publique ne recourt pas à une procédure de marché public, la Cour de Justice exige que le niveau de la compensation pour obligation de service public soit déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une *entreprise moyenne et bien gérée* aurait encourus pour exécuter cette obligation. Cette référence vise à introduire un critère d'efficacité économique et semble supposer la mise en œuvre d'une procédure de « benchmarking ».

Sur le plan des principes, l'application de cette démarche aux activités relevant de la notion de SIEG soulève quelques interrogations. Dans certains cas la raison d'être d'un SIEG peut résider dans l'absence de toute offre alternative pour le type de service visé en raison par exemple de l'absence de rentabilité de l'activité en cause. Il est donc peu aisé de déterminer a priori les coûts d'un service créé le cas échéant pour la première fois, sur la base d'une comparaison ou d'un cadre de référence prédéterminé auquel renvoie la notion d'*entreprise moyenne bien gérée*. Par ailleurs, le doute existe également sur la prise en compte des exigences qualitatives du SIEG dans une telle approche.

Elle demeure peu ou pas utilisée pour le financement des SIEG de faible envergure ou de dimension locale en raison de l'absence de véritables indications sur les méthodologies de création et de définition d'un tel point de comparaison objectif.

Outre ces éléments les autorités françaises considèrent que la seconde branche du 4^{ème} critère de l'arrêt *Altmark* pose diverses difficultés pratiques dans mise en œuvre qui pourrait nécessiter une clarification :

- la définition de la notion d'*entreprise moyenne*
- la mise en œuvre du principe de *bonne gestion*

• La définition d'une entreprise moyenne

Si la notion d'*entreprise moyenne* pose des difficultés, c'est souvent car elle fait référence directe au marché, alors que cette référence n'est pas forcément la plus pertinente pour de nombreuses activités de SIEG qui ne présentent précisément pas les mêmes caractéristiques qu'une activité économique traditionnelle.

S'agissant de grands opérateurs chargés de service d'intérêt économique général, il ne paraît pas insurmontable, en théorie, d'identifier une *entreprise moyenne*. Pourtant, même pour ces entreprises qui opèrent sur un marché dont l'existence est vérifiée, la mise en œuvre de l'objectivation des coûts requise par le recours à la notion d'*entreprise moyenne* demeure difficile. Il est notamment souvent très complexe de définir et justifier l'existence même d'un « comparable exogène »⁸³. Connaître et déterminer précisément les coûts d'une entreprise de référence, notamment lorsqu'il s'agit d'entreprises privées non cotées, apparaît peu évident voire impossible.

Une réflexion devrait être lancée afin de favoriser une mise en œuvre plus fréquente de cette seconde branche du 4^{ème} critère *Altmark* et contribuer ainsi à améliorer l'adéquation des compensations aux obligations de service public imposées hors du champ couvert par le droit des aides d'Etat :

A défaut de pouvoir comparer l'opérateur désigné ou plus exactement les coûts du service qu'il met en œuvre à ceux d'une *entreprise moyenne*, il pourrait être démontré dans certains cas par exemple que cet opérateur constitue lui-même l'entreprise moyenne de référence, en se fondant sur une comparaison de ses principaux indicateurs financiers avec ceux d'entreprises du secteur ou de secteurs comparables⁸⁴.

Parallèlement, s'agissant en particulier des services d'intérêt économique général en réseau, il pourrait être utile, en revanche, que la Commission fournisse à titre indicatif quelques éléments de référence, qui permettraient de compléter utilement le critère de l'*entreprise moyenne bien gérée* également dans son aspect qualitatif⁸⁵. Une liste d'indicateurs financiers, communément utilisée en matière de valorisation d'entreprise et pouvant permettre de mener une comparaison entre entreprises mais également d'examiner la qualité de sa gestion est proposée ci-après.

⁸³ Cf. par ex. Décision de la Commission du 8 juillet 2008 concernant les mesures C 58/02 (ex N 118/02) que la France a mises à exécution en faveur de la Société Nationale Maritime Corse-Méditerranée (SNCM), OJ/225/180 du 27.08.2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:225:0180:0237:FR:PDF>.

⁸⁴ Décision de la Commission du 22 novembre 2008 concernant l'aide d'Etat C 16/07 accordée par l'Autriche à l'entreprise Postbus, OF/306/26 du 20.11.2009.

⁸⁵ Cf. infra l'analyse du critère de « bonne gestion ».

Liste **indicative** de ratios permettant de réaliser une comparaison avec les indicateurs moyens du secteur qui pourraient être utilisés pour mettre en œuvre les notions d'« entreprise moyenne » et de « bonne gestion » dans le cadre de la seconde branche du 4^{ème} critère de l'arrêt Altmark. De tels ratios, ne pourraient a priori s'appliquer qu'aux SIEG de grande envergure.

1. **Ratios basés sur le chiffre d'affaires**
 - Résultat net sur chiffre d'affaires
 - Résultat avant impôt sur chiffre d'affaires
 - Résultat d'exploitation sur chiffres d'affaires
 - Excédent brut d'exploitation sur chiffre d'affaires
2. **Ratios basés sur la valeur ajoutée**
 - Excédent brut d'exploitation sur valeur ajoutée
 - Charges de personnel sur valeur ajoutée
 - Résultats avant impôts sur valeur ajoutée
3. **Ratios basés sur les effectifs et la productivité par salarié**
 - Valeur ajoutée par salarié
 - Excédent brut d'exploitation par salarié
4. **Endettement**
 - Dettes financières nettes sur capitaux propres
 - Dettes financières nettes sur excédent brut d'exploitation
 - Résultat d'exploitation sur frais financiers
5. **Rentabilité des capitaux**
 - Résultat net sur capitaux propres
 - Résultat d'exploitation sur capitaux propres
 - Résultat d'exploitation sur capitaux permanents
6. **Montant du cash flow**
 - Flux de trésorerie d'exploitation
 - Flux de trésorerie libre (free cash flow)

• **La détermination d'une « bonne gestion »**

Le critère de la « bonne gestion » ne se rattache à aucune notion financière communément admise et laisse donc un large pouvoir d'appréciation à la Commission européenne. Celle-ci s'est néanmoins montrée prête à accueillir des comparaisons avec des entreprises d'autres Etats membres voire d'autres secteurs⁸⁶. Cette imprécision quant à l'appréciation concernant cette dimension qualitative du critère de *l'entreprise moyenne bien gérée*, doit être prise en compte dans l'évaluation. Les autorités françaises considèrent que la liste **indicative** de ratios financiers pourrait également être utiles sur ce point afin d'offrir quelques orientations complémentaires aux autorités publiques.⁸⁷

Concernant cet aspect qualitatif du critère de *l'entreprise moyenne bien gérée*, les autorités françaises souhaitent surtout rappeler que le Tribunal vient de confirmer avec force, que l'analyse du 4^{ème} critère défini par l'arrêt *Altmark* dont celui de la « bonne gestion » n'a de place, dans l'analyse des compensations d'obligations de service public, **qu'au stade de la qualification de l'aide d'Etat, la vérification de son existence**. Dans son arrêt du 1^{er} juillet 2010 confirmant la décision de la Commission du 16 juillet 2008, autorisant le versement d'une dotation en capital de 150M€ à France Télévisions⁸⁸, le Tribunal, a confirmé ce principe.

Se prononçant ainsi sur la première branche du 4^{ème} critère, il a en effet admis, suivant les arguments développés par les autorités françaises et la Commission européenne dans leurs écritures respectives, que « *la question de savoir si une entreprise chargée du SIEG de la radiodiffusion pourrait remplir ses obligations de service public à un moindre coût est dénuée de pertinence pour l'appréciation de la*

⁸⁶ Cf. Encadrement 2005, § 18.

⁸⁷ Cf. supra.

⁸⁸ TPIUE, 1^{er} juillet 2010, *France Télévisions*, Affaires jointes T-568/08 et T-573/08.

compatibilité du financement étatique de ce service au regard des règles communautaires en matière d'aides d'État »⁸⁹, et plus précisément de l'article 106§2 TFUE.

Or, les autorités françaises constatent que le règlement n°1370/2007/CE du 23 octobre 2007 relatif aux services de transport de voyageurs par chemin de fer et par route dit « Règlement OSP » a introduit une notion de similaire de « bonne gestion » au stade de l'analyse de la compatibilité des compensations d'OSP octroyées pour ce type de SIEG. L'annexe au règlement qui précise les critères de calcul de ces compensations hors cas d'appel d'offres indique en effet que « *la méthode de compensation doit inciter au maintien ou au développement d'une gestion efficace par l'opérateur de service public, qui puisse être objectivement appréciée, et de la fourniture des services de transport de voyageurs d'un niveau de qualité suffisant* ». Les autorités françaises reconnaissent que la prise en compte de cette dimension qualitative dans le calcul des compensations correspond entièrement aux préoccupations majeures des entités publiques. Toutefois, l'insertion dans le règlement d'un tel critère, ajoute une condition à celles retenues par la jurisprudence pour apprécier la *compatibilité* de la compensation ainsi versée.

