

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Les compensations de service public du Paquet Almunia , une obscure clarté

KALFLÈCHE GRÉGORY
SORBARA JEAN-GABRIEL

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), SORBARA (J.-G.), « Les compensations de service public du Paquet Almunia , une obscure clarté », *Europe*, n° 6, 2012, p. 4-9.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Les compensations de service public du Paquet Almunia , une obscure clarté

L'adoption par la Commission, en décembre 2011, d'une série de mesures relatives au régime des compensations des activités de service public en général, et de service d'intérêt économique en particulier constitue un nouveau paquet dit « Almunia » qui prend la suite du paquet « Monti/Kroes » adopté en 2005. Ce paquet rationalise les mesures de 2005 mais continue à manquer de clarté, tout particulièrement dans l'identification des notions d'aides, de service public et de SIEG. L'un de ses apports principaux concerne l'organisation précise des modalités de détermination et de calcul des COSP admises par la Commission.

1. - Les services d'intérêt économique général (SIEG) bénéficient de plus en plus d'un statut propre au sein du droit de l'Union. Au départ cantonnés à la justification d'exceptions au droit de la concurrence (*ex-art. 86 UE devenu art. 106 TFUE*), ils ont obtenu avec le Traité d'Amsterdam un statut de « valeur commune de l'Union » (*ex-art. 16 CE devenu art. 14 TFUE*). Le Traité de Lisbonne les a encore renforcés en ajoutant un protocole 26 intitulé « sur les services d'intérêt général » qui précise le sens de l'expression de « valeur commune » en reconnaissant aux différentes autorités nationales et locales un pouvoir discrétionnaire sur leur création et leur organisation, une adaptabilité selon les situations géographiques, sociales ou culturelles, un niveau élevé de qualité et une égalité de traitement (et non pas une « non-discrimination » comme classiquement en droit de l'Union). Ces « lois de Rolland » européennes rapprochent les SIEG des services publics tels que nous les connaissons en France.

2. - Pourtant, c'est encore principalement dans le domaine de la concurrence que l'on retrouve l'utilité principale de la qualification de SIEG. L'article 106 TFUE prévoit ainsi une soumission de principe des entreprises chargées de SIEG au droit de la concurrence, tout en reconnaissant qu'elles peuvent s'en affranchir dans certaines hypothèses. Se pose, en effet, la question du financement de ces services qui sont soumis à des obligations supplémentaires par rapport à celles auxquelles est soumise une entreprise normale sur le même marché. Depuis l'arrêt du tribunal « *Fédération Française des sociétés d'assurances* »^{Note 1} on sait que le financement peut être alloué par l'État sous forme de « compensations de service public », c'est-à-dire sous forme de ressources venant rétablir le marché concurrentiel dont le cours avait été troublé par les obligations supplémentaires imposées. Les conditions de cette compensation, prévues par l'arrêt *Altmark*^{Note 2}, ne prenaient pas en compte la réelle diversité des situations. Pour éviter que cet arrêt ne mette à mal un certain nombre de SIEG, la Commission a dû, en 2005, prendre des textes expliquant, en dehors des cas concernés par l'arrêt *Altmark*, les conditions et méthodes de ces compensations : le « Paquet Monti/Kroes ». Cependant, ces textes avaient été pris sur une base textuelle faible et dans le cadre d'une instabilité jurisprudentielle. C'est ainsi qu'après une concertation importante celui-ci a été rénové par un nouvel ensemble de textes de décembre 2011 : le « Paquet Almunia ». Ce paquet est composé de quatre textes :- **Une décision de la commission** « *relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* »^{Note 3}. Cette décision étend, au-delà des hypothèses d'*Altmark*, le nombre de services dont l'aide est exempté de notification, notamment pour ce qui concerne les services « sociaux » d'intérêt général. Cette décision, au

cœur du paquet Almunia, remplace la décision du paquet Monti/Kroes^{Note 4}. - **Une communication** « relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général »^{Note 5} qui vient préciser les notions utilisées notamment dans le cadre de la jurisprudence *Altmark* et permettant l'application du régime d'exemption (entreprise, activité économique, autorité publique, effet de commerce, marchés publics...). Elle reprend pour l'essentiel, comme c'est le rôle des communications, les éléments posés par la jurisprudence de la CJUE. - **Une communication « d'encadrement »** de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public (2011)^{Note 6}. L'objet de ce texte est de préciser les hypothèses dans lesquelles des aides sont compatibles avec le marché intérieur sans pour autant être visées par la décision de la commission. La communication précise notamment la façon de calculer les compensations et les incitations visant à une amélioration de l'efficacité du service (avec pour objectif que les opérateurs économiques n'aient plus besoin d'aides dans l'avenir). Elle remplace la communication « Encadrement » 2005/C 297/04 du Paquet Monti/Kroes. - **Le règlement « de minimis »**^{Note 7} a pour objet de déterminer quelles sont les aides les moins importantes qui, à ce titre, n'ont pas à être notifiées à la Commission.

