



N° 2619

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

DOUZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 octobre 2005

RAPPORT D'INFORMATION

DÉPOSÉ

PAR LA DÉLÉGATION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE
POUR L'UNION EUROPÉENNE (1),

sur le financement des services d'intérêt général,

ET PRÉSENTÉ

PAR MM. BERNARD DEROSIER ET CHRISTIAN PHILIP,

Députés.

(1) La composition de cette Délégation figure au verso de la présente page.

La Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne est composée de : M. Pierre Lequiller, président ; MM. Jean-Pierre Abelin, René André, Mme Elisabeth Guigou, M. Christian Philip, vice-présidents ; MM. François Guillaume, Jean-Claude Lefort, secrétaires ; MM. Alfred Almont, François Calvet, Mme Anne-Marie Comparini, MM. Bernard Deflesselles, Michel Delebarre, Bernard Derosier, Nicolas Dupont-Aignan, Jacques Floch, Pierre Forgues, Mme Arlette Franco, MM. Daniel Garrigue, Michel Herbillon, Marc Laffineur, Jérôme Lambert, Edouard Landrain, Robert Lecou, Pierre Lellouche, Guy Lengagne, Louis-Joseph Manscour, Thierry Mariani, Philippe Martin, Jacques Myard, Christian Paul, Didier Quentin, André Schneider, Jean-Marie Sermier, Mme Irène Tharin, MM. René-Paul Victoria, Gérard Voisin.

SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION.....	7
PREMIERE PARTIE : UNE REPOSE A UN BESOIN DE SECURITE JURIDIQUE.....	13
I. UNE PROTECTION CONTRE LES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE	15
A. Les évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.....	15
B. L'arrêt <i>Altmark</i>	16
II. LE SOUCI DE CONCILIER LE RESPECT DES REGLES DE LA CONCURRENCE AVEC LES PRINCIPES DE SUBSIDIARITE ET DE LIBRE ADMINISTRATION	21
A. Des compensations multiples dont le montant global est indéterminé	21
B. L'attachement des Etats et de leurs collectivités à la liberté d'organisation des services publics	24
C. La volonté de la Commission de surveiller les plus fortes compensations.....	25

**DEUXIEME PARTIE : UN « PAQUET »
GLOBALEMENT SATISFAISANT27**

**I. L'INSTITUTION DE TROIS CATEGORIES DE
COMPENSATIONS DE SERVICE PUBLIC.....31**

**A. Les compensations ne constituant pas des aides
d'Etat.....32**

1) L'approche compensatoire confortée32

**2) Un renforcement parallèle de la transparence
comptable32**

**B. Les compensations constituant des aides d'Etat
exemptées de l'obligation de notification.....33**

1) Une compatibilité présumée avec le marché commun33

2) Un rappel des règles de compatibilité.....34

3) Des contrôles *a posteriori* toujours possibles34

**C. Les compensations constituant des aides d'Etat
soumises à notification préalable.....36**

**1) Les conditions de la compatibilité avec le marché
commun36**

**a) L'existence d'un réel service d'intérêt économique
général37**

**b) La nécessité d'un acte précisant les obligations de
service public et les modalités de calcul de la
compensation.....38**

**c) L'attribution d'une compensation ne dépassant pas ce
qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par
l'exécution des obligations de service public.....38**

2) Une cohérence juridique discutable.....39

**II. L'EXEMPTION JUSTIFIEE DE NOTIFI-
CATION EN FAVEUR DES TRANSPORTS
TERRESTRES, DU LOGEMENT SOCIAL ET
DES HOPITAUX41**

A. Les secteurs régis par une *lex specialis*41

1) Les transports terrestres.....41

**a) Un règlement spécifique prévoyant un contrôle *a*
posteriori42**

b) Un règlement en voie d'être réformé.....43

c) La prise en compte de la réalité économique de certains transports aériens et maritimes	44
2) La radiodiffusion de service public.....	45
B. L'exemption de notification en faveur du logement social et des hôpitaux	46
1) Une situation particulière au regard de la concurrence	47
2) Un choix ayant rencontré des oppositions.....	47
3) Les interrogations des autorités françaises	48
III. DES SEUILS FINANCIERS REDUISANT SINGULIEREMENT LE CHAMP DES AIDES SOUMISES A NOTIFICATION.....	53
A. Des seuils sans commune mesure avec ceux applicables aux autres aides d'Etat.....	53
1) La règle « <i>de minimis</i> ».....	53
2) Des montants fortement réévalués par la Commission durant la concertation.....	54
B. Des notifications préalables limitées, pour l'essentiel, aux aides accordées aux industries de réseau.....	55
TROISIEME PARTIE : UNE INTERVENTION COMMUNAUTAIRE QUI DOIT ÊTRE PROLONGEE.....	57
I. LE CARACTERE IMPRATICABLE DE CERTAINS CRITERES DE LA JURISPRUDENCE <i>ALTMARK</i>	59
A. La notion de mise en concurrence	60
1) Une procédure de marché public est-elle obligatoire ?	60
2) La législation française est-elle conforme aux exigences communautaires ?	63
B. La définition d'une entreprise moyenne bien gérée	64

II. LA QUESTION NON RESOLUE DE L'ADOPTION D'UNE DIRECTIVE-CADRE SUR LES SERVICES D'INTERET GENERAL.....	67
A. La reconnaissance d'un droit des services publics	67
B. La persistance de « zones grises ».....	68
1) Les critères de définition des SIEG.....	68
2) La diversité des formes de financement des SIEG	70
3) L'évaluation des SIEG	72
C. Des réticences à vaincre chez nos partenaires.....	72
TRAVAUX DE LA DELEGATION	75
CONCLUSIONS ADOPTEES PAR LA DELEGATION	81
ANNEXES.....	85
Annexe 1 : Liste des personnes auditionnées	87
Annexe 2 : Directive .../.../CE de la Commission du ... modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques.....	91
Annexe 3 : Décision de la Commission du ... concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général	95
Annexe 4 : Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public ...	107

Mesdames, Messieurs,

La notion de « service public » occupe en France une place privilégiée. Elle a fait l'objet d'une théorisation juridique très poussée, qui a été à l'origine de la constitution du droit administratif. Elle constitue surtout un élément majeur du pacte social républicain, ainsi que le souligne le Conseil d'Etat dans son rapport public de 1997.

Dès lors, toute proposition communautaire ayant une incidence dans ce domaine donne lieu, dans notre pays, à des réactions de méfiance systématique, comme l'ont encore illustré très récemment les débats sur la « directive services » et sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Cette méfiance a longtemps été justifiée par les différences d'approche de nos partenaires et de la Commission européenne. On considère généralement, en effet, que **trois conceptions du service public coexistent dans l'Union européenne** : « *les Etats où le concept de service public bénéficie d'une forte valeur ajoutée [essentiellement la France], les Etats où ce concept, sans être au premier plan, est pris en compte pour définir le régime juridique applicable aux activités administratives (et notamment aux activités économiques) [il s'agit notamment de la Belgique, l'Autriche, l'Espagne, la Grèce, l'Italie et le Portugal], et les Etats où la notion de service public, sans être méconnue, ne paraît pas produire d'effets juridiques précis* »⁽¹⁾. On classe dans cette troisième catégorie des pays comme les Etats du nord de l'Europe, le Royaume-Uni ou l'Allemagne.

S'appuyant sur les différentes conceptions nationales, **le droit communautaire a élaboré sa propre approche**. A vrai dire, dans

⁽¹⁾ Franck Moderne, « *Analyse comparative des notions de service public dans les Etats membres* », dans « *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général* », Editions ASPE-Europe, 1995.

un premier temps, il a presque totalement ignoré la notion de service public. Le traité de Rome la mentionne à l'article 73 (ex article 77) spécifique au domaine des transports, mais préfère se référer aux « services d'intérêt économique général » dans son article 86 (ex article 90, paragraphe 2), aux termes duquel « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles du [...] traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ».

Service public et terminologie communautaire

Dans son Livre blanc sur les services d'intérêt général, la Commission considère que : « *Des différences terminologiques dans les Etats membres ont créé de nombreux malentendus dans le débat mené au niveau européen. Dans les Etats membres, des termes et des définitions différents sont utilisés dans le domaine des services d'intérêt général en raison d'évolutions historiques, économiques, culturelles et politiques dissemblables. La terminologie communautaire s'efforce de prendre ces différences en considération.* »

Cette terminologie communautaire a été précisée par Mme Catherine Tasca dans un récent rapport d'information de la Délégation du Sénat pour l'Union européenne⁽²⁾ :

– « *Le vocabulaire juridique de l'Union européenne emploie usuellement deux termes distincts qui identifient très précisément son champ de compétences en la matière :*

– *les services d'intérêt général (SIG), c'est-à-dire toutes les prestations, marchandes ou non, que les pouvoirs publics gouvernementaux ou locaux servent à leurs administrés sous leur contrôle direct ou déléguées à des tiers : entreprises privées, associations, personnes physiques. En l'état actuel des traités, les services d'intérêt général n'ont pas de statut juridique générique dans l'Union ;*

– *les services d'intérêt économique général (SIEG), marchands, qui font l'objet d'une tarification économique à l'usager, même si les pouvoirs publics peuvent les subventionner en faveur de certains publics ou de certains territoires exposés. C'est le seul domaine qui est couvert par les bases juridiques communautaires. Il englobe les entreprises publiques de réseaux, les régies publiques locales, les sociétés d'économie mixte et les délégations de service public à des entreprises privées.*

⁽²⁾ Rapport d'information n° 257 (2004–2005), « *Pour les services publics en Europe. Une directive cadre sur les services d'intérêt général* ».

L'Union européenne distingue donc deux champs de services publics :

– les services publics non marchands (SIG), pour lesquels elle ne se reconnaît aucune compétence et qu'elle laisse donc à la compétence exclusive des Etats membres et de leurs pouvoirs locaux ;

– les services publics marchands (SIEG), dont elle affirme la spécificité dans le droit primaire européen en regard notamment des règles de la concurrence et du marché intérieur. »

La tentative de clarification réalisée par notre collègue sénatrice illustre les ambiguïtés imputables à l'absence de définitions des SIG et des SIEG dans le droit primaire communautaire ou dans le droit dérivé, qui l'un comme l'autre, se contentent d'utiliser ces expressions sans énumérer les critères permettant de les différencier. On remarque, en particulier, que les termes « SIG » peuvent, d'une part, désigner l'ensemble des prestations marchandes ou non soumises à des obligations spécifiques de service public (et, dans ce cas, englober les SIEG) et, d'autre part, n'avoir qu'une acception limitée aux services non économiques.

Quant à l'expression « service public », elle est rarement utilisée par les institutions communautaires qui la jugent peu précise. Il est donc notable de la retrouver dans l'intitulé des **textes du « paquet Monti » dont les dispositions s'appliquent aux seuls SIEG.**

La volonté d'ouverture des marchés qui fonde la construction européenne se traduit donc par l'emploi prioritaire d'instruments de régulation concurrentielle et l'attribution d'un statut d'exception aux services d'intérêt économique général.

Le désintérêt initial de la Commission à l'égard des services publics n'est cependant plus d'actualité. Les deux rapporteurs ont déjà souligné dans des travaux précédents de la Délégation que les exigences propres à l'accomplissement de missions d'intérêt général sont de moins en moins ignorées par le droit communautaire⁽³⁾. Dans une communication du 26 septembre 1996, la Commission a admis que les services d'intérêt général « *sont au cœur du modèle européen de société* ». Le traité d'Amsterdam a inséré un nouvel article 16 à la fin de la première partie du traité instituant la Communauté européenne, consacrée aux « principes », qui, d'une part, reconnaît l'importance pour l'Union européenne de ces

⁽³⁾ Bernard Derosier : « *A la veille d'une directive européenne sur le marché intérieur du gaz naturel* », rapport d'information n° 3338 déposé le 18 février 1997 ; Christian Philip : « *Services d'intérêt général : observations et propositions (réponse au livre vert de la Commission)* », rapport d'information n° 1010 déposé le 9 juillet 2003.

services et d'autre part prend en compte les spécificités de leur fonctionnement⁽⁴⁾. Certes, cet article 16 est « *trop déclaratif et trop peu juridique pour n'avoir d'autre portée que politique. Mais incontestablement un coin était fiché dans le monolithe historique du marché intérieur et de son bras armé : la concurrence !* »⁽⁵⁾. Cette évolution s'est poursuivie avec le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui – malgré ce que ses détracteurs ont pu en dire – propose un *corpus* de garanties et de bases juridiques en matière de services publics, marchands et non-marchands⁽⁶⁾.

Une évolution semblable a été enregistrée dans les actes de droit dérivé et dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Les dernières directives concernant le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel (directives 2003/54 et 2003/55 du 26 juin 2003) prévoient ainsi un renforcement des objectifs de service public. Quant à la Cour de justice, elle a reconnu dans deux arrêts importants du début des années 1990⁽⁷⁾ que l'exercice d'une mission d'intérêt général pouvait justifier des restrictions à la concurrence.

⁽⁴⁾ Art. 16 : « *Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ».

⁽⁵⁾ Gilles Savary : « *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?* », Editions de l'aube, 2005.

⁽⁶⁾ L'article II-96 pose le principe du respect par l'Union de l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les dispositions nationales, dès lors que ces dispositions sont compatibles avec le droit de l'Union. Dans un récent rapport d'information de la Délégation du Sénat pour l'Union européenne, Mme Catherine Tasca considère que la reconnaissance de l'accès comme droit personnel pourrait offrir de nouvelles opportunités de saisine de la Cour de justice des Communautés européennes et infléchir la jurisprudence de cette dernière (rapport ° 257 [2004-2005]).

L'article III-122 reprend et complète l'article 16 issu du traité d'Amsterdam. Il instaure pour la première fois une base juridique spécifique pour les services d'intérêt économique général.

L'article III-315, paragraphe 4, consacre un droit de veto des Etats membres en matière de commerce international et donc de mandat de négociation de l'Union à l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Il pourrait ainsi permettre d'empêcher toute dérive dans les discussions sur l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), qui – en principe – ne concerne que les services publics fournis sur une base commerciale.

⁽⁷⁾ Arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993 et arrêt *Commune d'Almelo* du 27 avril 1994.

Même si l'article 295 du traité instituant la Communauté européenne précise que le droit européen « *ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres* », les interventions communautaires ont suscité d'importantes remises en cause des monopoles français intervenant dans les industries dites « de réseaux » (gaz, électricité, poste, télécommunications...). **C'est pourtant faire preuve d'une étonnante sélectivité que d'assimiler le « service public à la française » au secteur public.** La France a aussi développé de très longue date un autre modèle de service public – le service public délégué à des entreprises et agents privés – dont les collectivités locales font un grand usage, toutes sensibilités politiques confondues⁽⁸⁾. « *La France est donc porteuse de deux modèles de service public, complémentaires plutôt qu'antinomiques* », comme le souligne le député européen Gilles Savary dans son récent ouvrage précité. Il ajoute que le service public « privé » délégué des pouvoirs publics « *apparaît d'autant moins spécifique à la France que c'est, un peu confusément certes, celui que l'Europe et en train d'adopter comme norme commune !* ».

Encore faut-il s'assurer que ce mode de gestion des services publics puisse disposer de moyens financiers suffisants pour faire face à ses missions. Or, comme le note le Conseil d'Etat dans son rapport public 2002 ayant pour thème « Collectivités publiques et concurrence », « *le problème le plus crucial de l'équilibre concurrence-service public est peut-être aujourd'hui celui du financement du service public, tant la Commission est vigilante à cet égard et tant elle craint un « sur-financement » par les autorités publiques des services d'intérêt économique général permettant aux entreprises qui en ont la charge une concurrence irrégulière sur d'autres marchés, notamment au travers d'aides aux activités concurrentielles qualifiées alors d'aides d'Etat* ».

Dans son rapport du 17 octobre 2001 sur les services d'intérêt général⁽⁹⁾ – rapport rédigé à l'intention du Conseil européen de Laeken – la Commission annonçait sa volonté d'établir un cadre

⁽⁸⁾ A titre d'exemple, 91 % des transports collectifs de voyageurs (hors Ile-de-France) étaient délégués à des fermiers ou à des concessionnaires privés au 31 décembre 2002. De même, le traitement des eaux usées fait l'objet dans notre pays d'une large délégation aux entreprises privées, alors qu'en Allemagne, en revanche, ce service est essentiellement assuré par des entreprises communales ou des syndicats de communes (les sociétés de droit privé n'y traitent les eaux usées que de 11 % de la population).

⁽⁹⁾ COM(2001) 598 final.

communautaire grâce auquel les Etats membres et les entreprises seraient informés sur les conditions dans lesquelles le droit communautaire peut autoriser des aides à titre de compensation pour des obligations de service public. Jusqu'alors, en effet, seuls des textes sectoriels⁽¹⁰⁾ ou des décisions individuelles⁽¹¹⁾ avaient été adoptés, laissant ainsi le champ libre à l'intervention de la Cour de justice des Communautés européennes.

C'est précisément parce qu'elle attendait une intervention jurisprudentielle que la Commission a retardé la publication du cadre évoqué en 2001. Finalement, le Livre blanc sur les services d'intérêt général⁽¹²⁾ annonçait plusieurs mesures pour la fin juillet 2005. Très rapidement, un projet de décision, un projet de directive et un document de travail sur un encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public furent transmis aux Etats membres et au Parlement européen. **Ces trois textes, connus sous l'appellation de « paquet Monti »** (du nom du commissaire en charge de la concurrence en poste lors de leur élaboration) ou de « paquet *Altmark* » (par référence à un important arrêt de la Cour de justice dans ce domaine) ont été adoptés par le collège des commissaires le 13 juillet 2005. Ils constituent l'un des volets du plan d'action dans le domaine des aides d'Etat, récemment présenté par la Commission.

Les dispositions adoptées par la Commission répondent à un besoin de sécurité juridique et ont d'ailleurs reçu un accueil globalement favorable de la part des principaux intéressés. Pour autant, l'intervention communautaire mérite d'être prolongée, en particulier par l'adoption d'une directive-cadre venant clarifier l'ensemble des questions touchant aux services d'intérêt général.

⁽¹⁰⁾ On peut citer le règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969, relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. On peut également mentionner la communication publiée au *JOCE* du 10 décembre 1994 présentant les lignes directrices que la Commission entend suivre dans le domaine des transports aériens.

⁽¹¹⁾ Par exemple, la décision n° 94/666/CE du 6 juillet 1994 relative à la compensation du déficit de TAP sur les liaisons à destination des régions autonomes des Açores et de Madère.

⁽¹²⁾ COM(2004) 374 final du 12 mai 2004.

PREMIERE PARTIE : UNE REponse A UN BESOIN DE SECURITE JURIDIQUE

La nature juridique des compensations versées par les collectivités publiques à des entreprises publiques ou privées au titre des obligations de service public a donné lieu à de **nombreux débats, s'articulant autour des articles 87 et 86, paragraphe 2**, du traité instituant la Communauté européenne.

L'article 87 pose le principe d'incompatibilité des aides d'Etat avec le marché commun :

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

Ce principe, posé dans le premier paragraphe, est complété, dans les paragraphes 2 et 3, par une liste limitative d'aides compatibles de plein droit et une liste non exhaustive d'aides pouvant être considérées comme compatibles. Les aides accordées aux entreprises assurant une mission de service public ne sont pas mentionnées dans ces listes.

De son côté, l'article 86, paragraphe 2, prévoit :

« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

Dès lors, deux raisonnements principaux peuvent être tenus.

Tout d'abord, **il peut être affirmé que les compensations au titre des obligations de service public n'ont pas le caractère d'aides d'Etat** et ne sont donc pas affectées par le principe d'incompatibilité prévu par l'article 87. Ce raisonnement tend à faire prévaloir l'article 86, paragraphe 2, et à ne voir dans la compensation qu'un moyen d'assurer l'accomplissement des missions de service public, sans avoir à s'interroger au regard des dispositions de l'article 87.

Toutefois, **il peut aussi être soutenu que ces compensations constituent bien des aides d'Etat au sens de l'article 87**, ce qui n'implique pas, *ipso facto*, leur interdiction au regard du droit communautaire. En effet, dans cette hypothèse, l'article 86, paragraphe 2, peut être envisagé comme l'une des dérogations visées par le début de l'article 87 (« *Sauf dérogations prévues par le traité...* »).

Ce débat n'est pas purement intellectuel. **La solution donnée emporte d'importantes conséquences pratiques.** Une compensation perçue comme une aide d'Etat ne peut, en principe, être attribuée à une entreprise sans avoir été notifiée *a priori* à la Commission européenne, qui doit se prononcer sur sa compatibilité avec le marché commun avant que l'entreprise concernée ne puisse en bénéficier. En outre, toute aide non notifiée est illégale et peut donner lieu à reversement de la part du bénéficiaire. En revanche, si la compensation n'est pas envisagée comme constitutive d'une aide, elle n'a pas à être notifiée à Bruxelles et il reviendra, le cas échéant, aux juridictions nationales (ou à la Commission sur plainte éventuelle) de se prononcer *a posteriori* sur sa légalité.