Bien que ce secteur d'activité soit expressément exclu du champ d'application du paquet « Monti-Kroes », les autorités françaises ne sont pas favorables à l'introduction d'un critère supplémentaire dans l'analyse de la compatibilité des compensations. **Elles invitent en conséquence la Commission européenne à clarifier l'articulation entre les dispositions du règlement « OSP » et l'analyse des compensations réalisées par la CJUE et le TPIUE quant à l'appréciation de l'existence d'une aide. Elles ne sont en effet pas favorables à l'extension de l'analyse du critère de la « bonne gestion » au stade de l'analyse de la compatibilité de l'aide.**

Par ailleurs, la prise en compte d'un « **bénéfice raisonnable** » dans l'appréciation de la « bonne gestion » de l'entreprise paraît devoir être précisée. Cette notion est également présente dans l'analyse des compensations au titre du paquet « Monti-Kroes ».

En conclusion, les exemples d'affaires où la Commission a admis l'absence d'aide en considérant que les quatre critères Altmark étaient remplis, en l'absence d'appels d'offres, restent rares⁹⁰. Pour autant, tant la Commission que le juge communautaire ont parfois réussi à se départir d'une application rigide voire rigoriste du 4^{ème} critère pour favoriser une application *in concreto* fondée sur une interprétation téléologique de ce critère, par référence avec la finalité des 3^{ème} et la 4^{ème} conditions qui est de garantir que le SIEG est fourni au juste coût pour la collectivité⁹¹.

Ainsi, la jurisprudence et la pratique décisionnelle de la Commission ont ouvert des voies pour une application souple de ce critère. Elle a notamment considéré que la compensation accordée au titre d'un SIEG à une centrale thermique en Slovénie⁹² respectait le 4^{ème} critère de la jurisprudence Altmark car le choix direct, sans appel d'offres, de cette centrale était « *celui qui permettait d'assurer le [SIEG] au moindre coût pour la collectivité, compte tenu des contraintes pratiques et juridiques particulières qui existaient dans ce cas* »⁹³. La Commission a ainsi tenu compte du fait qu'au vu de ses caractéristiques propres, « *seule la centrale de Trbovlje remplissait en l'espèce les conditions pour assurer l'obligation de service public* »⁹⁴. Sur la base de ces éléments, la Commission a conclu que « *[l]a Slovénie a donc utilisé la méthode la plus efficace et rentable pour remplir l'obligation de service public* »⁹⁵ et que « *rien ne permet[tait] de penser que la centrale de Trbovlje ne fonctionne pas comme une entreprise moyenne ou est exploitée d'une manière particulièrement inefficace* »⁹⁶.

Les autorités françaises considèrent que ce type d'analyse devrait être approfondies et qui pourrait conduire à une interprétation du 4^{ème} critère *Altmark* qui ferait prévaloir le critère de l'opérateur capable

⁸⁹ Arrêt précité, point 140.

⁹⁰ Voir notamment décision *Poste Italiane*, 21.10.2008 (C49/2006).

⁹¹ Cf. notamment TIUE, 14 février 2008, *BUPA*, T-289/03 et Décision Producteurs d'énergie qualifiés / Slovénie, 2007.

⁹² Décision de la Commission du 24 avril 2007, concernant le régime d'aides d'Etat mis en œuvre par la Slovénie dans le cadre de sa législation relative aux producteurs d'énergie qualifiés, aide C 7/2005, COM (2007) 1181 final.

⁹³ Décision concernant la centrale thermique de Trbovlje (Slovénie), précitée, point 112.

⁹⁴ Décision concernant la centrale thermique de Trbovlje (Slovénie), précitée, point 114.

⁹⁵ Décision concernant la centrale thermique de Trbovlje (Slovénie), précitée, point 115.

⁹⁶ Décision concernant la centrale thermique de Trbovlje (Slovénie), précitée, point 116.

de fournir le service au juste coût pour la collectivité, ce critère pouvant, notamment, être rempli en procédant par appel d'offres⁹⁷.

Au vu de ce qui précède, les autorités françaises souhaitent que la Commission :

- **Clarifie la notion de procédures de marchés publics** afin d'y inclure toute procédure organisant une publicité et une mise en concurrence permettant de garantir les principes de transparence, et d'égalité de traitement ; au titre desquelles figureraient les différentes modalités de gestion déléguée du service public telles que les concessions de services. Cette procédure doit permettre une gestion efficiente du SIEG au coût le plus adéquat permettant de sélectionner le meilleur rapport coût/qualité du service rendu à la lumière du critère d'attribution des marchés tel que prévu notamment par l'article 53 de la directive 2004/18/CE de l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- **Adapte la notion d'entreprise moyenne bien gérée** aux besoins des autorités publiques qui souhaitent financer des SIEG de dimension locale ou de faible envergure. Si la notion et l'analyse à laquelle elle renvoie conviennent à la gestion des grands SIEG, il conviendrait de préciser peut être appliqué aux SIEG de faible envergure ou de dimension locale. Par ailleurs, la création d'une liste de ratios permettant d'affiner la comparaison effectuée par les autorités publiques pourrait être envisagée **à titre indicatif**.

3. Analyse du paquet « Monti-Kroes » (questions 7 à 27)

L'adoption du paquet « Monti-Kroes » a permis de clarifier utilement l'analyse de la compatibilité des compensations pour obligation de service public au regard du droit des aides d'Etat.

Les autorités françaises remarquent en particulier que les différents textes composant le paquet ont permis de sécuriser certains dispositifs de financement prévus par les autorités publiques pour garantir la réalisation des missions imposées aux opérateurs de SIEG. Le paquet « Monti-Kroes » a introduit notamment la notion de *surcompensation* qui coïncide dans sa finalité avec les objectifs de transparence et de traçabilité des financements publics partagés par les autorités françaises.

Toutefois, sa mise en œuvre en France s'est révélée parfois complexe en raison de la grande variété des secteurs d'activités inclus dans son champ d'application, des différences méthodologiques liées à l'évaluation de ces financements ou encore, aux conceptions historiques du service public dans les secteurs liés traditionnellement à certains types d'opérateurs relevant notamment de l'économie sociale.

Outre les observations formulées concernant l'appréciation de l'existence de l'aide et en particulier de l'impérieuse nécessité pour la Commission européenne de développer une analyse économique plus fine en la matière, les autorités françaises souhaitent appeler à **une application proportionnée et davantage adaptée de ce cadre**.

Lors des travaux de préparation du rapport sur la mise en œuvre de la décision du 28 novembre 2005 les principales parties prenantes et notamment les collectivités territoriales ont mis à jour quelques difficultés pour mettre en œuvre le dispositif prévu par la décision. Les exigences liées notamment à l'élaboration d'un *mandat* sont selon elles à l'origine d'une charge administrative et financière supplémentaire qu'elles considèrent pour la plupart comme disproportionnées compte tenu du montant de ces financements, de la dimension locale voire très locale des services concernés. Ces préoccupations sont reflétées dans les réponses fournies aux questions suivantes relatives à la mise en œuvre du paquet.

I. La notion de mandat

La notion de *mandat* n'a pas provoqué de bouleversements majeurs dans le système français de financement du service public⁹⁸. Il conduit cependant à compléter et à rationaliser les encadrements et

⁹⁷ Cf. PESARESI Nicola, Commission Competition Policy Newsletter, 2004 (p. 20).

instruments préexistants afin d'y intégrer la logique du contrôle des surcompensations qui demeure pour beaucoup parfois difficile à maîtriser.

Au terme de l'examen réalisé par les autorités françaises, il apparaît que les principaux éléments requis pour assurer la compatibilité des financements des missions de SIEG avec le droit communautaire correspondent le plus souvent à des obligations et critères déjà prévus à différents degrés par le droit français. L'essentiel des pré-requis se retrouve ainsi dans le corpus juridique français mais souvent de manière éclatée : définition de la mission et des obligations de service public qui lui sont liées le plus souvent par la loi ou les actes réglementaires qui en découlent, les mécanismes de « paramétrage » des compensations versées et de contrôle de la surcompensation éventuelle dans les actes conventionnels permettant d'en assurer l'application. Ces éléments mis bout à bout semblent correspondre aux exigences de « mandatement » prévues par l'article 4 de la décision. Dans certains cas, il apparaît donc avant tout nécessaire de **procéder à une forme de rationalisation des actes en présence afin d'améliorer l'identification des différents éléments constitutifs du support de financement correspondant aux exigences de la décision.**

De ce point de vue, les autorités françaises souhaitent souligner la grande diversité des instruments utilisés par les autorités publiques (Etat et collectivités territoriales essentiellement) pour confier et financer les SIEG : contrats issus de la commande publique tels que les délégations de service public, marchés publics, convention de subvention, acte administratif unilatéral (délibération d'un conseil local accompagnées d'une mise en œuvre convention par exemple) autant d'actes juridiques susceptibles de constituer un support juridique de mandatement en application de lois ou d'actes réglementaires encadrant les missions de SIEG.

S'agissant par exemple du financement de certaines activités assimilables à des SIEG mises en œuvre notamment par les associations, les exigences de la décision ont pu être récemment intégrées dans un instrument de droit interne. Cette première tentative de transcription précise des exigences de la décision du 28 novembre 2005 dans le droit français en tant que telle, a pris la forme d'une **circulaire du 18 janvier 2010**⁹⁹ accompagnée d'un modèle de convention pluriannuel d'objectifs permettant d'encadrer l'allocation des subventions par l'Etat aux associations contribuant à la mise en œuvre d'un SIEG. Celle-ci repose sur les exigences du droit français telles que prescrites par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans les relations avec les administrations laquelle dispose en son article 10 que pour les subventions supérieures à un montant fixé par le décret 2001-495 du 6 juin 2001 à 23 000 €, une convention doit être conclue entre l'autorité administrative et l'opérateur qui en bénéficie. Elle doit être signée par les deux parties et comporter des précisions sur la nature des obligations auxquelles elles s'engagent. S'agissant des subventions inférieures à ce montant, une décision unilatérale de l'autorité publique sous la forme par exemple d'un arrêté constitue l'acte officiel de mandatement dans une forme plus allégée. Ces exigences sont renforcées au-delà d'un seuil de 153 000 € par l'article L 612-4 du code du commerce (établissement et publicité des comptes annuels et du rapport du commissaire aux comptes).

