

PREMIER MINISTRE

SECRÉTARIAT GÉNÉRAL
DES AFFAIRES EUROPÉENNES

GUIDE RELATIF À LA GESTION
DES SERVICES D'INTÉRÊT
ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL (SIEG)

PRÉAMBULE

3

I - LA DÉTERMINATION D'UN SERVICE D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL (SIEG)

8

1. Suis-je compétent pour définir et financer le SIEG ? 8
2. Pourquoi parle-t-on de SIEG ? 9
3. Pourquoi définir avec précision la mission d'intérêt économique général ? 11
4. Comment définir un SIEG ? 12
 - (i) Les activités à caractère économique 12
 - (ii) Une activité confiée à une entreprise par un acte exprès de la puissance publique 12
 - (iii) Une activité d'intérêt général 12
5. Quelques exemples d'erreur manifeste d'appréciation dans la définition du SIEG 13

II - LE CHOIX DU MODE DE GESTION

14

1. Tout SIEG doit être attribué par un mandat 15
 - (i) À quoi sert le mandat ? 15
 - (ii) Quelles mentions le mandat doit-il comporter ? 15
 - (iii) Confier la gestion d'un service public à plusieurs opérateurs impose-t-il de définir un mandat entre la collectivité publique et chaque opérateur ?
Lorsque plusieurs autorités publiques souhaitent confier un service public à une seule entreprise, chacune de ces collectivités doit-elle mandater l'entreprise ? 16
 - (iv) Les procédures d'agrément, d'autorisation ou d'habilitation d'organismes publics ou privés en vue d'exercer une mission d'intérêt général reviennent-elles à attribuer des mandats ? 16
2. En droit national, le mandat prend différentes formes 16
 - (i) Procédure de délégation de service public 17
 - (ii) Procédure de marché public 17
 - (iii) Attribution d'une subvention (notamment à une association) 17

III - LE FINANCEMENT DU SIEG

19

1. Les règles du droit de l'Union européenne relatives au financement du SIEG 19
 - (i) Les compensations de service public qui ne constituent pas des aides d'État selon la jurisprudence Altmark 19
 - (ii) Les compensations qui ne constituent pas des aides d'État selon le règlement de minimis général de la Commission européenne 21
 - (iii) Les compensations de SIEG qui ne constituent pas des aides d'État selon le règlement de minimis spécifique SIEG de la Commission européenne 22
 - (iv) Les compensations de service public qui constituent des aides d'État compatibles avec le Traité et sont exemptées de notification à la Commission européenne 22
 - (v) Les compensations de service public qui constituent des aides d'État compatibles avec le Traité et doivent être notifiées à la Commission européenne 25

2. Les obligations qui découlent du financement public d'un SIEG	26
(i) Obligations de transparence et d'informations destinées à la Commission	26
(ii) Le contrôle de la surcompensation	27
(iii) Obligation de conservation des informations relatives aux aides octroyées	27

IV - ANNEXES **28**

1. Peut-on trouver une liste de SIEG ?	28
2. Est-il possible de définir la mission d'intérêt économique générale dans la loi, le règlement ou au sein de conventions ?	28
3. Est-il souhaitable que les États membres définissent les SIEG et si oui par quel moyen ?	29
4. Pourquoi la directive « services » induit-elle une confusion chez les opérateurs et les autorités publiques ?	29
5. Quelles conséquences tirer de l'évolution et de la modification formelle de la mission attribuée ?	30
6. Subvention à une association	31
7. Droits exclusifs	34
a) Le droit exclusif doit être justifié par l'accomplissement d'une mission de SIEG	34
b) L'absence de mise en concurrence, pour le choix du prestataire de SIEG, titulaire du droit exclusif, doit être également justifiée	35
c) Seule la loi peut autoriser l'octroi de droits exclusifs lorsque ceux-ci portent atteinte à la liberté d'entreprendre	36
8. Aperçu de la réglementation relative aux aides d'État	38
(a) Comment se déroule la procédure de notification préalable ?	38
(b) Mise en œuvre de la procédure de notification par les autorités françaises	40
(c) Il existe trois exceptions à l'obligation de notification préalable	40
(i) L'exemption par règlement catégoriel de la Commission européenne	40
(ii) L'aide remplit les conditions d'un régime cadre déjà examiné et autorisé par la Commission	40
(iii) L'aide remplit les conditions d'un règlement de minimis (cf. point iii-1-ii et iii)	41
(d) Quels sont les risques encourus en cas d'absence de notification préalable du financement ?	41
9. Schéma récapitulatif	42

Préambule

Les services d'intérêt économique général (SIEG) sont des services de nature économique qui sont soumis à des obligations de service public dans le cadre d'une mission particulière d'intérêt général.

Les SIEG couvrent un large spectre d'activités, depuis les services des entreprises en réseau (services postaux, fourniture d'énergie, de distribution et de traitement de l'eau, services de communications électroniques et services publics de transport), jusqu'à une gamme variée de services sociaux, de santé, locaux et culturels (exemple : logement social, établissements pour les personnes âgées et handicapées, hôpitaux, crèches, théâtres).

Ces services essentiels peuvent être fournis directement par les autorités publiques ou par des entreprises, publiques ou privées mandatées à cet effet. Est considérée comme entreprise, en droit de l'Union européenne, toute entité exerçant une activité sur un marché donné, indépendamment de son statut et de sa finalité lucrative ou non lucrative.

Selon une étude économique de 2006¹ sur la carte des services publics en Europe, les SIEG représentent 15 % du PIB européen. Ils constituent donc un élément essentiel du modèle social européen.

Un traité protecteur de l'accomplissement des missions d'intérêt général

Le traité de Lisbonne a souligné l'importance des SIEG à son article 14 et dans le cadre du nouveau protocole n° 26 annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Le droit de l'Union européenne laisse aux États le libre choix du mode d'organisation des services d'intérêt général, un concept dont l'acception est plus large que celle des services publics, dès lors que leur organisation et leur fonctionnement ne portent pas une atteinte disproportionnée à la pleine réalisation du marché intérieur.

L'article 106 § 2 du TFUE, qui figure à la section I « Les règles applicables aux entreprises » concernant les règles de concurrence, prévoit ainsi pour les États la liberté de créer et d'organiser leurs SIEG. Les règles de concurrence et du marché intérieur s'appliquent aux entreprises chargées de la gestion de SIEG dès lors que ces règles ne font pas obstacle à l'accomplissement de la mission d'intérêt général qui leur est impartie.

Ainsi, le droit de l'Union européenne fait primer l'accomplissement des missions d'intérêt général sur l'application des règles de concurrence et du marché intérieur tout en veillant au respect de l'intérêt de l'Union européenne et à la proportionnalité des mesures utiles :

Art 106.2 TFUE : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt écono-*

1- Bauby, P. and Similie (Popa), M.M. (2010), *Public Services in the European Union & in the 27 Member States. Statistics, Organisation and Regulations*, projet conduit par le CEEP, avec le soutien de la Commission européenne.

mique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, 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 l'Union ».

À titre d'exemple, une compensation financière peut être octroyée à ces entreprises chargées de la gestion d'un SIEG, en contrepartie de l'imposition de ces obligations de service public, dès lors que cette compensation est nécessaire et proportionnée à l'accomplissement de la mission particulière d'intérêt général et à la viabilité économique du SIEG.

Ces principes fondamentaux du Traité rejoignent une jurisprudence ancienne du Conseil d'État. Selon un arrêt du 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers², « *les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention* », c'est-à-dire l'intervention de la notion d'intérêt général dans le libre exercice du commerce et de l'industrie.

Financer les SIEG : la notion de compensation de service public

L'article 107 du TFUE, qui figure à la section II « Les aides accordées par les États » concernant les règles de concurrence, dispose qu'un financement à une entreprise constitue une aide d'État illicite dès lors que quatre conditions cumulatives sont réunies : (i) l'aide est accordée au moyen de ressources publiques (dites ressources d'État), (ii) elle procure un avantage sélectif, (iii) elle fausse ou menace de fausser la concurrence et (iv) elle affecte les échanges entre les États membres.