La jurisprudence de la CJCE n'ayant pas permis de trancher clairement entre les différentes interprétations, la Commission a adopté le « paquet Monti », qui assure une protection contre les revirements de jurisprudence et qui assure une conciliation entre le respect des règles de la concurrence, d'une part, et les principes de subsidiarité et de libre administration des collectivités locales, d'autre part.

I. UNE PROTECTION CONTRE LES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE

A. Les évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

Pendant longtemps, l'approche de la Commission européenne a pu être qualifiée de « compensatoire », par opposition à celle dite « de l'aide d'Etat ». La Commission estimait que les compensations versées au titre des obligations de service public ne devaient pas être considérées comme des aides d'Etat.

Cette pratique a, dans un premier temps, été suivie par la CJCE. Dans son arrêt du 7 février 1985, *Association des brûleurs d'huiles usagées*⁽¹³⁾, elle a jugé que l'indemnité versée aux entreprises de ramassage ou d'élimination d'huiles usagées, financée au moyen d'une redevance perçue sur la base du principe pollueur-payeur et ne dépassant pas les coûts réels supportés, ne constituait pas une aide d'Etat.

Un premier revirement de jurisprudence a été esquissé par le Tribunal de première instance, dans ses arrêts du 27 février 1997, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*⁽¹⁴⁾, et du 10 mai 2000, *SIC*⁽¹⁵⁾. Dans les deux cas, le tribunal ne remet pas en cause le fait que les avantages financiers considérés compensent une charge de service public, mais il estime que cette spécificité ne retire pas à ces financements leur nature d'aides d'Etat. Il considère néanmoins que l'article 86, paragraphe 2, peut être interprété comme autorisant une dérogation au principe d'incompatibilité fixé par l'article 87, à condition que le montant de l'aide soit proportionné au surcoût résultant des obligations de service public.

⁽¹³⁾ Affaire C-240/83.

⁽¹⁴⁾ Affaire T-106/95.

⁽¹⁵⁾ Affaire T-46/97.

Cette nouvelle approche a d'abord été confirmée par la CJCE dans son ordonnance de renvoi du 25 mars 1998 sur l'affaire *FFSA*, puis dans l'arrêt du 22 juin 2000, *Coopérative d'exportation de livres français (CELF)*, où la Cour a précisé que les aides couvertes par la dérogation de l'article 86, paragraphe 2, devaient néanmoins faire l'objet d'une notification préalable à la Commission.

Puis, une nouvelle inflexion de la jurisprudence a eu lieu dans l'arrêt du 22 novembre 2001, *Ferring SA*⁽¹⁶⁾, où la CJCE est revenue à l'approche compensatoire, en considérant qu'en l'absence de surcompensation des coûts liés à l'accomplissement des obligations de service public, il n'y a pas d'aide d'Etat.

Le débat n'était pourtant pas clos. L'affaire *Altmark* a permis de le poursuivre et a donné à la Cour l'occasion de préciser sa position.

B. L'arrêt *Altmark*

Cet arrêt important a finalement confirmé, en droit, l'approche compensatoire, mais en encadrant strictement les conditions dans lesquelles les Etats membres peuvent octroyer des compensations qui échappent à la qualification d'aides d'Etat. Le durcissement opéré par la Cour est tel que le directeur de la politique des aides d'Etat à la direction générale de la concurrence de la Commission européenne a déclaré aux rapporteurs que, dans les faits, la plupart des compensations auraient pu être perçues comme des aides d'Etat, soumis à une notification préalable.

De façon paradoxale, cette jurisprudence concerne l'octroi de subventions publiques à une société de transports de passagers par autocar. Or, ce secteur est, en principe, régi par les dispositions spécifiques du règlement n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Néanmoins, l'article premier de ce règlement prévoit que « *les Etats membres peuvent exclure du champ d'application du présent*

⁽¹⁶⁾ Affaire C-53/00.

réglement les entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation des services urbains, suburbains ou régionaux ».

La République fédérale d'Allemagne, ayant fait usage, jusqu'au 31 décembre 1995, de cette possibilité, la légalité des subventions publiques accordées en octobre 1994 à la société *Altmark Trans* par le gouvernement de la région de Magdebourg devait donc être appréciée au regard du droit primaire (articles 86 et 87 du traité) et non au regard du règlement.

La CJCE fut saisie dans le cadre d'une question préjudicielle⁽¹⁷⁾ soulevée par le *Bundesverwaltungsgericht* (Cour suprême administrative fédérale). Son arrêt est intervenu le 24 juillet 2003⁽¹⁸⁾.

La Cour a rappelé tout d'abord que l'existence d'un avantage est une condition nécessaire pour qu'une mesure constitue une aide d'Etat. Conformément à sa jurisprudence antérieure dans l'affaire

⁽¹⁷⁾ Cette question préjudicielle était ainsi rédigée : « *Les dispositions combinées des articles 73 et 87 du traité CE ainsi que du règlement (CEE) n° 1191/69, dans sa version modifiée par le règlement (CEE) n° 1893/91, s'opposent-elles à l'application d'une réglementation nationale qui autorise la concession de licences de services réguliers de transport dans le cadre des transports publics urbains, suburbains ou régionaux, pour des transports dépendant nécessairement de subventions, sans respecter les dispositions des sections II, III et IV dudit règlement ?* ».

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

« 1) *Les subventions visant à compenser le déficit d'un service public de transport local de personnes sont-elles en toute hypothèse visées par l'interdiction des aides énoncées à l'article 87, paragraphe 1 du traité CE ou, eu égard à leur portée régionale, convient-il de considérer que de telles subventions ne sont, a priori, pas de nature à affecter les échanges entre Etats membres ? La réponse à apporter à cette question est-elle susceptible de dépendre de la situation précise et de l'importance du domaine d'activité des transports urbains, suburbains ou régionaux visés dans chaque cas ?*

2) *L'article 73 du traité CE confère-t-il de manière générale au législateur national la faculté d'autoriser les subventions publiques destinées à compenser les déficits dans le domaine du transport public urbain, suburbain ou régional sans faire entrer en ligne de compte le règlement (CEE) n° 1191/69 ?*

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

⁽¹⁸⁾ Affaire C-280/00.

Ferring, elle en tire la conclusion que « dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 87, paragraphe 1, du traité ».

Cependant, la Cour lie l'absence d'aide d'Etat à quatre conditions, dont trois ont trait au calcul de la compensation :

1. l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies ;

2. les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes ;

3. la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes correspondantes ainsi que d'un bénéfice raisonnable ;

4. lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public 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 requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes correspondantes ainsi que d'un bénéfice raisonnable.

Les responsables du ministère fédéral des transports, de la construction et du logement rencontrés à Berlin par les rapporteurs

ont affirmé avoir ressenti un soulagement lors de la publication de cet arrêt, car ce contentieux aurait pu aboutir à une remise en cause des modalités d'organisation de l'ensemble des transports publics en Allemagne. Ils considèrent qu'aujourd'hui, les quatre conditions posées par la jurisprudence *Altmark* sont respectées par les compensations octroyées dans ce pays au titre des obligations de service public dans le domaine des transports.

La plupart des commentateurs de l'arrêt *Altmark* et des représentants des entreprises intéressées ont cependant observé que le respect des conditions serait difficile à apprécier par les partenaires locaux. Ainsi, par exemple, on ne sait comment juger si un « bénéfice est raisonnable », ni ce que recouvre exactement la notion d'« entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée ».

La jurisprudence communautaire ne permet donc pas de poser des règles claires et d'application peu contestable pour les compensations accordées au titre des obligations de service public. D'ailleurs, quelques mois après l'arrêt *Altmark*, la CJCE a, dans son arrêt *GEMO* du 20 novembre 2003⁽¹⁹⁾, qualifié d'aide d'Etat le système français institué par la loi n° 96-1139 du 26 décembre 1996 permettant d'assurer gratuitement pour les éleveurs et les abattoirs la collecte et l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs. La Cour s'est contentée de vérifier que ce système constituait un avantage pour les entreprises bénéficiant de cet allègement de charges, sans se prononcer sur le caractère de juste compensation.

Le cadre communautaire annoncé par la Commission européenne depuis le Conseil européen de Laeken était donc très attendu.

⁽¹⁹⁾ Affaire C-126/01.

II. LE SOUCI DE CONCILIER LE RESPECT DES REGLES DE LA CONCURRENCE AVEC LES PRINCIPES DE SUBSIDIARITE ET DE LIBRE ADMINISTRATION

Même s'il ne semble exister aucune estimation officielle – ou même officieuse – du montant global des compensations accordées dans l'Union européenne au titre des obligations de service public, il ne fait guère de doute que les sommes concernées sont extrêmement importantes.

Pour une Commission européenne gardienne de la politique de la concurrence, de telles interventions ne peuvent totalement échapper à son contrôle puisque, selon elle, « *le bon fonctionnement des marchés est une condition essentielle pour pouvoir fournir aux consommateurs les produits qu'ils souhaitent obtenir, à bas prix. La concurrence est, en outre, indispensable à l'amélioration de la compétitivité de l'économie européenne, car elle crée un environnement dans lequel les entreprises efficaces et innovantes sont dûment récompensées de leurs efforts* »⁽²⁰⁾.

Mais, par ailleurs, elle ne peut ignorer la volonté manifestée par les Etats membres et par leurs collectivités locales de rester libres de définir quels sont les services publics qu'ils souhaitent soutenir financièrement et le niveau du soutien qu'ils leur accordent.

A. Des compensations multiples dont le montant global est indéterminé

Lors de chacune des auditions réalisées par les rapporteurs, il a été demandé aux personnes entendues si elles disposaient d'une

⁽²⁰⁾ Ces phrases figures dans le paragraphe « *Raison d'être de la politique des aides d'Etat : pourquoi l'Union européenne a-t-elle besoin d'une politique en matière d'aides d'Etat ?* » du Plan d'action de la Commission dans le domaine des aides d'Etat, (COM [2005] 0107 final du 7 juin 2005).

estimation des sommes consacrées, dans leur secteur de compétence, à la compensation des obligations de service public. Invariablement, tous les interlocuteurs ont fait part de leur incapacité à fournir des données chiffrées en la matière. Ainsi, par exemple, l'Assemblée des départements de France (ADF) a indiqué, dans une réponse écrite : « *Il n'y a pas de visibilité, à l'heure actuelle, sur le niveau de financement global qu'ils représentent pour les départements* ».

Dans sa résolution du 22 février 2005 sur le « paquet Monti »⁽²¹⁾, le Parlement européen se limite à indiquer que « *le montant total des aides d'Etat octroyées chaque année dans l'Union européenne représente, même selon les estimations les plus prudentes, plus de 50 % du budget annuel de l'Union* ».

Cette affirmation renvoie néanmoins au niveau global des aides d'Etat accordées dans l'Union. Cet ensemble recouvre bien sûr les compensations des obligations de service public, mais aussi les aides à la recherche et au développement, les aides à finalité régionale, les aides pour la protection de l'environnement, les aides à la construction navale, les aides dans le secteur agricole, etc.

Cet ensemble disparate représentait 53 milliards d'euros en 2003 dans l'Union à quinze (hors secteur ferroviaire)⁽²²⁾. La Commission estime que, la même année, le niveau des aides d'Etat dans les dix futurs Etats membres s'élevait à 9,2 milliards d'euros (hors agriculture, pêche et transports). **Au total, les aides d'Etat dans l'Union à vingt-cinq seraient donc d'un montant supérieur à 60 milliards d'euros, mais il semble impossible d'individualiser, dans cette masse, les sommes servant à compenser les obligations de service public.**

Il faut aussi reconnaître que, malgré les incertitudes juridiques signalées précédemment, **les compensations de service public ont donné lieu à fort peu de contentieux en définitive.**

Comme le remarque le Conseil d'Etat dans son rapport public 2002, « *la mise en œuvre des règles peut s'avérer moins contraignante qu'il n'y paraît, notamment s'agissant des aides*

⁽²¹⁾ 2004/2186 (INI).

⁽²²⁾ « *Tableau de bord des aides d'Etat. Mise à jour du printemps 2005* », COM (2005) 147 final.

accordées par les collectivités territoriales ». En effet, en premier lieu, la CJCE a admis que l'obligation de notifier ne s'applique qu'aux projets instituant un régime d'aides. Dès lors qu'une aide individuelle entre dans le cadre d'un régime général approuvé par la Commission, les mesures individuelles d'exécution ne doivent pas lui être notifiées. En second lieu, la règle *de minimis*, instituée par le règlement n° 69/2001 du 12 janvier 2001, conduit à exclure de toute notification les aides d'importance mineures qui, cumulées, ne dépassent pas 100 000 euros pour une même entreprise sur une période de trois ans.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où une aide doit faire l'objet d'une notification préalable, il est fréquent que la Commission européenne ne soulève aucune objection sur sa légalité. Dans son XXXIII^{ème} rapport sur la politique de concurrence (2003)⁽²³⁾, la Commission signale ainsi avoir accepté une mesure des autorités irlandaises visant à promouvoir des investissements dans de nouvelles centrales électriques dans ce pays, aux fins d'assurer la sécurité de l'approvisionnement en électricité⁽²⁴⁾. De même, s'agissant du financement par la redevance d'un nouveau service de la BBC, visant à fournir gratuitement, par internet, du matériel pédagogique dans les écoles et les foyers, la Commission a considéré qu'il s'agissait effectivement d'une aide d'Etat, compte tenu des critères fixés dans l'arrêt *Altmark*, mais qu'elle était compatible avec la dérogation prévue à l'article 86, paragraphe 2, du traité.

En revanche, on doit préciser que les décisions de la Commission prises à l'encontre de dispositifs de financement bénéficiant à *France Télécom*⁽²⁵⁾ et à *Electricité de France*⁽²⁶⁾ touchaient des aides d'Etat dont l'objet n'était pas la compensation d'obligations de service public. Dans le cas d'*EDF*, par exemple, les

⁽²³⁾ SEC (2004) 658 final.

⁽²⁴⁾ La Commission ajoute que cette décision lui a donné l'occasion d'appliquer la jurisprudence *Altmark* pour la première fois : après la mise en œuvre des critères établis par la Cour, elle est parvenue à la conclusion que le dispositif notifié ne contenait pas d'élément d'aide d'Etat.

⁽²⁵⁾ En juillet 2004, la Commission a estimé que le régime dérogatoire à la taxe professionnelle dont France Télécom a bénéficié jusque fin 2002 constituait une aide incompatible avec le traité.

⁽²⁶⁾ En décembre 2003, la garantie illimitée de l'Etat accordée à EDF en raison de son statut d'établissement public industriel et commercial a été dénoncée par la Commission comme une aide d'Etat incompatible avec le traité. Cette garantie de l'Etat permettait à EDF d'obtenir des conditions de crédit plus favorables sur les marchés internationaux.

autorités françaises n'ont pas invoqué l'application de l'article 86, paragraphe 2, du traité, même si elles ont souligné le fait que cette entreprise exerce des missions de service public. La Commission a reconnu ce fait, mais a aussi noté que la garantie illimitée de l'Etat profitait aussi bien aux activités commerciales d'*EDF* à l'échelle mondiale qu'à sa mission de service public en France et, qu'en outre, elle était illimitée dans le temps. Pour elle, les critères d'application de l'article 86, paragraphe 2, n'étaient donc pas remplis⁽²⁷⁾.

Le nombre réduit de contentieux n'empêche pas le sentiment d'insécurité juridique ressenti par la plupart des opérateurs concernés, d'autant que l'approfondissement du marché intérieur pourrait conduire des entreprises privées à contester plus souvent les compensations accordées aux co-contractants actuels des collectivités locales. Les arguments développés lors de la discussion du « paquet Monti » par des promoteurs néerlandais souhaitant intervenir dans le champ du logement social ou par un groupe allemand de cliniques privées, ont confirmé la réalité de ce risque.

B. L'attachement des Etats et de leurs collectivités à la liberté d'organisation des services publics

Outre l'impact potentiel sur la libre concurrence des compensations liées aux obligations de service public, l'intervention des autorités communautaires résulte de la volonté des collectivités locales des divers Etats membres de voir préciser les règles applicables en la matière.

En raison de leur forte implication dans la prise en charge des services publics (sous forme de régies ou de délégations), les collectivités locales ont mis en avant la spécificité des SIEG locaux, qui ne relèvent pas de la même logique que les SIEG de réseaux à dimension européenne.

Elles se sont appuyées sur le principe de subsidiarité pour préserver leur faculté de continuer à définir les obligations de

⁽²⁷⁾ Voir l'« Invitation à présenter des observations en application de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE » publiée au *JOCE* du 15 juillet 2003, paragraphes 45 à 48.

service public, à choisir les modes de financement appropriés, ainsi que les modes de gestion.

Elles ont également mis en avant le nouveau principe d'autonomie locale et régionale énoncé par l'article I-5 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce principe, qu'elles ont souvent assimilé au principe de libre administration des collectivités territoriales affirmé par la Constitution française, leur paraît d'ailleurs susceptible de constituer une base juridique pour un statut de l'autoproduction locale.

En France, ces demandes ont été relayées par les autorités nationales qui, lors de l'examen du « paquet Monti », ont demandé que les compensations octroyées aux SIEG locaux soient, de droit, exemptées de toute notification, quel que soit leur chiffre d'affaires dans l'un des cas suivants :

– en cas d'autoproduction, sans que l'opérateur en gestion directe porte la concurrence en dehors du territoire concerné ;

– en cas de service confié à des entités distinctes, dans des conditions de contrôle analogues à celles exercées sur les services dépendant directement des collectivités locales ;

– en cas de recours à d'autres formes d'organisation, telles que les concessions ou les partenariats public-privé, dans des conditions préalablement déterminées de transparence des contrats, de stabilité de durée et de répartition des risques.

De telles demandes ne pouvaient pas être ignorées par la Commission qui, de son côté, souhaitait d'ailleurs concentrer son contrôle sur les plus fortes compensations.

C. La volonté de la Commission de surveiller les plus fortes compensations

La Commission constate, dans son récent plan d'action dans le domaine des aides d'Etat⁽²⁸⁾, que « *les pratiques et procédures actuelles présentent certains inconvénients, qui se traduisent*

⁽²⁸⁾ COM (2005) 0107 final, précité.

notamment par la longueur des délais de traitement des affaires [...] et si l'on ne fait rien, ces délais risquent même d'augmenter à la suite de l'élargissement ».

Elle a donc décidé d'opérer une distinction entre les aides dont le montant élevé est susceptible d'entraîner d'importantes distorsions de la concurrence et les aides de faible montant attribuées à des entreprises en charge de SIEG dont le chiffre d'affaires est limité. Ces dernières ont un faible impact sur le marché intérieur et, pour cette raison, ne doivent pas faire l'objet de procédures de contrôle lourdes et paralysantes.

Lors de son audition par les rapporteurs, le chef d'unité adjoint « Politique et coordination des aides d'Etat », à la direction générale de la concurrence, a précisé que l'expérience acquise par son service tendait à montrer que les risques véritables d'atteinte à la concurrence apparaissent avec des compensations d'un montant minimum de 40 millions d'euros.

On peut aussi penser que l'intervention communautaire est guidée par des considérations purement matérielles. Les responsables de la direction générale de la concurrence ont indiqué aux rapporteurs que dix fonctionnaires tout au plus sont en charge du contrôle des notifications des aides d'Etat. Il importe donc de limiter le nombre des dossiers qui leur est soumis.

Ainsi, le « paquet Monti » répond tout autant au désir des opérateurs en charge de la gestion de SIEG qu'à la volonté de la Commission de mieux préserver le respect de la concurrence en limitant son action aux dossiers présentant le plus de risques potentiels.

DEUXIEME PARTIE : UN « PAQUET » GLOBALEMENT SATISFAISANT

A l'occasion des auditions réalisées par les rapporteurs dans le cadre de la préparation du présent rapport, il est apparu que le « paquet Monti » donnait satisfaction à l'ensemble des parties concernées : ministères, associations d'élus locaux, organismes intervenant dans les domaines du transport, du logement social ou dans le domaine hospitalier, fédération des sociétés d'économie mixte. Cet accueil favorable a pu également être constaté en Allemagne, lors d'une mission à Berlin.

Quelques critiques et réticences ont bien été exprimées, mais elles ne remettent pas en cause l'apport des textes de la Commission.