Le modèle unique de convention d'objectifs, annuelle ou pluriannuelle a été élaboré pour constituer un nouveau cadre de référence pour la délivrance de subventions aux associations. A cette convention est associé un nouveau formulaire *dossier de demande de subvention*. La demande de subvention est accompagnée d'un dossier descriptif de l'action projetée, du budget prévisionnel, autant de documents examinés par un service instructeur à qui revient le rôle d'examiner la proportionnalité de la demande par rapport au coût de l'action. Ces deux instruments ont été conçus pour garantir la conformité avec les règles européennes. Ils prennent en compte les exigences relatives à l'existence d'un acte officiel d'une autorité publique confiant à l'association la mise en œuvre d'un service d'intérêt économique général et à l'adéquation entre le montant de la compensation et les obligations de service public supportées par l'association. Les collectivités territoriales peuvent choisir de l'utiliser.

⁹⁸ Pour un examen plus complet de l'encadrement des SIEG par le droit français, voir Rapport de la France à la Commission européenne relatif à la mise en œuvre de la décision du 28 novembre 2005.

⁹⁹ Loi 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans les relations avec l'administration - Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux « relations entre les pouvoirs publics et les associations : convention d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément n° 5439/SG », JORF n°0016 du 20 janvier 2010 page 1138.

Ces quelques précisions apportées, les autorités françaises souhaitent néanmoins inviter la Commission européenne à clarifier le sens exact des dispositions de l'article 4 et suivant de la Décision et du paragraphe 2.3 de l'Encadrement.

1. Clarifier la notion de mandat

En premier lieu, c'est la notion même de *mandat* qui doit être précisée afin d'orienter au mieux les choix des autorités publiques et leur lisibilité pour les opérateurs.

Deux difficultés principales ont été mises en lumière :

- en droit communautaire, la confusion diffuse entre la notion de *mandat* au sens du droit des aides d'Etat et la notion d'opérateurs *mandatés* de la directive 123/2006/CE relative aux services dans le marché intérieur¹⁰⁰ ;
- en droit interne, la confusion induite par la notion de *mandat* qui relève de concepts spécifiques du droit civil et du droit administratif.

Le *mandat*, au sens du droit des aides d'Etat désigne le ou les actes par lesquels une autorité publique octroie un financement à un opérateur identifié pour compenser les coûts liés à une mission de SIEG.

Cette notion de *mandat* est distincte de la notion de « mandat » évoquée à l'article 2.2 sous j) de la Directive « Services », qui précise que peuvent être exclus de son champ d'application certains secteurs de services sociaux mis en œuvre par des prestataires « mandatés » par l'Etat.

Dans la mesure où ces deux notions sont différentes (l'une servant à déterminer quel texte est applicable aux conditions d'exercice d'une prestation de service et l'autre, à caractériser les modalités de financement public d'un SIEG), il serait utile à tout le moins que ces deux termes soient traduits dans la version française par deux mots différents, comme c'est au demeurant le cas dans d'autres versions linguistiques de ces textes (et en particulier en anglais).

A défaut, il pourrait être proposé d'adapter la terminologie utilisée par le paquet « Monti-Kroes » afin de retenir une qualification plus précise. Les notions de « support de financement » ou « acte encadrant le financement » bien que moins pratique permettrait d'éviter un recours excessif à celle de *mandat*.

En effet, la reprise de la même notion dans ces deux textes ayant pourtant un champ d'application et des finalités différentes a eu pour conséquence principale de générer la crainte, notamment chez les opérateurs de services sociaux, que l'absence d'un *mandat* au sens de la directive puissent remettre en cause au regard du droit communautaire les financements octroyés par les autorités publiques dans le cadre des SIEG dont la responsabilité leur a été reconnue. En outre, cette absence de précision sur la portée de la notion dans chacun de ces textes ne permet pas aujourd'hui de faire le lien entre un opérateur mandaté au sens du paquet « Monti-Kroes » et un opérateur mandaté au sens de l'article 2.2 sous j) de la directive « Services ». La directive rappelle pourtant elle-même qu'il n'y a aucun lien entre les deux corps de règles. Les liens entre régime d'autorisation ou conditions d'exercice d'une prestation de service et financement de l'activité par les autorités publiques demeurent en conséquence confus.

Par ailleurs, outre les problématiques de cohérence entre les différentes normes du droit communautaire, il convient de souligner que la notion de mandat renvoie dans nombre d'Etats membres à des catégories d'actes juridiques spécifiques dont le régime est particulier (représentation du mandant, subrogation...). La notion de *mandat* à laquelle se réfère la version française de la décision est là encore source d'une grande confusion parmi les opérateurs et les décideurs.

Les autorités françaises considèrent qu'une définition cohérente de la notion de *mandat* au regard des différentes branches du droit communautaire devrait être envisagée. A défaut, il conviendrait de réfléchir à l'opportunité d'adapter la terminologie et les traductions afin de favoriser la compréhension et l'appropriation de ces deux corps de règles.

¹⁰⁰ Directive n°2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE du L 376 du 27.12.2006, p. 36-68.

2. La clarification du contenu du support de financement

- **Définition de la mission SIEG et de la nature des obligations de service public**

Ces deux premiers éléments du mandat ne posent pas de difficultés particulières mais requièrent de la part de la Commission européenne une clarification essentielle concernant la qualification des compensations octroyées aux entités, comme les associations ou d'autres opérateurs qui sont à l'*initiative* des missions d'intérêt général qu'elles exercent.

En réponse à plusieurs questions en ce sens posées via le service d'information interactif sur les services d'intérêt général, la Commission européenne a précisé que : « (...) *dès lors que les activités d'intérêt général développées par des associations sont de nature économique et sont susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres, les subventions de ces activités sont susceptibles de constituer des aides d'Etat, qui pour être considérées comme compatibles au titre de l'Article 86(2)CE et être éventuellement exemptées de notification, doivent respecter les conditions prévues par la Décision du 28 novembre 2005, ce sous réserve de l'exception générale du règlement de minimis exposée plus haut. A ce titre, il y a lieu de rappeler que l'exigence relative à un mandat (qui constitue une des conditions prévues par la Décision du 28 novembre 2005) ne limite en aucune manière l'autonomie et la liberté d'initiative des entités qui fournissent des services sociaux. Ces entités sont absolument libres de prendre des initiatives dans le développement et l'amélioration ou l'innovation de tels services et de faire des propositions aux autorités publiques. La notion de mandat est assez flexible pour correspondre dans ce cas à la décision de l'autorité publique approuvant et finançant ces propositions ou à la convention entre l'autorité publique et l'association concernée incorporant le contenu de ces propositions. Par conséquent, au cas où une autorité publique approuve une proposition faite par un prestataire de services, conformément aux dispositions de la Décision, la définition de la mission de SIEG ainsi que les paramètres pour le calcul de la compensation et les sauvegardes pour éviter la surcompensation, doivent nécessairement être inclus dans le contenu de cette décision /accord ou de la convention conclue entre l'autorité publique et l'association ».*

Malgré cette précision, lorsque les personnes publiques décident d'approuver et de financer des missions de SIEG exercées par des associations, conformément aux dispositions du paquet « Monti-Kroes », la détermination des obligations de service public auxquelles sont soumises ces associations se heurte au fait que, formellement, l'autorité publique n'impose pas d'obligations en tant que telles aux associations qui agissent de façon autonome.

C'est pourquoi, les autorités françaises demandent à la Commission qu'elle confirme expressément, outre que la notion de mandat est assez flexible pour correspondre à la décision des autorités publiques d'approuver et de financer les propositions des associations, **que la notion d'obligation de service public visée par le paquet « Monti-Kroes » inclut les obligations que les associations s'imposent éventuellement à elles-mêmes** et dont les autorités publiques reconnaissent la nécessité et choisissent d'en financer/compenser le surcoût.

Par ailleurs, cette problématique de la définition des obligations de service public soulève également certaines inquiétudes concernant **l'articulation entre les exigences de mandat et le droit de la commande publique**. Les associations de collectivités territoriales françaises ont eu l'occasion à travers les travaux et les diverses consultations menées par l'intergroupe SIG du Parlement européen, de souligner ce point du à une différence d'approche concernant la définition de la notion d'*obligation de service public*.

Elles se montrent ainsi particulièrement inquiètes d'une éventuelle requalification des conventions de subventions incluant des obligations que l'association s'impose et conformes aux exigences du paquet « Monti-Kroes » en contrats tirés de la commande publique. En effet, imposer des obligations de service public à un opérateur peut être assimilé à la fourniture de prestations de services associées qui encouragerait le juge à requalifier les contrats encadrant le versement des subventions en marchés publics ou contrats issus de la commande publique. C'est ici la limite entre la notion d'un besoin précisément exprimé par les autorités publiques et la reconnaissance d'une initiative privée qui est en jeu. Cette problématique complexe qui a donné lieu à de multiples analyses jurisprudentielles et doctrinales en France pourrait également émerger au niveau européen. Cette distinction convention de subvention au (sens du *mandat* de l'article 4 de la décision du 28 novembre 2005)/ contrats de la commande publique pourrait également de manière salutaire faire l'objet d'une analyse de la Commission européenne.