Constitue une entreprise au regard du droit européen toute entité qui exerce une activité économique quel que soit son statut juridique ou son mode de financement. Les associations qui satisfont cette condition peuvent donc être considérées comme des entreprises.

Les termes « aide d'État » concernent tout financement, qu'il émane de l'État, de toute collectivité publique (y compris les collectivités locales) ou de leurs établissements. Elles englobent diverses formes de financement public, en espèces ou en nature, directes ou indirectes, y compris de nature fiscale, destiné aux entreprises (ou aux associations qui exerceraient une activité économique).

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé la portée de ces critères et leur application aux compensations financières de service public.

² – N° 06781.

Dans une décision de référence, l'arrêt [Altmark](#) du 24 juillet 2003, elle a déterminé les quatre conditions auxquelles doit répondre le financement public à une entreprise chargée de la gestion de SIEG pour ne pas constituer une aide d'État :

1. L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution **d'obligations de service public** clairement définies ;
2. La compensation financière doit être préalablement établie, sur la base de critères **objectifs et transparents** ;
3. La **compensation financière ne doit couvrir que ce qui est nécessaire** à l'exécution des obligations de service public ;
4. La compensation peut être accordée ou bien par une **procédure de marché public** ou bien sur la base d'un **cadre de référence** permettant d'identifier *a priori* les coûts des obligations de service public que supporterait une entreprise moyenne bien gérée en charge d'un SIEG.

Lorsque l'un de ces quatre critères n'est pas satisfait (par exemple le quatrième critère peut ne pas correspondre au mode d'exécution du SIEG retenu par l'autorité publique organisatrice), la compensation financière de service public relève dans ce cas d'un régime spécifique « d'aides d'État sous la forme de compensation de service public ».

Ce régime spécifique a été introduit en novembre 2005 et a fait l'objet d'une révision en décembre 2011. Il est d'application directe en France depuis le 31 janvier 2012. Il repose sur la prévention et le contrôle de toute surcompensation éventuelle, non nécessaire à l'accomplissement de la mission impartie et susceptible de fausser la concurrence entre les entreprises.

Liberté d'organisation des SIEG

Le Conseil d'État a rappelé dans un arrêt du 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence³, les différentes possibilités de mode de gestion pour les collectivités publiques responsables

3 – CE, n° 284736. « Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ;

Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements. »

d'un service public : elles peuvent décider d'en assurer directement la gestion par divers outils⁴ ou confier sa gestion à un tiers en concluant un contrat avec lui⁵ sauf si un texte en dispose autrement ou que le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel⁶. Le Conseil d'État précise aussi par cet arrêt les relations d'une collectivité publique avec une personne privée assurant de sa propre initiative une activité qui en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt aux yeux de la collectivité, incite cette dernière à exercer un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, à lui accorder des financements.

Sans recourir à la création d'un service public, une collectivité publique peut en effet verser une subvention à une personne morale de droit privé pour assurer une mission spécifiquement déterminée ayant un « caractère de service public » ou d'intérêt général dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle. Gestionnaire d'un service public, la collectivité peut ainsi verser une subvention à une entité locale en fonction de l'intérêt local que présente son activité.

Un guide pour faire bon usage de ces dispositions protectrices des missions d'intérêt général

Appliquer ces règles du droit de l'Union européenne et de droit national dans la gestion des services publics locaux et en particulier de leur financement suppose au préalable de maîtriser ces concepts et notions spécifiques.

Cet ouvrage a pour objet de guider les parties prenantes d'une relation financière soumise au régime des aides d'État et également pour ambition de dissiper sur ce sujet des malentendus, ou des craintes, par une information détaillée et aussi simple que possible.

En effet, en cas de non-respect de ces règles, tant le juge national que la Commission européenne peuvent aller jusqu'à ordonner le reversement de l'aide octroyée par le bénéficiaire à l'autorité qui l'a versée, majorée des intérêts. La responsabilité de cette récupération incombe alors à cette dernière⁷.

Ce guide sera utilement complété en tant que de besoin par la consultation du « paquet SIEG » (ou paquet *Almunia*, du nom du vice-président de la Commission européenne en charge de la politique de la concurrence) tel qu'élaboré et adopté le 20 décembre 2011 par la Commission européenne qui comprend :

- la communication 2012/C 8/02 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 ([communication sur les concepts](#))⁸ ;

4 – De la régie simple au régime dit du « in-house collectif » (CJCE 11-01-2005 Aff. Stadt Halle et 11-05-2006 Aff. Carbotermo).

5 – De la délégation de service public au marché public lorsque la nature du service ne fait pas par elle-même obstacle au fait de le confier à un tiers (CE 17-06-1932, Ville de Castelnaudary).

6 – CE 23-10-2003, Fondation Jean Moulin disposant que le tiers devait pouvoir être qualifié d'opérateur économique.

7 – Cf. pour une aide attribuée par une collectivité territoriale, les dispositions de l'article L. 1511-1-1 du Code général des collectivités territoriales.

8 – JOUE C 8 du 11 janvier 2012.

- le règlement UE n° 360/2012 relatif aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des SIEG, et ne constituant pas des aides d'État ([règlement de minimis SIEG](#))⁹;
- la décision 2012/21/UE relative à l'application de l'article 106 § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne 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 ([décision d'exemption de notification](#))¹⁰;
- la communication 2012/C 8/03 intitulée « Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public » ([encadrement](#))¹¹.

Ces documents, ainsi qu'un guide SIG :

(http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/guide_eu_rules_procurement_fr.pdf), sont disponibles sur le [site internet de la Commission européenne](#) et présentés sur : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html

La Commission européenne a également adopté une [communication sur un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe](#)¹².

9 – JOUE L 114 du 26 avril 2012.

10 – JOUE L 7 du 11 janvier 2012.

11 – JOUE C 8 du 11 janvier 2012.

12 – JOUE C 682 du 25 octobre 2011.

I - LA DÉTERMINATION D'UN SERVICE D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL (SIEG)

1 - Suis-je compétent pour définir et financer le SIEG ?

La première étape est de savoir si la collectivité publique possède la compétence pour organiser le SIEG envisagé.

En ce qui concerne les collectivités territoriales, les compétences qui leur sont attribuées par la loi recoupent le plus souvent des missions de service public.

★ ★ ★ ★ Exemple

En matière de transports, la loi répartit les compétences entre les différentes collectivités territoriales :

- La commune ou l'EPCI est compétent(e) pour organiser les services réguliers de transports publics urbains (articles L.1231-3 et s. du Code des transports).
- Le département est l'autorité organisatrice de droit commun qui organise et finance :
 - les services réguliers non urbains de voyageurs d'intérêt local qu'il s'agisse de transports routiers, ferrés ou guidés et pour autant que les lignes en cause ne soient pas d'intérêt régional ou national (art. L. 3111-1 du Code des transports) ;
 - hors Île-de-France, les transports scolaires (articles L. 3111-7 et L. 3111-8 du Code des transports).
- Les régions organisent et financent les services non urbains d'intérêt régional (article L. 3111-2 du Code des transports) depuis 2002.

La question de la compétence peut en revanche se poser lorsqu'une collectivité territoriale intervient au titre de la clause générale de compétence (articles L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales pour les communes, L. 3211-1 pour les départements et L. 4221 1 pour les régions). L'exercice de la clause de compétence générale est étroitement lié à l'existence d'un intérêt public local.

En fait, en l'absence de loi spéciale, c'est le but d'intérêt général des collectivités territoriales qui confère à une activité le caractère d'affaire de la collectivité en question, habilitant l'assemblée délibérante à la régler. La légalité des interventions des collectivités territoriales sur le fondement de la clause générale de compétence est soumise au contrôle du juge. La clause est largement entendue par le juge (CE, 7 juillet 2004, *Cne de Céloux*; 7 février 2005, *Cne de Fos-sur-Mer*).