Ainsi, le Gouvernement français a-t-il contesté le choix de l'article 86, paragraphe 3, du traité comme base juridique de ces actes communautaires. Il estimait que l'exemption de notification relevait de l'article 89 du traité, lequel prévoit : « *Le Conseil statuant à majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 87 et 88 et fixer notamment les conditions d'application de l'article 88, paragraphe 3 [instituant l'obligation de notification], et les catégories d'aides qui sont dispensées de cette procédure* ». Cette position française visait surtout à demander une intervention du Parlement européen, qui, dans le cadre de la base juridique choisie par la Commission, était en principe totalement écarté, puisque l'article 86, paragraphe 3, confie à la seule Commission européenne, le soin de veiller à l'application des dispositions de l'article 86 et d'adresser « *en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres* ». Les responsables de la direction générale de la concurrence de la Commission rencontrés par les rapporteurs ont défendu le choix de cette dernière en soutenant que l'article 86, paragraphe 3, constitue une *lex specialis* en matière de

services d'intérêt économique général⁽²⁹⁾. Ils ont également fait valoir que le recours à l'article 89 se serait traduit par l'adoption d'un règlement à l'issue d'une procédure beaucoup plus longue que celle de l'article 86, paragraphe 3, prolongeant d'autant l'insécurité juridique pesant sur les compensations au titre des obligations de service public. En tout état de cause, ils ont rappelé que la Commission avait finalement décidé, en dehors de toute obligation légale, de transmettre pour avis le « paquet Monti » au Parlement européen en septembre 2004, qui a pu se prononcer dans une résolution en date du 22 février 2005 précitée, et d'engager une large concertation avec les Etats membres. Les avis recueillis étant purement consultatifs, la Commission a pu adopter, seule, les trois textes concernés le 13 juillet dernier.

La seconde critique parfois émise à l'encontre de ce paquet tient à ce que ses exigences sont applicables aux aides octroyées avant sa publication, ce qui pourrait conduire à remettre certaines de ces aides en cause. Là encore, la Commission a su apporter des réponses permettant d'apaiser, au moins partiellement, les inquiétudes exprimées. Elle a complété la décision relative aux aides d'Etat ne devant pas être obligatoirement notifiées par un article 10 visant à ne rendre applicables les exigences supplémentaires posées par ce texte qu'un an après sa publication, afin que les Etats membres disposent d'un délai pour mettre les aides accordées en conformité avec ces nouvelles obligations. De même, pour les aides d'Etat soumises à une notification préalable obligatoire, l'encadrement fixe un délai de dix-huit mois pour assurer la compatibilité des régimes des compensations de service public. En outre, l'encadrement précise que pour les aides non notifiées (alors qu'elles auraient dû l'être), la Commission appliquera les dispositions en vigueur au moment de l'octroi de l'aide si cette aide a été octroyée avant la publication de l'encadrement au *Journal officiel*.

⁽²⁹⁾ La portée de l'article 86, paragraphe 3, a donné lieu, dans le passé, à discussions : pour certains, le pouvoir confié à la Commission ne pouvait s'exercer que par voie de décisions individuelles, pour d'autres il s'agissait d'un véritable pouvoir normatif, autorisant la Commission à prendre des mesures générales. C'est cette lecture étendue que la CJCE a privilégié dans un arrêt du 19 mars 1991, *République française c/ Commission* (Affaires C-202/88).

Pour le reste, le « paquet Monti » – qui rappelons le est l'un des rares textes communautaires utilisant explicitement le terme « service public » – semble avoir su répondre aux diverses attentes en restreignant très sensiblement le champ des aides d'Etat soumises à une notification préalable obligatoire.

I. L'INSTITUTION DE TROIS CATEGORIES DE COMPENSATIONS DE SERVICE PUBLIC

Avec l'adoption du « paquet Monti », ce sont désormais trois catégories de compensations qui, en droit, peuvent être distinguées :

- les compensations remplissant les quatre conditions cumulatives posées par l'arrêt *Altmark* et qui, dès lors, ne constituent pas des aides d'Etat. Afin de pouvoir contrôler que ces compensations ne dépassent pas ce qui est nécessaire au fonctionnement des services en cause et ne sont pas utilisées pour financer des activités en dehors des SIEG, la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques étend l'obligation de tenir une comptabilité séparée aux entreprises bénéficiaires de compensations de service public qui réalisent également des activités en dehors du SIEG, quelle que soit la qualification juridique des compensations octroyées ;

- les compensations constituant des aides d'Etat, mais qui, en application de la décision de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, sont *a priori* considérées comme compatibles avec le marché commun, conformément à la dérogation prévue par l'article 86, paragraphe 2, du traité ;

- les compensations constituant des aides d'Etat et qui restent soumises à l'obligation de notification préalable. L'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public vise à préciser dans quelles conditions ces aides d'Etat peuvent être compatibles avec le marché commun, conformément à la dérogation prévue par l'article 86, paragraphe 2, du traité.

A. Les compensations ne constituant pas des aides d'Etat

1) *L'approche compensatoire confortée*

Pour l'essentiel, le « paquet Monti » inscrit dans le droit communautaire l'approche compensatoire soutenue par la Commission européenne et acceptée par la CJCE dans son arrêt *Altmark*. Les compensations de service public ne doivent donc pas être qualifiées d'aides d'Etat lorsqu'elles remplissent l'ensemble des quatre conditions énoncées par cette jurisprudence.

2) *Un renforcement parallèle de la transparence comptable*

L'appréciation du respect de ces conditions étant laissée, dans un premier temps, à la collectivité octroyant la compensation, la Commission européenne a souhaité préserver une possibilité de contrôle (par elle-même ou par les tribunaux nationaux) en imposant **l'obligation de tenir des comptes séparés** à toute entreprise en charge à la fois de la gestion d'un SIEG et d'autres activités, grâce à une modification de la « directive transparence » de 1980⁽³⁰⁾.

Les autorités françaises ont exprimé quelques réserves à l'encontre de cette modification, qui, selon elles, pourrait accroître les charges des entreprises. Toutefois, les représentants de ces entreprises auditionnés par les rapporteurs ont généralement estimé que la proposition communautaire était opportune et que la

⁽³⁰⁾ L'obligation de transparence, désormais complète dans le domaine des SIEG, ne s'est appliquée que progressivement à ce secteur, puisque jusqu'en 1985 ne relevaient pas de la directive de 1980 les transferts financiers à des entreprises intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des postes, des télécommunications et des transports. Ces secteurs ont été intégrés dans le champ de la directive par la directive 85/413/CEE du 24 juillet 1985.

comptabilité de la plupart des entreprises concernées permettait d'ores et déjà de satisfaire aux nouvelles exigences de contrôle⁽³¹⁾.

B. Les compensations constituant des aides d'Etat exemptées de l'obligation de notification

1) Une compatibilité présumée avec le marché commun

Le « paquet Monti » confirme que les compensations ne remplissant pas les quatre conditions de la jurisprudence *Altmark* sont des aides d'Etat. Toutefois, confortant l'approche compensatoire, la décision de la Commission présume que certaines de ces aides sont compatibles avec le marché commun et donc exemptées de l'obligation de notification.

La définition de ces compensations met en œuvre **deux types de critères** :

- un **critère financier** : il s'agit des compensations octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen n'a pas atteint 100 millions d'euros au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG et dont le montant annuel de compensation pour le service en cause est inférieur à 30 millions d'euros ;

- un **critère sectoriel** : les compensations octroyées aux hôpitaux, aux entreprises de logement social, à certaines liaisons ariennes ou maritimes avec les îles et, enfin, aux aéroports et aux ports ayant un faible trafic sont également présumées compatibles avec le marché commun, quel que soit le montant annuel de ces compensations.

⁽³¹⁾ On peut d'ailleurs rappeler que le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001, pris en application de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, prévoit que toute attribution de subvention supérieure à 23 000 euros implique la conclusion d'une convention définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée. De plus, l'organisme de droit privé ayant reçu annuellement de l'ensemble des autorités administratives un montant total de subventions supérieur à 153 000 euros doit déposer à la préfecture du département où se trouve son siège social son budget, ses comptes, les conventions passées et les comptes rendus financiers des subventions affectées à une dépense déterminée.

Cette catégorie de compensations constituant la principale innovation du « paquet Monti », la définition de son champ d'application sera précisée dans la suite du présent rapport.

2) *Un rappel des règles de compatibilité*

A ce stade, il importe surtout de souligner que le **fait qu'elles soient présumées compatibles avec le marché commun et exemptées de notification ne signifie pas pour autant que leur attribution peut s'exonérer du respect des règles communautaires** régissant la compatibilité des aides d'Etat avec le marché commun.

Les articles 4 et 5 de la décision appartenant au « paquet Monti » rappellent ces règles. Il est ainsi nécessaire de confier la gestion du SIEG à l'entreprise concernée au moyen d'un ou de plusieurs actes officiels indiquant notamment la nature et la durée des obligations de service public, les entreprises et territoires concernés, la nature des droits exclusifs ou spéciaux octroyés à l'entreprise, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation et les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations. A cet égard, il est précisé que « *le montant de la compensation ne peut excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution de ces obligations* ».

Plusieurs alinéas s'efforcent de définir les notions de « coûts », « recettes » et « bénéfices raisonnables », mais il faut reconnaître qu'ils laissent subsister une marge d'incertitudes, qui doit conduire les collectivités octroyant des compensations et les entreprises bénéficiaires à faire preuve d'une certaine prudence.

3) *Des contrôles a posteriori toujours possibles*

Plusieurs modalités de contrôle restent d'ailleurs possibles.

L'article 6 de la décision de la Commission prévoit, tout d'abord, que les Etats membres procèdent ou font procéder à des

contrôles réguliers, afin de s'assurer que les entreprises ne bénéficient pas d'une surcompensation⁽³²⁾. La mise en œuvre de ces contrôles réguliers par les Etats membres ne fait l'objet d'aucune disposition particulière dans la décision de la Commission. Néanmoins, lors de leur audition par les rapporteurs, les responsables de la politique des aides d'Etat au sein de la direction générale de la concurrence ont indiqué que la Commission souhaiterait que, dans chaque Etat membre, une autorité indépendante soit chargée de veiller au respect des règles de compatibilité pour les aides exemptées de notification. Ils ont ajouté qu'en ce qui concerne la France, cette autorité pourrait être, par exemple, le Conseil de la concurrence, mais que cette institution avait déjà exprimé ses réticences à exercer cette mission.

Ensuite, il ne faut pas oublier que toute entreprise concurrente peut contester la compensation devant les juridictions nationales, qui verront ainsi se renforcer leur rôle de gardiennes du principe d'incompatibilité et des garanties essentielles du système de contrôle des aides d'Etat.

Enfin, toute personne ou entreprise peut saisir la Commission d'une plainte en application de l'article 20, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, qui dispose que toute partie intéressée peut informer la Commission de toute aide illégale prétendue et de toute application prétendue abusive de l'aide. Il faut d'ailleurs noter que l'article 7 de la décision impose aux Etats membres de tenir à la disposition de la Commission, pendant dix ans au moins, tous les éléments nécessaires pour établir si les compensations attribuées sont compatibles avec le marché commun.

En définitive, les compensations régies par la décision de la Commission voient leur sécurité juridique renforcée du fait qu'elles ne peuvent être remises en cause pour absence de notification préalable à la Commission, c'est-à-dire pour non-

⁽³²⁾ Il est précisé que lorsqu'une surcompensation est constatée, cette dernière peut être reportée sur la période annuelle suivante si son montant ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle. Dans ce cas, cette somme est déduite du montant de la compensation due pour la période annuelle suivante.

Un dispositif spécifique et plus favorable est prévu pour le secteur du logement social, confronté à des recettes très variables en raison notamment du risque d'insolvabilité des locataires. Dans ce secteur, toute surcompensation peut être reportée sur la période suivante, jusqu'à un maximum de 20 % de la compensation annuelle.

respect d'une condition de forme. Mais, elles demeurent soumises aux conditions de fond du droit communautaire.

En cas de doute sur la compatibilité d'un projet d'aide, les Etats membres et leurs collectivités locales ont toujours la faculté de le notifier à la Commission préalablement à son attribution⁽³³⁾. Ce projet sera alors évalué conformément aux principes de l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, régissant la troisième catégorie de compensations, celles des aides d'Etat soumises à une notification préalable à la Commission.

C. Les compensations constituant des aides d'Etat soumises à notification préalable

Cette catégorie résiduelle regroupe les compensations qui ne satisfont ni aux critères de la jurisprudence *Altmark*, ni au champ d'application de la décision de la Commission. Elle ne concerne donc qu'un nombre réduit de compensations sur un plan quantitatif, mais bénéficiant à des entreprises dotées de moyens importants (chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros et compensation annuelle supérieure à 30 millions d'euros).

Ces compensations restent soumises à l'obligation de notification préalable à la Commission.

Pour autant, comme l'a souligné la commissaire en charge de la concurrence, Mme Neelie Kroes, « *Notification à la Commission ne veut pas dire rejet de la Commission. La décision peut être positive ou négative* ».

1) Les conditions de la compatibilité avec le marché commun

L'encadrement communautaire adopté par la Commission, qui régit ces aides d'Etat, confirme que les dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité constituent l'une des « *dérogations prévues par présent traité* », mentionnées au début de l'article 87. Dès lors,

⁽³³⁾ Considérant n° 20 de la décision.

les entreprises chargées de la gestion de SIEG peuvent bénéficier d'aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, afin de ne pas faire échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.

Autrement dit, les entreprises en charge de SIEG peuvent donc bénéficier d'aides d'Etat du fait de la nature des missions qu'elles assument, même si ces aides ne sont pas expressément considérées comme compatibles avec le marché commun par l'article 87 du traité.

On peut observer que la Commission précise, dans le huitième alinéa de l'encadrement, qu'elle est d'avis que ces aides peuvent être déclarées compatibles avec le traité « *au stade actuel de développement du marché intérieur* », laissant ainsi la porte ouverte pour un changement de position dans le futur.

La mise en œuvre de la dérogation prévue par l'article 86, paragraphe 2, est conditionnée, par l'encadrement communautaire, à la réunion de trois conditions assurant que les aides attribuées sont nécessaires au fonctionnement des SIEG et n'affectent pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Ces trois conditions sont : l'existence d'un réel SIEG, un acte précisant les obligations de service public et les modalités de calcul de la compensation et l'attribution d'une compensation conforme aux coûts du service.

a) L'existence d'un réel service d'intérêt économique général

La Commission précise qu'à l'exception des secteurs dans lesquels cette question fait déjà l'objet d'une réglementation communautaire, les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition des services susceptibles d'être qualifiés « d'intérêt économique général ». La Commission limitera son intervention au contrôle de l'erreur manifeste.

b) La nécessité d'un acte précisant les obligations de service public et les modalités de calcul de la compensation

L'entreprise doit avoir été chargée d'un SIEG par un ou plusieurs actes officiels, dont les modalités et la forme sont indifférentes au droit communautaire. Il peut s'agir d'une loi, d'une ordonnance, d'un contrat de droit public ... En revanche, la simple autorisation, voire la surveillance d'une activité déterminée par les autorités publiques, ne suffit pas à faire de l'entreprise considérée une entreprise chargée d'un SIEG⁽³⁴⁾. Ce ou ces actes doivent notamment indiquer la nature précise des obligations de service public et leur durée, les entreprises concernées et le territoire concerné, la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation et les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations. On doit ajouter que la CJCE, lorsqu'elle est saisie, vérifie que les obligations imposées par les pouvoirs publics présentent « *un lien avec l'objet du service d'intérêt économique général en cause* ». Ainsi, dans un arrêt *Commission c/France* du 23 octobre 1997⁽³⁵⁾, la Cour a estimé que les obligations de continuité de l'approvisionnement, de fourniture et d'égalité de traitement entre les clients, qui sont à la charge d'EDF et de GDF, relèvent bien d'un SIEG, mais que d'autres obligations en matière d'environnement et d'aménagement du territoire ne relèvent pas de la mission particulière impartie à ces entreprises.

c) L'attribution d'une compensation ne dépassant pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public

De façon logique, on renouvelle dans l'encadrement les mêmes exigences que celles formulées dans la décision relative aux aides soumises à notification préalable. Le montant de cette compensation doit être déterminé en prenant en compte les recettes tirées du SIEG et un « *bénéfice raisonnable* » et, en cas de surcompensation, des mécanismes de report sur l'année suivante sont également prévus (dans la limite de 10 % du montant de la compensation annuelle). Il importe de noter que la Commission admet que certains SIEG

⁽³⁴⁾ CJCE, 14 juillet 1981, *Züchner c/Bayerische Vereinsbank* (Affaire C-172/80).

⁽³⁵⁾ Affaire C-159/94.

peuvent connaître des coûts avec une variabilité annuelle importante, notamment à cause d'investissements spécifiques. En pareille hypothèse, une surcompensation supérieure à 10 % peut se révéler nécessaire certaines années, mais l'intégralité de cette surcompensation doit être remboursée à l'issue d'une période de quatre années⁽³⁶⁾.

2) *Une cohérence juridique discutable*

A l'énoncé des trois conditions fixées par l'encadrement communautaire pour vérifier la compatibilité des aides d'Etat avec le traité, on ne peut manquer de s'interroger sur la cohérence juridique de l'ensemble du « paquet Monti ».

Il apparaît, en effet, que **ces conditions sont similaires à trois des quatre conditions posées par la jurisprudence *Altmark***. Seule la condition relative à l'efficacité économique de l'entreprise choisie en dehors d'une procédure de marché public ne se retrouve pas dans l'encadrement communautaire.

Dès lors, une compensation attribuée à une entreprise choisie en dehors d'une telle procédure verra effectivement sa sécurité juridique accrue car sa compatibilité avec le marché commun sera examinée sans tenir compte de l'«efficacité économique» de l'entreprise, critère dont le contenu exact n'est pas déterminé par l'arrêt *Altmark*.

Toutefois, une compensation octroyée à une entreprise choisie dans le cadre d'une procédure de marché public et qui satisfait aux trois conditions énumérées par l'encadrement communautaire sera considérée comme une aide d'Etat compatible avec le marché commun, alors que la prise en compte de ces trois mêmes conditions aurait pu conduire, en vertu de la jurisprudence, à rejeter la nature d'aide d'Etat de ce financement, qui – à ce titre – aurait pu ne pas être assujéti à l'obligation de notification préalable.

Cette difficulté avait été entrevue par les autorités françaises dans leur réponse, en date du 20 octobre 2004, à la consultation organisée par la Commission. Il y était observé que « *les autorités*

⁽³⁶⁾ Dans les premiers projets de la Commission, cette période n'était que de trois années. La France avait souhaité qu'elle soit allongée.

françaises [craignaient] que le test de l'entreprise « bien gérée » ne serve qu'à statuer sur la compatibilité de cette compensation et non à l'exonérer de la qualification d'aide, ce qui serait contraire à la jurisprudence de la CJCE ».

En théorie, le « paquet Monti » élabore un édifice juridique rationnellement réparti en trois catégories de compensations. Dans la pratique, toutefois, il semble plutôt que deux types de compensations s'imposeront : d'une part, celles entrant dans le champ d'application de la décision de la Commission, d'autre part, les autres compensations que les autorités publiques auront tout intérêt à notifier systématiquement. D'où l'importance des critères sectoriels financiers permettant de délimiter le domaine de la décision.

II. L'EXEMPTION JUSTIFIEE DE NOTIFICATION EN FAVEUR DES TRANSPORTS TERRESTRES, DU LOGEMENT SOCIAL ET DES HOPITAUX

En vertu du « paquet Monti », plusieurs secteurs susceptibles de gérer des SIEG sont, de droit, exemptés de l'obligation de notification préalable prévue par l'article 88, paragraphe 3, du traité, quel que soit le montant des compensations pour obligations de service public attribuées aux entreprises intervenant dans le secteur concerné.

Les secteurs bénéficiant de cette exemption de notification sont soit des secteurs régis par une *lex specialis* (les transports terrestres), soit des secteurs présentant, selon les termes de la décision, « *des spécificités qui doivent être prises en considération* » du fait de la faible distorsion de concurrence introduite par les compensations (le logement social et les hôpitaux).

A. Les secteurs régis par une *lex specialis*

Deux secteurs bénéficiant d'importantes compensations pour obligations de service public sont concernés : les transports terrestres et la radiodiffusion de service public.

1) *Les transports terrestres*

La décision de la Commission rappelle, dans son considérant 17, que l'article 73 du traité constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 86, paragraphe 2.

Cet article 73, qui prévoit que « *sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au*

remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » établit donc des règles spécifiques applicables aux compensations de service public du secteur des transports.

a) *Un règlement spécifique prévoyant un contrôle a posteriori*

L'article 73 a été mis en œuvre, en ce qui concerne les transports terrestres, par le règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

Ce règlement fixe notamment les méthodes de calcul des compensations pour obligations de service public, conçues pour assurer que leur montant n'est ni trop élevé ni trop bas. Les financements conformes à ces conditions ne constituent pas des aides d'Etat. En conséquence, le règlement exempte les compensations attribuées dans le respect de ces règles de l'obligation de notification préalable. Il est simplement prévu que, sur demande écrite de la Commission, les Etats membres doivent communiquer toutes les informations que cette dernière considère nécessaires pour déterminer si les compensations attribuées sont compatibles avec le règlement. Il s'agit donc d'un contrôle facultatif et *a posteriori*, quels que soient les montants concernés.