Les autorités françaises considèrent qu'une réflexion sur la *notion de mandat* devrait nécessairement aborder les pistes suivantes :

- **Expliciter la notion de mandat** au sens de la directive « Services » et du paquet Monti-Kroes afin d'en marquer les spécificités ou au contraire, de statuer sur leur définition commune ;
- **Réviser la terminologie** et adapter les traductions afin d'en préciser le sens ;
- Ou renoncer au terme de *mandat* dans le paquet Monti-Kroes et se **référer plutôt à une notion plus large** telle que « support de financement » ou « acte de financement » ;
- **Préciser le contenu de l'acte d'attribution du financement** : définition de la mission, définition plus précise de la notion d'obligation de service public notamment le lien avec la position de « donneur d'ordre » ou d'initiateur de la demande.

- **Notion de territoire concerné**

En outre, les autorités françaises estiment nécessaire de préciser la portée de la notion de *territoire concerné* figurant parmi les informations à faire figurer dans le *mandat* (article 4 sous b) de la décision Monti. Elles considèrent que la disposition visée ne permet pas de comprendre concrètement la finalité de cette mention. S'agit-il, notamment, pour la Commission d'une information destinée à évaluer le périmètre de la mission de SIEG, c'est-à-dire le niveau national ou infranational, auquel le SIEG est presté ?

- **Paramétrage des compensations**

En France, les petites structures non professionnelles telles que par exemple les associations font état de difficultés dans la détermination de certains coûts permettant d'établir précisément le calcul de la compensation. Ces différentes difficultés sont exposées ci-après.

II. Les compensations (questions 13 à 22)

La notion de *compensation* et l'*obligation de prévention des surcompensations* qui en découle, coïncident avec les objectifs français de transparence et de bonne utilisation des deniers publics. Toutefois, la justification de l'adéquation de la compensation versée par les autorités publiques aux charges de service public demeure l'aspect le plus complexe de la mise en œuvre du paquet « Monti-Kroes ».

Selon les activités en cause en effet, il n'est pas aisé de répondre à cette obligation en raison de la diversité des coûts ou des recettes induits par les obligations de services publics imposées aux opérateurs qui varient fortement en fonction du secteur, des opérateurs et des besoins extrêmement variables de la population. Les éléments sur lesquels se fondent les financements peuvent correspondre à des prévisions faites par les autorités publiques en coopération avec les opérateurs. Mais le paramétrage des compensations dépend fortement *in fine* du résultat comptable de l'entité.

La logique d'une adéquation des compensations au plus juste besoin de financements demeure cependant bien l'objectif recherché mais si les méthodologies apparaissent variables.

Pour les plus gros secteurs d'activité, il est possible en effet de bénéficier de référentiels communs de calcul et de facturation des coûts, ce qui peut faciliter le calibrage de la compensation versée. Pour les SIEG les plus importants ainsi, le financement peut être calibré en fonction des besoins réels de financement de l'activité et de la justification des charges supportées par l'opérateur. Toutefois, cela nécessite souvent des études ou analyses préalables et complexes engendrant un coût supplémentaire pour les autorités publiques. Le dispositif est donc jugé parfois disproportionné notamment en présence de SIEG de faible envergure, de petits opérateurs ne disposant pas des moyens nécessaires à l'analyse précise de leurs coûts ou de leurs recettes.

De ce point de vue, les autorités françaises considèrent que l'exigence d'une **application proportionnée et adaptée** du paquet devient particulièrement prégnante. Les exigences de paramétrage et de comptabilité pourraient être fortement allégées pour ce type de SIEG. Une réflexion sur la **fixation d'un**

seuil dont les critères devraient être déterminés (montant de l'aide, population visée, dimension géographique, type d'activités...) **en-deçà duquel ces obligations seraient simplifiées** et allégées devrait être engagée.

D'autre part, au-delà de ces questions de mise en œuvre technique, certaines incohérences dans les interprétations du droit européen liées à des problématiques connexes émergent. Ainsi, l'**application du droit communautaire fiscal** peut amener à remettre en cause certains mécanismes jusqu'à présent admis pour calibrer la subvention versée par les Etats membres aux opérateurs. Le montant de la subvention versée est calculé hors taxe si l'activité de l'opérateur est assujettie à la TVA et toutes taxes comprises dans le cas contraire. Or, la jurisprudence de la Cour a conduit à inverser la charge de la preuve en ce qui concerne le régime d'assujettissement d'une activité exercée par une personne dépositaire de l'autorité publique¹⁰¹. En effet, les activités des personnes publiques sont présumées relever du champ de l'assujettissement à la TVA. Leur activité n'échappent à l'assujettissement que s'ils exercent cette activité en tant qu'autorité publique et qu'ils ne se prévalent pas d'une situation de distorsion potentielle de concurrence du fait de leur non-assujettissement (incapacité à se prévaloir d'une TVA déductible).

S'agissant du **traitement général des compensations et des surcompensations**, les autorités françaises constatent qu'il est encore source de difficultés techniques présentant une charge parfois disproportionnée pour les administrations et les petits opérateurs de SIEG. Dès lors, les travaux d'évaluation devraient viser :

- de manière générale, à **alléger la charge administrative et les difficultés techniques** pesant sur les autorités publiques et les petits opérateurs en ce qui concerne les SIEG de faible envergure notamment en étudiant la possibilité de **fixer un seuil** en deçà duquel les obligations seraient simplifiées et en précisant les obligations afférentes.

1. Calcul des coûts et recettes

En premier lieu, en ce qui concerne les **recettes**, le calcul du chiffre d'affaire permettant de vérifier que les seuils d'application de la directive 2006/111/CE sont atteints soulève certaines difficultés :

- ce calcul doit-il prendre en compte les seuls produits tirés des activités commerciales de l'opérateur ou la totalité des produits (y incluses les éventuelles subventions) ;
- en présence d'un groupe, doit-on prendre en compte du chiffre d'affaire de l'opérateur comme entité juridique subventionnée ou d'un chiffre d'affaire consolidé au niveau de la société mère ?

En outre, l'**existence de ressources propres** dégagées de la mise en œuvre du SIEG rend également parfois complexe l'examen de la juste compensation des charges. En effet, dans certains cas, le calibrage de la subvention globalisée se fait sur la base d'une prévision des ressources propres que l'opérateur est censé collecter de son activité. Cette hypothèse rend parfois complexe la détermination de la compensation.

Par ailleurs, la détermination des **coûts** soulève certaines difficultés notamment lorsque des opérateurs de l'économie sociale tels que les associations, font intervenir des bénévoles ou dans d'autres cas, lorsque des biens immeubles ou meubles sont mis à la disposition de l'opérateur par l'autorité publique pour lui permettre de répondre aux obligations de service public qui lui sont imposées. La question de la *valorisation comptable* ou financière de ces apports « en nature », qu'ils proviennent d'initiative privée ou de l'autorité publique elle-même devrait être précisée afin de permettre de mieux paramétrer les compensations versées aux d'opérateurs selon leurs spécificités¹⁰².

Concomitamment, le calcul de la compensation peut soulever des difficultés lorsque l'entité bénéficiaire appartient à un groupe ou à un réseau tel que ceux mis en place par les associations : doit-on procéder à une consolidation des compensations versées aux entités du groupe aux fins de l'appréciation du plafond

¹⁰¹ CJUE, 4 juin 2009, *Salix*, Aff. C-102/08.

¹⁰² Cf. infra. Partie 4 – « Catégories particulières de SIEG ».

de 30 millions d'euros visé par la Décision? Les autorités françaises souhaitent que la Commission précise son analyse sur ce point.

2. Coûts fixes et coûts variables

Les autorités françaises considèrent que la prise en compte des coûts fixes et variables dans la détermination des compensations constitue des catégories appropriées. Toutefois, elles suggèrent de lancer la réflexion quant à l'élaboration de listes de critères de répartition des coûts entre coûts fixes et variables, directs et indirects.

Par exemple s'agissant des frais de structure de locaux communs (siège) à plusieurs activités (SIEG), proposer une énumération de clés de répartition utilisables : par mètre carré, par temps d'occupation des locaux, par importance des activités en termes de chiffre d'affaires, par masse salariale affectée notamment et de même pour chaque catégorie de coût ou frais indirects.

3. Prise en compte des aspects qualitatifs dans le calcul du montant de la compensation

Les critères d'efficacité et d'efficience dans l'exécution des missions de service public confiées à un opérateur et pour lesquelles il reçoit une compensation sous forme de financements publics, n'est actuellement pas pris en compte au titre de l'article 106§2 TFUE. Ceci a été récemment confirmé par la Commission¹⁰³ : « *Selon les principes du droit communautaire dans le cadre des aides d'Etat, les autorités publiques sont libres de compenser les prestataires de SIEG jusqu'à 100% des coûts nets y compris un bénéfice raisonnable, indépendamment de toute considération liée à l'efficience ».*

Aussi, le versement d'une compensation d'un montant supérieur à 100% des surcoûts aux opérateurs de SIEG ayant atteint des résultats fixés à l'avance, en fonction de critères d'efficacité ou d'efficience, constituerait une surcompensation ne pouvant être justifiée sur le fondement des dispositions du paquet « Monti-Kroes ».

Les autorités françaises souhaitent que la Commission européenne puisse préciser dans quelle mesure les exigences d'efficacité et d'efficience du service peuvent être prises en compte dans le paramétrage des compensations.