La clause de compétence générale ne confère cependant pas aux collectivités territoriales une capacité d'action illimitée sur leur territoire. La collectivité n'est pas compétente si la loi a confié une compétence particulière à une autre collectivité (CE, 29 juin 2001, *Cne de Mons-en-Barœul*). Une attribution légale de compétence peut être aménagée en des termes qui laissent place à de libres initiatives d'une autre collectivité intervenant à titre complémentaire. En effet, les dispositions législatives « *ne font pas obstacle à ce qu'une commune puisse instituer, de sa propre initiative, une aide municipale* », sous réserve du respect de la compétence légale dévolue au département en matière d'insertion (CE, 29 juin 2001, *Cne de Mons-en-Barœul*).

L'initiative d'une collectivité territoriale au titre de la clause générale de compétence doit, en outre, être conciliée avec d'autres principes, tels que le principe d'égalité et la liberté de commerce et de l'industrie (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*).

2 - Pourquoi parle-t-on de SIEG ?

Le droit national ne connaît pas la notion de service d'intérêt économique général, mais celle de service public. Certaines activités sont caractérisées par le législateur d'activités d'intérêt général, ou encore d'intérêt public ou national mais il n'existe pas de définition légale générale de l'intérêt général, ni de définition légale du service public.

La notion de service public n'est pas non plus définie en droit de l'Union européenne et peut désigner tantôt des services offerts au grand public, tantôt des services fournis par un organisme du secteur public, tantôt des services soumis à une obligation de service public dans l'intérêt général. C'est sur la dernière notion d'intérêt général que la construction européenne a forgé les concepts de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général. Lors de la signature du traité de Rome, les pères fondateurs ont eu à concilier la vision organique des services publics propre à la France et celle plus fonctionnelle des services d'intérêt collectif propre à l'Allemagne.

La notion de SIEG renvoie donc aux notions d'obligation de service public et de compensation de service public, notions développées par la Cour de justice de l'Union européenne reprenant explicitement celle de service public.

En renvoyant aux notions d'obligation de service public et de compensation de service public, le concept européen de SIEG intègre ainsi la notion française de service public (les deux expressions service public ou SIEG sont souvent utilisées alternativement, même si les notions ne se recouvrent pas entièrement) mais

centrée sur les missions particulières d'intérêt général et non pas sur la nature publique du fournisseur.

Les SIEG sont une catégorie de services d'intérêt général (SIG), notion plus large qui inclut les SIG non économiques autrement appelés les services non économiques d'intérêt général les SNEIG dans le protocole n° 26 TFUE. Ces SNEIG recouvrent les activités régaliennes ainsi que les services à caractère exclusivement social fondés sur les principes de solidarité et dans certaines conditions¹³, à l'exemple de la sécurité sociale en France.

Comme souligné par la Commission :

« Le débat sur les services d'intérêt général souffre d'un manque de clarté sur le plan terminologique. Les différentes notions sont utilisées indifféremment et de façon imprécise. Les parties prenantes ont demandé à la Commission d'apporter des éclaircissements en la matière. Ce faisant, toutefois, la Commission est liée par le droit primaire et la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE. De plus, ces notions sont dynamiques et évolutives. »

Service d'intérêt général (SIG) : *Les SIG sont des services considérés par les autorités publiques des États membres comme étant d'intérêt général et comme faisant par conséquent l'objet d'obligations de service public spécifiques. Ces termes désignent à la fois des activités économiques (voir la définition des SIEG ci-dessous) et des services non économiques. Ces derniers ne sont soumis ni à une législation spécifique de l'UE, ni aux règles du Traité relatives au marché intérieur et à la concurrence. Certains aspects de l'organisation de ces services peuvent être régis par d'autres règles générales du Traité, comme le principe de non-discrimination.*

¹³ – Cf. communication sur les concepts de la Commission du 20 décembre 2011, paragr. 16 et s.

Services d'intérêt économique général (SIEG) :

Les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État. L'obligation de service public est imposée au prestataire par mandat, sur la base d'un critère d'intérêt général garantissant la fourniture du service à des conditions lui permettant de remplir sa mission.

Services sociaux d'intérêt général (SSGI) :

Au nombre des services sociaux d'intérêt général figurent les régimes de sécurité sociale couvrant les principaux risques de la vie et toute une série d'autres services essentiels, directement fournis à la personne, qui jouent un rôle préventif et de cohésion/d'inclusion sociale. Alors que la Cour de justice de l'UE estime que certains services sociaux (tels que les régimes légaux de sécurité sociale) ne constituent pas des activités économiques, elle précise dans sa jurisprudence que le caractère social d'un service n'est pas, en soi, suffisant pour considérer ledit service comme une activité non économique. Les termes « service social d'intérêt général » couvrent par conséquent à la fois des activités économiques et des activités non économiques.

Obligations de service universel : *Les obligations de service universel comptent parmi les obligations de service public. Elles fixent les exigences devant garantir la mise à disposition de certains services d'une qualité donnée pour l'ensemble des consommateurs et utilisateurs*

*d'un État membre, indépendamment de leur localisation géographique. Ces services doivent également être fournis à un prix abordable eu égard aux conditions spécifiques nationales. La définition des obligations de service universel spécifiques est établie au niveau européen comme constituant un élément essentiel de la libéralisation du marché dans les secteurs des services, tels que les communications électroniques, la poste et les transports. »*¹⁴

La jurisprudence de l'Union européenne a déjà qualifié de services non économiques d'intérêt général (SNEIG) les activités suivantes :

- les activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique telles que le contrôle et la police de l'espace aérien¹⁵, la surveillance contre les pollutions marines, l'organisation, le financement ou l'exécution des mesures pénitentiaires afin d'assurer la mise en œuvre du système pénal ;
- les activités d'une nature purement sociale telles que la gestion de régimes d'assurance obligatoire poursuivant un objectif exclusivement social, fonctionnant selon le principe de solidarité, offrant des prestations d'assurance indépendantes des cotisations¹⁶ ;
- les prestations d'enseignement public¹⁷.

¹⁴ – Cf. communication de la Commission du 20 décembre 2011 sur un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe.

¹⁵ – Cf. arrêt du 19 janvier 1994, SAT contre Eurocontrol, aff. C-364/92.

¹⁶ – CJCE, arrêts du 17 février 1993, Poucet et Pistre, aff. C-159/91.

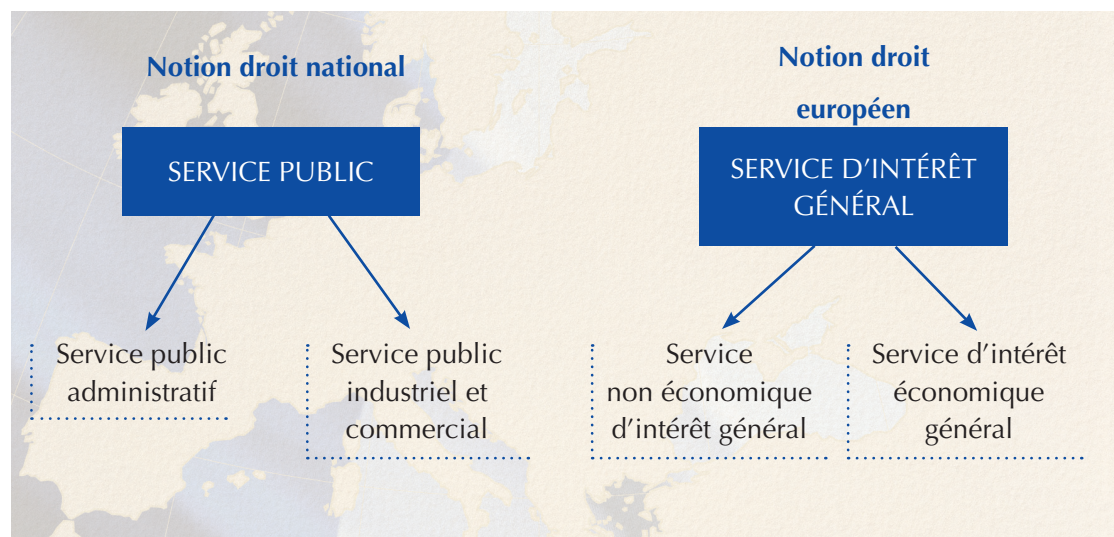
¹⁷ – À certaines conditions ; cf. communication sur les concepts de la Commission du 20 décembre 2011, paragr. 26 et s.