Cette réglementation spécifique des transports terrestres permet ainsi de ne pas notifier au préalable les compensations versées aux gros réseaux urbains de transport (ceux desservant plus de 200 000 habitants) dont les compensations s'élèvent en moyenne, selon le Groupement des autorités responsables, de transport (GART), à 40,5 millions d'euros par an⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Cette moyenne baisse à 9,5 millions d'euros environ lorsque l'on prend en compte la totalité des réseaux urbains.

**RESEAUX URBAINS DE TRANSPORTS BENEFICIANT EN 2003 DE COMPENSATIONS
POUR OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC D'UN MONTANT SUPERIEUR A 30 MILLIONS D'EUROS
(en millions d'euros)**

RESEAUX	COMPENSATIONS	CHIFFRE D'AFFAIRES
BORDEAUX	87,340	(*)
GRENOBLE	45,700	(*)
LILLE	86,560	74,923
LYON	145,763	117,332
MARSEILLE + LA CIOTAT	138,312	82,787
NANTES	57,213	(*)
PARIS (RATP)	380,000	2 852,631
RENNES	54,061	(*)
STRASBOURG	79,101	48,416
TOULOUSE	66,797	(*)

(*) non communiqué

Source : Union des transports publics (UTP).

b) Un règlement en voie d'être réformé

Le 20 juillet 2005, une semaine après l'adoption du « paquet Monti », la Commission européenne a présenté une nouvelle proposition de règlement⁽³⁸⁾, visant à se substituer au règlement n° 1191/69 du 26 juin 1969, jugé inadapté aux nouvelles exigences de transparence et de non-discrimination et source d'insécurité juridique.

Cette proposition est, en fait, la troisième version de la réforme souhaitée par la Commission. Les deux précédents textes⁽³⁹⁾ n'ont pu faire l'objet d'un accord au Conseil, car plusieurs Etats membres (dont la France) se sont opposés à l'obligation de procéder à un appel d'offres pour les services bénéficiant de droits exclusifs et/ou de compensations financières. Cette obligation est assouplie dans la nouvelle proposition, qui reconnaît l'autoproduction en prévoyant que les autorités publiques pourront décider de fournir elles-mêmes des services de transports ou d'attribuer directement des contrats de service public à un opérateur interne. En contrepartie, l'opérateur interne aura l'obligation d'exercer l'intégralité de ses activités à l'intérieur du territoire de l'autorité le contrôlant et ne pourra donc pas poser sa candidature à des appels d'offres ouverts par d'autres

⁽³⁸⁾ COM (2005) 319 final.

⁽³⁹⁾ COM(2000) 7 final et COM(2002) 107 final.

collectivités. En outre, si les autorités publiques choisissent de recourir à un opérateur tiers, elles pourront ne pas faire d'appel d'offres et octroyer directement les contrats de service public si leur valeur annuelle est estimée à moins d'un million d'euros, ou s'ils portent sur moins de 300 000 kilomètres de transport par an. De même, elles pourront attribuer des contrats de transport régional ou de longue distance dans le domaine du chemin de fer.

S'agissant des compensations de service public attribuées aux entreprises de transport, il importe surtout de noter que **la nouvelle proposition de règlement de la Commission ne remet pas en cause le dispositif prévu par le règlement actuellement en vigueur. Ces compensations échapperont donc toujours à l'obligation de notification préalable.**

c) La prise en compte de la réalité économique de certains transports aériens et maritimes

On doit également indiquer que contrairement aux transports terrestres, les secteurs du transport aérien et maritime⁽⁴⁰⁾ ne relèvent pas d'une *lex specialis* et sont donc soumis à l'article 86, paragraphe 2, du traité⁽⁴¹⁾. En principe, les compensations de service public attribuées aux entreprises de ce secteur devraient donc toutes être régies par les dispositions du « paquet Monti », ce qui impliquerait la notification préalable des compensations supérieures à 30 millions d'euros en faveur des entreprises ayant un chiffre d'affaires dépassant les 100 millions d'euros.

Néanmoins, la décision de la Commission vise à prendre en compte « *la réalité économique* » de certaines de ces activités. Elle prévoit une exemption de notification préalable pour :

⁽⁴⁰⁾ Certaines règles applicables aux compensations de service public dans ces secteurs figurent dans le règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, ainsi que dans le règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre-circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des Etats membres. Toutefois, contrairement au règlement de 1969 relatif aux transports terrestres, ces deux règlements concernant les transports aériens et maritimes ne prévoient pas d'exemption de l'obligation de notification préalable.

⁽⁴¹⁾ Alors que le règlement n° 1191/69 s'étendait aux services de transports publics par voie navigable, la Commission européenne n'a pas souhaité maintenir ce mode de transport dans le champ de sa nouvelle proposition de règlement. Les transports par voie navigable devraient donc être soumis aux dispositions du « paquet Monti ».

- les compensations accordées aux liaisons aériennes et maritimes avec les îles dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 300 000 passagers⁽⁴²⁾ au cours des deux derniers exercices précédant celui de l'octroi du SIEG ;

- les compensations accordées aux aéroports et aux ports dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 100 000 passagers pour les aéroports et 300 000 passagers pour les ports au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG.

2) *La radiodiffusion de service public*

L'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public n'est pas applicable au secteur de la radiodiffusion de service public, qui est couvert par la communication de la Commission du 17 octobre 2001 concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat.

Cette *lex specialis*, contrairement à celle régissant le domaine des transports terrestres n'écarte pas l'obligation de notification préalable des financements publics ne remplissant pas les conditions posées par l'arrêt *Altmark* et constituant, en conséquence, des aides d'Etat. Cependant, elle pose des conditions spécifiques pour apprécier la compatibilité de ces aides avec le marché commun.

Le traité d'Amsterdam de 1997 a introduit, en effet, un « protocole interprétatif sur les systèmes de radiodiffusion publique », soulignant que « *la radiodiffusion de service public dans les Etats membres est directement liée aux besoins démocratiques, ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias* ». Ce service public n'est donc pas comparable au service public tel qu'il s'exerce dans les autres secteurs économiques.

Dès lors, le protocole ajoute que « *les dispositions du traité instituant la Communauté européenne sont sans préjudice de la compétence des Etats membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de*

⁽⁴²⁾ La proposition initiale de la Commission fixait ce seuil à 100 000 passagers et ne contenait pas la disposition relative aux aéroports et aux ports.

l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque Etat membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte. »

La communication de la Commission du 17 octobre 2001 a précisé les conditions d'application du protocole. Au regard du contrôle de droit commun des aides d'Etat, deux particularités méritent d'être soulignées :

- *le critère de proportionnalité* : il n'est pas prévu que la compensation doive se limiter à ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; la communication impose simplement des financements qui n'affectent pas la concurrence dans le marché commun « *de façon disproportionnée* » ;

- *les modalités de répartition des coûts* : contrairement à l'approche suivie pour d'autres services publics en matière de transparence, des coûts qui sont imputables aux activités de service public, tout en profitant aussi aux activités commerciales, n'ont pas besoin d'être répartis entre ces deux types d'activités et peuvent être intégralement affectés au service public.

On peut observer que, dans une décision récente du 20 avril 2005, la Commission européenne a validé la compatibilité du système français de financement du service public de télévision avec le droit communautaire de la concurrence.

B. L'exemption de notification en faveur du logement social et des hôpitaux

Alors qu'aucune réglementation communautaire spécifique ne régit leurs conditions de financement, le « paquet Monti » a choisi de soustraire deux secteurs exerçant des activités de service public de toute obligation de notification préalable des compensations octroyées, présument ainsi de la compatibilité de ces financements avec le marché commun.

1) Une situation particulière au regard de la concurrence

Selon la Commission, ce choix tient compte du fait qu'au stade actuel du développement du marché intérieur, l'intensité de la distorsion de concurrence dans les secteurs du logement social et des hôpitaux n'est pas nécessairement proportionnelle aux chiffres d'affaires et au niveau de la compensation.

Dans le secteur du logement social, cette exemption systématique de la notification devrait profiter, en fait, à une minorité d'entreprises, puisque, selon l'Union sociale pour l'habitat, l'application du seul critère financier fixé par la décision (exemption des compensations octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires n'a pas atteint 100 millions d'euros et dont le montant annuel de compensation est inférieur à 30 millions d'euros) aurait déjà permis d'exempter environ 90 % des compensations.

2) Un choix ayant rencontré des oppositions

Le choix de la Commission a pourtant suscité de fortes oppositions, qui se sont notamment exprimées à l'occasion de l'examen du « paquet Monti » par le Parlement européen. Dans son rapport de février 2005, la rapporteure néerlandaise, Mme Sophia in't Veld, faisait observer que ces deux secteurs intéressent aussi les offreurs privés et que l'octroi de subventions en la matière est de nature à avoir des incidences préjudiciables sur la concurrence. Cette approche s'est retrouvée dans la résolution du Parlement européen adoptée le 22 février 2005, qui souhaitait conditionner l'exemption de notification au dépôt préalable par les Etats membres d'une description détaillée de l'organisation et du mode de financement du secteur hospitalier et des entreprises en charge du logement social. Il était également demandé une notification à la Commission de tout changement intervenant dans l'organisation ou le financement des secteurs en question.

Une telle position constituait néanmoins un compromis au regard des exigences des opposants à l'exemption de notification. L'Union européenne des promoteurs-constructeurs (UEPC) estimait ainsi que « *l'ampleur de la distorsion de la concurrence constatée enlève toute pertinence à l'argument selon lequel serait justifiée une*

décision de compatibilité a priori des aides d'Etat aux sociétés de logement social en raison de leur prétendu faible impact sur les échanges et le marché intérieur », allant même jusqu'à affirmer que « *la construction de "logements sociaux" par les organismes à statut public ou parapublic est contraire aux principes de libre concurrence dans l'Union européenne* »⁽⁴³⁾. Cette fermeté était surtout le fait des promoteurs privés néerlandais, puisque dans leur pays le logement social est très ouvert à la concurrence, surtout depuis l'adoption du « *Mémorandum sur le logement des années 90* », visant à réduire les aides publiques au logement⁽⁴⁴⁾. En ce qui concerne les hôpitaux, l'opposition a été portée par des groupes privés allemands de cliniques (dont le groupe *Asklepios*).

Finalement, la Commission européenne n'a tenu aucun compte de ces réserves et n'a même pas retenu la demande d'un rapport préalable exprimée par la résolution du Parlement européen. Elle a simplement consenti à demander à chaque Etat membre, de présenter *a posteriori*, tous les trois ans, un rapport sur la mise en œuvre de la décision, contenant une description détaillée des conditions d'application de celle-ci dans l'ensemble des secteurs « *dont celui du logement social et des hôpitaux* »⁽⁴⁵⁾.

3) *Les interrogations des autorités françaises*

Le choix de la Commission a été soutenu par les autorités françaises, mais il a suscité deux types d'interrogations, tenant, d'une part, à l'opportunité de mentionner expressément les secteurs des hôpitaux et du logement social dans le « *paquet Monti* » et, d'autre part, à la nécessité de compléter cette liste des secteurs exemptés.

Sur le premier point, **la France a jugé que l'option retenue par la Commission présumait du caractère de SIEG des deux secteurs concernés**, alors que, selon elle, les hôpitaux et les

⁽⁴³⁾ Courrier en date du 5 octobre 2004, adressé par l'UEPC au directeur général de la concurrence.

⁽⁴⁴⁾ Il faut néanmoins préciser que le gouvernement des Pays-Bas s'est déclaré favorable à l'exemption de notification pour le logement social prévue par le « *paquet Monti* » et souhaitait même étendre cette exemption aux activités de régénération urbaine, selon le « *Document de retour d'information* » élaboré par la Commission européenne dans le cadre de la préparation de la communication sur les services sociaux d'intérêt général.

⁽⁴⁵⁾ Article 8 de la décision.

entreprises de logement social sont des SIG, par définition exclus du champ des règles de la concurrence. Cette critique a poussé notre pays à souhaiter que l'Union européenne établisse préalablement des critères clairs et solides pour distinguer les SIEG des SIG, en particulier dans la sphère sociale pour laquelle l'adoption d'une communication sur les services sociaux d'intérêt général est annoncée dans le courant de l'année 2005.

Sans l'affirmer trop ouvertement, les autorités françaises s'interrogeaient sur la compatibilité du choix de la Commission avec le principe de subsidiarité, puisqu'à l'exception des secteurs dans lesquels cette question fait déjà l'objet d'une réglementation communautaire, les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la nature des services susceptibles d'être qualifiés de SIEG.

Ces critiques n'ont pas été totalement ignorées par la Commission. Le considérant 16 de la décision s'achève ainsi en précisant que les hôpitaux et les entreprises de logement social devraient bénéficier de l'exemption de notification *« pour autant que les services qu'ils fournissent soient qualifiés de SIEG par les Etats membres »*. Le texte même de l'article 2 de la décision se réfère *« aux hôpitaux et aux entreprises de logement social qui exercent des activités qualifiées de SIEG par l'Etat membre concerné »*.

Cette réserve rédactionnelle ne doit pas faire oublier que la Commission exerce un contrôle de l'erreur manifeste en ce qui concerne la définition des SIEG par les Etats membres, afin d'éviter que ces derniers soient maîtres de l'application, ou pas, des règles de la concurrence sur leur territoire. Or, le directeur de la politique des aides d'Etat à la direction générale de la concurrence a indiqué aux rapporteurs que, selon lui, la jurisprudence de la CJCE ne laissait guère de doutes sur le caractère économique des activités exercées par les hôpitaux et les entreprises de logement social. Cette appréciation est d'ailleurs partagée par la Fédération hospitalière de France (FHF), dont les représentants ont affirmé, lors de leur audition, que *« ce n'était plus un débat et qu'il sera de plus en plus difficile de laisser croire que ces services ne sont pas d'intérêt économique général »*. De son côté, l'Union sociale pour l'habitat estime que cette *« qualification explicite de services d'intérêt économique général reconnaît désormais le logement social comme droit fondamental au titre de la cohésion sociale et territoriale de*

l'Union européenne dont l'accomplissement des missions prime sur l'application du droit communautaire ».

Même si elles critiquaient l'option de la Commission consistant à énumérer les secteurs exemptés de notification sans renvoyer à des critères d'ordre général, **les autorités françaises n'hésitaient pas à demander, dans le même temps, l'ajout d'autres secteurs** à cette énumération.

Elles auraient ainsi souhaité que la décision ne vise pas les seuls hôpitaux mais l'ensemble des établissements de soin, de santé et de sécurité sociale.

Elles ont également soutenu un amendement déposé par des parlementaires européens, tendant à étendre le champ de l'exemption aux entreprises culturelles, éducatives et aux entreprises sociales d'insertion.

Enfin, dans sa réponse à la transmission des projets de textes du « paquet Monti », la France demandait, comme cela a déjà été signalé dans la première partie du rapport, l'exemption des SIEG locaux, dans les conditions suivantes :

– en cas d'autoproduction, lorsque l'opérateur en gestion directe ne porte pas la concurrence en dehors du territoire concerné ;

– en cas de service confié à des entités distinctes, si les conditions de contrôle sont analogues à celles exercées sur les services dépendant directement des collectivités locales ;

– en cas de recours à d'autres formes d'organisation, telles que les concessions ou les partenariats public-privé, quand il existe des conditions préalablement déterminées de transparence des contrats, de stabilité de durée et de répartition des risques.

D'autres demandes d'extension du champ de l'exemption ont été effectuées par nos partenaires ou par certaines branches d'activité⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ Mme Sophia in't Veld, rapporteure du Parlement européen, a précisé aux rapporteurs qu'elle avait été contactée, par exemple, par des services néerlandais de soutien scolaire, des organismes allemands s'occupant de personnes âgées à domicile, ou encore par les caisses d'épargne allemandes.

Toutefois, les seuils retenus par la Commission pour la mise en œuvre de l'autre critère d'exemption – le critère financier – devraient permettre d'englober dans le champ de l'exemption de principe la plupart des secteurs précités. La direction générale de la concurrence a ainsi remarqué que les maisons de retraite, les crèches et la plupart des services sociaux sont susceptibles de tomber sous ces seuils de notification.

III. DES SEUILS FINANCIERS REDUISANT SINGULIEREMENT LE CHAMP DES AIDES SOUMISES A NOTIFICATION

La décision de la Commission fixe des seuils d'exemption de notification (100 millions d'euros de chiffre d'affaires et 30 millions d'euros de compensation) très largement supérieurs à ceux applicables jusqu'alors à l'ensemble des aides d'Etat au titre de la règle « *de minimis* ». Dans ces conditions, l'immense majorité des aides visant à compenser les obligations de service public devraient échapper aux formalités de la notification préalable.

A. Des seuils sans commune mesure avec ceux applicables aux autres aides d'Etat

1) La règle « de minimis »

Progressivement élaborée par la Commission au début des années 1990 et reconnue par le règlement (CEE) n° 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001, la règle « *de minimis* » vise à exclure de l'obligation de notification préalable les aides octroyées à une même entreprise qui n'excèdent pas 100 000 euros sur une période de trois ans.

Cette règle concerne toutes les aides d'Etat, à l'exception de celles accordées dans les secteurs de l'agriculture, de la pêche et de l'aquaculture, ainsi que des transports. En outre, en vertu de l'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), elle ne s'applique ni aux aides à l'exportation, ni à celles favorisant l'utilisation de produits nationaux de préférence aux produits importés.

Jusqu'à l'adoption du « paquet Monti », ce seuil de 100 000 euros sur une période de trois ans était donc valable pour les aides compensant les obligations de service public.

Même si la règle « *de minimis* » « conduit à relativiser le poids des obligations résultant du droit communautaire pour les collectivités locales »⁽⁴⁷⁾ et si la Commission envisage de relever prochainement le seuil dans une fourchette qui pourrait se situer entre 140 000 et 200 000 euros, on mesure l'importance du progrès résultant du « paquet Monti », qui traduit une reconnaissance par la Commission européenne de la spécificité des services publics.

2) Des montants fortement réévalués par la Commission durant la concertation

Lors de la consultation réalisée par la Commission auprès des Etats membres et du Parlement européen, aucun chiffre ne figurait dans le projet de décision. Il était seulement indiqué que les montants seraient finalisés à la lumière des commentaires reçus dans le cadre de la consultation. Toutefois, dans des versions antérieures de son projet de décision, la Commission avait fait référence aux seuils de 40 millions d'euros annuels de chiffre d'affaires et de 15 millions d'euros par an de compensation. Ces montants initiaux semblaient donner satisfaction à la plupart des intéressés⁽⁴⁸⁾ et le Parlement européen, dans sa résolution du 22 février 2005, s'était contenté de proposer un relèvement à 50 millions d'euros du seuil relatif au chiffre d'affaires.

Ce fut donc une surprise – une bonne surprise – lorsque la Commission fit savoir, fin juin 2005, qu'elle doublait les seuils proposés par le Parlement européen.

Désormais, en application de l'article 2 de la décision, seront exemptées de notification les compensations de service public octroyées aux entreprises :

⁽⁴⁷⁾ Rapport public 2002 du Conseil d'Etat, ayant pour thème « Collectivités publiques et concurrence ».

⁽⁴⁸⁾ La Fédération des sociétés d'économie mixte, par exemple, y était favorable. Les autorités françaises s'étaient, quant à elles, prononcées pour un seuil de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires (correspondant au seuil retenu par la Commission pour définir les petites et moyennes entreprises [PME]), sans restriction quant au montant de la compensation.

– dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes, toutes activités confondues, n'a pas atteint 100 millions d'euros⁽⁴⁹⁾ au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG ;

– et dont le montant annuel de compensation pour le service en cause est inférieur à 30 millions d'euros⁽⁵⁰⁾.

B. Des notifications préalables limitées, pour l'essentiel, aux aides accordées aux industries de réseau

La fédération des sociétés d'économie mixte (SEM) considérait qu'avec les premiers seuils évoqués par la Commission (40 et 15 millions d'euros), près de 95 % des 1 152 SEM françaises en activité se situeraient en deçà de ces seuils.

Les seuils définitivement adoptés réduisent encore fortement le nombre des services concernés, d'autant que l'exonération de principe – sans seuils financiers – du secteur des transports terrestres et du secteur du logement social a été confirmée. Selon la fédération précitée, moins de 10 SEM intervenant hors de ces deux secteurs auraient un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros⁽⁵¹⁾ et il est probable que la plupart d'entre elles ne perçoivent pas des compensations supérieures à 30 millions d'euros.

On peut supposer que les compensations de service public restant soumises à l'obligation de notification préalable seront principalement celles accordées aux grandes industries de réseau, en particulier celles attribuées aux secteurs de l'énergie et des télécommunications.