3. - Si cet ensemble de textes a pour vocation de simplifier et clarifier, on ne peut pourtant pas dire qu'il a atteint son objectif. Le droit des compensations de service public mériterait plutôt un règlement général qui rationaliserait l'état actuel du droit applicable. On y gagnerait une plus grande précision sémantique (notamment dans l'usage du terme d'aide ou de celui de compensation de service public qui ont plusieurs objets en l'état actuel des choses), mais aussi une plus grande rigueur de raisonnement : de véritables notions juridiques pourraient impliquer un régime précis de notification ou non. Le droit actuel, fondé sur la jurisprudence *Altmark* que le Paquet Almunia précise et dont il comble les manques, n'est pas satisfaisant. Malgré les efforts de cohérence par rapport au Paquet Monti/Kroes, fonder ce droit sur l'arrêt *Altmark* est une sorte de pêché originel qui ne permet pas une lisibilité suffisante. L'usage d'un règlement permettrait – ce que ne peut pas faire une série de décisions et de communications – la mise à plat d'un droit déjà marqué par le pragmatisme de la commission qui organise davantage le flux des notifications qui doivent lui être faites qu'elle ne crée un véritable droit tourné vers les acteurs, notamment locaux.

4. - La structure générale du droit des aides et compensations de service public applicables aux SIEG est en effet par elle-même très complexe. Elle oblige à un raisonnement en quatre temps – aux notions confuses et aux exceptions nombreuses – que les acteurs locaux, principaux destinataires de ces textes, ont du mal à maîtriser (1). Le régime des compensations, plus simple dans sa logique en ce qu'il distingue aides notifiées et aides non-notifiées, fait appel à des calculs complexes et marqués par une analyse économique poussée (2).

1. Un mécanisme général d'aides et de compensations de service public mis en œuvre à travers plus de subsidiarité

5. - Certains auteurs ont pu souligner la structure « en cascade » des dérogations de l'article 106 TFUE relatif à la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence^{Note 8}. Son premier paragraphe prévoit ainsi la subordination aux règles de la concurrence des entreprises chargées de SIEG ou de

monopole fiscal, le deuxième déroge à ce principe si l'application de la concurrence empêche à ces entreprises « l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie », le troisième dérogeant à cette exception si le SIEG affecte « le développement des échanges [...] dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ». Le mécanisme concret issu des directives et de la jurisprudence utilise les mêmes ressorts : règles générales et dérogations, puis dérogations aux dérogations (A). Un objectif de clarté a cependant été affiché lors de l'écriture du paquet Almunia. L'objectif était de permettre une meilleure application de ces dispositions complexes par les autorités locales qui sont, en application du principe de subsidiarité, des acteurs logiques de la reconnaissance des SIEG (B). Il n'est pas certain que, face à un système aussi fondamentalement complexe et à une aussi faible systématisation des notions, les collectivités s'y retrouvent mieux.

A. - *Le mécanisme général des limites aux interdictions des aides*

6. - Le principe reste l'interdiction des aides, fondée sur le fait qu'elles sont par nature des atteintes à la libre concurrence. L'article 106, paragraphe 1 TFUE renvoie d'ailleurs aux articles 18 et 101 à 109 TFUE inclus, c'est-à-dire au droit général de la concurrence. Le vice-président de la commission chargé de la concurrence qui a donné son nom au paquet Almunia, le rappelle d'ailleurs : « La Commission se doit bien entendu de veiller à ce que les entreprises qui assurent des services d'intérêt économique général ne bénéficient pas d'une surcompensation, afin de préserver la concurrence et l'emploi et d'assurer une utilisation efficace des maigres ressources publiques »^{Note 9}. Après quelques hésitations, la jurisprudence est venue apporter une première limite générale en excluant de la qualification d'aides certaines « compensations de service public » (COSP)^{Note 10}. Deux ans plus tard, la jurisprudence *Altmark* a précisé les quatre conditions, désormais classiques, pour qu'une compensation de service public sorte de la qualification d'aide (*pts 89 à 94 de l'arrêt*) : Il faut premièrement que la réalité des obligations de service public dont est chargée l'entreprise soit effective et que ces obligations soient définies ; deuxièmement que le calcul des compensations à ces obligations, établi préalablement, soit objectif et transparent ; troisièmement que la compensation soit limitée aux coûts occasionnés en tenant compte des recettes et d'un bénéfice raisonnable ; quatrièmement et enfin qu'en dehors des cas de mise en concurrence par un marché public, le niveau des compensations soit « déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée ». Lorsque ces quatre critères sont réunis, la somme accordée n'est pas qualifiée d'aide et, partant, la personne publique n'est pas contrainte à une notification de ces sommes à la Commission. Il faut cependant insister sur le fait qu'en pratique, du fait de la 4e condition posée par l'arrêt *Altmark*, cette jurisprudence ne s'applique presque que dans des cas de marchés publics au sens du droit de l'Union, même s'ils ne sont pas les seuls cas et si tous n'excluent pas la qualification d'aide^{Note 11}.

7. - Dans la quasi-totalité des cas cependant, si l'ensemble des quatre critères de l'arrêt *Altmark* n'est pas réuni, une partie d'entre eux le sont, et notamment les trois premiers. Les usages contentieux de cette jurisprudence sont en effet très peu nombreux du fait de la difficulté à remplir cumulativement ces quatre critères. La jurisprudence *Altmark* ne traite alors pas directement de ces cas. Le paquet Almunia, comme le paquet Monti/Kroes avant lui, vient précisément traiter de ces situations (en dehors de la Communication 2012/C 8/02 qui est venue éclairer les différents critères de l'arrêt *Altmark*). Il distingue alors trois hypothèses différentes dans lesquelles l'octroi (direct ou indirect) de sommes d'argent est justifié, en application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE, parce qu'on leur accorde la qualification de « compensation de service public ». Le paquet Almunia apparaît donc comme un régime plus large qui

dépasse l'arrêt Altmark et en compense les critères réducteurs.