La notion de SIEG est utilisée aux articles 14 TFUE et 106, paragraphe 2, TFUE, ainsi que dans le protocole n° 26 attaché au Traité, mais elle n'est pas définie dans ce dernier ou dans le droit dérivé. Son contenu est défini par la jurisprudence de la CJUE (cf. *supra*).

À noter que le SIEG ne doit pas être assimilé au service public industriel et commercial au sens du droit interne. Certains services publics administratifs sont, en effet, susceptibles de remplir les critères de l'activité économique. On sait d'ailleurs qu'en droit interne, certaines activités peuvent être gérées soit en SPIC, soit en SPA.

bien que relevant d'une aide d'État, est compatible avec les dispositions du Traité (paquet *Almunia*).

Hormis dans les secteurs harmonisés au niveau de l'Union européenne par des directives sectorielles, la marge de manœuvre des États membres pour définir une mission d'intérêt général est assez étendue car elle relève d'un pouvoir discrétionnaire des autorités organisatrices. De ce fait, **le contrôle par la Commission européenne et par le juge européen de la définition de la mission est limité au contrôle restreint (erreur manifeste d'appréciation).**



3 - Pourquoi définir avec précision la mission d'intérêt économique général ?

En droit de l'Union européenne comme en droit national, l'existence d'une mission particulière de service public caractérisant un SIEG autorise un financement par la collectivité publique. En droit de l'Union européenne en particulier, la qualification d'une activité de SIEG va permettre de bénéficier de l'article 106.2 TFUE et ainsi soit d'échapper à la qualification de la compensation financière d'aide d'État (jurisprudence *Altmark*) ou de considérer que la compensation financière,

La mission particulière d'intérêt général et les obligations de service public doivent cependant être définies avec la plus grande précision possible.

L'article 106.2 TFUE s'appliquant aux entreprises « chargées de la gestion d'un SIEG » par une autorité organisatrice, un acte officiel de mandat est exigé. L'élaboration de ce mandat est donc particulièrement importante. Il constitue l'une des conditions obligatoires pour qualifier un SIEG car il confie à l'entreprise la gestion du SIEG, en définit l'étendue et les conditions générales de fonctionnement.

Même si le mandat n'a pas vocation à définir spécifiquement chaque activité incluse dans la mission et qu'il peut s'appliquer à plusieurs entreprises (cf. arrêt *Bupa*¹⁸), les collectivités publiques doivent définir le plus précisément possible le périmètre de la mission particulière impartie ainsi que les obligations de service public qui en découlent.

4- Comment définir un SIEG ?

Si la qualification de SIEG relève des autorités publiques organisatrices (État et collectivités territoriales), la CJUE contrôle la présence de trois critères permettant de qualifier une activité de SIEG (cf. annexe 1 consacrée à la question d'une liste des SIEG).

(i) Les activités à caractère économique

Une activité économique est définie comme toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné, marché lui-même caractérisé par la confrontation d'une offre et d'une demande.

L'un des critères déterminants pour qualifier une activité d'économique est l'existence d'une rémunération correspondant à la contrepartie économique du service fourni.

L'absence de but lucratif n'est donc pas suffisante pour écarter la qualification d'activité économique puisque, sans être monétaire, la contrepartie économique qui procure un avantage quelconque au prestataire de service ou qui renforce sa position sur le marché suffit à caractériser la contrepartie économique.

Seules échappent en réalité à cette qualification les activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique ou certaines activités identifiées par la jurisprudence européenne comme ayant un caractère exclusivement social (les prestations d'enseignement public ou les activités de sécurité sociale fondées sur la solidarité dans certaines conditions).

¹⁸ – TPICE, 12 février 2008, *Bupa*, réf. T-289/03.



Une association « loi 1901 » ou un établissement public administratif (EPA) constituent-ils une « entreprise » en droit de l'Union européenne ?

Constituée, au sens du droit de l'Union européenne, une entreprise soumise au droit de la concurrence **toute entité exerçant une activité économique**, quel que soit son statut juridique ou son mode de financement.

Une association à but non lucratif au sens de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association peut par conséquent constituer une entreprise. Seules les activités économiques éventuellement exercées par l'association seront soumises au droit des aides d'État.

Un centre communal d'action sociale (CCAS), quand il propose un service de portage de repas à domicile, est soumis aux règles du droit de la concurrence.

En revanche, la gestion du revenu de solidarité active par les CCAS ne constitue pas une activité économique.

(ii) Une activité confiée à une entreprise par un acte exprès de la puissance publique

La mission doit être confiée à une ou plusieurs entreprises par un ou plusieurs actes explicites de la collectivité de nature législative, réglementaire ou conventionnelle. Cet acte est qualifié de *mandat* par la Commission européenne.

(iii) Une activité d'intérêt général

Le caractère d'intérêt général du service en cause le distingue des autres activités économiques. Il est défini à titre principal par des obligations de service public découlant d'une mission particulière d'intérêt général. Les collectivités publiques disposent d'un large pouvoir d'appréciation de la nature d'intérêt général des activités en cause : le contrôle du juge se limite par conséquent à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

5 - Quelques exemples d'erreur manifeste d'appréciation dans la définition du SIEG

La jurisprudence de la CJUE et les décisions de la Commission en la matière démontrent que leur intervention vise uniquement à éviter des erreurs d'appréciation évidentes allant à l'encontre des règles européennes.

Constituent, par exemple, des erreurs manifestes d'appréciation :

- l'inclusion, dans un SIEG de l'audiovisuel, des activités de publicité, de commerce électronique et d'utilisation de numéros de téléphone spéciaux pour des jeux dotés de prix¹⁹,
- le fait de qualifier de SIEG certaines activités liées au domaine des opérations portuaires, comme le débarquement des marchandises, qui ne revêtent pas nécessairement un intérêt économique général spécifique par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique²⁰.

Ce qu'il faut retenir :

- l'autorité publique organisatrice dispose d'un large pouvoir pour qualifier une activité de SIEG sous réserve d'absence d'erreur manifeste ;
- le SIEG doit être défini en référence à une mission particulière d'intérêt général et se décliner par des obligations de service public qui s'imposent aux entreprises qui sont chargées de sa gestion et qui peuvent faire l'objet d'une compensation financière ;
- pour bénéficier des dispositions protectrices du bon accomplissement des missions d'intérêt général définies à l'article 106.2 TFUE, les entreprises doivent être chargées de la gestion du SIEG par un ou plusieurs actes officiels de mandat, acte qui doit notamment définir la nature de la mission particulière impartie et les obligations de service public qui en découlent ;
- la notion d'entreprise en droit de l'Union européenne s'applique à toute entité qui exerce une activité sur un marché donné, indépendamment de son statut et de sa finalité lucrative ou non lucrative.

¹⁹ – Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, publiée au JO C 257 du 27/10/2009.

²⁰ – CJCE, arrêts du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, aff. C-179/90, et du 17 juillet 1997, *GT-Link A/S*, aff. C-242/95.