Comme le notait le journal *Le Monde*, dans son édition du 16 juillet 2005 : « *D'apparence très technique, le train de mesures préparé par Mme Kroes marque, de l'avis général, une étape importante dans la réflexion sur les services publics au niveau communautaire* ».

Encore faudrait-il que ces mesures soient perçues par l'Union européenne comme une étape et non comme un aboutissement.

⁽⁴⁹⁾ Pour les établissements de crédit, le seuil de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires est remplacé par un seuil de 800 millions d'euros en termes de total du bilan.

⁽⁵⁰⁾ Le seuil de 30 millions d'euros peut être déterminé en considérant une moyenne annuelle, représentant la valeur des compensations octroyées au cours du contrat ou sur une période de cinq ans.

⁽⁵¹⁾ 3 SEM d'autoroute, 3 SEM de gaz (Grenoble, Strasbourg et Bordeaux) et 3 SEM parisiennes (eau, aménagement et réseau de chaleur).

TROISIEME PARTIE : UNE INTERVENTION COMMUNAUTAIRE QUI DOIT ETRE PROLONGEE

Le texte même de la décision et de l'encadrement adoptés par la Commission prévoit des possibilités d'évolution des nouvelles règles régissant les compensations des obligations de service public.

Le paragraphe 5, « Application de l'encadrement », indique ainsi que « *La Commission pourra, après consultation des Etats membres, modifier le présent encadrement avant la date d'expiration pour des raisons importantes liées au développement du marché commun* ».

De plus, il est prévu la réalisation d'une étude d'impact par la Commission à l'issue d'une période de quatre ans et, en tout état de cause, la validité de l'encadrement prendra fin six ans après son entrée en vigueur.

De la même façon, l'article 9 de la décision annonce la réalisation d'une analyse d'impact quatre ans après l'entrée en vigueur de ce texte, effectuée en se fondant notamment sur les rapports que les Etats membres devront avoir présentés, un an auparavant, pour décrire les conditions d'application de la décision dans l'ensemble des secteurs, en particulier ceux du logement social et des hôpitaux.

L'intervention postérieure de la Commission ne devrait pas se limiter, selon les rapporteurs, à un simple « toilettage » du dispositif du « paquet Monti ». Plusieurs questions importantes méritent effectivement d'être approfondies à brève échéance.

Tout d'abord, il importe de clarifier les critères posés par la jurisprudence *Altmark*.

Ensuite, une réflexion plus globale sur le financement des services publics apparaît nécessaire.

Enfin, l'adoption du « paquet Monti » ne constitue manifestement pas une réponse suffisante à la demande récurrente d'adoption d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général.

I. LE CARACTERE IMPRATICABLE DE CERTAINS CRITERES DE LA JURISPRUDENCE *ALTMARK*

Il a été indiqué précédemment que les critères dégagés par la CJCE dans son arrêt *Altmark* pourront être utilisés aussi bien pour établir, devant une juridiction nationale ou auprès de la Commission saisie d'une plainte, qu'une compensation ne revêt pas le caractère d'une aide d'Etat et n'avait donc pas à être notifiée même si son montant est supérieur à 30 millions d'euros, que pour démontrer qu'une compensation constitue, en application du « paquet Monti », une aide d'Etat compatible avec le marché commun. Le chef d'unité adjoint « Politique et coordination des aides d'Etat » à la direction générale de la concurrence a ainsi pu affirmer : « *Il n'est pas possible d'adopter les trois textes [du « paquet Monti »] sans un texte interprétant Altmark* »⁽⁵²⁾.

Le quatrième critère posé par l'arrêt *Altmark* soulève, en effet, plusieurs difficultés d'interprétation.

En énonçant que « *lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire [doit être] déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* », **la CJCE ne se montre pas suffisamment précise sur les questions touchant à la mise en concurrence, d'une part, et à l'efficacité économique de l'entreprise, d'autre part.**

⁽⁵²⁾ Voir le compte rendu de la réunion du 18 novembre 2004 du groupe « service public » de l'association *Confrontations*. <http://www.confrontations.org>.

Ces lacunes sont admises par la Commission européenne qui, dans son Livre blanc sur les services d'intérêt général, annonçait son intention de « *clarifier davantage les conditions dans lesquelles une compensation peut constituer une aide d'Etat, compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour de justice* ». Il semble que, dans un premier temps, la direction générale de la concurrence ait effectivement travaillé en ce sens, mais qu'elle ait finalement renoncé à intégrer cette clarification dans le « paquet Monti » en raison, à la fois, de divergences avec la direction générale en charge du marché intérieur et de l'opposition de l'Allemagne. Cette position n'est pas partagée par les autorités françaises et, lors de leur audition par les rapporteurs, les ministères en charge de l'économie et de l'intérieur ont estimé qu'une clarification était indispensable par la voie de l'adoption par la Commission d'une communication ou de lignes directrices.

A. La notion de mise en concurrence

A ce niveau, deux questions au moins n'ont pas encore trouvé de réponses définitives : faut-il obligatoirement recourir à une « *procédure de marché public* » et cette notion englobe-t-elle la procédure française mise en place par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite « loi Sapin ») ?

1) Une procédure de marché public est-elle obligatoire ?

Alors que la rédaction du quatrième critère de l'arrêt *Altmark* semble laisser subsister une alternative⁽⁵³⁾ pour la procédure de choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public, la direction générale de la Commission en charge du marché intérieur préconise un recours systématique à une procédure d'appel d'offres, position qui n'est pas celle de la direction générale en charge de la concurrence.

⁽⁵³⁾ Les termes « *lorsque le choix de l'entreprise [...] n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public* » paraissent clairement indiquer qu'une telle procédure n'est pas la seule envisageable.

Ce débat a suscité une prise de position très ferme du Comité des régions, qui, dans son avis du 23 février 2003 sur la communication de la Commission concernant le Livre blanc sur les services d'intérêt général, « réitère que le recours à une procédure d'appel d'offres pour le choix de l'entreprise chargée d'une obligation de service public constitue seulement une option et non pas une obligation pour remplir les conditions de légalité d'une aide d'Etat sous forme de compensation de service public ». Il a ajouté qu'il « considère à la lumière de la jurisprudence récente qui restreint considérablement la notion de gestion directe de services publics par une collectivité territoriale que la Commission devrait proposer un amendement à la législation sur les marchés publics pour établir une définition de la gestion directe adaptée à la réalité de l'autonomie locale ».

Conformément à la jurisprudence de la CJCE, **il est certain que, dans certaines circonstances, l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire**. C'est le cas lorsqu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. C'est aussi le cas lorsque l'autorité publique exerce sur le cocontractant, entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et – condition supplémentaire – lorsque cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent⁽⁵⁴⁾.

Des arrêts récents ont néanmoins sensiblement réduit la portée de ces exceptions aux règles communautaires en matière de marché public. Dans son arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005⁽⁵⁵⁾, la CJCE a précisé que « la participation, fut-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». Selon la Cour, « le rapport entre une autorité publique (...) et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs

⁽⁵⁴⁾ CJCE, arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 (affaire C-107/98).

⁽⁵⁵⁾ Affaire C-26/03.

d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente ». Elle considère également que « *l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés (...), dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents* ».

Des principes similaires viennent d'être mis en œuvre par la CJCE dans son arrêt du 21 juillet 2005, *Consortio Aziende Metane (Coname) / Communa di Cingia de Botti*⁽⁵⁶⁾, concernant l'attribution directe par une commune italienne d'une concession de gestion d'un service public de distribution de gaz à une société à capitaux majoritairement publics.

La jurisprudence communautaire semble donc imposer une mise en concurrence pour toute attribution d'un marché à une société d'économie mixte.

Cette obligation paraît soulever des difficultés spécifiques en Allemagne. Selon le responsable de la Fédération des entreprises municipales⁽⁵⁷⁾ rencontré par les rapporteurs, les exigences communautaires en matière d'appels d'offres pourraient ainsi potentiellement aboutir à une cinquantaine de contentieux concernant des collectivités de ce pays.

On comprend, dès lors, que cette Fédération, ainsi que l'association des grandes villes allemandes⁽⁵⁸⁾ aient accepté de publier, en juillet 2004, une déclaration commune avec l'association des maires des grandes villes de France (*AMGVF*) et la Fédération des SEM sur le renforcement des services publics locaux dans le marché intérieur. Cette déclaration souligne que « *la définition de l'autoproduction (in-house) au plan communautaire doit permettre aux collectivités locales de choisir librement – sans mise en concurrence – de prester ces services elles-mêmes ou par le biais d'entreprises possédées et contrôlées par les collectivités locales* »

⁽⁵⁶⁾ Affaire C-231/03.

⁽⁵⁷⁾ *Verband Kommunaler Unternehmen (VKU)*.

⁽⁵⁸⁾ *Deutscher Städtetag (DST)*.

et refuse « *toute solution menant à la mise en concurrence obligatoire des entreprises locales en amont et en aval : au niveau de leurs rapports avec les collectivités locales et pour leurs contrats relatifs à leurs propres demandes* ».

On comprend moins bien, en revanche, la position des autorités fédérales allemandes, qui refusent toute clarification par la Commission européenne du quatrième critère de la jurisprudence *Altmark*, en faisant valoir, selon le représentant du ministère de l'économie et du travail auditionné par les rapporteurs, la nécessité d'une certaine flexibilité. L'arrêt précité *Stadt Halle*, relatif à un marché passé par une ville allemande, illustre pourtant les risques inhérents à la seule intervention du juge communautaire. Cette position officielle allemande correspond toutefois à une approche de principe, que l'on retrouvera dans le cadre de l'examen de la demande française d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général.

2) *La législation française est-elle conforme aux exigences communautaires ?*

Du côté français, la question de la mise en concurrence apparaît moins problématique en raison de l'application de la « loi Sapin ».

Ce texte législatif prévoit que les délégations de service public⁽⁵⁹⁾ des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. Le recours à une négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée, ou n'est acceptée par la collectivité publique.

⁽⁵⁹⁾ Une délégation de service public est définie comme un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

On peut donc considérer que la « loi Sapin » entoure les attributions de délégations de service public de garanties satisfaisant aux exigences communautaires en matière de concurrence⁽⁶⁰⁾.

Néanmoins, les autorités communautaires n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Une clarification du quatrième critère de l'arrêt *Altmark* offrirait donc la possibilité de préciser si l'expression « *procédure de marché public* » utilisée par la CJCE peut ou non être entendue au sens large de manière à intégrer les procédures de mise en concurrence prévues par la législation française.

B. La définition d'une entreprise moyenne bien gérée

Dans le cas où l'autorité publique n'a pas eu recours à une procédure de marché public, la jurisprudence *Altmark* exige que le niveau de la compensation pour obligations de service public soit déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, aurait encourus pour exécuter ces obligations.

Cette référence vise manifestement à introduire **un critère d'efficacité économique**, afin d'éviter qu'une entreprise percevant une compensation n'obéisse à aucune contrainte de productivité. Mais, de l'avis général, ce critère est difficilement applicable en l'état.

Il semblerait qu'avant de renoncer à introduire une clarification dans le « paquet Monti », la Commission européenne ait envisagé deux voies pour définir l'entreprise moyenne, bien gérée.

En premier lieu, elle s'orientait vers la procédure de *benchmarking*, conformément d'ailleurs à la demande du Parlement européen qui, dans sa résolution précitée du 22 février 2005, proposait « *de procéder à un exercice de comparaison (« benchmarking »), couplé à une consultation adéquate des parties intéressées* ». Encore convient-il de savoir sur quel espace

⁽⁶⁰⁾ Elle n'évite pas pour autant toutes les pratiques anti-concurrentielles. Début juillet 2005, le Conseil de la Concurrence a ainsi annoncé qu'il avait infligé une amende de 12 millions d'euros à trois sociétés de transport public (*Keolis, Connex et Transdev*), qui s'étaient entendues, entre 1996 et 1998, pour se répartir le marché national du transport public urbain de voyageurs.

géographique cette comparaison doit être menée (à l'échelon national ou à l'échelon communautaire) et de déterminer les indicateurs à retenir.

En second lieu, la Commission réfléchissait à la définition de ratios comptables. Mais elle avait conscience qu'il n'y aurait pas un consensus sur l'équivalence des concepts de « bonne gestion » et de « rentabilité ».

Les réponses à ces diverses interrogations ont été repoussées à une date ultérieure, mais il est évident qu'elles devront être fournies à court ou moyen terme. Elles pourraient d'ailleurs être examinées lors de la préparation d'une directive-cadre sur les SIG.

II. LA QUESTION NON RESOLUE DE L'ADOPTION D'UNE DIRECTIVE-CADRE SUR LES SERVICES D'INTERET GENERAL

L'adoption du « paquet Monti » ne saurait être perçue comme une réponse appropriée à la demande formulée régulièrement par la France et quelques autres Etats membres touchant à l'adoption d'une directive-cadre sur les SIG.

L'encadrement des compensations versées au titre des obligations de service public ne prend en compte que l'un des aspects du problème et, dans sa réponse à la consultation organisée par la Commission, la France a tenu à souligner que *« la réglementation du financement des SIEG ne peut être dissociée du cadre général applicable à ces services afin de parvenir à une articulation appropriée entre le respect des règles de la concurrence et la promotion de la cohésion sociale qui constitue la raison d'être de ces services »*.

Selon notre pays, le « paquet Monti » ne devrait donc être qu'une étape intermédiaire dans l'élaboration d'une législation communautaire transversale sur les services d'intérêt économique général. L'adoption d'une directive-cadre est justifiée, à la fois, par le besoin d'encourager l'émergence d'un droit communautaire des services publics faisant pièce au droit omniprésent de la concurrence et par une exigence de clarification des règles applicables. Encore faudrait-il convaincre la plupart de nos partenaires, l'Allemagne en particulier, de la nécessité d'une telle législation.

A. La reconnaissance d'un droit des services publics

Le « paquet Monti » s'insère dans un contexte semblant traduire une inflexion du droit de l'Union européenne vers une prise en compte transversale, et non plus simplement sectorielle, de la question des SIG. Ainsi, la Commission européenne a publié

successivement, en 2004, un Livre blanc sur les SIG et un Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. Ces initiatives n'ont, toutefois, pas encore donné lieu à l'adoption de dispositions normatives d'ordre global.

Il n'existe pour l'heure que des règlements et directives à caractère sectoriel. Ces textes comportent souvent des dispositions favorables aux obligations de service public, mais il est évident qu'ils pourraient être modifiés dans un sens plus libéral par une nouvelle majorité politique au sein de la Commission et des autres institutions communautaires. Une directive-cadre aurait donc le grand avantage de placer la Commission européenne devant une feuille de route garante des grands principes de service public déclinables dans les directives sectorielles.

B. La persistance de « zones grises »

Le renforcement du droit communautaire des services publics devrait surtout donner l'occasion de faire le point sur plusieurs aspects de la réglementation actuelle, donnant lieu à discussions. Il s'agit en particulier, des questions touchant aux critères de définition des SIEG, au financement de ces services et à leur évaluation

1) Les critères de définition des SIEG

Le traité instituant la Communauté européenne ne mentionne que les « services économiques d'intérêt général » (articles 16 et 86, paragraphe 2). Bien qu'elle soit inscrite dans le traité, cette expression n'est définie ni dans le droit primaire, ni dans le droit dérivé. Dans la pratique, on s'accorde simplement à considérer qu'elle se réfère aux services de nature économique que les Etats membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vue d'un critère d'intérêt général.

La définition précise des SIEG constitue pourtant un enjeu important car seuls les services de nature économique relèvent du droit de la concurrence.

Dans le cadre actuel, il s'avère néanmoins impossible de délimiter avec certitude la frontière entre les SIEG et les SIG. Les domaines strictement régaliens (défense, justice ou police) semblent clairement relever de la catégorie des SIG, mais, dans d'autres secteurs, ce qui est non marchand quelque part peut être marchand ailleurs. On a vu précédemment, par exemple, que le logement social ou les hôpitaux étaient perçus comme des SIG par le Gouvernement français, ce qui n'est pas le point de vue des promoteurs néerlandais ou groupes allemands de cliniques privées.

Il importe donc d'engager une réflexion approfondie sur la limite du champ concurrentiel en Europe.

Le besoin d'une réponse précise à cette interrogation est apparu de façon manifeste à l'occasion des débats sur la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur (dite « directive *Bolkenstein* ») qui ne devait couvrir que les SIEG, ce qui - compte tenu de l'insécurité juridique du critère économique au niveau européen - a conduit la France à estimer qu'il convenait d'exclure tous les services publics du champ d'application de ce texte⁽⁶¹⁾.

Des pistes ont déjà été tracées par l'ancien député européen M. Philippe Herzog dans son rapport du 17 décembre 2003 sur le Livre vert sur les SIG. Il avait ainsi proposé une liste de critères généraux susceptibles de constituer un faisceau d'indices pour déterminer si un service public est un SIG ou un SIEG⁽⁶²⁾.

Une réflexion a également été engagée par la Commission elle-même, qui ressent la nécessité de faire émerger la catégorie nouvelle des « services sociaux d'intérêt général » (SSIG) qui se distingueraient par le fait qu'ils s'adressent aux usagers fragilisés socialement et confrontés à des risques spécifiques. Une communication de la Commission est attendue sur ce point à l'automne 2005. Dans le cadre de la consultation préalable organisée par la Commission, la France a rappelé que l'élaboration

⁽⁶¹⁾ Voir le rapport d'information de Mme Anne-Marie Comparini (n° 2053).

⁽⁶²⁾ Les critères proposés par M. Herzog étaient les suivants : la finalité (commerciale ou non) de la prestation ou de la mise à disposition ; la part du financement public ; le montant des investissements ; la poursuite d'un but lucratif ou intention de couvrir les coûts ; l'analyse avantages-coûts de la prestation locale par rapport à l'adjudication au niveau européen ; l'obligation de garantir des droits sociaux ; la contribution à la participation à la vie sociale et à l'intégration sociale.

de règles spécifiques pour les SIEG relevant de la santé et des services sociaux trouverait sa place dans une directive-cadre.

2) *La diversité des formes de financement des SIEG*

L'attribution de compensations aux entreprises en charge d'obligations de service public ne constitue que l'une des modalités possibles pour financer les SIEG.

Dans sa résolution du 14 janvier 2004 sur le Livre vert sur les services d'intérêt général, le Parlement européen, conformément à la proposition de son rapporteur M. Philippe Herzog, souhaitait d'ailleurs « *que le cadre communautaire relatif aux règles applicables en matière d'aides garantisse une diversité des formes de financement – octroi de droits exclusifs, subventions, péréquation tarifaire, fonds financés par les opérateurs* »⁽⁶³⁾.

Mais, comme l'a observé le Conseil d'Etat⁽⁶⁴⁾, « *les orientations récentes de la Commission semblent toutefois manifester une évidente préférence pour un système de compensation à caractère financier, plutôt que pour un élargissement des activités sous monopole* ».

De telles orientations sont vivement remises en cause par le député européen Gilles Savary dans son récent ouvrage intitulé « *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?* »⁽⁶⁵⁾.

Il fait valoir qu'« *au système français de solidarité tarifaire par péréquation interne de l'ancien monopole, le modèle européen substitue la vérité des prix mais aussi leur éventuel subventionnement là où l'initiative privée est notoirement défailante, selon le bon principe libéral de privatisation des profits et de socialisation des pertes.* »

Il préconise donc de maintenir au bénéfice d'un opérateur (en général l'opérateur historique) de service public un « domaine réservé » ou des « droits exclusifs » qui ne sont rien d'autre qu'un

⁽⁶³⁾ Point 28 de la résolution.

⁽⁶⁴⁾ Rapport public 2002.

⁽⁶⁵⁾ Précité.

niveau de monopole résiduel lui permettant d'autofinancer ses obligations de service public. Le seuil du domaine réservé devrait être différencié selon les Etats membres en fonction de la vérité des coûts constatés.

Selon lui, ce mode de financement serait moins coûteux en dépenses publiques que le modèle européen actuel et permettrait dans un contexte où les aides d'Etat sont limitées par les contraintes du pacte de stabilité de redonner à l'action publique des marges non négligeables.

Ce mode de financement aurait également l'avantage de préserver la péréquation territoriale, alors que le régime des aides d'Etat favorise les zones les plus rentables. Lors de son audition, M. Gilles Savary a ainsi déclaré aux rapporteurs que « *le modèle européen ne tue pas le service public, mais il tue le territoire* ».

Le maintien d'un monopole résiduel avait été admis dans le secteur postal, par l'article 7 de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997. Préalablement, la CJCE dans son arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993⁽⁶⁶⁾, concernant la Régie des postes belges, avait admis « *une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables* » et justifié dès lors « *une limitation de la concurrence de la part des entrepreneurs particuliers au niveau des secteurs économiquement rentables* ». Toutefois, la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002 modifiant la directive précitée de 1997 réduit sensiblement le champ du domaine réservé à compter du 1^{er} janvier 2006 et envisage l'achèvement du marché intérieur des services postaux en 2009.