8. - La première hypothèse est celle dans laquelle l'aide ne porte pas atteinte au développement des échanges intracommunautaires pour la raison qu'elle est trop faible. Ces aides sont régies par un règlement (CE) n° 1998/2006 du 15 décembre 2006^{Note 12} dit « *de minimis* » auquel s'ajoute le règlement *de minimis* applicable plus spécialement aux entreprises chargées de la gestion de SIEG. On notera que les États membres pourront choisir entre les deux pour les compensations de SIEG^{Note 13}, mais si l'aide au titre du règlement (CE) n° 1998/2006 n'est pas accordée au titre des compensations de service public, les deux sommes peuvent se cumuler^{Note 14}. Les textes du Paquet contiennent cependant une imprécision, certains estimant que les aides « *de minimis* » n'ont pas la qualité d'aides et que c'est pour cette raison qu'elles n'ont pas à être notifiées^{Note 15}; le règlement estime qu'il s'applique aux « *aides octroyées aux entreprises chargées de la gestion de SIEG* » (*art. 1er, § 1*) et qu'elles sont des « *aides de minimis* ». L'imprécision des termes doit cependant laisser comprendre qu'il ne s'agit pas d'aides « *au sens de l'article 107, § 1 TFUE* » (parce qu'elles n'affectent pas les échanges entre États-membres) et que c'est bien cela la raison pour laquelle il n'y a pas de notification... mais qu'il s'agit bien d'aides au sens technique du terme.

9. - Concrètement, après avoir développé des critères très controversés durant sa phase de rédaction, le règlement *de minimis* semble s'arrêter sur un nouveau critère central de 500 000 euros d'aide (sous forme de subvention, de prêt, d'injection de capitaux ou de garantie d'emprunt) sur une période de trois exercices fiscaux (*art. 2, § 2*). On notera que le seuil *de minimis* du règlement (CE) n° 1998/2006 est de 200 000 euros sur trois ans. L'article 3 du règlement prévoit une compétence de l'État membre pour vérifier que le plafond n'est pas dépassé par un cumul des compensations de SIEG que d'autres collectivités pourraient donner. Par ailleurs, il prévoit des règles de contrôle dites « *ex post* » conduisant à une collation et une conservation des données sur les aides par l'État membre pendant 10 ans, données qui serviront notamment au nouveau règlement qui suivra vraisemblablement celui-ci après le 31 décembre 2018, date à laquelle il ne sera plus applicable. Pour être complet sur l'application dans le temps, le règlement prévoit son application immédiate, y compris aux « *aides accordées pour la prestation des SIEG avant son entrée en vigueur* » si les conditions (plus favorables) de ce texte sont remplies. Cela n'est pas sans poser de problème lorsque l'aide est accordée par contrat. Au-delà de la circulaire d'application du Paquet Monti/Kroes qu'il faudra modifier^{Note 16}, c'est aussi celle du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations qui fixe les règles concernant les subventions qui peuvent leur être accordées qui devra être réécrite.

10. - La deuxième hypothèse dans laquelle une aide n'est pas soumise au principe d'interdiction concerne celles qui, bien que qualifiées d'aides au sens de l'article 107, paragraphe 1 TFUE, sont compatibles avec le traité parce qu'elles sont des compensations de service public (COSP) définies à l'article 106, paragraphe 2 TFUE et n'ont donc pas à être notifiées. Il s'agit des compensations de service public que la nouvelle décision 2012/21/UE vient préciser en renforçant les exemptions de notification que l'on trouvait déjà dans le Paquet Monti/Kroes. Ainsi, si le montant des « *aides prenant la forme de COSP* » ne devant pas être notifié passe à 15 millions d'euros par an, alors qu'il était auparavant de 30 millions d'euros^{Note 17}, cette somme ne dépend pas, comme auparavant, d'un plafond de chiffre d'affaires de l'entreprise chargée du SIEG (il y avait un plafond de 100 millions auparavant). À cela, il faut ajouter une augmentation du nombre de services publics qui, quel que soit le montant de l'aide, n'ont pas à être notifiés et que l'on peut

regrouper sous l'intitulé de services sociaux d'intérêt général^{Note 18}.

11. - Limités dans le Paquet Monti/Kroes aux services d'urgence des hôpitaux et au logement social, ces services s'étendent aujourd'hui bien plus largement aux services sociaux d'intérêt général (les SSIEG comme on a pu les qualifier, pour distinguer cette sous-catégorie des SIEG, elle-même sous-catégorie des SIG). L'article 2, paragraphe 1, sous c) de la décision vise par là les soins de santé de longue durée, les gardes d'enfant, l'insertion sur le marché du travail, le logement social et l'insertion sociale des groupes vulnérables. Enfin (et peut être surtout), pour bénéficier du statut « d'aide prenant la forme de COSP », la somme doit être octroyée dans le respect le plus strict des formes prescrites par le Paquet Almunia pour l'acte de « mandat », c'est-à-dire l'acte octroyant la mission de SIEG à l'entreprise^{Note 19}.