Par conséquent, **concernant le paramétrage des compensations**, les autorités françaises sont favorables à une évolution du cadre juridique, consistant :

- à préciser **le type de recettes et de coûts** à prendre en compte pour permettre un paramétrage précis des compensations, notamment lorsque des difficultés de valorisation des apports en nature surviennent ;
- à lancer la réflexion quant à l'élaboration de **listes indicatives de critères de répartition des coûts entre coûts fixes et variables, directs et indirects** ;
- à modifier le paquet « Monti-Kroes » afin d'assurer **une meilleure prise en compte des aspects liés à l'efficacité des services mis en œuvre dans le paramétrage**, par exemple en autorisant le versement par les personnes publiques, d'une surcompensation d'un montant limité aux opérateurs de SIEG ayant été particulièrement performants ou, à défaut, de préciser sur quel fondement juridique et sous quelles conditions l'octroi d'une telle aide aux opérateurs de SIEG performants, pourrait être conforme au droit communautaire des aides d'Etat.

III. La notion de bénéfice raisonnable (question 19 à 22)

La notion de *bénéfice raisonnable* présente également certaines difficultés s'agissant du financement des SIEG en particulier en ce qui concerne l'articulation de cette notion avec celles de

¹⁰³ Décision NN 54/2009 du 28 octobre 2009, concernant le financement des hôpitaux publics du réseau IRIS de la région Bruxelles-Capitale (point 199).

surcompensation. La limite entre ce qui relève de la surcompensation et ce qui relève du bénéfice raisonnable est en effet parfois difficile à évaluer. La compensation des coûts est entendue strictement avec une possibilité de report dans la limite de 10% du montant octroyé.

S'agissant d'activités non lucratives par exemple, le bénéfice n'a pourtant pas vocation à être partagé, mais peut, sous certaines conditions de droit interne être réinvesti dans l'activité non concurrentielle en vue d'assurer par la constitution ou reconstitution des fonds propres la pérennité de l'activité du SIEG.

Les autorités publiques s'interrogent donc sur l'application concrète de la notion de *bénéfice raisonnable* notamment lorsque celle de *bénéfice* est difficilement transposable à certaines activités à caractère non-lucratif ou lorsque des mécanismes de report de surcompensation peuvent être envisagés.

Concernant *la notion de bénéfice raisonnable*, les autorités françaises invitent la Commission :

- de manière générale à clarifier l'articulation *bénéfice raisonnable* et *surcompensation* ;
- à préciser l'application de cette notion notamment aux activités à caractère non-lucratif.

IV. Le contrôle de la surcompensation (questions 23 à 27)

La mise en œuvre de mécanismes de prévention et de contrôle de l'absence de surcompensation exige une adaptation des dispositifs existants à la logique de la surcompensation. Ceci exige des moyens humains et administratifs importants parfois disproportionnés qui pèsent ensuite sur les autorités publiques au regard des montants des subventions octroyées ou des marchés concernés.

1. Le remboursement de la surcompensation

Les autorités françaises soulignent que les mécanismes de remboursement des éventuelles surcompensations sont dans certains cas déjà prévus par des dispositions nationales telles que l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 ou l'article 112 de la loi n° 45-0195 du 31 décembre 1945 ou bien encore l'article 43 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996. Toutefois, des interrogations demeurent sur la part qui doit être remboursée.

2. Le report de la surcompensation

Sur ce point, les autorités françaises s'interrogent sur le sort de la surcompensation lorsque celle-ci dépasse de plus de 10 % la compensation annuelle autorisée conformément à la possibilité offerte par l'article 6 de la décision.

Les interrogations exprimées par les autorités publiques sont les suivantes :

- La surcompensation est-elle remboursable en totalité ?
- Ou peut-elle être reportée dans la limite de 10 % et remboursable pour l'excédent ?
- Dans le domaine du financement des activités des associations doit-elle, si elle est reportée, être reportée sur la poursuite de la même action ? d'une action analogue ? peut-elle être reportée sur une action totalement distincte ?
- Comment combiner un bénéfice « raisonnable » et une surcompensation limitée à 10 % de la compensation (qui peut elle-même comprendre un bénéfice raisonnable¹⁰⁴ ?

Exemple :

- Coûts justifiés de **160**
- bénéfice « raisonnable » de **8**
- Compensation initialement attribuée sur la base de paramètre préalablement définis de façon objective : **200**

¹⁰⁴ Cf. question 20.

- Surcompensation = 32

➤ la surcompensation (32) est donc supérieure de plus de 10 % à la compensation (200).

Quel montant peut être reporté ? Quelle somme doit être remboursée ?

Par ailleurs, les autorités françaises souhaitent que la Commission précise les conditions dans lesquelles une surcompensation peut être utilisée pour financer un autre SIEG exploité par la même entreprise sans encourir la qualification d'aide d'Etat incompatible. Pour mémoire, aux termes du point 22 de l'Encadrement 2005/C297/04, « un tel transfert doit apparaître dans la comptabilité de l'entreprise en cause et être réalisé conformément aux règles et principes énoncés dans le présent encadrement, notamment en ce qui concerne la notification préalable. Les États membres doivent veiller à ce que ces transferts fassent l'objet d'un contrôle adéquat. Les règles de transparence définies dans la directive 80/723/CEE s'appliquent ».

Concernant le traitement des *surcompensations*, les autorités françaises invitent la Commission européenne à préciser davantage :

- les mécanismes de **report des surcompensations** en lien avec la possibilité offerte de dégager un bénéfice raisonnable, et les obligations de remboursement ;
- les possibilités de report de certaines surcompensations sur d'autres activités de SIEG exercées par la même entité.

3. Exigences de comptabilité (séparation comptable)

Les règles relatives à la tenue d'une comptabilité spécifique imposées par le paquet « Monti-Kroes » ont soulevé chez les autorités publiques de multiples interrogations en raison de la disproportion apparente de ses exigences par rapport aux types d'activités de l'opérateur (notamment dans le cas où celui-ci ne fournit qu'un seul SIEG sans autres activités commerciales), et aux montants des financements octroyés. Bien souvent, les dispositions du paquet apparaissent peu adaptés aux certains SIEG de faible envergure et aux moyens techniques de certains opérateurs.

De ce point de vue, il est donc nécessaire de préciser les obligations comptables découlant de la décision 2005/842/CE, de l'encadrement 2005/C297/04 et de la directive 2006/111/CE, notamment :

- la notion de *principes de comptabilité analytique généralement acceptés* pour le calcul des coûts occasionnés par la gestion du SIEG ;
- l'articulation entre les exigences posées par la décision et l'encadrement d'une part, et les obligations comptables liées à la directive d'autre part, en cas de prestation de plusieurs SIEG : La directive 2006/111/CE n'impose pas en effet de tenir des comptes séparés aux entreprises dont les activités se limitent à la prestation de SIEG, ou au sein des activités de SIEG¹⁰⁵ ;
- Les obligations comptables pour les cas non couverts par la directive 2006/111/CE.

Concernant les **obligations comptables** les autorités françaises invitent la Commission à :

- préciser **les modalités de calcul du chiffre d'affaire** permettant de vérifier que les seuils d'application de la directive 2006/111/CE sont atteints, tant en ce qui concerne la nature des produits à prendre en compte que le périmètre de l'entité de référence, en présence d'un groupe ou d'un réseau ;
- préciser *la notion de principes de comptabilité analytique généralement acceptés* pour le calcul des coûts occasionnés par la gestion d'un SIEG ;

¹⁰⁵ Cf. considérant 15 de la directive : « Il ne semble pas nécessaire d'exiger la séparation des comptes au sein des activités de services d'intérêt économique général ou issues des droits spéciaux ou exclusifs, pour autant qu'une telle séparation ne soit pas nécessaire aux fins de la répartition des produits et des charges entre les services et produits en question et ceux n'entrant pas dans le cadre des services d'intérêt économique général ou des droits spéciaux ou exclusifs »

- préciser l'**articulation entre les exigences posées par la décision et l'encadrement, d'une part, et les obligations comptables liées à la directive 2006/111/CE**, d'autre part, en cas de prestation de plusieurs SIEG, ainsi que les obligations comptables à respecter pour les cas non couverts par la directive 2006/111/CE.

4. Catégories particulières de SIEG (questions 28 à 34)

1. Les Transports

Au-delà des problèmes d'articulation entre les critères permettant de vérifier l'existence d'une aide d'Etat et la jurisprudence *Altmark*¹⁰⁶, l'examen de la compatibilité des compensations dans le secteur des transports requiert également une attention particulière en raison de multiples réglementations sectorielles encadrant déjà le financement de ces types d'activités de SIEG. Ainsi pour mémoire, les transports terrestres sont exclus du champ d'application de la décision et de l'encadrement, le secteur aériens fait l'objet de réglementations sectorielles tout comme, au moins partiellement, le secteur maritime. L'ensemble des transports est exclu du champ d'application de l'encadrement.

a. Les liaisons aériennes et maritimes

Le cas particulier **des liaisons aériennes** et les difficultés d'articulation entre la réglementation sectorielle et la décision du 28 novembre 2005 doivent être mentionnés en tout premier lieu.

L'articulation entre les conditions énoncées dans l'arrêt *Altmark* et la décision du 28 novembre 2005 pose problème, notamment pour ce qui est des compensations de service public versées aux transporteurs aériens. L'octroi de ces compensations est strictement encadré par le règlement sectoriel 1008/2008/CE du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté et en particulier par ses articles 16 et 17.