II - LE CHOIX DU MODE DE GESTION

Les collectivités publiques sont libres de choisir le mode de gestion de leurs compétences et notamment de les exercer elles-mêmes ou de les déléguer. Cette liberté est reconnue tant par la jurisprudence interne (Conseil d'État, 29 avril 1970, *Unipain*, n° 77935) qu'européenne :

« Une autorité publique [peut] accomplir les tâches d'intérêt général qui lui incombent par ses propres moyens, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services [...] » *Commission/République fédérale d'Allemagne* du 9 juin 2009 (aff. C-480/06, point 45).

La collectivité doit, bien évidemment, respecter les règles et procédures attachées aux modes de gestion choisis.

Les cas particuliers de la régie et de la quasi-régie :

Une collectivité peut choisir de gérer elle-même un SIEG en régie ; elle peut aussi le gérer en quasi-régie, c'est-à-dire le confier à un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle analogue à celui qu'elle assure sur ses propres services, et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle.

La Commission européenne considère que les règles en matière d'aide d'État s'appliquent aux cas de la quasi-régie et de la régie²¹ lorsqu'une activité économique, et non une action classique de l'autorité publique échappant au champ d'application des règles en matière d'aides d'État, peut être identifiée.

Pour échapper à la qualification d'aide d'État, le financement public d'une activité de SIEG exercée en régie ou en quasi-régie devrait donc, conformément à la jurisprudence *Altmark*, être « déterminé par comparaison avec les coûts qu'aurait à supporter une entreprise moyenne bien gérée » (cf. point III-1-i).

Sans être tout à fait aligné sur le droit de l'Union européenne, le droit national encadre d'ores et déjà strictement les possibilités de subventions à un service public industriel et commercial (SPIC) par une collectivité territoriale. Que ce service soit géré directement par la collectivité ou délégué à une entreprise privée, aucune subvention du budget de la collectivité territoriale ne peut venir abonder le SPIC (articles L. 2224-2 et L. 3241-5 du Code général des collectivités territoriales). Trois exceptions sont toutefois possibles mais ne doivent pas conduire à une remise en cause du principe selon lequel la rémunération du délégataire doit être substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service (article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales) :

- lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ;
- lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des prix ;
- lorsque, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs.

21 – Cf. point 44 de la décision de la Commission aide d'État N 330/2010 – France - Programme national très haut débit.

1 - Tout SIEG doit être attribué par un mandat

Attention, le mandat au sens du paquet *Almunia* n'a pas de rapport avec le mandat tel qu'entendu en droit national. Au sens de l'article 106.2 du TFUE, le mandat est la traduction de la mission particulière de service public que la collectivité publique charge l'entreprise d'assurer en référence à des obligations de service public à exécuter.

(i) À quoi sert le mandat ?

Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ne sont soumises aux règles des traités, et notamment aux règles de concurrence *que « dans la limite 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 »* (art 106, § 2, TFUE).

L'autorité publique doit prouver avoir officiellement chargé - mandaté - l'entreprise de la gestion du SIEG.

Le juge national comme le juge de l'Union européenne vérifient :

- que l'acte juridique confiant le SIEG a été pris en conformité avec les règles de la commande publique ;
- que la compensation financière accordée, en contrepartie de l'exécution de la mission de service public et des obligations de service public, n'est pas une aide d'État ou si elle l'est, que cette aide est compatible avec le marché intérieur et le droit français.

(ii) Quelles mentions le mandat doit-il comporter ?

Le juge européen n'a pas, à ce jour, défini la portée et les modalités de mise en place d'un « mandat ».

On s'en rapportera donc aux précisions apportées par la Commission, dans sa décision du

20 décembre 2011²² et son encadrement de la même date.

Le mandat²³ doit, selon la Commission, indiquer :

- la nature et la durée des obligations de service public ;
- l'entreprise concernée ;
- le territoire concerné ;
- la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés à l'entreprise (cf. annexe 7) ;
- la description du mécanisme de compensation et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

Il n'est pas obligatoire de préciser le montant de la compensation financière accordé au gestionnaire du SIEG mais il est indispensable de définir ses paramètres de calcul. Il est également impératif de prévoir des clauses de sauvegarde pour éviter les surcompensations et prévoyant des mécanismes de remboursement au besoin (par exemple : clause de retour à meilleure fortune²⁴). À cette fin doit être rendue obligatoire la tenue d'une comptabilité propre à la gestion du SIEG.

22 – Cf. décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106 paragraphe 2 du TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG et notamment l'article 2 qui précise son champ d'application.

23 – Article 2.3 de l'encadrement et 4 de la décision d'exemption de notification du 20 décembre 2011 ; dans ce dernier cas, une référence à la décision d'exemption est également à indiquer dans le mandat.

24 – Cf. à titre d'illustration, la décision N 331/2008 - Compensation de charges pour une délégation de service public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le département des Hauts-de-Seine (paragraphe 50 et suivants).

(iii) Confier la gestion d'un service public à plusieurs opérateurs impose-t-il de définir un mandat entre la collectivité publique et chaque opérateur ? Lorsque plusieurs autorités publiques souhaitent confier un service public à une seule entreprise, chacune de ces collectivités doit-elle mandater l'entreprise ?

Le mandatement²⁵ peut être collectif : « [...] l'attribution d'une mission de service d'intérêt économique général peut également consister en une obligation imposée à une multitude, voire à l'ensemble des opérateurs actifs sur un même marché. [...] [Dans ce cas], l'on ne saurait demander [...] que chacun des opérateurs soumis [à cette] obligation [...] se voie confier séparément ladite mission par un acte ou un mandat individuel. »

La gestion d'un SIEG peut donc être confiée par une autorité publique à plusieurs entreprises au moyen d'un unique mandat collectif.

Lorsque le SIEG est confié à un opérateur unique par plusieurs autorités publiques ces dernières ont le choix entre établir conjointement un mandat unique ou bien établir chacune un mandat particulier.

(iv) Les procédures d'agrément, d'autorisation ou d'habilitation d'organismes publics ou privés en vue d'exercer une mission d'intérêt général reviennent-elles à attribuer des mandats ?

Un agrément ou une autorisation d'exercer octroyé par une autorité publique à un opérateur économique ne crée pas, pour ce dernier, d'obligation de fournir le service. Ils ne peuvent donc constituer des mandats au sens du droit européen.

2 - En droit national, le mandat prend différentes formes

La décision de la Commission européenne du 20 décembre 2011 exige seulement que le « mandat » ait la forme d'un ou plusieurs actes délivrés par les autorités publiques compétentes en droit national²⁶. Les États membres disposent donc de toute latitude pour déterminer la forme de ce mandat.

25 – TPICE, 12 février 2008, Bupa, réf. T-289/03.

26 – Décision du 20 décembre 2011, article 4, encadrement du 20 décembre 2011, article 2.4.

★ ★ ★ ★ Exemple pratique

S'agissant des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes (EHPAD), le maire d'une commune a la faculté de confier la gestion de l'établissement autorisé par le président du conseil général par délégation de service public ou dans le cadre d'un marché public. Délégation de service public et marché public peuvent constituer des mandats au sens du droit européen (cf. *infra*) s'ils comportent les mentions requises.

En droit national certains actes juridiques à condition qu'ils contiennent l'ensemble des mentions requises, peuvent constituer des mandats :

- lois et ordonnances ;
- décrets ;
- arrêtés ;
- décisions ;
- délibérations de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale.

Le mandat peut aussi prendre la forme d'un acte contractuel :

- convention de délégation de service public ;
- contrat de marché public ;
- convention annuelle ou pluriannuelle d'objectifs avec une association ;
- convention pluriannuelle de contrat et d'objectif.

(i) Procédure de délégation de service public

Dans le cas d'une procédure de délégation de service public, l'organe délibérant de la collectivité décide d'abord du principe du recours à ce mode de gestion puis, par une seconde délibération, arrête le choix du cocontractant sur avis de la commission de sélection des offres et autorise la signature de la délégation. Ces délibérations ne peuvent constituer le mandat exigé par le droit européen, faute de comporter les mentions précisées ci-dessus.