12. - Le champ d'application de cette seconde hypothèse est fixé par une série de critères matériels^{Note 20} : la somme maximum de 15 millions ou les matières exemptées par nature comme les services sociaux d'intérêt général, les hôpitaux les services de transport aériens et portuaires en dessous d'un certain seuil^{Note 21}. On pourrait alors se poser la question de l'existence d'une catégorie spécifique de services faisant l'objet de la compensation, selon la décision 2012/21/UE du 20 décembre 2011 qu'il faudrait distinguer des obligations de service compensé en vertu de la jurisprudence *Altmark* et de ses quatre critères.

13. - Un tel raisonnement serait cependant erroné même si l'intitulé de la décision parle d'aides d'État « sous forme » de compensations de service public et que la jurisprudence *Altmark* nie le qualificatif d'aide d'État à propos des dites compensations. En effet, la décision a pour simple objet de faire échapper un certain nombre d'aides à l'obligation de notification prévue par le régime général. Ceci sans doute afin d'éviter un accroissement conséquent de la charge de contrôle *a priori* de la Commission. Mais le régime prévu pour ces aides reprend les principes des trois premiers critères de la jurisprudence *Altmark* en les précisant pour permettre de faciliter le contrôle *a posteriori*. Le premier critère *Altmark* est de prévoir que l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et que ces obligations doivent être clairement définies. Parallèlement, la décision impose un mandat au titulaire du SIEG qui prévoit « *la nature et la durée des obligations de service public/l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concerné/la nature de tout droit exclusif ou spécial octroyé à l'entreprise [...]* »^{Note 22}. Le deuxième critère d'*Altmark* impose que les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente. Or la décision prévoit que le mandat de l'entreprise titulaire du SIEG indique « *la description du mécanisme de compensation et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation* »^{Note 23}. Par ailleurs des règles strictes de compensation sont prévues par l'article 5 de la décision qui vont, certes, au-delà des exigences d'*Altmark*. Le troisième critère prévoit que 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. Or cette exigence figure *in extenso* à l'article 5-1 de la décision.

14. - On le voit, la décision de la commission sert à étendre les hypothèses *Altmark* et le règlement *de minimis* à des aides qui devraient se voir appliquer le régime général de notification, mais qui concernent soit un montant trop limité (inférieur à 15 millions d'euros) soit des matières pour lesquelles la notification

n'apparaît pas pertinente. Ces raisons purement pragmatiques ne permettent ainsi pas de distinguer la notion de compensation de service public d'une part et celle de compensation de SIEG d'autre part. Les seuls éléments matériels qui comptent et qui sont communs à *Altmark* et à la décision sont l'existence d'une activité économique, d'une entreprise et d'une ressource d'État^{Note 24}

15. - La troisième hypothèse est encore différente. Elle concerne les cas dans lesquels une aide est qualifiée comme telle (y compris au sens de l'article 107, paragraphe 1), c'est-à-dire qu'elle n'entre pas dans le cadre de la jurisprudence *Altmark*, tout en étant soumise au régime général et donc à l'obligation de notification. Il s'agit des COSP, hors *Altmark* et hors du champ de la décision du 20 décembre 2011 qui font l'objet de la communication « Encadrement »^{Note 25}. Elles peuvent donc être compatibles avec le marché intérieur, mais la Commission doit exercer un contrôle sur ce point.

16. - La quatrième hypothèse est celle des COSP qui répondent aux critères de l'arrêt *Altmark* dont le régime est fixé par la communication 2012/C/ 8/02. Cette dernière ne rajoute rien à l'état du droit positif, mais a le mérite de préciser les critères et les notions applicables.

17. - Ainsi, quatre hypothèses concernent les « compensations de service public » et conduisent à quatre régimes différents : la non-qualification d'aide, l'accord de l'aide sans soumission à une notification, l'accord de l'aide sous certaines conditions, mais sa soumission à notification, et enfin la soumission de l'aide à notification et sa qualification d'aide illégale (en totalité ou en partie). La mise en œuvre de ces différentes situations est sensée être clarifiée par le Paquet Almunia, notamment par une explication des termes permettant aux collectivités locales de s'approprier ce droit européen des aides. La complexité de l'ensemble rend cependant cet objectif quasiment impossible à atteindre.

B. - Une mise en œuvre des exceptions – faussement – clarifiée par le Paquet Almunia

1° Une application du Paquet marquée par la subsidiarité

18. - Le droit des aides d'État ne se limite pas, tant s'en faut, à une application par l'État lui-même. Les autres personnes publiques, et notamment en France les collectivités territoriales, accordent bien souvent des aides aux entreprises. Le protocole n° 26 au TFUE précise d'ailleurs dans son article 1er que les autorités « nationales, régionales ou locales » ont une « grande marge de manœuvre pour fournir, faire exécuter et organiser les SIEG ». La question de leur compatibilité avec le droit de l'Union se pose alors localement, et c'est bien à une grande complexité qu'étaient confrontées les collectivités avec le paquet Monti/Kroes. L'un des objectifs du paquet Almunia était donc de renforcer l'application locale du droit en renforçant la lisibilité des dispositions applicables.