Les autorités françaises considèrent que ces deux articles imposent des conditions qui conduisent nécessairement *in fine* au respect des quatre critères de la jurisprudence *Altmark* :

- des OSP formalisées sont imposées ; elles font l'objet d'une notice publiée au JOUE (article 16.4) ;
- l'exploitant est choisi dans le cadre d'un appel d'offres, dont la procédure est imposée par l'article 17 ;
- l'appel d'offres pour le choix de l'exploitant et le contrat qui en résulte doivent couvrir « les paramètres objectifs et transparents sur lesquels se fonde le calcul de la compensation éventuel pour l'exécution des OSP » (article 17.3.e) ;
- la compensation accordée « ne dépasse pas le montant nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution de chaque obligation de service public, en tenant compte des recettes y relatives conservées par le transporteur aérien ainsi que d'un bénéfice raisonnable » (article 17.8).

Bien que cela ne soit pas explicitement précisé dans le règlement n° 1008/2008/CE, les compensations de service public accordées dans le respect de ses dispositions vérifient donc par construction les critères de l'arrêt *Altmark*. Les autorités françaises considèrent en conséquence que ces financements ne sont pas qualifiables d'aides d'Etat.

Par ailleurs, la Commission est tenue informée (article 17.9 et 17.10) des principales étapes de la procédure d'appel d'offres et, à défaut, peut suspendre cette procédure.

Dans ces conditions, l'application de la décision du 28 novembre 2005 à certaines de ces compensations de service public, en fonction des caractéristiques des liaisons concernées, ne paraît pas justifiée. Les compensations accordées pour l'exploitation de liaisons aériennes devraient donc être exclues du champ d'application de la décision dès lors qu'elles sont accordées dans le respect du règlement n° 1008/2008, et ce indépendamment de leurs caractéristiques (plus ou moins de 300 000 passagers, reliant ou non une île).

¹⁰⁶ Cf. supra.

La décision du 28 novembre 2005 n'a pas de plus value par rapport au règlement n° 1008/2008/CE, ni dans la définition de critères à respecter, ni dans la déclaration de compatibilité des compensations financières, ni dans le processus d'information de la Commission. Elle introduit en revanche une procédure administrative qui apparaît ainsi redondante.

Dans la mesure où les compensations attribuées à l'ensemble des liaisons aériennes conformément à la réglementation sectorielle (règlement 1008/2008/CE susvisé) ne constituent pas des aides d'état, **il n'y a pas lieu de prévoir des dispositions particulières pour les liaisons communautaires avec les îles dans la décision du 28 novembre 2005.**

En ce qui concerne le cas **des liaisons maritimes**, les éléments suivants peuvent être apportés en vue de refléter ses spécificités :

- Le bénéfice raisonnable peut être calculé sur la base d'un taux de rémunération des capitaux propres de l'entreprise ou sur le capital naval engagé pour assurer le service public¹⁰⁷ ;
- Il paraît difficile de tenir compte, a priori, des gains de productivité pour calculer le bénéfice raisonnable étant donné que la durée maximale des contrats de service public est relativement courte (6 ans maximum)¹⁰⁸ alors que la durée d'exploitation des navires peut aller jusqu'à 15 ou 25 ans¹⁰⁹.

b. Les compensations attribuées aux aéroports dont le trafic annuel n'atteint pas 1 000 000 de passagers.

Les autorités françaises s'interrogent sur l'articulation entre les dispositions des lignes directrices du 9 décembre 2005 sur le financement des aéroports¹¹⁰ et les dispositions de la décision du 28 novembre 2005.

En effet, les lignes directrices précisent que « les financements accordés aux petits aéroports régionaux (i.e. aéroports dont le trafic annuel n'atteint pas 1 000 000 de passagers ou aéroports de « catégorie D ») sont « peu susceptibles de fausser la concurrence ou d'affecter les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun » (point 39 paragraphe 2).

Par ailleurs, dans la réponse formulée à la question posée dans le cadre du système d'information interactif, « Y a-t-il des exemples de SIEG/SSIG locaux qui ne semblent pas vraiment affecter les échanges entre Etats membres ? », la Commission mentionne - dans les exemples de mesures considérées comme n'affectant pas les échanges entre les Etats membres - les financements accordés aux petits aéroports régionaux en application des lignes directrices de 2005¹¹¹.

Ainsi, à lecture de ces dispositions, les autorités françaises comprennent qu'il existe, de la part de la Commission, une présomption de non-affectation des échanges entre Etats-membres et de concurrence non faussée pour cette catégorie particulière d'aéroports.

Or, les critères de non affectation des échanges entre Etats membres et de concurrence non faussée constituent deux des quatre critères permettant de qualifier le financement public d'aide d'état au sens de l'article 107§1 TUE.

En conséquence, selon les autorités françaises, les financements publics octroyés à cette catégorie d'aéroports ne devraient a priori pas être considérée comme des aides d'état. Elles s'interrogent alors sur la

¹⁰⁷ Cf. question 19.

¹⁰⁸ Cf. « Orientations communautaires sur les aides d'Etat au transport maritime », Communication de la Commission européenne du 17 janvier 2004, C(2004) 43.

¹⁰⁹ Cf. question 22.

¹¹⁰ Lignes directrices communautaires sur les financements des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux du 9 décembre 2005, JOUE C 312.

¹¹¹ Document de travail SEC (2007) 1516 final des services de la Commission sur les « Questions fréquemment posées relatives à la Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général, et de l'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public » du 20 novembre 2007, question 2.10, disponible en français sous : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/faq_sieg_fr.pdf.

nécessité de mentionner de façon expresse cette catégorie d'aéroports dans la décision du 28 novembre 2005, qui permet d'exempter de notification des financements publics constitutifs d'aides d'état.

Au vu de ce qui précède, l'existence de **réglementations sectorielles dans le champ des transports aériens** doivent conduire la Commission européenne à :

- **exclure du champ d'application de la décision du 28 novembre 2005 les liaisons aériennes avec les îles ;**
- **supprimer la référence spécifique aux petits aéroports régionaux dans la décision du 28 novembre 2005** ou à défaut préciser l'articulation entre les lignes directrices du 9 décembre 2005 sur le financement des aéroports et la décision du 28 novembre 2005.

2. Le logement social (questions 28 et 30)

Il n'existe pas de difficulté particulière d'application. Cette exemption doit être maintenue. Le service d'intérêt général assuré par les organismes HLM est formulé à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation. Il s'agit de « *la construction, l'acquisition, l'amélioration, l'attribution, la gestion et la cession de logements locatifs à loyers plafonnés, lorsqu'elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs conventionnés dans les conditions définies à l'article L. 351-2 et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources* ». Outre la mission principale de construction et de gestion de logements sociaux, des activités annexes sont incluses dans la définition du service d'intérêt général : l'accession à la propriété et l'intervention dans les copropriétés dégradées¹¹².

3. Santé

Dans le secteur hospitalier, les types de services financés au titre des compensations de service public sont répartis en trois catégories selon les types d'activités de ce secteur et en fonction de leur mode principal de financement¹¹³. On distingue les champs : médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie (MCO) ; soins de suite et de réadaptation (SSR), psychiatrie.

Les activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie (MCO) sont principalement financées par un système de tarification à l'activité (T2A) sous diverses formes (tarif séjour, forfait, suppléments...) et selon la nature des soins apportés aux patients (service d'urgence, consultations et actes externes, l'utilisation de matériel de chirurgie...). Ces tarifs peuvent être accompagnés de prises en charge pour des soins onéreux particuliers. Un financement complémentaire par des dotations ou des crédits d'intervention est également alloué aux établissements de santé par la dotation MIGAC.

Cette dotation nationale MIGAC¹¹⁴ est encadrée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004¹¹⁵ qui a introduit l'article L.162-22-13 dans le code de la sécurité sociale. Cet article définit la nature des activités pouvant relever d'un financement par la dotation MIGAC. Elle permet d'allouer aux établissements publics ou privés des ressources pour l'exercice de certaines missions comme l'enseignement, la recherche et l'innovation ou les urgences. Ces missions sont définies par les articles D.162-6 à D.162-8 du code de la sécurité sociale.

En complément, d'autres crédits peuvent être délégués aux établissements de santé pour des soutiens spécifiques, ciblés et ponctuels en matière d'investissements, de ressources humaines, d'actions de

¹¹² Pour une étude plus précise relative à l'encadrement du financement des missions de SIEG dans le secteur du logement en France, voir Rapport de la France à la Commission européenne relatif à la mise en œuvre de la décision du 28 novembre 2005, Partie II, II « les aides au secteur du logement locatif social », http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/reports.html.

¹¹³ Pour une information plus précise relative au financement du secteur hospitalier en France, voir Rapport de la France à la commission européenne relative à la mise en œuvre de la décision du 28 novembre 2005 disponible sur http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/reports.html

¹¹⁴ MIGAC pour « missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation ».

¹¹⁵ Loi n°2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004.

modernisation et de restructuration des établissements de santé ainsi que de financement de certaines entités au travers du Fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés (FMESPP)¹¹⁶. Ce fonds finance des opérations de modernisation agréées par les agences régionales de santé (ARS). La gestion de ce fonds est assurée par un établissement financier public, opérateur extérieur au ministère de la santé, la Caisse des dépôts et consignations.

Concernant les activités de soins de suite et de réadaptation (SSR), dans l'attente du développement d'un système de tarification à l'activité, le financement intervient par des dotations annuelles de financement.