En revanche, la convention de délégation de service public constitue un tel « *mandat* » si elle comporte les mentions requises (cf. point II-1-ii).

(ii) Procédure de marché public

Pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la délégation de service public, seul peut être assimilé à un mandat, le contrat de marché public passé en application de la délibération de la collectivité territoriale et non la délibération elle-même (cf. point II-1-ii).

(iii) Attribution d'une subvention (notamment à une association)

Un certain nombre d'activités exercées par notamment les associations entrent dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, parce qu'elles sont considérées comme étant de nature économique (cf. point I-4). À l'inverse, certaines activités associatives qui ne sont résolument pas économiques n'entrent pas dans le champ du droit européen (cf. point I-2).

Une doctrine a été formalisée dans la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations parue au JORF n° 0016 du 20 janvier 2010, notamment dans l'annexe I.

La réglementation européenne relative aux aides d'État n'impose pas, par elle-même, le recours à la procédure de passation de marchés publics. Par conséquent, lorsqu'on est hors du champ de la commande publique, l'octroi d'une compensation de SIEG n'impose pas le recours à une procédure de marché public.

La notion de mandat est suffisamment flexible pour intégrer les hypothèses dans lesquelles la collectivité publique approuve et finance, par une subvention, les propositions émanant du secteur associatif dont elle reconnaît qu'elles répondent à une finalité d'intérêt général.

L'attribution d'une subvention doit se conformer aux règles de droit national. L'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations²⁷ et, pour les collectivités territoriales, le Code général des collectivités territoriales fixent le cadre légal. Celui-ci prévoit une série de dispositions permettant aux communes, départements, régions et à leurs établissements publics d'attribuer des subventions aux associations dans le respect de l'intérêt local

27 – Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

et de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État. Il s'agit des articles L2121-29, L2251-3, L2251-3-1, L2311-7 pour les communes, L2573-38 pour la Polynésie, L3231-3, L3211-1, L3231-3-1, L3312-7 pour les départements, L42-21-1, L4253-5 et L4311-2 pour les régions.

La subvention ne peut être, par ailleurs, utilisée en lieu et place d'un marché public par la personne publique qui cherche à couvrir son propre besoin.

Au regard de la réglementation nationale relative à la commande publique, la subvention caractérise la situation dans laquelle la collectivité apporte un concours financier à une action initiée et menée par une personne publique ou privée, poursuivant des objectifs propres auxquels l'administration, y trouvant intérêt, apporte soutien et aide.

Pour pouvoir prétendre bénéficier d'une subvention, et éviter la requalification en marché public, une association doit être à l'initiative du projet qu'elle porte, ce qui recouvre deux cas de figure :

a) Le projet émane de l'association et ne donne pas lieu à contrepartie directe pour la collectivité publique ou

b) Le projet développé par l'association s'inscrit dans le cadre d'un appel à projets lancé par une collectivité publique tel que défini par la circulaire du 18 janvier 2010 précitée.

En fonction des cas évoqués ci-dessus, la décision de subvention intégrera les éléments nécessaires à la sécurisation juridique de l'acte au regard de ces différentes règles et notamment au contenu du mandat de gestion d'un SIEG tel que définit par la Commission européenne (cf. annexe 6).

Ce qu'il faut retenir :

- l'autorité publique organisatrice dispose d'un large pouvoir d'organiser le SIEG, et notamment de l'exécuter ou de le faire exécuter par une ou plusieurs entreprises ;
- l'autorité publique organisatrice peut exécuter le SIEG par ses propres services ou par une entité distincte sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services ;
- l'autorité publique organisatrice peut confier l'exécution du SIEG à une ou plusieurs entreprises externes :
 - soit en achetant la prestation de SIEG en contrepartie d'un prix (marchés publics),
 - soit en transférant le risque d'exploitation du SIEG (délégation de service public),
 - soit en confiant la mission de SIEG par un acte unilatéral, en conformité avec le droit national et européen de la commande publique (cf. annexe 7) ;
- l'autorité publique peut reconnaître le caractère de service public de l'activité exercée, à son initiative, par une entreprise et décider, en raison de l'intérêt général qui s'y attache, de la financer (subventions hors champ des marchés publics en droit interne, cf. point 2 - iii précité) : la décision de l'autorité publique ou, dans le cas des associations, la convention entre l'autorité publique et l'association concernée, constituent des mandats de SIEG à condition qu'ils contiennent l'ensemble des mentions requises.

III - LE FINANCEMENT DU SIEG

1 - Les règles du droit de l'Union européenne relatives au financement du SIEG

(i) Les compensations de service public qui ne constituent pas des aides d'État selon la jurisprudence Altmark

L'arrêt *Altmark* prévoit que certaines compensations de service public **ne sont pas constitutives d'aides d'État**. Elles ne visent en effet dans un tel cas qu'à offrir une contrepartie évaluée de manière objective aux charges supplémentaires induites par les obligations de service public inhérentes à la mission confiée par l'autorité publique à l'opérateur et ne constitue pas une aide.

Les quatre conditions²⁸ permettant de vérifier que les compensations financières octroyées par l'autorité publique ne constituent pas une aide d'État sont les suivantes :

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

d'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement dotée en infrastructure, en charge du SIEG.

La principale difficulté d'application de cette jurisprudence consiste, pour l'application du quatrième critère, dans la détermination de la notion de *procédure de marché public* et de *moindre coût* et celle de l'*entreprise moyenne bien gérée*.

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

La référence à une « *procédure de marché public* » doit être comprise comme une notion large incluant toute procédure permettant, à travers une mise en concurrence préalable des opérateurs, de garantir l'application des principes fondamentaux du Traité que sont la transparence, l'égalité de traitement, la non-discrimination et la reconnaissance mutuelle dans le choix de l'opérateur afin de déterminer une juste compensation.

La Commission considère que :

« En ce qui concerne les caractéristiques de l'appel d'offres, une procédure ouverte conforme aux règles existant en matière de marchés publics est certainement acceptable mais une procédure restreinte peut aussi satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt *Altmark*, sauf si l'on empêche les opérateurs intéressés de soumissionner sans raison valable. Par ailleurs, un dialogue compétitif ou une procédure négociée avec publication confèrent une large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur et peuvent restreindre la participation des opérateurs intéressés. Ils

²⁸ – Cf. arrêt précité, points 90 à 94.

ne peuvent donc être considérés comme suffisants pour satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt *Altmark* que dans des cas exceptionnels. La procédure négociée sans publication d'un avis de marché ne peut garantir la sélection d'un candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité. »²⁹

S'agissant de la procédure de la délégation de service public (DSP), elle répond aux exigences de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination exigées par le Traité. La Commission a d'ailleurs admis qu'une DSP répondait au quatrième critère *Altmark*³⁰. Pour ne pas être considérée comme une procédure qui conférerait une large marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur et pourrait restreindre la participation des opérateurs, la procédure de DSP doit assurer qu'elle conduise effectivement à la sélection de l'entreprise capable de fournir les services les plus avantageux. Une telle procédure doit avoir permis un degré substantiel de concurrence effective entre les offres et la sélection de l'offre la plus avantageuse. Au cas d'espèce, la Commission avait relevé que les besoins avaient été convenablement identifiés et que la publicité et mise en concurrence permettaient de considérer le quatrième critère *Altmark* comme satisfait. En outre, les candidats évincés de la procédure de passation d'une délégation de service public peuvent saisir le juge administratif afin d'exercer un référé précontractuel ou un référé contractuel. Ces recours permettent de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence avant ou après la signature du contrat et apparaissent ainsi comme une garantie du respect du droit à la concurrence.

29 – Cf. communication sur les concepts de la Commission du 20 décembre 2011, paragr. 66.