19. - La principale raison de cette subsidiarité est le transfert aux autorités locales de la détermination des services qui seront qualifiés de SIEG et pourront donc se voir octroyer des compensations de service public. Cette qualification est volontariste, ce qui est aussi le cas des services publics au sens interne, que

cela soit en application de la théorie du « label » de service public^{Note 26} ou simplement parce que les acteurs locaux peuvent insérer des prérogatives de puissance publique dans tout acte de création d'un service public pour renforcer cette qualification. Le droit de l'Union utilise la présence d'un « mandat », c'est-à-dire d'un acte créant le service sans lequel aucune compensation ne peut être reconnue. Ce mandat peut prendre n'importe quelle forme qui conviendrait au droit de l'État membre (contractuel ou unilatéral notamment).

20. - Conscient de l'importance de ce mandat comme acte justificateur des atteintes à la concurrence, le Paquet Almunia a pris la suite du Paquet Monti/Kroes pour en préciser le contenu^{Note 27}. Ils doivent en effet mentionner la nature et la durée des obligations de service public, l'entreprise et le territoire concerné, la nature du droit exclusif ou spécial et le mécanisme de la compensation avec ses paramètres de calcul et les modalités de remboursement des surcompensations. Le droit de l'Union ne fait qu'encadrer cette liberté locale. C'est en effet dans cette unique mesure qu'elle limite la durée du mandat et, surtout, le calcul des compensations^{Note 28}. Par ailleurs, elle impose une transparence des conditions de création des SIEG en obligeant l'État à effectuer des publications « par internet ou tout autre moyen approprié »^{Note 29}, des éléments du mandat, et un rapport à la commission tous les deux ans et un contrôle des surcompensations tous les trois ans. De la même manière que le Paquet Monti/Kroes avait fait l'objet d'une circulaire de la DGCL du 4 juillet 2008, le Paquet Almunia aura à être précisé pour sa mise en œuvre.

21. - La Cour de justice exerce sur la qualification de SIEG telle qu'elle est définie par les « mandats » un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation^{Note 30}. Par ailleurs, afin de garantir une mise en concurrence régulière, le mandat ne peut avoir une durée de plus de 10 ans^{Note 31}.

22. - La complexité de cet ensemble normatif, et notamment les rapports ambigus entre les hypothèses de soumission au droit issu de l'arrêt *Altmark* et celui issu du Paquet apparaissent cependant comme importants. La prétendue clarification apportée par les textes d'Almunia ne conduira donc pas nécessairement à une meilleure application du droit des aides par les collectivités.

2° Une application du Paquet rendu parfois difficile du fait des réglementations spéciales visant aux mêmes objectifs de concurrence

23. - Fondamentalement marqué par une vision économique libérale, le droit de l'Union a, depuis son origine, multiplié les moyens de garantir le caractère concurrentiel des marchés. Cet objectif est passé par les Traités (sous des formes bien diverses : liberté d'établissement, libre prestation de service, interdiction des ententes et abus de position dominante, reconnaissance mutuelle, non-discrimination et droit des aides), mais aussi par des réglementations sectorielles. Le droit des compensations de services publics s'oppose ainsi à un certain nombre de textes qui ont, d'ores et déjà, le même objectif général.

24. - Le Principal est le droit des marchés publics qui a fait l'objet des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE^{Note 32}. Il y est fait référence dans la communication. Ainsi, ces directives sont l'exception la plus évidente à la jurisprudence *Altmark* puisque ces procédures sont expressément visées par l'arrêt

comme permettant de déterminer un montant optimisé de compensation^{Note 33}. D'autres législations sectorielles permettent cependant aussi de ne pas appliquer le Paquet Almunia et de justifier autrement d'éventuelles compensations de service public. Il en est ainsi notamment dans le domaine des transports aériens et maritimes^{Note 34}, par référence au règlement (CE) n° 1008/2008^{Note 35} et au règlement (CEE) n° 3577/92^{Note 36} qui ne doivent pas notifier les aides dont ils bénéficient, quels que soient leurs montants. Le futur règlement *de minimis* liste d'ailleurs dans son article 1 pt 2 un certain nombre de textes spéciaux qui excluent son application en matière d'aides à la pêche et à l'aquaculture^{Note 37}, à la production primaire de produits agricoles et parfois à leur transformation et leur commercialisation^{Note 38}, aux aides en faveur d'activités liées à l'exportation vers des pays tiers ou États-membres ou qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux, aux aides dans le secteur houiller^{Note 39}, aux aides d'achat de véhicule par des entreprises de transport de marchandises par route et, enfin, aux aides accordées aux entreprises en difficulté.

2. Le régime renforcé des conditions de la compensation

25. - Le mécanisme organisant la compensation de service public tel que figurant dans le paquet *Almunia* complète et précise celui figurant dans le paquet *Monti/Kroes*. Il faut y distinguer les règles applicables aux compensations de SIEG non soumises à l'obligation de notification, mais constitutives d'aides d'État – c'est à dire auxquelles la jurisprudence *Altmark* (précitée) ne s'applique pas – des compensations de SIEG qui restent soumises à l'obligation de notification. Les premières font l'objet de la Décision 2012/21/UE de la Commission, les secondes de la communication "Encadrement".

A. - La compensation des services ne faisant pas l'objet de notification

26. - Par sa Décision relative aux compensations ne faisant pas l'objet de notification, la commission conserve des règles spécifiques applicables à des secteurs particuliers ou à certaines aides dont le montant est inférieur à un certain seuil.