Les arguments exposés en faveur du maintien de monopoles résiduels peuvent être discutés, mais, en tout état de cause, ils incitent à poursuivre le débat et ne pas considérer que le « paquet Monti » consacre les aides d'Etat sous forme de compensations financières comme seule modalité envisageable pour le financement des services publics.

⁽⁶⁶⁾ Affaire C-320/91.

3) *L'évaluation des SIEG*

Une législation transversale pourrait préciser les conditions d'évaluation des SIEG faisant l'objet d'une réglementation sectorielle au niveau communautaire (en particulier les industries de réseau).

Si les politiques de libéralisation de certains SIEG ont pu montrer des points positifs, ces dernières ne doivent pas être appréciées du seul point de vue du développement de la concurrence. La Commission a d'ailleurs convenu dans son Livre blanc sur les SIG que l'évaluation devrait être multidimensionnelle et porter sur tous les aspects juridiques, économiques, sociaux et environnementaux pertinents.

C. **Des réticences à vaincre chez nos partenaires**

L'idée d'une directive-cadre se heurte à des réticences aussi bien auprès de la Commission que chez la plupart de nos partenaires de l'Union européenne.

Dans le Livre blanc sur les SIG, la Commission juge que la valeur ajoutée d'un cadre horizontal n'a pas été démontrée par comparaison avec l'approche sectorielle suivie jusqu'à présent. Elle envisage seulement de réexaminer la question lors de l'éventuelle entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, puisque l'article III-122 de ce traité prévoit que « *la loi européenne établit [les] principes et fixe [les] conditions [permettant aux SIEG d'accomplir leurs missions]* ». Cette nouvelle disposition paraît imposer une obligation, mais les résultats des référendums français et néerlandais font peser une forte incertitude sur la possibilité d'invoquer cette nouvelle base juridique pour obtenir l'adoption d'une directive-cadre. Dans l'immédiat, la Commission semblerait plutôt favorable à l'adoption d'une « Charte des SIG », énonçant des principes communs, tels que l'universalité et l'égalité d'accès, la continuité, la sécurité, l'adaptabilité, la qualité, l'accessibilité tarifaire ...

Cette démarche répondrait d'ailleurs à la demande exprimée par le Parlement européen qui, dans le rapport sur le Livre vert sur les SIG estimait qu'« *il n'est ni possible ni pertinent d'élaborer des*

définitions communes des services d'intérêt général et des obligations de service public qui en découlent et qu'un éventuel instrument cadre présenterait un caractère beaucoup trop général pour apporter une valeur ajoutée et risquerait de compromettre le développement permanent des services d'intérêt général ».

Chez nombre de nos partenaires, le discours français traditionnel de défense du service public et l'exigence corrélative d'une directive-cadre sont effectivement mal compris, jugés contraires aux intérêts du consommateur et considérés comme une volonté d'échapper au droit de la concurrence, de défendre des parts de marché ou des statuts protecteurs, d'être l'expression d'une gestion excessivement centralisée.

Ainsi, lors du séminaire européen informel sur les SIEG organisé par la France et la Belgique le 21 novembre 2003, il est apparu que, pour la plupart des Etats membres, il semblait difficile d'élaborer un texte de nature transversale. Les rares soutiens à la position française émanent de la Belgique et de Malte. Pour le reste, beaucoup partagent probablement la position défendue par la députée européenne Mme Sophie In't Veld qui, lors de son audition par les rapporteurs, a jugé que la demande d'une directive-cadre est idéologique, contraire au principe de subsidiarité et ne pourrait déboucher que sur des dispositions trop générales compte tenu des importantes différences constatées dans ce domaine en Europe.

La mission effectuée à Berlin par les rapporteurs a confirmé que les autorités allemandes se montraient peu favorables à l'adoption d'une directive-cadre. Selon le ministère allemand de l'économie et du travail, ce scepticisme est partagé aussi bien par le Gouvernement fédéral que par les Länder et l'ensemble des grandes forces politiques. Plusieurs raisons ont été invoquées pour justifier ces réticences – en particulier l'impossibilité d'appréhender la diversité des situations dans un texte transversal – mais il était clairement perceptible que **la raison principale tenait à la crainte que, dans le contexte actuel de l'Europe à 25, le contenu d'une directive-cadre soit finalement plus libéral que les directives sectorielles déjà adoptées.**

On peut donc se demander s'il ne serait pas envisageable d'obtenir pour le moins la neutralité bienveillante de notre partenaire allemand sur un texte qui ne donnerait pas prise aux

inquiétudes exprimées. Il est d'ailleurs notable que l'association des entreprises communales allemandes (*VKU*) ait déclaré aux rapporteurs qu'elle était favorable à l'adoption d'une directive-cadre, considérant comme impératif que les règles applicables aux SIG soient déterminées par le pouvoir politique et non par la CJCE qui, dans la situation actuelle, crée le droit au lieu de l'appliquer.

On doit donc encourager les autorités françaises à persévérer dans leur demande d'une directive-cadre pour que la Commission, le Parlement européen et l'ensemble des Etats membres ne se contentent pas de dispositions partielles, du type de celles figurant dans le « paquet Monti ».

Cette demande aurait d'autant plus de chance d'être entendue si notre pays montrait clairement que des opérateurs européens peuvent être admis à gérer des services publics sur le territoire français. Des entreprises telles que la *SNCF*, *EDF* ou *GDF* sont fortement implantées dans plusieurs autres Etats membres, ce qui suscite **un besoin légitime de réciprocité**, qui doit être pris en compte.

TRAVAUX DE LA DELEGATION

La Délégation s'est réunie le 26 octobre 2005, sous la présidence de M. Pierre Lequiller, Président, pour examiner le présent rapport d'information.

M. Christian Philip, rapporteur, a tout d'abord précisé qu'en accord avec M. Bernard Derosier, il avait choisi de ne pas se limiter à un simple résumé du rapport et qu'il préférerait privilégier quelques commentaires. Il faut rappeler que le rapport d'information concerne trois textes adoptés par la Commission le 13 juillet 2005 – une directive, une décision et un encadrement – visant à préciser les règles applicables aux compensations octroyées par les autorités publiques à des entreprises assumant des obligations de service public. Ces trois textes, connus sous les appellations de « paquet Monti » ou de « paquet Altmark », répondent au besoin souvent exprimé de sécurité juridique, en évitant de s'en remettre aux évolutions de la jurisprudence et en respectant le principe de libre administration. Dès lors, ces dispositions apparaissent comme globalement satisfaisantes en étendant de façon significative le champ des exemptions de notification, même si l'intervention communautaire mériterait d'être prolongée tant en ce qui concerne la clarification des critères de la jurisprudence Altmark qu'en ce qui touche à l'adoption d'une décision-cadre sur les services d'intérêt général.

Une première observation vise à souligner l'utilisation des termes « service public » dans l'intitulé même des trois textes concernés. Il apparaît que les institutions communautaires n'ignorent plus cette notion, même si elles proposent de l'encadrer, ce qui est d'ailleurs conforme au traité instituant la Communauté européenne. Il faut surtout noter que cet encadrement équivaut à une reconnaissance.

Une deuxième remarque tend à constater que les textes adoptés par la Commission satisfont à l'exigence de souplesse et au principe de subsidiarité. La Commission ne maintient finalement une obligation de notification préalable que pour les compensations d'un montant très élevé, ayant une incidence réelle sur la concurrence, dont la

compatibilité avec le droit communautaire sera appréciée au regard des critères posés par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Altmark*. Ce résultat est obtenu en accordant de larges exemptions sur des bases à la fois sectorielles et financières. Sont ainsi exonérées de toute notification préalable les compensations attribuées aux transports terrestres, à la radiodiffusion de service public, ainsi qu'aux secteurs du logement social et des hôpitaux. S'agissant des transports, qui font l'objet d'un règlement spécifique, la Délégation aura l'occasion d'examiner prochainement une proposition de réforme de ce règlement. On doit également noter que l'exemption du logement social et des hôpitaux a suscité, d'une part, des oppositions au sein du Parlement européen et, d'autre part, des interrogations des autorités françaises sur l'opportunité d'attribuer à ces deux secteurs la qualification de services d'intérêt économique général (SIEG), interrogations largement résolues par l'article 2 de la décision qui ne mentionne que les activités « qualifiées de SIEG par l'Etat membre ». Sont également exemptées de notification les compensations octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur à 100 millions d'euros et dont le montant annuel de compensation est inférieur à 30 millions d'euros. En France, ces critères sectoriels et financiers devraient conduire à n'astreindre à l'obligation de notification préalable que dix sociétés d'économie mixte au maximum. Dès lors, le « paquet Monti » aboutit, en pratique, à remplacer le contrôle *a priori* par un contrôle *a posteriori*.

Un troisième et dernier commentaire vise à insister sur le fait que plusieurs points doivent encore être précisés. Ainsi, le quatrième critère de la jurisprudence *Altmark*, se référant à l'efficacité économique de l'entreprise bénéficiant de la compensation lorsque cette entreprise n'a pas été choisie à l'issue d'une procédure de marché public, soulève de nombreuses interrogations, notamment dans notre pays où rien ne permet d'être certain que la procédure mise en place par la loi du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », satisfait la notion communautaire de « procédure de marché public ». De même, le « paquet Monti » ne fait pas mention d'une éventuelle directive-cadre sur les services d'intérêt général (SIG), que le rejet du traité établissant une Constitution pour l'Europe rend de moins en moins probable. On peut d'ailleurs se demander si, au fur et à mesure, l'adoption de textes portant sur des aspects particuliers ne prive pas d'intérêt l'adoption d'une directive-cadre, d'autant que les négociations sur un tel texte risqueraient d'aboutir à des concessions constituant des positions de retrait par rapport à la situation présente. Enfin, le problème de la terminologie –

service public, SIG, SIEG – n'est pas résolu par le « paquet Monti », même s'il convient de rappeler à nouveau qu'il utilise la notion de « service public » dans l'intitulé des textes le composant.

M. Bernard Derosier, rapporteur, a constaté que plusieurs évolutions importantes étaient intervenues depuis que la Délégation avait décidé de se saisir de ces trois textes. Tout d'abord, le « paquet Monti » a été définitivement adopté par la Commission en juillet dernier. Ensuite, si la jurisprudence Altmark demeure une référence, il subsiste des doutes sur la portée exacte des conditions qu'elle pose pour vérifier la compatibilité des compensations avec le droit communautaire. Il n'est pas évident, en particulier, que la notion d'« entreprise bien gérée » corresponde à la gestion d'un bon père de famille. Par ailleurs, l'annonce de l'ouverture du capital d'Electricité de France relance aujourd'hui le débat franco-français sur le service public.

La préparation du rapport d'information a donné lieu à une mission d'étude en Allemagne, riche en enseignements. Il est apparu que notre partenaire avait quasiment les mêmes problématiques que la France sur cette question et que les divergences ne découlaient que des différences dans notre organisation territoriale. Dès lors, il est évident qu'il y aurait tout intérêt à développer un partenariat étroit avec l'Allemagne sur ces problèmes liés au service public, même si l'opportunité d'une décision-cadre n'est pas perçue par ce pays. Il est toutefois important de constater que le rapport du Parlement européen, sur la proposition de directive sur les services, dont l'examen a été repoussé au mois de novembre, préconise l'adoption d'une directive-cadre alors que son auteur est une députée de nationalité allemande, Mme Evelyne Gebhardt.

Les auditions ont également permis de constater qu'il existe peu de contentieux sur les compensations de service public. On peut donc se demander si cela ne traduit pas un sentiment communautaire favorable à cette notion.

Trois observations finales peuvent être faites. Tout d'abord, les seuils financiers fixés pour définir le champ de l'exemption de notification sont particulièrement élevés, ce qui traduit la volonté de la Commission de respecter le principe de subsidiarité et ce qui restreint l'obligation de notification aux seules industries de réseau, telles l'énergie et les télécommunications. Ensuite, il faut remarquer que la base juridique des textes du « paquet Monti » repose sur l'article 86, paragraphe 3, du Traité, donnant compétence à la seule Commission

européenne et excluant le Parlement européen de la procédure, même si, finalement, ce dernier a pu émettre un avis consultatif. Dans le cas où une directive-cadre viendrait à être proposée, il importerait de s'interroger sur la procédure la plus à même de servir nos intérêts. Enfin, la question de la terminologie mériterait d'être clarifiée, car seuls les SIEG relèvent du droit communautaire.

M. Jacques Myard a estimé que le rapport reflétait l'ambiguïté de la construction européenne. D'un côté, l'article 295 du traité instituant la Communauté européenne, qui pose le principe de neutralité du traité à l'égard du régime de propriété des Etats membres, a permis à la France de procéder aux nationalisations de 1981, sans que la Commission s'y soit opposée. De l'autre, les dispositions du traité relatives au droit de la concurrence ont pour effet d'autoriser la Commission à encadrer les interventions des Etats membres et en particulier à marginaliser les services publics, dont le rôle n'est pas, comme on l'entend fréquemment, de pallier les insuffisances du marché mais de constituer un instrument régalien. S'élevant contre ces contradictions qu'il a qualifiées de schizophrènes, M. Jacques Myard a fait observer qu'en France, EDF avait mis en place le programme électronucléaire et contribué à la politique de l'aménagement du territoire. Cet exemple confirme que l'existence d'une volonté forte permet à un Etat de se départir de l'emprise des lois du marché et qu'une politique industrielle ne doit pas se borner simplement à pallier celles-ci. Si le marché est créateur de richesses, il apparaît toutefois aberrant qu'au nom d'un modèle mathématique de la concurrence, les Etats se voient interdire de mettre en œuvre une politique active d'aides d'Etat, ce qui peut aboutir, par exemple, au démantèlement de certaines grandes entreprises comme Pêchiney.

M. Bernard Derosier, rapporteur, a répondu que le rapport n'avait pas la prétention de régler la question des services publics en Europe. Il a considéré que le débat continuait d'être ouvert et qu'il appartenait aux Etats de clarifier les choses.

M. Christian Philip, rapporteur, tout en rappelant qu'il était un défenseur de la notion de service public, laquelle permet aux Etats d'organiser certaines activités selon leurs propres règles, a toutefois souligné que l'Union économique et monétaire repose sur l'exigence de transparence, c'est-à-dire sur l'obligation dans laquelle se trouvent les Etats d'informer les autres Etats membres du contenu des décisions qu'ils prennent et de justifier que ces dernières relèvent bien d'un

domaine régalién. Faute de quoi l'Etat membre qui se dispenserait unilatéralement du respect de ces règles s'exposerait non pas aux sanctions de la Cour de justice des Communautés européennes mais à des actions de rétorsion de ses partenaires, ce que l'Union économique et monétaire a précisément pour objet d'éviter, car il est évident qu'une guerre économique ne profiterait à personne.

En conclusion, il a insisté sur le fait, d'une part, que l'idée d'un encadrement communautaire – destiné à unifier les règles du jeu – n'était pas choquante parce que parfaitement conciliable avec celle de service public et, d'autre part, qu'elle ne remettait nullement en cause la liberté qu'ont les Etats d'organiser certaines entreprises.

M. Jacques Myard, tout en admettant que le respect du principe de réciprocité était une règle de sagesse, a considéré que l'existence d'un encadrement préalable avait nécessairement pour effet de limiter la marge d'action des Etats.

Mme Anne-Marie Comparini a confirmé que le rapport de Mme Evelyne Gebhardt, rapporteure du Parlement européen sur la proposition de directive sur les services, était favorable à l'adoption d'une directive-cadre sur les SIEG. Toutefois, elle a souligné la nécessité d'un examen très étroit des amendements déposés sur ce texte au Parlement européen afin de s'assurer que les SIEG seront effectivement exclus du champ d'application de la proposition de directive. Elle a considéré que la proposition formulée par Mme Gebhardt de dresser une liste des SIEG en annexe à la proposition de directive était intéressante, mais qu'elle comportait des risques, et jugé nécessaire de recueillir le sentiment des autorités françaises sur les différents amendements déposés au Parlement européen et sur les propositions de la rapporteure.

La Délégation a ensuite *adopté* les propositions de conclusions dont le texte figure ci-après et *autorisé la publication* du rapport d'information.

CONCLUSIONS ADOPTEES PAR LA DELEGATION

La Délégation pour l'Union européenne,

- Vu les articles 86, 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne,

- Vu la directive .../.../CE de la Commission du ... modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques,

- Vu la décision de la Commission du ... concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général,

- Vu l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public (DGCOMP/I1/D[2005]179),

1. Prend acte de l'adoption par la Commission européenne, le 13 juillet 2005, de trois textes - une directive, une décision et un encadrement communautaire - visant à clarifier le régime juridique des compensations octroyées aux entreprises en charge de la gestion de services d'intérêt économique général ;

2. Constate que ce dispositif, s'insérant dans le Plan d'action de la Commission dans le domaine des aides d'Etat, contribue à alléger sensiblement les obligations de notification préalable des compensations accordées par les autorités publiques ;

3. Se félicite particulièrement de l'exemption de notification de droit en faveur des compensations de service public octroyées aux hôpitaux et aux entreprises de logement social ;

4. Observe que la décision ne s'applique pas au secteur des transports terrestres, qui demeure régi par le règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Une proposition de réforme de ce règlement est actuellement en discussion, qui ne remet pas en cause le mécanisme en vigueur prévoyant un contrôle *a posteriori* des compensations octroyées dans ce secteur ;

5. Souligne que le dispositif adopté renforce la sécurité juridique des compensations de service public en restreignant fortement les risques de remise en cause pour absence de notification préalable à la Commission, c'est-à-dire pour non-respect d'une condition de forme ;

6. Constate, néanmoins, que toutes les compensations demeurent soumises aux conditions de fond du droit communautaire de la concurrence ;

7. Estime que les trois conditions retenues par l'encadrement communautaire pour vérifier la compatibilité des aides d'Etat avec le marché commun réduisent la portée de la jurisprudence *Altmark* de la Cour de justice des Communautés européennes et, par voie de conséquence, le champ des compensations n'ayant pas le caractère d'aides d'Etat ;

8. Regrette que la Commission ait renoncé à compléter le dispositif adopté par une clarification des critères de la jurisprudence *Altmark*, en particulier en ce qui concerne les questions touchant à la mise en concurrence et à l'efficacité économique de l'entreprise bénéficiaire de la compensation ;

9. Juge indispensable d'approfondir la réflexion sur le financement des services économiques d'intérêt général, afin de garantir une diversité des formes de financement ;

10. Rappelle la nécessité de l'adoption d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général pour conforter le droit communautaire des services publics et préciser les limites du champ concurrentiel dans l'Union européenne.

ANNEXES

Annexe 1 : Liste des personnes auditionnées

A Paris

- ***SGCI*** :

- M. Raymond COINTE, secrétaire général adjoint ;

- M. Yves DUJARDIN, secteur marché intérieur, consommateurs, concurrence, aides d'Etat, armement ;

- Mme Raphaëlle SIMEONI, secteur industrie, poste-télécommunications, société de l'information, environnement, recherche, énergie.

- ***Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie*** :

- Mme Anémone CARTIER-BRESSON, direction des affaires juridiques, bureau droit européen ;

- Mme Ellen VERDURE, direction des affaires juridiques, bureau droit européen.

- ***Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*** :

- Mme Sophie GUIROY, direction générale des collectivités locales, bureau des interventions économiques et de l'aménagement du territoire ;

- M. Jean-Christophe MOREAU, direction générale des collectivités locales, bureau des interventions économiques et de l'aménagement du territoire.

- ***Ministère de la santé et des solidarités*** :

- M. François BRILLANCEAU, délégation aux affaires européennes et internationales, bureau des politiques communautaires ;

- M. Jean-François DUTHEIL, délégation générale à l'action sociale.

- ***Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement*** :

- M. Patrice LANCO, direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction ;

- M. Bruno LEBENTAL, direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction.

- ***Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) :***

- M. Max PRADES, développement local et politique rurale.

- ***Association des maires de grandes villes de France (AMGVF) :***

- Mme Mireille FLAM, adjointe au maire de Paris, chargée des sociétés d'économie mixte et des marchés publics ;

- M. Christian LALU, directeur général ;

- M. Hugo RICHARD, chargé de mission.

- ***Assemblée des départements de France (ADF) :***

- M. François SCHELLIER, député, président du conseil général du Val-d'Oise ;

- ***Fédération des sociétés d'économie mixte :***

- M. Maxime PETER, directeur général ;

- M. Thierry DURNERIN, directeur des relations extérieures.

- ***Union sociale pour l'habitat :***

- Mme Dominique DUJOLS, directrice des relations institutionnelles ;

- M. Laurent GHEKIERE, représentant à Bruxelles.