Les prestations de soins en psychiatrie enfin, sont financées par des dotations annuelles de financement qui constituent la part des dépenses garantie par l'assurance maladie (article L. 174-1 du code de la sécurité sociale), ceci également dans l'attente de la mise en place d'un système de tarification à l'activité, ou de tarifs journaliers (article L. 174-3 du même code) dont les montants sont arrêtés par les autorités publiques.

Au-delà de ces précisions, et sous réserve de modifications en cours qui permettront d'adapter les exigences du paquet « Monti-Kroes » selon les types de soins visés, les autorités françaises considèrent que cette catégorie ne pose pas de problèmes particuliers..

4. Culture

Les aides octroyées au secteur culturel en France peuvent être incluses dans le champ d'application du paquet Monti-Kroes en tant que financements inférieurs à 30 000 000 euros annuels. Ces financements sont exclusivement destinés à financer des activités d'intérêt général d'accès à la culture pour tous ainsi que des actions de préservation et de protection du patrimoine historique, culturel et architectural.

L'application du paquet « *Monti-Kroes* » aux subventions octroyées au secteur culturel se heurte à de nombreuses difficultés liées d'une part, aux critères imprécis utilisés pour la définition des SIEG et d'autre part, à la qualification de ces subventions d'aides d'Etat au sens de l'article 107§1TFUE. Ce secteur est une illustration de l'analyse portée par les autorités françaises concernant l'analyse du droit des aides.

Concernant la notion d'*activité économique* et d'*entreprise*, aucun arrêt de la CJUE concernant cette notion ne porte sur le domaine culturel. Toutefois, dans ce domaine et pour certaines actions, la Commission européenne a considéré que certains bénéficiaires d'aides n'exerçaient pas une *activité économique*.

Par exemple, dans le cas des aides à l'investissement versées à des associations de protection du patrimoine constituées de collectivités locales et de bénévoles (restauration d'objets exposés, équipement de locaux pour la documentation des œuvres...), la Commission a considéré que « Les activités des associations sont des activités de conservation et de gestion de musée. Les activités de ces associations relèvent plutôt des activités scientifiques des musées dans le sens plus classique du terme. La Commission estime donc qu'il est probable que ces associations ne constituent pas des entreprises au sens du Traité CE car elles ne sont pas engagées dans des activités commerciales au sens du droit de la concurrence »¹¹⁷.

Dans d'autres affaires¹¹⁸, la Commission a considéré que des aides pour la conservation du patrimoine ainsi qu'un régime de dons déductibles fiscalement à des institutions culturelles n'étaient pas des aides d'Etat au motif que ces aides étaient octroyées à des particuliers ou aux activités non commerciales d'autorités locales, associations et églises qui assuraient la promotion du patrimoine national sans but lucratif. Il n'est donc pas aisé, dans le secteur culturel, de définir dans quel cas on se trouve en présence d'une activité économique et donc de retenir la qualification de SIEG.

Le secteur culturel est également révélateur de la nécessité de procéder à une analyse systématique et cohérente de l'*affectation des échanges intracommunautaires* au stade de la vérification de l'existence de

¹¹⁶ Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 - loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 - article 40 relatif au fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés

¹¹⁷ Décision NN 136/A/02, *France écomusée d'Alsace*.

¹¹⁸ Décisions N123/2005, Hongrie ; NN 44/2007, République Tchèque ; N5/2005, Danemark.

l'aide. En effet, la Commission, dans plusieurs affaires et en particulier portant sur des domaines culturels conclut variablement soit à l'absence d'affectation des échanges soit que les financements ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 107§1 TFUE¹¹⁹.

Les autorités françaises dispensent de nombreuses aides individuelles, principalement à de petites structures sous régime associatif œuvrant dans le domaine culturel (accès à la culture, promotion du patrimoine...) sans but lucratif, pour des actions qui ne revêtent pas un caractère commercial et/ou qui ne sont pas susceptibles d'affecter les échanges intra-communautaires. De nombreuses subventions au secteur culturel ne paraissent pas constituer des aides d'Etat au sens du Traité. Pourtant la pratique décisionnelle de la Cour de Justice et de la Commission demeure incertaine en ce domaine.

Par ailleurs, beaucoup d'aides versées au secteur culturel sont en dessous du seuil fixé dans le règlement n° 1998/2006/CE dit « *de minimis* » (200 000 euros par entreprise sur 3 ans)¹²⁰. Selon ce règlement, ces aides sont présumées ne pas affecter les échanges intra-communautaires du fait de leur faible montant.

5. Services sociaux

Les SSIG sont essentiels et constitutifs des modèles sociaux nationaux. Ils jouent un rôle primordial dans les politiques de cohésion sociale. Le recours au *faisceau d'indices* proposé par la Commission européenne pour définir les SSIG¹²¹ pourrait inspirer utilement l'adaptation des règles relatives aux aides d'Etat aux besoins et finalités de ces services.

Leur caractère spécifique ainsi que le principe de subsidiarité, attachés à la définition et à l'organisation de ces services plaide ainsi pour un traitement particulier des financements qui leur sont octroyés. Les autorités françaises s'interrogent sur l'opportunité d'instaurer **une exemption globale de notification des financements de ces services au-delà de tous seuils**, à l'image des secteurs du logement social et des hôpitaux, étant entendu que l'exemption de notification n'a pas pour effet de dispenser d'appliquer les règles du Traité ni de répondre aux exigences de mandatement prévus par la décision du 28 novembre 2005.

6. Associations

L'article premier de la loi fondamentale relative au droit d'association (loi du 1^{er} juillet 1901 dont le Conseil Constitutionnel français a reconnu par décision du 16 juillet 1971 le caractère de principe fondamental reconnu par les lois de la République) précise que « *l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ». Elle est essentiellement régie par le droit civil des contrats.

A priori, la mise en commun de connaissances ne donne pas lieu à une activité économique. Par contre la mise en commun d'activités peut, sans être lucrative, constituer une activité économique au sens du droit communautaire alors qu'elle est traditionnellement le fait d'une entreprise en France. Cela peut conduire l'association à devenir une entreprise « malgré elle », même si la majorité des associations exclut toute activité économique autre qu'accessoire.

A titre de comparaison, l'administration fiscale a posé en principe que les associations, congrégations ou fondations échappent de ce fait aux impôts commerciaux. Mais, elle a néanmoins élaboré de concert avec le mouvement associatif une doctrine ayant pour objet de déterminer le cas échéant, non pas le caractère économique mais le caractère lucratif des activités de ces organismes. Cette doctrine est exprimée dans une instruction fiscale n°208 du 18 décembre 2006 publiée au bulletin officiel des impôts (BOI 4 H-5-06). Elle repose sur un raisonnement en trois étapes : examen du caractère intéressé ou non de la gestion de l'organisme (recours à des « agents » et « administrateurs bénévoles ») ; activité venant concurrencer

¹¹⁹ Exemple : décision N 257/2007, *Régime d'aides destinées à la promotion de la production théâtrale au Pays basque* et Décision du 18 juillet 2007 (N340/2007) relative à des aides espagnoles en faveur d'activités dans les domaines du théâtre, de la danse, de la musique et de l'audiovisuel au Pays basque, certes déclarées compatibles.

¹²⁰ Règlement (CE) de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis*.

¹²¹ Cf. supra, Partie I – Notion de SIEG, « Valoriser et reconnaître la spécificité des services sociaux d'intérêt général ».

les entreprises du secteur lucratif ; enfin examen des conditions d'exercice de l'activité. A cette troisième étape, pour retenir le caractère lucratif de l'activité, l'administration fiscale procède par recours à la méthode dite du faisceau d'indices afférant au produit, au prix, au public et à la publicité (règle dite des 4 P). Les critères du produit et du public (besoin pas ou mal pris en compte par le marché tel l'hébergement ou le soutien psychologique aux personnes sans abri ou socialement déstructurées) ont une importance particulière puisqu'ils sont des marqueurs de l'utilité sociale de l'activité. L'intérêt général de l'activité peut d'ailleurs également faire l'objet d'une reconnaissance par la voie d'un agrément. A ce jour, 800 000 associations environ ne sont pas fiscalisées en raison de l'intérêt général de l'activité poursuivie.

Dans un certain nombre de cas, les concepts élaborés par l'arrêt *Altmark* et le paquet « Monti-Kroes » sont adaptés, ou transposables. Ils apportent un éclairage utile et pertinent dans l'organisation des rapports entre la puissance publique et ses partenaires associatifs. Les travaux menés par les autorités françaises durant le second semestre de l'année 2009 destinés à adapter les conventions d'objectifs encadrant les financements accordés par l'Etat aux associations constituent de ce point de vue un premier pas vers l'intégration des exigences du droit des aides d'Etat. Toutefois, ces travaux ont également mis en lumière parfois, la complexité de ses concepts qui s'avèrent difficiles à appliquer et à appréhender pour les associations.

La notion de *service d'intérêt général* - plus précisément de *service d'intérêt économique général* - et les mécanismes qui en découlent pour l'encadrement des financements par la puissance publique de certaines activités des associations apparaissent en effet souvent éloignés de leurs préoccupations et leur réalité quotidienne. Pour toutes ces raisons, une analyse secteur par secteur des aides apportées aux organismes de statut associatif s'impose, chaque secteur présentant des spécificités. Celui de l'environnement par exemple, comme les autres, doit faire l'objet d'un examen précis et circonstancié. Les règles aujourd'hui établies de façon large et transversale ne cessent de soulever des questions sérieuses de compréhension et d'appropriation. Il importe que la réalité juridique dans le domaine de l'application des traités soit compréhensible par les citoyens et en particulier ceux sans l'implication assidue desquels la réalisation des objectifs de l'Union, comme la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, se trouverait amoindrie.