1° Les secteurs concernés

27. - Les SSIEG – Il faut rappeler que les services sociaux d'intérêt économique général (SSIEG) et les hôpitaux bénéficient d'une exemption de notification et ce, quel que soit le montant de celle-ci. Cela ne signifie pas pour autant que le régime des aides ne leur est pas applicable. L'État qui procède à la compensation devra faire application des règles relatives au mandatement ou au calcul de la compensation qui figurent au sein de la Décision et qui sont peu ou prou le pendant de celles figurant dans la communication "Encadrement" applicable aux compensations devant être notifiées.

28. - Les articles 2-b) et c) de la Décision précisent qu'il s'agit des compensations octroyées pour des services répondant à des besoins concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins, la réinsertion sociale et les hôpitaux fournissant des soins médicaux et des services d'urgence y compris lorsqu'ils exercent des activités de recherche ou d'autres activités accessoires.

29. - Le Paquet *Almunia* procède ainsi à un élargissement du périmètre des services sociaux exemptés de notification puisque n'étaient concernés dans le paquet Monti/Kroes que les services de logements sociaux et les hôpitaux. Cependant l'extension de l'exemption de notification ne suffit pas à répondre aux attentes exprimées par le Parlement européen dans une Résolution du 15 novembre 2011 et certains Parlements nationaux, dont le Sénat français, en la matière^{Note 40}. L'absence de spécificité marquée des SSIEG dans le régime des aides façonné par la commission fait craindre que certains modèles sociaux soient atteints par l'application d'un régime général construit sur un modèle économique inadapté aux diversités des systèmes étatiques. La critique porte principalement sur l'inadéquation du régime de la compensation avec les systèmes sociaux à tendance universaliste, soit qu'ils nécessitent une intervention publique afin que tous les citoyens aient un égal accès à un service social identique pour un coût unique, soit qu'ils reposent sur l'intervention d'associations à but non lucratif pour lesquelles les critères de calcul des mécanismes de compensation comme la référence à la notion de « bénéfice raisonnable » ou au calcul du taux de rendement du capital est particulièrement inadapté^{Note 41}.

30. - Le transport aérien et maritime – La commission maintient dans sa Décision le régime spécial applicable au secteur du transport aérien et maritime avec cependant une réduction substantielle du nombre des aéroports concernés puisque le seuil de 1 million de passagers pour les aéroports a été réduit à 200 000 par la Décision de 2012 (art. 2-c). Les secteurs ferroviaires, des télécommunications, des postes et de l'énergie sont exclus du champ de la Décision puisqu'ils bénéficient de textes spécifiques^{Note 42}.

31. - Les SIEG dont la compensation est inférieure à 15 millions d'euros – La Commission a en outre abaissé le montant général des compensations ne nécessitant pas de notification à 15 millions d'euros alors qu'il était fixé à 30 millions d'euros par la Décision de la commission du 28 novembre 2005. Cette rigueur accrue est compensée par la suppression de la limite antérieure exemptant de notification les seules entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen était inférieur à un certain montant hors taxe. L'importance de l'entreprise est par conséquent indifférente à l'obligation de notification.

2° Les spécificités de calcul

32. - La Décision de 2012 élabore un mécanisme de calcul de compensation moins contraignant que ne le fait la communication "Encadrement" de 2012 à propos des SIEG soumis à obligation de notification, même si le principe de calcul de la compensation est le même. Celle-ci ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des obligations de service public, y compris un bénéfice raisonnable^{Note 43}.

33. - Parmi les spécificités il faut noter en premier lieu la définition des coûts à prendre en compte. Alors que la communication "Encadrement" prévoit des méthodes très précises de calcul (*cf infra*), la Décision se borne à indiquer que tous les coûts peuvent être pris en considération, à l'exclusion de ceux qui ne relèvent pas du SIEG^{Note 44} et sont calculés « sur la base de principes de comptabilité analytique généralement acceptés ». En revanche, et pour répondre aux spécificités du logement social qui nécessite

des investissements importants la Décision prévoit que les coûts liés aux investissements, notamment dans les infrastructures, peuvent être pris en considération lorsque ces investissements sont nécessaires au fonctionnement du SIEG. En deuxième lieu, aucun objectif d'efficacité économique n'est prévu, ce qui apparaît correspondre au caractère particulier des SSIEG, ainsi qu'aux services de moindre importance visés par la Décision. En troisième lieu, en cas de surcompensation constatée inférieure à 10 % du montant de la compensation annuelle moyenne, cette dernière peut être reportée sur la période suivante et déduite du montant de la compensation due pour la période^{Note 45}.

B. - La compensation des services faisant l'objet de notification

34. - La Commission énonce dans sa communication "Encadrement" pour les aides notifiées des règles très strictes qui vont gouverner la compensation des SIEG en dehors du champ de la Décision et de la jurisprudence *Altmark*. On remarquera que la commission utilise un texte dont la valeur normative n'est pas contraignante pour imposer aux États des méthodes de calcul et des procédures précises. La communication "Encadrement" sert de guide pour la notification et donne les éléments du contrôle *a priori* par la commission.

35. - En premier lieu, la commission prévoit le mécanisme de calcul du montant de l'obligation compensée. Comme le précisait déjà le paquet Monti/Kroes, et comme l'indique la Décision pour les aides non notifiées le montant de la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des obligations de services publics, y compris un bénéfice raisonnable.