30 – Décision du 3 mai 2005, Aide d'État n° N 382/2004, mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL).

Par ailleurs, à travers l'élaboration du cahier des charges et l'avis d'appel public à la concurrence, les procédures d'attributions des délégations de service public peuvent également répondre aux autres critères énoncés par l'arrêt *Altmark*. Ainsi, les contrats de concessions constituent-ils l'acte juridique par lequel les autorités publiques confient la gestion d'un SIEG (« le mandat »). Le contrat inclut de manière systématique la définition de la mission de SIEG ainsi que des obligations de service public correspondantes.

En présence de compensations, ils peuvent également inclure les éléments ayant permis de déterminer au préalable leurs montants ainsi que les mécanismes de contrôle (par la tenue obligatoire d'une comptabilité analytique par exemple) et de révision de ces compensations. Le montant des compensations peut constituer lui-même l'une des spécifications définies dans le cahier des charges.

★ ★ ★ ★ Exemple

Pour l'Institut géographique national, un décret impose aux services et établissements publics de l'État de fournir exclusivement les données dont ils disposent en vue de la constitution d'un référentiel de bases de données géographiques, et les oblige à le consulter lorsque ces données correspondent à leurs besoins, ces services étant payants sur la base de tarifs fixés à l'avance par l'IGN, qui par ailleurs reçoit une subvention de la part de l'État. Le Conseil d'État impose à l'établissement la tenue d'une comptabilité analytique permettant de vérifier la traçabilité de la subvention et des produits de ses recettes d'exploitation³¹.

31 – CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928.

La notion de moindre coût permet la prise en compte, au-delà du prix, de divers critères liés à l'objet du marché tels que des critères qualitatifs, environnementaux ou sociaux et de couvrir ainsi également le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse prévue par le droit des marchés publics³².

La gestion de SIEG ne répond pas nécessairement à l'impératif d'une gestion au moindre coût, ce qui explique les réserves d'interprétation du quatrième critère de l'arrêt *Altmark*.

D'autres dimensions peuvent ainsi être prises en compte par les gestionnaires afin de remplir spécifiquement les obligations de service public qui sont la caractéristique des SIEG, au bénéfice des usagers : la responsabilité du service public, la qualité du service, l'accueil et la sécurité des usagers, la protection de l'environnement notamment.

La notion d'entreprise moyenne bien gérée et adéquatement dotée en infrastructure

Si l'autorité publique ne recourt pas à une procédure de marché public, la CJUE exige que le niveau de la compensation pour obligation de service public soit déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une *entreprise moyenne et bien gérée* aurait encourus pour exécuter cette obligation.

L'application de ce critère à un SIEG soulève un certain nombre d'interrogations. En effet, dans certains cas la raison d'être d'un SIEG peut résider dans l'absence de toute offre de substitution par le marché pour le type de service visé en raison par exemple de l'absence de rentabilité de l'activité en cause. Cette notion demeure peu ou pas utilisée pour le financement des SIEG de faible envergure ou de dimension locale en raison de l'absence de véritables indications sur les méthodologies de création et de définition d'un tel point de comparaison objectif.

Les incertitudes sur la sécurité juridique tenant au respect de la jurisprudence *Altmark* conduisent donc à se référer au cadre juridique spécifique relatif aux aides d'État sous la forme de compensations de service public.

(ii) Les compensations qui ne constituent pas des aides d'État selon le règlement de *minimis* général de la Commission européenne

Dans un premier temps, la Commission a exclu du champ des aides d'État les subventions de faible montant. Le règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité aux aides *de minimis* établit un plafond au-dessous duquel l'aide ne fausse pas ou ne menace pas de fausser la concurrence.

Les aides accordées ne sont pas considérées comme des aides d'État si elles respectent les conditions suivantes :

- aides n'excédant pas un **plafond de 200 000 euros** octroyés à une même entreprise ;
- sur une période de trois exercices fiscaux.

Les aides qui remplissent les critères du règlement *de minimis* n° 1998/2006 ne sont pas cumulables avec d'autres aides d'État **pour les mêmes dépenses admissibles**, si ce cumul conduit à dépasser le niveau d'intensité d'aide fixé par un autre texte de la Commission (règlement d'exemption ou décision).

Pour bénéficier de l'exemption, avant l'octroi de l'aide, la collectivité publique doit obtenir de l'entreprise une **déclaration** concernant les autres aides *de minimis* qu'elle a reçues au cours de l'exercice fiscal en cours et des deux exercices précédents. Elle doit ainsi vérifier avec soin que la nouvelle aide ne portera pas le montant total des aides *de minimis* reçues au-delà du plafond applicable.

³² – Cf. communication sur les concepts de la Commission du 20 décembre 2011, paragr. 67.

(iii) Les compensations de SIEG qui ne constituent pas des aides d'État selon le règlement de **minimis** spécifique SIEG de la Commission européenne

Afin de répondre aux caractéristiques spécifiques aux SIEG, la Commission européenne a par ailleurs créé un seuil spécifique en dessous duquel les aides accordées pour financer un SIEG ne sont pas considérées comme des aides d'État.

Ces financements ne constituent pas des aides d'État, car ils n'affectent pas les échanges entre États membres et ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence entre États membres, s'ils respectent les conditions posées par le règlement n° 360/2012 du 25 avril 2012 (« *Almunia* »):

- Les aides accordées aux SIEG (« *aides de minimis* ») ne sont pas considérées comme des aides d'État si elles respectent les **conditions suivantes** :
 - les compensations de SIEG d'un montant total inférieur à 500 000 euros³³ ;
 - sur une période de trois exercices fiscaux.

Les aides *de minimis* SIEG ne peuvent pas être cumulées avec des aides d'État **pour les mêmes dépenses admissibles**, si ce cumul conduit à dépasser le niveau d'intensité d'aide fixé, dans les circonstances spécifiques de chaque cas, par un règlement d'exemption par catégorie ou une décision adoptés par la Commission.

Les aides *de minimis* accordées dans le cadre du règlement spécifique aux SIEG sont cumulables avec les aides *de minimis* accordées dans le cadre du règlement n° 1998/2006 du 15 décembre 2006, dans la limite du plafond de 500 000 euros sur trois exercices fiscaux.

En revanche, l'aide *de minimis* octroyée en vertu du règlement spécifique aux SIEG ne peut se cumuler avec une compensation liée au même SIEG, que celle-ci soit ou non une aide d'État.

- Pour bénéficier de l'exemption, la collectivité publique doit **informer par écrit l'entreprise** bénéficiaire du montant potentiel de l'aide en équivalent-subvention brut, du SIEG pour lequel elle est octroyée et de son caractère *de minimis*, par référence explicite au règlement.

Avant l'octroi de l'aide, elle doit également obtenir de l'entreprise chargée du SIEG une **déclaration** relative à toute autre aide *de minimis* reçue pour la gestion de SIEG, au titre du règlement spécifique aux SIEG n° 360/2012 ou du règlement n° 1998/2006, au cours des deux exercices précédents et de l'exercice fiscal en cours.

La collectivité publique n'accordera la nouvelle aide *de minimis* qu'après avoir vérifié qu'elle ne porte pas le montant total des aides *de minimis* accordées à l'entreprise chargée de la mission de SIEG au-delà du plafond de 500 000 euros sur trois exercices fiscaux, et que les règles de cumul sont respectées.

(iv) Les compensations de service public qui constituent des aides d'État compatibles avec le Traité et sont exemptées de notification à la Commission européenne

La décision de la Commission du 20 décembre 2011³⁴ prévoit qu'en-dessous d'un certain seuil, les compensations octroyées à des entreprises chargées d'assurer des SIEG ne portent pas atteinte au développement des échanges entre États membres dans une mesure

33 – Lorsqu'une aide est accordée sous une forme autre qu'une subvention, le montant de l'aide est son équivalent subvention brut.