- ***Groupe des autorités responsables de transports (GART) :***

- M. Michel DESTOT, député, président du bureau du GART ;

- Mme Chantal DUCHENE, directrice générale.

- ***Union des transports publics (UTP) :***

- M. Michel CORNIL, président ;

- M. Thierry SAPAULT, délégué général ;

- M. Francis PETER, président de la commission législation et affaires européennes ;

- Mme Valérie BEAUDOUIN, chef du département législation et affaires européennes.

- ***Fédération hospitalière de France (FHF) :***

- M. Gérard VINCENT, délégué général ;

– M. Yves GAUBERT, adjoint au délégué général, responsable du pôle financement.

A Bruxelles

– Mme Sophie IN'T VELD, députée européenne, rapporteure de la commission économique sur les aides d'Etat sous forme de compensations de service public ;

– M. Gilles SAVARY, député européen ;

– M. Bernardus SMULDERS, directeur de cabinet de la commissaire à la concurrence ;

– M. Marc VAN HOOF, directeur de la politique des aides d'Etat à la direction générale de la concurrence de la Commission européenne ;

– M. Alain ALEXIS, chef d'unité à la direction générale de la concurrence de la Commission européenne ;

– M. André FERRON, président du groupe « services publics » de l'association *Confrontations Europe* ;

– M. Christian MASSET, représentant permanent adjoint de la France auprès de l'Union européenne ;

– M. Christophe STRASSEL, conseiller à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne, chargé des aides d'Etat et de la concurrence.

A Berlin⁽⁶⁷⁾

• **Fédération de l'industrie du gaz et de l'eau** (Bundesverband der deutschen Gas und Wasserwirtschaft – BGW) :

– Dr Corinna MEYER, responsable du département juridique ;

– Mme DANOWSKI, chargée d'affaires de la politique européenne de l'eau.

• **Fédération des entreprises municipales** (Verband Kommunalen Unternehmen – VKU) :

– M. Michael SCHÖNEICH, secrétaire général.

⁽⁶⁷⁾ Les rapporteurs remercient M. Claude Martin, ambassadeur de France en Allemagne, et les membres de l'ambassade de France pour leur concours au bon déroulement de cette mission.

- ***Ministère fédéral des transports, de la construction et du logement :***

- M. Bernd TÖRKEL, directeur de la politique des transports ;
- Mme Petra WINKLER–MAITRE, déléguée aux relations franco–allemandes.

- ***Ministère fédéral de l'économie et du travail :***

- Dr Konrad WESTBOMKE, chef du bureau marché intérieur et aides publiques.

- ***Ambassade de France :***

- M. Claude MARTIN, ambassadeur de France ;
- M. Eric DAVID, conseiller économique, adjoint au chef de la mission économique ;
- M. Alexis MERKLING, attaché transport, infrastructures, équipement ;
- M. Thierry LE COCQ, attaché économique, pôle industrie, énergie, environnement.

Annexe 2 :
Directive .../.../CE de la Commission du ... modifiant la
directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations
financières entre les Etats membres et les entreprises
publiques^(a)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 86, paragraphe 3,

considérant ce qui suit :

(1) La directive 80/723/CEE⁽¹⁾ de la Commission impose aux Etats membres d'assurer la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques, ainsi qu'à l'intérieur de certaines entreprises. Les entreprises soumises à l'obligation de tenir des comptes séparés sont les entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs accordés par un Etat membre au sens de l'article 86, paragraphe 1, du traité, ou qui sont chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité et reçoivent une aide de l'Etat sous quelque forme que ce soit en relation avec ce service, et qui exercent d'autres activités.

(2) Les Etats membres ont la possibilité d'octroyer aux entreprises chargées de services d'intérêt économique général des compensations afin de couvrir les coûts spécifiques de ces services. Ces compensations ne doivent toutefois pas dépasser ce qui est nécessaire au fonctionnement des services en cause, et ne doivent pas être utilisées pour financer des activités en dehors du service d'intérêt économique général.

(3) En application de la directive 80/723/CEE, la tenue de comptes séparés n'est requise que lorsque les entreprises chargées de services d'intérêt économique général reçoivent des aides d'Etat. Or, dans son arrêt *Altmark Trans GmbH*⁽²⁾, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que sous certaines conditions, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité.

^(a) A la date de publication du présent rapport d'information, ce document n'avait pas encore été publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

⁽¹⁾ JO L 195 du 29.7.1980, p. 35. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2000/52/CE (JO L 193 du 29.7.2000, p. 75).

⁽²⁾ Arrêt du 24 juillet 2003 dans l'affaire C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, non encore publié au Recueil.

(4) Toutefois, quelle que soit la qualification juridique des compensations de service public, la tenue de comptes séparés est indispensable quand les entreprises bénéficiaires de telles compensations réalisent également des activités en dehors du service d'intérêt économique général. Seule la tenue d'une comptabilité séparée permet en effet d'identifier les coûts imputables au service d'intérêt économique général, et de calculer le montant correct de la compensation.

(5) Il y a donc lieu de modifier la directive 80/723/CEE, afin que l'obligation de tenir une comptabilité séparée soit applicable aux entreprises bénéficiaires de compensations de service public qui réalisent également des activités en dehors du service d'intérêt économique général, quelle que soit la qualification juridique de ces compensations au regard de l'article 87, paragraphe 1, du traité,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE :

Article premier

La directive 80/723/CEE est modifiée comme suit :

A l'article 2, paragraphe 1, le point d) est remplacé par le texte suivant :

..d) «entreprise soumise à l'obligation de tenir des comptes séparés», toute entreprise titulaire de droits spéciaux ou exclusifs accordés par un Etat membre au sens de l'article 86, paragraphe 1, du traité, ou qui est chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 paragraphe 2, du traité et reçoit une compensation de service public sous quelque forme que ce soit en relation avec ce service, et qui exerce d'autres activités ;

Article 2

Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le ...[12 mois à partir de son entrée en vigueur]. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la présente directive.

Lorsque les Etats membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

Article 3

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 4

Les Etats membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le [...]

Par la Commission
[...]
Membre de la Commission

Annexe 3 :
Décision de la Commission du ... concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général^(a)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 86, paragraphe 3,

considérant ce qui suit:

(1) L'article 16 du traité dispose que la Communauté, sans préjudice des articles 73, 86 et 87, utilise les pouvoirs qui lui sont conférés afin de veiller à ce que les services d'intérêt économique général fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

(2) Afin que certains services d'intérêt économique général fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions, un soutien financier de l'Etat destiné à prendre en charge tout ou partie des coûts spécifiques résultant des obligations de service public peut s'avérer nécessaire. Conformément aux dispositions de l'article 295 du traité, telles qu'interprétées par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, il est indifférent au regard du droit communautaire que ces services d'intérêt économique général soient gérés par des entreprises publiques ou privées.

(3) L'article 86, paragraphe 2, du traité dispose à ce sujet que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du traité, et notamment aux règles de concurrence. L'article 86, paragraphe 2, autorise toutefois une exception aux règles du traité, pour autant qu'il soit satisfait à un certain nombre de critères. Premièrement, il doit exister un acte officiel par lequel l'Etat confère la responsabilité de l'exécution d'une mission donnée à une entreprise. Deuxièmement, ce mandat doit se rapporter à un service d'intérêt économique général. Troisièmement, l'exception doit être nécessaire pour l'exécution des tâches confiées et proportionnelle («exigence de nécessité»). Enfin, le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

^(a) A la date de publication du présent rapport d'information, ce document n'avait pas encore été publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

(4) Dans son arrêt *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*⁽¹⁾, la Cour de justice a indiqué que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 87 du traité CE pour autant que quatre critères cumulatifs soient remplis. Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies. Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente. Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable. Enfin, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport, aurait encourus.

(5) Lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat, et les dispositions des articles 87 et 88 du traité ne s'appliquent pas. Lorsque les États membres ne respectent pas ces critères et que les critères généraux d'applicabilité de l'article 87, paragraphe 1, du traité sont réunis, les compensations de service public constituent des aides d'État soumises aux dispositions des articles 73, 86, 87 et 88 du traité. La présente décision ne devrait donc s'appliquer aux compensations de service public que dans la mesure où elles constituent des aides d'Etat.

(6) L'article 86, paragraphe 3, du traité autorise la Commission à préciser le sens et la portée de l'exception prévue à l'article 86, paragraphe 2, du traité, ainsi qu'à établir, en tant que de besoin, des règles visant à permettre un contrôle efficace du respect des critères énoncés à l'article 86, paragraphe 2. Il convient par conséquent de préciser sous quelles conditions certains systèmes de compensation sont compatibles avec l'article 86, paragraphe 2, et ne sont pas soumis à l'obligation de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité.

(7) De telles aides ne peuvent être déclarées compatibles que si elles sont octroyées pour assurer la prestation de services constituant effectivement des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86 du traité. Il résulte de la jurisprudence que, à l'exception des secteurs dans lesquels cette question fait déjà l'objet d'une réglementation communautaire, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition des services susceptibles d'être qualifiés d'intérêt économique général. Par conséquent, à l'exception des secteurs dans lesquels cette question fait déjà l'objet d'une réglementation communautaire, la tâche de la Commission consiste à veiller à ce qu'il n'y ait pas d'erreur manifeste en ce qui concerne la définition des services d'intérêt économique général.

⁽¹⁾ Recueil 2003, p. I-7747.

(8) Pour que l'article 86, paragraphe 2, du traité s'applique, l'entreprise bénéficiaire de l'aide doit avoir été spécifiquement chargée par l'Etat membre de la gestion d'un service particulier d'intérêt économique général. Conformément à la jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 86, paragraphe 2, du traité, ce ou ces actes officiels doivent préciser à tout le moins la nature exacte, la portée et la durée des obligations de service public imposées, de même que l'identité des entreprises concernées.

(9) En vue du respect des critères formulés à l'article 86, paragraphe 2, il convient de fixer des conditions plus précises, qui devront être satisfaites en ce qui concerne la gestion des services d'intérêt économique général qui ont été confiés. En effet, le montant des compensations ne pourra être calculé et contrôlé adéquatement que si les obligations de service public incombant aux entreprises et les éventuelles obligations à la charge de l'Etat sont clairement indiquées dans un acte officiel délivré par les autorités publiques compétentes de l'Etat membre concerné. La forme de cet acte peut varier d'un Etat membre à l'autre, mais doit préciser à tout le moins la nature exacte, la portée et la durée des obligations de service public imposées, l'identité des entreprises concernées, ainsi que les coûts que celles-ci devront supporter.

(10) Lorsqu'ils définissent les obligations de service public et évaluent si ces obligations sont remplies par les entreprises concernées, les États membres sont invités à mener de vastes consultations, en particulier auprès des utilisateurs.

(11) En outre, afin d'éviter des distorsions non justifiées de la concurrence, la compensation ne peut, conformément à l'article 86, paragraphe 2, dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts supportés par l'entreprise du fait de l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable. Ces coûts sont les coûts réellement supportés par l'entreprise concernée.

(12) Une compensation excédant ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts supportés par l'entreprise concernée n'est pas indispensable à la gestion du service d'intérêt économique général et, partant, constitue une aide d'Etat incompatible, qui devra être remboursée à l'Etat. Une compensation accordée pour le fonctionnement d'un service d'intérêt économique général, mais utilisée en réalité pour intervenir sur un autre marché, n'est pas nécessaire en vue de la gestion du service d'intérêt économique général et constitue donc également une aide d'Etat incompatible, qui devra être restituée.

(13) Afin de garantir le respect de l'exigence de nécessité énoncée à l'article 86, paragraphe 2, il convient d'établir des dispositions relatives au calcul et au contrôle du montant des compensations accordées. Les Etats membres devront vérifier régulièrement que les compensations accordées n'entraînent pas de surcompensation. Néanmoins, afin de laisser un minimum de souplesse aux entreprises et aux Etats membres, lorsque le montant de la surcompensation ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle, la surcompensation peut être reportée sur la période suivante et déduite du montant de la compensation qui aurait dû, sinon, être payée. Les entreprises chargées de services d'intérêt économique général dans le domaine du logement social peuvent être confrontées à des recettes très variables, en raison notamment du risque d'insolvabilité des locataires. Par conséquent, lorsque ces entreprises n'opèrent que dans le domaine des services d'intérêt économique général, toute surcompensation pendant une période

donnée peut être reportée sur la période suivante, jusqu'à un maximum de 20 % de la compensation annuelle.

(14) Dans la mesure où la compensation est accordée à des entreprises chargées d'exécuter des services d'intérêt économique général, où le montant de la compensation n'excède pas les coûts des services et où les seuils fixés dans la présente décision sont respectés, la Commission estime que le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. En pareil cas, la Commission considère que la compensation doit être réputée constituer une aide d'Etat compatible avec l'article 86, paragraphe 2, du traité.

(15) Des compensations de faible montant attribuées à des entreprises en charge de services d'intérêt économique général dont le chiffre d'affaires est limité ne portent pas atteinte au développement des échanges et à la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Lorsque les conditions prévues dans la présente décision sont réunies, une notification préalable ne devrait donc pas être exigée. Afin de définir le champ d'application de l'exemption de notification, il convient de prendre en considération le chiffre d'affaires des entreprises bénéficiant de compensations de service public, de même que le niveau de ces compensations.

(16) Les hôpitaux et les entreprises de logement social chargés de tâches de services d'intérêt économique général présentent des spécificités qui doivent être prises en considération. Il convient en particulier de tenir compte du fait qu'au stade actuel du développement du marché intérieur, l'intensité de la distorsion de concurrence dans ces secteurs n'est pas nécessairement proportionnelle au chiffre d'affaires et au niveau de la compensation. En conséquence, les hôpitaux proposant des soins médicaux, y compris le cas échéant, des services d'urgence et des services auxiliaires directement liés aux activités principales, notamment dans le domaine de la recherche, de même que les entreprises de logement social qui procurent un logement aux personnes ou aux groupes sociaux moins avantagés qui, pour des raisons de solvabilité, ne sont pas en mesure de trouver un logement aux conditions du marché, devraient bénéficier de l'exemption de notification énoncée dans la présente décision, même si le montant de la compensation qu'ils reçoivent excède les seuils prévus par celle-ci, pour autant que les services qu'ils fournissent soient qualifiés de services d'intérêt économique général par les États membres.

(17) L'article 73 du traité constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 86, paragraphe 2. Il établit des règles applicables aux compensations de service public du secteur des transports terrestres. Cet article est développé par le règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable⁽²⁾, qui établit des conditions générales pour les obligations de service public dans le secteur du transport terrestre et impose des

⁽²⁾ JO L 156 du 28.6.1969, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CEE) n° 1893/91 (JO L 169 du 29.6.1991, p. 1).

méthodes de calcul pour les compensations. Le règlement (CEE) n° 1191/69 exempte toutes les compensations accordées dans le secteur du transport terrestre qui remplissent les conditions de la notification au titre de l'article 88, paragraphe 3, du traité. Il permet également aux États membres de déroger à ces dispositions dans le cas d'entreprises fournissant exclusivement des transports urbains, suburbains ou régionaux. Lorsque cette dérogation est appliquée, toute compensation d'obligation de service public, dans la mesure où elle constitue une aide d'Etat, est régie par les dispositions du règlement (CEE) n° 1107/70 du Conseil du 4 juin 1970 relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable⁽³⁾. Selon la jurisprudence «Altmark», les compensations qui ne respectent pas les dispositions de l'article 73 ne peuvent pas être déclarées compatibles avec le traité sur base de l'article 86, paragraphe 2, ou de toute autre disposition du traité. Par conséquent, ces compensations sont exclues du champ d'application de la présente décision.

(18) Contrairement au transport terrestre, les secteurs du transport aérien et maritime sont soumis à l'article 86, paragraphe 2, du traité. Certaines règles applicables aux compensations de service public dans ces secteurs figurent dans le règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, ainsi que dans le règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime). Toutefois, contrairement au règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil applicable au transport terrestre, ces règlements relatifs au transport aérien et maritime ne concernent pas la compatibilité des éléments susceptibles de constituer des aides d'Etat et ne prévoient pas d'exemption de l'obligation de notification visée à l'article 88, paragraphe 2, du traité. Il paraît donc approprié d'appliquer la présente décision aux compensations de service public dans les secteurs du transport aérien et maritime, pour autant que, outre le fait qu'elles remplissent les conditions définies par la présente décision, ces compensations respectent également les règles sectorielles contenues dans le règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil et le règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil, le cas échéant.

Les seuils applicables aux compensations de service public dans les secteurs du transport aérien et maritime doivent normalement être identiques à ceux applicables en général. Toutefois, dans les cas spécifiques de compensations de service public accordées à des liaisons aériennes ou maritimes avec les îles ou à des aéroports ou des ports qui constituent des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité, il paraît plus approprié de fixer, en outre, des seuils sur la base du nombre moyen de passagers par an, ce qui est davantage conforme à la réalité économique de ces activités.

⁽³⁾ JO L 130 du 15.6.1970, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 543/97 (JO L 84 du 26.3.1997 p. 6).

(19) La présente décision précise dans une large mesure le sens et la portée de l'exception prévue à l'article 86, paragraphe 2, du traité, telle qu'elle a été appliquée de façon constante dans le passé par la Cour de justice, le Tribunal de première instance et la Commission. Dans la mesure où elle ne modifie pas le droit matériel en la matière, il convient de la rendre immédiatement applicable. Toutefois, certaines de ses dispositions vont plus loin que le statu quo, en ce qu'elles posent des exigences supplémentaires visant à permettre un contrôle efficace des critères énoncés à l'article 86, paragraphe 2. Afin que les Etats membres puissent arrêter les mesures nécessaires en la matière, il convient de prévoir période d'un an avant que ces dispositions spécifiques deviennent applicables.

(20) L'exemption de l'obligation de notification préalable pour certains services d'intérêt économique général n'exclut pas la possibilité pour les Etats membres de notifier un projet d'aide spécifique. Cette notification sera évaluée conformément aux principes de l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public⁽⁴⁾.

(21) Les dispositions de la présente décision s'appliquent sans préjudice des dispositions de la directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises⁽⁵⁾.

(22) Les dispositions de la présente décision s'appliquent sans préjudice des dispositions communautaires en vigueur en matière de marchés publics et de concurrence, en particulier des articles 81 et 82 du traité.

(23) Les dispositions de la présente décision s'appliquent sans préjudice des dispositions spécifiques plus strictes relatives aux obligations de service public contenues dans des législations communautaires sectorielles,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DECISION :

Article premier

Objet

La présente décision énonce les conditions en vertu desquelles les aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général doivent être considérées comme compatibles avec le marché commun et exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 88, paragraphe 3, du traité.

⁽⁴⁾ JO ...

⁽⁵⁾ JO L 195 du 29.7.1980, p. 35. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2000/52/CE (JO L 193 du 29.7.2000, p. 75).

Article 2

Champ d'application

1. La présente décision s'applique aux aides d'État suivantes, accordées à des entreprises sous forme de compensations de service public pour des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité:

a) les compensations de service public octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes, toutes activités confondues, n'a pas atteint 100 millions d'euros au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général et dont le montant annuel de compensation pour le service en cause est inférieur à 30 millions d'euros ;

b) les compensations de service public octroyées aux hôpitaux et aux entreprises de logement social qui exercent des activités qualifiées de services d'intérêt économique général par l'État membre concerné ;

c) les compensations de service public accordées aux liaisons aériennes ou maritimes avec les îles dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 300 000 passagers au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général ;

d) les compensations de service public accordées aux aéroports et aux ports dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 1 000 000 de passagers pour les aéroports et 300 000 passagers pour les ports au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général.

Le seuil de 30 millions d'euros mentionné au premier alinéa, point a), peut être déterminé en considérant une moyenne annuelle, représentant la valeur des compensations octroyées au cours du contrat ou sur une période de cinq ans. Pour les établissements de crédit, le seuil de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires est remplacé par un seuil de 800 millions d'euros en termes de total du bilan.

2. Dans le domaine des transports aériens et maritimes, la présente décision s'applique uniquement aux aides d'État sous forme de compensations de service public accordées à des entreprises pour des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité, et qui, le cas échéant, respectent le règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil et le règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil. La présente décision ne s'applique pas au secteur du transport terrestre.

Article 3

Compatibilité et exemption de notification

Les aides d'État sous forme de compensations de service public qui remplissent les conditions fixées par la présente décision sont compatibles avec le marché commun et exemptées de l'obligation de notification préalable visée à l'article 88, paragraphe 3, du traité, sans préjudice de l'application de dispositions plus strictes relatives aux obligations de service public contenues dans des législations communautaires sectorielles.