Quelques points méritent d'être mis en lumière :

a. La vie démocratique et la diversité des points de vue

Le rôle des associations dans la vie démocratique est reconnu par divers textes.

Les autorités françaises considèrent que l'action de plaider à vocation altruiste, notamment exercées par les organisations non gouvernementales de défense des droits fondamentaux de la personne humaine ou de l'environnement ne sauraient constituer par elle-même une *activité économique*. En effet, certaines actions ou projets à l'initiative de la société civile et menés par celle-ci sont considérés favorablement et soutenus financièrement par la puissance publique pour faciliter leur réalisation parce qu'ils concourent à l'enrichissement du débat public et par la suite à la définition ou à la mise en œuvre des politiques publiques.

b. L'initiative associative

Bien souvent, la subvention est accordée pour la mise en œuvre d'une opération déterminée, à laquelle la puissance publique n'aurait pas forcément songé ou qu'elle n'aurait pas menée de la même manière mais qu'elle juge néanmoins intéressante.

Ainsi, le Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, concourt-il par exemple, au financement des activités de multiples organismes de statut associatif dont les projets et actions concourent dans la plupart des cas, directement à la mise en œuvre d'une politique publique ou, plus modestement, valorisent des thèmes de nature à favoriser dans la société civile des prises de conscience sur les thématiques environnementales. Il peut s'agir de présenter au public une cause défendue par l'association, soit en la plaçant soit en l'illustrant concrètement. Ce serait le cas par exemple d'une exposition sur le tri des déchets, sur la biodiversité ou le réchauffement climatique.

Qui plus est, c'est en examinant sans préjugé des propositions parfois inhabituelles, que la puissance publique découvre de nouveaux modes d'intervention, ou est alertée de l'intérêt qu'il convient de porter à certaines questions, dont elle se préoccupe insuffisamment.

c. Le financement des SIEG mis en œuvre par des associations

Les spécificités du secteur associatif rendent difficile la transposition des exigences de la Décision aux financements qui lui sont attribués. Celles-ci sont générées au-delà des questions de paramétrage de la compensation déjà exposées, par la notion de *bénéfice raisonnable*.

S'agissant d'activités non lucratives, le bénéfice n'a en effet pas vocation à être partagé, mais peut sous certaines conditions de droit interne être réinvesti dans l'activité non concurrentielle en vue d'assurer par la constitution ou reconstitution des fonds propres la pérennité de l'activité du SIEG.

Les opérateurs de ces secteurs même lorsqu'ils peuvent être qualifiés d'*entreprises*, sont dans leur immense majorité des organismes sans but lucratif (OSBL) qui ne recherchent pas ni ne pratiquent de « rémunération de leurs capitaux propres ». En outre, selon le plan comptable associatif, ces opérateurs ne disposent pas de « capital social » mais seulement de « fonds associatifs ». Il est donc totalement impossible de déterminer des « taux de rémunération moyen des capitaux propres ». Dans ces conditions, il est même particulièrement délicat d'indiquer un simple ordre de grandeur de « bénéfice raisonnable » (10 % ? 5 % ? etc.).

d. Les aides aux associations d'intérêt local

La majorité des subventions publiques accordées aux associations viennent des collectivités territoriales dont principalement les communes. Elles peuvent apporter leur soutien sous forme de subvention à des associations d'intérêt local (correspondant à leur territoire) uniquement. Se pose donc très fréquemment la question de l'affectation réelle des échanges intra-communautaires à l'image de la décision Piscine de *Dorsten*¹²² et qui démontre l'importance de l'analyse économique au stade de la qualification de l'aide que les autorités françaises ont eu l'occasion de souligner.

Concernant l'**impact du paquet « Monti-Kroes » sur les activités du monde associatif**, les autorités françaises invitent la Commission :

- à mieux **prendre en compte les spécificités du monde associatif**, qui n'a pas pour objet premier de développer des activités économiques mais de répondre à des besoins et d'intervenir sur des secteurs d'activités notamment le secteur social, culturel, sportif, ou environnemental, peu ou mal pris en compte par le marché ;
- en matière de *compensation*, en particulier pour les activités des associations, à établir une **différenciation nette entre les services purement locaux et très peu économiques et les grands SIEG** ;
- à **admettre le versement, par les personnes publiques, d'une surcompensation d'un montant limité**, aux opérateurs de SIEG notamment les associations, ayant été particulièrement performants et à ce titre dégagé des excédents de gestion susceptibles de constituer à l'avenir des fonds propres, gage d'une activité pérenne ou à défaut, de préciser le traitement qu'il conviendrait d'apporter à de telles situations au regard du paquet « Monti-Kroes ».

7. Plafonds prévus par la décision du 28 novembre 2005

Les autorités françaises souhaitent que la Commission clarifie la question du cumul des aides notamment dans les situations de groupes. Ce point déjà mentionné, concerne également tout autant le calcul du seuil *de minimis* que celui du plafond de chiffre d'affaires fixé par la décision 2005/842/CE.

¹²² Cf. supra, décision relative à l'aide N258/2000 du 21 décembre 2000 déjà mentionnée.

5. Communication et pédagogie (questions 39 à 43)

Si le recours à la notion de *mandat* n'a pas provoqué, en lui-même, de bouleversements majeurs dans le système français de financement du service public, l'appropriation des règles communautaires relatives aux aides d'Etat a nécessité et nécessite encore un réel exercice de pédagogie et d'appropriation de tous les acteurs, y compris locaux. La « lourdeur » du système, une forme de « renversement de l'initiative », « le recours quasi systématique aux marchés publics dans un souci de sécurité juridique » sont les reproches fréquemment cités notamment par les opérateurs sociaux et certaines collectivités locales.

Dès lors, dans la suite des efforts déjà réalisés par les autorités françaises et la Commission, il conviendra de soutenir toutes les initiatives favorisant la compréhension et l'appropriation des règles du paquet « Monti-Kroes » afin de pérenniser et sécuriser davantage le financement des SIEG. Des actions de formation des services techniques dans les Etats membres pourraient être envisagées et soutenues. Le service d'information interactif mis en place par la Commission est également un outil précieux. Il conviendra cependant de préciser la valeur des solutions qui y sont proposées, de le développer davantage en assurant sa mise à jour régulière et d'améliorer la communication autour de ce service.

6. Observations complémentaires (questions 44 à 46)

1. Fonds structurels, aides d'Etat et SIEG

Dans la réglementation relative à l'utilisation des fonds structurels le fait que l'activité soit qualifiée de SIEG n'est pas déterminant. Toutefois certaines difficultés semblent ressortir de l'articulation entre les règles issues du paquet « Monti-Kroes » et de la réglementation propre aux fonds structurels. Deux cas de figures méritent d'être soulignés.

Dans le cas de l'application du paquet « Monti-Kroes », il conviendra d'appliquer l'article 55§6 du règlement 2006/1083/CE qui exonère le service instructeur de tout calcul préalable des recettes.

Dans le cas classique de l'application de l'arrêt *Altmark*, la compensation ne sera pas constitutive d'une aide d'Etat. En ce sens, au titre du FEDER, il conviendra d'appliquer l'article 55 du règlement 2006/1083/CE et donc de déduire les recettes dudit projet et d'en assurer le suivi et le *reporting*.

Ce second point pose à ce jour un problème. En effet, les critères de calculs des recettes dans le cadre de l'article 55 diffèrent considérablement de ceux constatés en matière de compensation d'obligation de service public.

Le calcul du déficit de financement tel que préconisé par la note COCOF relative à l'article 55 prévoit le cumul des critères suivants :

- le coût d'investissement ;
- la durée moyenne d'amortissement du bien (période de référence) ;
- les recettes nettes générées ;
- le taux d'actualisation (en moyenne 5%).

En l'espèce, le déficit de financement sera la part des coûts d'investissement du projet qui ne peut être financée par le projet lui-même. Il s'agit d'une méthodologie de calcul qui permet d'inclure les recettes dans le plan de financement de l'opération et surtout d'éviter toute forme de surfinancement de cette dernière.

Or, dans le cadre des négociations avec la Commission pour une simplification de l'article 55, cette dernière a toujours refusé la prise en compte de la compensation d'obligation de service public comme équivalente à la méthode de calcul du déficit de financement, estimant que les méthodes de calcul ne sont pas équivalentes en insistant notamment sur la différence d'interprétation de la notion de *bénéfice raisonnable* qui ne répond pas aux critères de calcul du déficit de financement tels qu'entendus par la note COCOF relative à l'article 55.

Cette situation place les porteurs de projet devant une obligation de devoir recalculer leur assiette de dépense éligible pour l'octroi des financements au titre du FEDER.

Néanmoins, et de manière générale, le contexte des fonds structurels (FEDER notamment) et de leur attribution ne présente pas en soi, une difficulté particulière lors de la qualification de l'activité de SIEG ou non. Cette difficulté n'intervient, qu'*a posteriori*.

2. *L'autorité versant la compensation*

Les autorités françaises s'interrogent enfin sur la question de l'autorité versant la compensation. La décision et l'encadrement s'opposent-ils à une situation dans laquelle la personne publique à l'origine du mandat de SIEG n'est pas la même que celle qui verse la compensation ?