36. - En deuxième lieu, la communication « Encadrement » s'attarde sur les méthodes de calcul du montant de la compensation. D'abord, pour l'établissement des coûts nécessaires à l'exécution des obligations de service public, la communication « Encadrement » prévoit deux méthodes. La première, celle du coût net évité, est considérée comme plus précise par la commission, qui prévoit cependant que lorsqu'aucun texte n'impose le recours à une telle méthode et lorsque le recours à celle-ci est impossible, il convient d'utiliser la méthode fondée sur la répartition des coûts^{Note 46}. La méthode du coût net évité consiste à calculer le coût net nécessaire pour exécuter les obligations du service public comme la différence entre le coût net d'un prestataire lorsqu'il exerce ces obligations et les coûts ou bénéfice net du même prestataire lorsqu'il ne les exécute pas. Les recettes perçues du fait de l'exécution du SIEG qui sont des recettes évitées du fait du non-exercice du SIEG doivent être un élément du calcul. La seconde méthode, fondée sur la répartition des coûts, consiste à calculer la différence entre les coûts et les recettes d'un prestataire désigné liés à l'exécution des obligations de service public qui lui sont imposées. Les coûts à prendre en compte sont ceux des obligations du SIEG et, lorsque l'entreprise exerce d'autres activités, une part des coûts indirects communs aux deux activités. Le prix du marché est alors le critère de référence ou si celui-ci ne peut être utilisé, on établira ce coût en fonction du bénéfice raisonnable que l'entreprise devrait réaliser sur les activités n'entrant pas dans le champ d'application des SIEG.

37. - Ensuite, pour l'établissement des recettes la commission a une conception large des recettes à prendre en compte incluant la totalité des recettes tirées du SIEG ainsi que les « bénéfices excessifs » générés par des droits spéciaux ou exclusifs, alors même que ces bénéfices sont liés à une autre activité.

38. - Enfin, la communication "Encadrement" de 2011 précise quelque peu les critères permettant de calculer le « bénéfice raisonnable » devant être pris en compte dans l'établissement du niveau de la compensation. En 2005 la commission se bornait à prendre en compte le taux de rémunération du capital propre d'une entreprise prenant en compte le risque, ou l'absence de risque encouru par cette entreprise du fait de l'intervention de l'État, notamment du fait de l'octroi par lui de droits exclusifs ou spéciaux. Ce taux ne devant jamais dépasser le taux moyen constaté sur le secteur du marché concerné. En 2011, le bénéfice raisonnable s'entend du taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le SIEG en tenant compte du niveau du risque ou de l'absence de risque. L'État membre devra alors fournir à la Commission des éléments prouvant que le bénéfice projeté n'excède pas ce qu'exigerait ladite entreprise et notamment des rendements obtenus pour des contrats similaires exécutés dans des conditions de concurrence. Dans tous les cas le bénéfice raisonnable peut ne pas être inférieur à un taux de rendement correspondant au taux de swap (c'est à dire un taux d'intérêt fixé par un contrat prévoyant un swap de taux) applicable majoré d'une prime de 100 points de base (c'est à dire un pour cent).

39. - La communication "Encadrement" de 2011 prévoit en outre des incitations à l'efficacité^{Note 47}. Les États appliquant la compensation de SIEG doivent ainsi introduire des mesures incitatives afin de favoriser une prestation efficace de SIEG de qualité élevée. Les deux principaux moyens d'efficacité évoqués par la commission sont la détermination d'un niveau de compensation tenant compte d'objectifs d'efficacité économique et la détermination de ces objectifs dans le mandat portant le SIEG. Bien entendu, l'efficacité économique doit se faire à qualité constante de service^{Note 48}. Cette précision est utile pour les observateurs politiques ou doctrinaux qui confondent trop souvent efficacité économique et limitation des coûts. Le coût économiquement efficace est d'abord fonction du service voulu.

40. - En dernier lieu, la communication "Encadrement" de 2011 permet une analyse économique *a priori* et *a posteriori* et dans la seconde hypothèse un contrôle de la juste compensation et de l'existence d'une éventuelle surcompensation. L'État pourra ainsi calculer le montant de la compensation tant en fonction des coûts et recettes escomptés que sur la base des coûts effectivement supportés et des recettes effectivement perçues ou encore sur la base d'une combinaison entre les deux^{Note 49}. Le calcul du coût et des recettes escomptés permet d'inciter les entreprises à être efficaces. Dans toutes les hypothèses, la commission contrôle *a posteriori* l'absence de surcompensation. Mais il revient aux États de fournir des éléments de preuve à la Commission, sur sa demande. Les États devront ainsi procéder à des contrôles réguliers au minimum tous les trois ans – tous les deux ans en l'absence de procédure de marché public avec publication – et à la fin du mandat^{Note 50}. Cependant lorsque la compensation est fixée *a priori* et que l'État intègre de manière adéquate des gains d'efficacité le contrôle de la commission se limitera à vérifier que le niveau de bénéfice autorisé est effectivement raisonnable *a priori*^{Note 51}.