Article 4

Mandat

Pour que la présente décision soit applicable, la responsabilité de la gestion du service d'intérêt économique général doit être confiée à l'entreprise concernée au moyen d'un ou de plusieurs actes officiels, dont la forme peut être déterminée par chaque État membre. Ce ou ces actes doivent notamment indiquer:

- a) la nature et la durée des obligations de service public ;
- b) les entreprises et territoire concernés ;
- c) la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyé à l'entreprise ;
- d) les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- e) les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

Article 5

Compensation

1. Le montant de la compensation ne peut excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution de ces obligations. Cette compensation doit être effectivement utilisée pour assurer le fonctionnement du service d'intérêt économique général concerné, sans préjudice de la possibilité pour l'entreprise de profiter normalement de son bénéfice raisonnable.

Le montant de la compensation inclut tous les avantages accordés par l'État ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit. Le bénéfice raisonnable doit tenir compte de tout ou partie des gains de productivité réalisés par les entreprises en cause au cours d'une période convenue et limitée, sans altérer le niveau qualitatif des services fixé par l'Etat.

2. Les coûts à prendre en considération englobent tous les coûts occasionnés par la gestion du service d'intérêt économique général. Ils sont calculés comme suit sur la base des principes de comptabilité analytique généralement acceptés:

- a) lorsque les activités de l'entreprise en cause se limitent au service d'intérêt économique général, tous ses coûts peuvent être pris en considération ;
- b) lorsque l'entreprise réalise également des activités en dehors du service d'intérêt économique général, seuls les coûts liés à ce service peuvent être pris en considération ;
- c) les coûts attribués au service d'intérêt économique général peuvent couvrir tous les coûts variables occasionnés par la fourniture dudit service, une contribution proportionnelle aux coûts fixes communs au service en cause et à d'autres activités, ainsi

qu'une rémunération appropriée des capitaux nécessaires à l'exécution du service, conformément à un retour sur investissements normal pour le secteur ;

d) les coûts liés aux investissements, notamment d'infrastructures, peuvent être pris en considération lorsque cela s'avère nécessaire en vue du fonctionnement du service d'intérêt économique général.

3. Les recettes à prendre en considération incluent à tout le moins la totalité des recettes retirées du service d'intérêt économique général. Si l'entreprise en cause dispose de droits spéciaux ou exclusifs liés à un autre service d'intérêt économique général, qui génère des bénéfices excédant le bénéfice raisonnable, ou bénéficie d'autres avantages octroyés par l'Etat, ceux-ci doivent être inclus dans les recettes, indépendamment de leur qualification au regard de l'article 87. L'Etat membre concerné peut décider que les bénéfices retirés d'autres activités, en dehors du service d'intérêt économique général, doivent être affectés en tout ou en partie au financement du service d'intérêt économique général.

4. Aux fins de la présente décision, il convient d'entendre par «bénéfice raisonnable» un taux de rémunération des capitaux propres qui tient compte du risque, ou de l'absence de risque, encouru par l'entreprise du fait de l'intervention de l'Etat membre, notamment si celui-ci octroie des droits exclusifs ou spéciaux. Normalement, ce taux ne doit pas dépasser le taux moyen constaté dans le secteur concerné au cours des dernières années. Dans les secteurs où il n'existe aucune entreprise comparable à celle à laquelle a été confiée la gestion du service d'intérêt économique général, une comparaison peut être effectuée avec des entreprises établies dans d'autres Etats membres ou, au besoin, appartenant à d'autres secteurs, à condition que les caractéristiques particulières de chaque entreprise soient prises en considération. Pour déterminer le bénéfice raisonnable, les Etats membres peuvent introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains de productivité.

5. Lorsqu'une entreprise réalise des activités qui se situent à la fois dans le cadre du service d'intérêt économique général et en dehors de celui-ci, sa comptabilité interne doit indiquer séparément les coûts et les recettes liés à ce service et à d'autres services, ainsi que les paramètres de répartition des coûts et des recettes.

Les coûts liés à d'éventuelles activités en dehors du service d'intérêt économique général doivent couvrir tous les coûts variables, une contribution adéquate aux coûts fixes, ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux. Aucune compensation ne peut être octroyée pour ces coûts.

Article 6

Contrôle de la surcompensation

Les Etats membres procèdent ou font procéder à des contrôles réguliers afin de s'assurer que les entreprises ne bénéficient pas d'une compensation excédant le montant déterminé conformément à l'article 5.

Les Etats membres exigent de l'entreprise concernée qu'elle rembourse toute surcompensation éventuelle, et les paramètres de calcul de la compensation sont mis à

jour pour l'avenir. Lorsque le montant de la surcompensation ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle, la surcompensation peut être reportée sur la période annuelle suivante et déduite du montant de la compensation due pour cette période.

Dans le secteur du logement social, les Etats membres procèdent ou font procéder à des contrôles réguliers au niveau de chaque entreprise afin de s'assurer que l'entreprise concernée ne bénéficie pas d'une compensation excédant le montant déterminé conformément à l'article 5. Toute surcompensation éventuelle peut être reportée sur la période suivante, jusqu'à un maximum de 20 % de la compensation annuelle, à condition que l'entreprise concernée gère uniquement des services d'intérêt économique général.

Article 7

Mise à disposition d'informations

Les Etats membres tiennent à la disposition de la Commission, pendant dix ans au moins, tous les éléments nécessaires pour établir si les compensations attribuées sont compatibles avec la présente décision.

Sur demande écrite de la Commission, les Etats membres communiquent à celle-ci toutes les informations qu'elle juge nécessaires pour déterminer si les systèmes de compensation en vigueur sont compatibles avec la présente décision.

Article 8

Rapports

Chaque Etat membre présente tous les trois ans à la Commission un rapport périodique sur la mise en œuvre de la présente décision, y compris une description détaillée des conditions d'application de celle-ci dans l'ensemble des secteurs, dont celui du logement social et des hôpitaux. Le premier rapport est communiqué [*trois ans après la date d'entrée en vigueur de la présente décision – date à insérer avant publication*].

Article 9

Evaluation

Pour le [*quatre ans après la date d'entrée en vigueur de la présente décision – date à insérer avant publication*] au plus tard, la Commission réalise une analyse d'impact sur la base d'éléments concrets et des résultats des vastes consultations qu'elle aura effectuées en se fondant notamment sur des données fournies par les Etats membres conformément à l'article 8.

Les résultats de l'analyse d'impact seront communiqués au Parlement européen, au Comité des régions, au Comité économique et social européen et aux Etats membres.

Article 10

Entrée en vigueur

La présente décision entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

L'article 4, points c), d) et e) et l'article 6 s'appliquent à compter du [*un an après la date de publication – date à indiquer avant la publication*].

Article 11

Destinataires

Les Etats membres sont destinataires de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le [...]

Par la Commission

[...]

Membre de la Commission

Annexe 4 : **Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public^(a)**

1. OBJET ET CHAMP D'APPLICATION

1. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice⁽¹⁾ que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, si elles remplissent certaines conditions. Toutefois, si les compensations de service public ne remplissent pas ces conditions, et si les critères généraux d'applicabilité de l'article 87, paragraphe 1, sont remplis, ces compensations constituent des aides d'Etat.

2. La décision de la Commission n° ... du ... concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général définit les conditions dans lesquelles certains types de compensations de service public constituent des aides d'Etat compatibles avec l'article 86, paragraphe 2, et exempte de l'obligation de notification préalable les compensations satisfaisant à ces conditions. Les compensations de service public qui constituent des aides d'Etat et qui n'entrent pas dans le champ d'application de la décision n°... restent soumises à l'obligation de notification préalable. L'objet de cet encadrement est de préciser dans quelles conditions ces aides d'Etat peuvent être compatibles avec le marché commun, conformément aux dispositions de l'article 86, paragraphe 2.

3. Le présent encadrement est applicable aux compensations de service public accordées à des entreprises pour des activités soumises aux règles du traité CE, à l'exception du secteur des transports et du secteur de la radiodiffusion de service public qui est couvert par la communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat⁽²⁾.

4. Les dispositions du présent encadrement s'appliquent sans préjudice des dispositions spécifiques plus strictes relatives aux obligations de service public contenues dans des législations et mesures communautaires sectorielles.

^(a) A la date de publication du présent rapport d'information, ce document n'avait pas encore été publié au *Journal officiel de l'Union européenne*.

⁽¹⁾ Arrêt du 24 juillet 2003 dans l'affaire C-280/00 Altmark Trans, et arrêt du 27 novembre 2003 dans les affaires jointes C-34/01 à C-38/01 Enirirsorse SpA

⁽²⁾ JO C 320 du 15 novembre 2001.

5. Les dispositions du présent encadrement s'appliquent sans préjudice des dispositions communautaires en vigueur en matière de marchés publics et de concurrence (en particulier des articles 81 et 82).

2. CONDITIONS DE LA COMPATIBILITE DES COMPENSATIONS DE SERVICE PUBLIC QUI CONSTITUENT DES AIDES D'ÉTAT

2.1. Dispositions générales

6. Dans son arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003⁽³⁾, la Cour a fixé les conditions dans lesquelles les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat.

«[...] Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies. [...]

[...] Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes. [...] Aussi, la compensation par un Etat membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité.

[...] Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable. [...]

[...] Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.»

⁽³⁾ Arrêt du 24 juillet 2003 dans l'affaire C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, non encore publié.

7. Lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État et les articles 87 et 88 du traité ne s'appliquent pas. Si les États membres ne satisfont pas à ces critères et si les critères généraux d'applicabilité de l'article 87, paragraphe 1, du traité sont remplis, les compensations de service public constituent des aides d'État.

8. La Commission est d'avis qu'au stade actuel de développement du marché intérieur, ces aides d'État peuvent être déclarées compatibles avec le traité en application de l'article 86, paragraphe 2, si elles sont nécessaires au fonctionnement des SIEG et n'affectent pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Les conditions suivantes doivent être remplies pour parvenir à cet équilibre.

2.2. Réel service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 du traité CE

9. Il résulte de la jurisprudence qu'à l'exception des secteurs dans lesquels cette question fait déjà l'objet d'une réglementation communautaire, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la nature des services susceptibles d'être qualifiés d'intérêt économique général. Dès lors, à l'exception de ces secteurs, la tâche de la Commission est de veiller à ce que ces dispositions soient appliquées sans erreur manifeste en ce qui concerne la définition des SIEG.

Il résulte en effet de l'article 86, paragraphe 2, que les entreprises⁽⁴⁾ chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont des entreprises chargées d'une «mission particulière». Lorsqu'ils définissent les obligations de service public et évaluent si ces obligations sont remplies par les entreprises concernées, les États membres sont invités à mener de vastes consultations, en particulier des utilisateurs.

2.3. Nécessité d'un acte précisant les obligations de service public et les modalités de calcul de la compensation

10. La notion de service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 du traité implique que les entreprises en cause aient été chargées d'une mission particulière

⁽⁴⁾ On entend par entreprise toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement. Par entreprise publique, on entend toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de leur droit de propriété, de leur participation financière ou des règles qui la régissent, conformément à l'article 2, paragraphe 1, point b), de la directive 80/723/CEE de la Commission relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195 du 29 juillet 1980, p. 35, telle que modifiée en dernier lieu par la directive 2000/52/CE, JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75).

attribuée par l'Etat⁽⁵⁾. À l'exception des secteurs dans lesquels cette question fait déjà l'objet d'une réglementation communautaire, les pouvoirs publics demeurent à tout moment responsables de fixer l'ensemble des critères et des conditions applicables à la prestation de services, indépendamment du statut du prestataire et de la question de savoir si le service est fourni sur la base d'une concurrence libre. Il en résulte qu'une attribution de service public est nécessaire pour définir les obligations des entreprises en cause et de l'Etat. Par État, il convient d'entendre l'Etat central ou les collectivités locales ou régionales.

11. La responsabilité de la gestion du service d'intérêt économique général doit être confiée à l'entreprise concernée au moyen d'un ou de plusieurs actes officiels, dont la forme peut être déterminée par chaque Etat membre. Ce ou ces actes, doivent notamment indiquer :

- la nature précise des obligations de service public et leur durée ;
- les entreprises concernées et le territoire concernés ;
- la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés aux entreprises ;
- les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

12. Lorsqu'ils définissent les obligations de service public et évaluent si ces obligations sont remplies par les entreprises concernées, les États membres sont invités à mener de vastes consultations, en particulier des utilisateurs.

2.4. *Montant de la compensation*

13. **Le montant de la compensation** ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Il comprend tous les avantages accordés par l'État ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit. Le bénéfice raisonnable peut notamment inclure tout ou partie des gains de productivité réalisés par les entreprises en cause au cours d'une période convenue et limitée, sans altérer le niveau qualitatif des services fixé par l'Etat.

⁽⁵⁾ Voir notamment arrêt de la Cour du 21 mars 1974, BRT / SABAM. Affaire C-127/73 Rec. 1974, p. 313.

En tout état de cause, une compensation doit être effectivement utilisée pour assurer le fonctionnement du SIEG concerné. La compensation d'un service public accordée pour le fonctionnement d'un SIEG, mais utilisée en fait pour intervenir sur d'autres marchés n'est pas justifiée et constitue donc une aide d'État incompatible. L'entreprise qui perçoit la compensation de service public peut toutefois profiter normalement de son bénéfice raisonnable.

14. Les **coûts à prendre en considération** comprennent tous les coûts liés au fonctionnement du SIEG. Lorsque les activités de l'entreprise en cause se limitent au SIEG, tous ses coûts peuvent être pris en considération. Lorsque l'entreprise réalise également des activités en dehors du SIEG, seuls les coûts liés au SIEG peuvent être pris en considération. Les coûts attribués au SIEG peuvent couvrir tous les coûts variables occasionnés par la fourniture du SIEG, une contribution adéquate aux coûts fixes communs au SIEG et à d'autres activités, et une rémunération appropriée des capitaux propres affectés au SIEG⁽⁶⁾. Les coûts liés aux investissements, notamment en matière d'infrastructures, peuvent être pris en compte lorsqu'ils s'avèrent nécessaires pour le fonctionnement du SIEG. Les coûts attribués à d'éventuelles activités en dehors du SIEG doivent couvrir tous les coûts variables, une contribution adéquate aux coûts fixes communs et une rémunération appropriée des capitaux. Ces coûts ne peuvent en aucun cas être imputés au SIEG. Le calcul des coûts doit respecter les critères précédemment définis et être fondé sur des principes de comptabilité analytique généralement acceptés, qui doivent être signalés à la Commission dans le cadre de la notification effectuée conformément aux dispositions de l'article 88, paragraphe 3.

15. Les **recettes à prendre en considération** doivent au moins inclure toutes les recettes tirées du SIEG. Si l'entreprise en cause dispose de droits exclusifs ou spéciaux liés à un SIEG qui génère des bénéfices excédant le bénéfice raisonnable, ou bénéficie d'autres avantages octroyés par l'Etat, ceux-ci doivent être pris en considération, indépendamment de leur qualification au regard de l'article 87, et s'ajoutent à ses recettes. L'État membre peut également décider que les bénéfices retirés d'autres activités, en dehors du SIEG, doivent être affectés en tout ou en partie au financement du SIEG.

16. Par «**bénéfice raisonnable**», il convient d'entendre un taux de rémunération du capital propre qui doit prendre en compte le risque, ou l'absence de risque, encouru par l'entreprise du fait de l'intervention de l'Etat, notamment si ce dernier octroie des droits exclusifs ou spéciaux. Normalement, ce taux ne doit pas dépasser le taux moyen constaté dans le secteur concerné au cours des années récentes. Dans les secteurs où il n'existe

⁽⁶⁾ Voir arrêt de la Cour du 3 juillet 2003, *Chronopost SA*, affaires jointes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01P.

aucune entreprise comparable à celle à laquelle a été confiée la gestion du SIEG, une comparaison peut être effectuée avec des entreprises établies dans d'autres Etats membres ou, au besoin, appartenant à d'autres secteurs, à condition que les caractéristiques particulières de chaque entreprise soient prises en considération. Pour la détermination du bénéfice raisonnable, l'État membre peut introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service rendu et aux gains de productivité.

17. Lorsqu'une entreprise réalise des activités qui se situent à la fois dans le cadre du SIEG et en dehors de celui-ci, sa comptabilité interne doit indiquer séparément les coûts et les recettes liés au SIEG et à d'autres services, ainsi que les paramètres de répartition des coûts et des recettes. Lorsqu'une entreprise est chargée de la gestion de plusieurs SIEG, soit parce que l'autorité qui assigne le SIEG est différente, soit parce que c'est la nature du SIEG qui est différente, la comptabilité interne de l'entreprise doit permettre de garantir l'absence de surcompensation au niveau de chaque SIEG. Ces principes sont sans préjudice des dispositions de la directive de la Commission relative à la **transparence des relations financières** entre les États membres et certaines entreprises⁽⁷⁾, dans les cas où cette directive s'applique.

3. SURCOMPENSATION

18. L'Etat doit procéder, ou faire procéder, à un contrôle de l'absence de surcompensation. La surcompensation n'étant pas nécessaire au fonctionnement du SIEG, elle constitue une aide d'Etat incompatible qui doit être remboursée à l'État. En outre, pour l'avenir, les paramètres de calcul de la compensation doivent être mis à jour.

19. Lorsque le montant de la surcompensation ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle, il peut être reporté sur l'année suivante. Certains SIEG peuvent connaître des coûts avec une variabilité annuelle importante, notamment en ce qui concerne des investissements spécifiques. En pareille hypothèse, une surcompensation exceptionnelle supérieure à 10 % certaines années peut se révéler nécessaire au fonctionnement du SIEG. La situation spécifique susceptible de justifier une surcompensation supérieure à 10 % doit être expliquée dans la notification à la Commission. Il convient toutefois qu'un bilan soit effectué selon une périodicité adaptée à chaque secteur d'activité qui, en tout état de cause, ne devrait pas dépasser quatre ans, et que l'intégralité de la surcompensation constatée à l'issue de cette période soit remboursée.

20. Une surcompensation peut être utilisée pour financer un autre SIEG exploité par la même entreprise, mais 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.

⁽⁷⁾ Directive 80/723/CEE.

21. Le montant d'une surcompensation ne peut pas être laissé à la disposition d'une entreprise, au motif qu'il s'agirait d'une aide compatible avec le traité (par exemple, aides en faveur de l'environnement, aides à l'emploi, aides aux PME, etc.). Si un Etat membre souhaite octroyer de telles aides, il convient que la procédure de notification préalable prévue à l'article 88, paragraphe 3, soit respectée. Le paiement de l'aide ne peut intervenir que lorsque celle-ci a été autorisée par la Commission. Si ces aides sont compatibles avec un règlement d'exemption par catégorie, les conditions du règlement applicable doivent être remplies.

4. CONDITIONS ET OBLIGATIONS LIEES AUX DECISIONS DE LA COMMISSION

22. Conformément à l'article 7, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE⁽⁸⁾, la Commission peut assortir sa décision positive de conditions lui permettant de reconnaître la compatibilité avec le marché commun et d'obligations lui permettant de contrôler le respect de sa décision. Dans le domaine des SIEG, la définition de conditions et d'obligations peut s'avérer nécessaire notamment pour s'assurer que les aides octroyées aux entreprises ne donnent pas lieu à des surcompensations. Dans ce contexte, des rapports périodiques ou d'autres obligations peuvent s'imposer, en fonction de la situation spécifique de chaque SIEG.

5. APPLICATION DE L'ENCADREMENT

23. Le présent encadrement s'applique à compter de sa publication au Journal officiel des Communautés européennes. Sa validité prend fin six ans après son entrée en vigueur. La Commission pourra, après consultation des Etats membres, modifier le présent encadrement avant la date d'expiration pour des raisons importantes liées au développement du marché commun. Après quatre ans, la Commission réalisera une analyse d'impact sur la base de données concrètes et des vastes consultations qu'elle aura effectuées en se fondant notamment sur des données fournies par les États membres. Les résultats de cette analyse seront communiqués au Parlement européen, au Comité des régions, au Comité économique et social européen et aux Etats membres.

24. La Commission appliquera les dispositions du présent encadrement à tous les projets d'aide qui lui seront notifiés et statuera sur ces projets après la publication au Journal officiel dudit encadrement, même si ces projets ont fait l'objet d'une notification avant cette publication. Pour les aides non notifiées, la Commission appliquera:

⁽⁸⁾ JO L 83 du 27 mars 1999, p. 1.

- les dispositions du présent encadrement si l'aide a été octroyée après la publication de cet encadrement au Journal officiel ;
- les dispositions en vigueur au moment de l'octroi de l'aide pour les autres cas de figure.

6. MESURES UTILES

25. La Commission propose comme mesures utiles, conformément à l'article 88, paragraphe 1, que les Etats membres rendent leurs régimes de compensation de service public compatibles avec le présent encadrement dans un délai de 18 mois à compter de la date de sa publication au Journal officiel. Dans un délai d'un mois à compter de la date de publication au Journal officiel, les États membres confirmeront à la Commission qu'ils acceptent les mesures utiles proposées. En cas d'absence de réponse, la Commission considérera que l'Etat membre en question n'est pas d'accord avec la proposition.