Notes de bas de page

.. **Encyclopédies** : Europe Traité, Fasc. 1530 (5, 2011) mis à jour le 30 avr. 2011 par L. Grard

Note 1 *TPICE*, 27 févr. 1997, aff. T-106/95, *Fédération Française des sociétés d'assurance qui applique pour la première fois cumulativement le droit des SIEG issu des arrêts CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, Paul Corbeau* : *AJDA* 1993 p. 865, note P. Hamon et *CJCE*, 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Cne d'Almelo* et le droit des aides. Cf. récemment D. Guinard, *réflexion sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de service d'intérêt général* : *L'Harmattan* 2012, coll. *PU de Sceaux, Paris*, p. 570.

Note 2 *CJCE*, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans Gmbh et a.* : *Europe* 2003, comm. 330, note L. Idot ; *GTUE M22*, p. 965 ; *RMCUE* déc. 2003 p. 633, n° 473, note. J.-M. Thouvenin et M.-P. Lorieux

Note 3 *Comm. UE*, déc. 2012/21/UE, 20 déc. 2011 : *JOUE* n° L 7, 11 janv. 2012, p. 3

Note 4 *Comm. CE*, déc. 2005/842/CE, 28 nov. 2005 : *JOUE* n° L 312, 29 nov. 2005, p. 67.

Note 5 *Comm. UE*, communication 2012/C 8/02 : *JOUE* n° C 8, 11 janv. 2012, p. 4.

Note 6 *Comm. UE*, communication 2012/C 8/03 : *JOUE* n° C 8, 11 janv. 2012, p. 15.

Note 7 *Comm. UE*, règl. (UE) n° 360/2012 : *JOUE* n° L 114, 26 avr. 2012, p. 8.

Note 8 C. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne* : *LGDJ*, coll. *Domat droit public*, 5e éd. n° 1309, p. 657.

Note 9 *Comm. UE*, Communiqué IP/11/1571, 20 déc 2011.

Note 10 *CJCE*, 22 nov. 2001, aff. C-53/00, *Ferring*. Pour les hésitations antérieures, cf. J.-Y. Chérot, *Financement des obligations de service public et aides d'État* : *Europe* 2000, chron. 5.

Note 12 *JOCE* n° L 320, 8 déc. 2005, p. 42.

Note 15 *Communication* 2012/C 8/02, consid. 4.

Note 24 En ce sens M. Karpenschif, *Du paquet Monti.Kroes au paquet Almunia : Le financement des SIEG simplifié et sécurisé ?* : *JCP A* 2012, 2006, pt 11.

Note 26 D. Truchet, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public* : *AJDA* 1982, p. 427.

Note 32 *PE et Cons. UE*, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : *JOCE* n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114. – *PE et Cons. UE*, dir. 2004/17/CE, 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux : *JOCE* n° L 134, 30 avr. 2004, p. 1.

Note 35 *PE et Cons. UE*, règl. (CE) n° 1008/2008, 24 sept. 2008 : *JOUE* n° L 293, 31 oct. 2008, p. 3.

Note 36 *Cons. CE*, règl. (CEE) n° 3577/92, 7 déc. 1992 : *JOCE* n° L 364, 12 déc. 1992, p. 7.

Note 40 *Sénat*, 13 déc. 2011, *Résolution européenne sur le régime des aides d'État aux services d'intérêt économique général*.

Note 11 cf. *Communication* 2012/C 8/02, pt 66 qui exclue notamment la plupart des marchés passés selon des procédures négociées ou de dialogue compétitif.

Note 13 *Consid. 14*.

Note 14 Art. 2, § 7.

Note 16 *Circ.* 4 juill. 2008, *NOR Int B 08 0133*.

Note 17 Art. 2, § 1, sous a.

Note 18 *SSIEG listés à l'art. 2, § 1, sous c de la Décision 2012/21/UE, cf. supra.*

Note 19 *Cf. B.*

Note 20 *Déc. 2012/21/UE, art. 2 à 5.*

Note 21 *Sur ces questions V.infra, 2, A, 1°).*

Note 22 *Déc., art. 4.*

Note 23 *Art. 4.*

Note 25 *V. pt 7 pour la détermination du champ d'application.*

Note 27 *Communication « Encadrement », pt 16.*

Note 28 *Cf. 2.*

Note 29 *Communication « Encadrement », § 2.10, pt 60.*

Note 30 *Déc. 2012/21/UE, consid. 8.*

Note 31 *Déc. 2012/21/UE, art. 2, § 2 et 2, § 3.*

Note 33 *Communication 2012/C 8/02, pt 3.6.1, n° 63.*

Note 34 *Déc. 2012/21/UE, art. 2, § 4.*

Note 37 *Règl. (CE) n° 104/2000.*

Note 38 *Ann. 1 TFUE.*

Note 39 *Déc. 2010/787/UE.*

Note 41 *Déc., art. 5-5.*

Note 42 *pour le secteur ferroviaire en particulier, V. Règl. (CE) n° 1370/2007, 23 oct. 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par le chemin de fer et par la route et la Communication de la Commission 2008/ C 184/07, 22 juill. 2008 relative aux lignes directrices communautaires sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires.*

Note 43 *Déc. art. 5-1. – Communication « Encadrement », pt 22.*

Note 44 *Art. 5-3-b.*

Note 45 *Déc. art. 6.1.*

Note 46 *Art. 2.8.*

Note 47 *Pt 39 et s.*

Note 48 *Pt 43.*

Note 49 *Pt 2.*

Note 50 *Pt 49.*

Note 51 *Pt. 50.*