34 – Décision n° 2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensation de services public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services publics d'intérêt économique général.

contraire aux intérêts de l'Union. Ainsi, une notification individuelle préalable de l'aide à la Commission européenne n'est pas nécessaire pour ces compensations. Il en est de même pour les compensations octroyées dans certains secteurs, quel que soit leur montant.

Sont donc **exemptées de notification** à la Commission européenne car considérées compatibles *a priori* avec les dispositions du Traité, les aides relevant d'une des catégories ci-dessous, sous les conditions précisées *infra* :

- les aides ne dépassant pas un montant annuel de 15 millions d'euros³⁵ pour la prestation de SIEG dans des domaines autres que le transport et les infrastructures de transport;
- les aides aux hôpitaux, ainsi qu'aux services répondant à des besoins sociaux 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 et l'inclusion sociale des groupes vulnérables;
- les aides octroyées pour des liaisons aériennes ou maritimes avec les îles dont le trafic annuel moyen n'a pas dépassé 300 000 passagers au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG;
- les aides aux aéroports et aux ports dont le trafic annuel moyen n'a pas dépassé 200 000 passagers pour les aéroports et 300 000 passagers pour les ports, au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG.

35 – Lorsque le montant de la compensation varie pendant la durée du mandat, le montant annuel est calculé en tant que moyenne des montants annuels de compensation qu'il est prévu de réaliser au cours du mandat.

Pour bénéficier de l'exemption de notification, les aides accordées aux entreprises précitées doivent **répondre aux conditions suivantes** :

- la mission de service public doit avoir été confiée à l'entreprise concernée, au moyen d'un **mandat**;
- par principe la **durée du mandat** ne doit pas dépasser dix ans. Toutefois si elle est supérieure à dix ans, elle peut ne pas faire l'objet d'une obligation de notification dans la mesure où le prestataire de service doit consentir un investissement important qui doit être amorti sur une plus longue période, conformément aux principes comptables généralement admis, à l'exemple du logement social ou des hôpitaux.
- le montant de la compensation ne doit pas excéder ce qui est **nécessaire** pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution de ces obligations de service public;
- les États membres doivent contrôler que les compensations accordées n'entraînent pas de **surcompensation**.

Si pendant la durée du mandat, les conditions d'application de la décision cessent d'être remplies, l'aide doit être notifiée conformément à l'article 108 § 3 TFUE.

Le montant de la compensation comprend tous les avantages accordés par la collectivité publique ou au moyen d'une ressource publique, sous quelque forme que ce soit, que ces avantages proviennent de sources locales, régionales, nationales ou européennes, dans la limite des avantages perçus au titre de la mission de service public visée par le mandat, à l'exemple des fonds structurels FEDER et FSE³⁶.

36 – Points 3.9.1 et 3.9.2 du guide de la Commission de décembre 2010.

Les paramètres de calcul des coûts doivent être définis dans le mandat. Le mandat doit donc comprendre, de manière claire, la base sur laquelle la collectivité publique financera l'entreprise prestataire, c'est-à-dire la base servant à calculer la compensation.

Le coût net peut être calculé sur la base de la différence entre les coûts et les recettes afférents au SIEG. Il peut également être calculé sur la base de la différence entre le coût net pour l'entreprise assurant l'obligation de service public et le coût net ou bénéfice de la même entreprise n'assurant pas l'obligation de service public.

Les coûts à prendre en considération correspondent à tous les coûts nés de la gestion du SIEG, calculés sur la base des principes de comptabilité généralement acceptés : ils peuvent couvrir tous les coûts directs occasionnés par la fourniture du service ainsi qu'une contribution proportionnelle aux coûts fixes communs au service en cause et à d'autres activités. Les coûts liés aux investissements, notamment d'infrastructures, peuvent être pris en considération, lorsque ces investissements sont nécessaires au fonctionnement du SIEG.

Lorsque l'entreprise réalise également des activités en dehors du SIEG, seuls les coûts liés au SIEG peuvent être pris en considération : dans ce cas, sa comptabilité interne indique 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. En effet, une compensation accordée pour le fonctionnement d'un SIEG, mais utilisée en fait pour intervenir sur d'autres marchés, n'est pas justifiée par une obligation de service public et constitue donc une aide d'État ne pouvant pas bénéficier de l'exemption de notification au titre de la décision *Almunia*.

Les recettes à prendre en considération incluent la totalité des recettes tirées du SIEG. Si l'entreprise est titulaire d'un droit exclusif ou spécial³⁷ lié à des activités ne relevant pas du SIEG pour lequel l'aide est octroyée, et qui engendrent un bénéfice excédant le bénéfice raisonnable, ou que cette entreprise bénéficie d'autres avantages octroyés par l'État, ceux-ci doivent être inclus dans ses recettes. En outre, l'autorité publique peut décider d'affecter, en tout ou partie au financement du SIEG, les bénéfices tirés d'autres activités.

Aux coûts nets s'ajoute, pour le calcul de la compensation, le bénéfice raisonnable. Celui-ci correspond au taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le SIEG pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque. Le taux de rendement du capital³⁸ est défini comme le taux de rendement interne que l'entreprise obtient sur son capital investi pendant la durée du mandat. Le niveau de risque dépend du secteur concerné, du type de service et des caractéristiques de la compensation.

Pour déterminer ce qui constitue un bénéfice raisonnable, les collectivités publiques peuvent introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains d'efficacité productive (elles n'y sont pas obligées, contrairement aux compensations qu'elles doivent notifier, cf. *infra*).

37 – Cf. Annexe 7.

38 – Cf. article 5 § 7 et § 8 de la décision d'exemption de notification pour davantage de précisions sur le taux de rendement du capital et sur la possibilité de se fonder sur d'autres indicateurs du bénéfice.

(v) Les compensations de service public qui constituent des aides d'État compatibles avec le Traité et doivent être notifiées à la Commission européenne

Sont traitées ici les compensations de SIEG entrant dans le champ de l'encadrement du 20 décembre 2011 (encadrement *Almunia*) et devant être notifiées³⁹. Il s'agit donc des compensations :

- qui ne relèveraient pas de la jurisprudence *Altmark* (cf. (i) *supra*);
- qui ne relèveraient pas du règlement *minimis* général (cf. (ii) *supra*);
- qui ne relèveraient pas du règlement *minimis* spécifique SIEG (cf. (iii) *supra*);
- qui ne relèveraient pas de la décision d'exemption de notification (cf. (iv) *supra*).

La Commission européenne, dans l'encadrement *Almunia*, a précisé les conditions de la compatibilité des aides d'État.

Un mandat doit confier expressément la mission de SIEG et préciser, notamment, la nature et la durée des obligations de service public, la description du mécanisme de compensation ainsi que les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation.

La Commission a par ailleurs ajouté dans cet encadrement une condition tenant à la durée du mandat, qui doit être objectivement justifiée. La Commission précise qu'en principe la durée du mandat ne devrait pas excéder la période nécessaire à l'amortissement comptable des principaux actifs indispensables à la prestation du SIEG.

Enfin, la description, dans le mandat, du mécanisme de compensation doit préciser les modalités retenues pour l'incitation à l'efficacité du prestataire de SIEG (cf. *infra*).

39 – Pour de plus amples renseignements sur la procédure de notification, cf. annexe 8.

Les États membres doivent apporter la preuve qu'ils ont pris en considération les besoins en matière de service public.

Les autorités publiques doivent procéder à une consultation publique ou à toute autre procédure appropriée permettant de tenir compte des intérêts des utilisateurs et des prestataires de services⁴⁰.

Le montant de la compensation doit être fonction de la réalisation d'objectifs d'efficacité par le prestataire de SIEG.

Selon les mesures incitatives que les États choisissent de mettre en œuvre, le montant de la compensation peut être établi :

a) sur la base des coûts et recettes **escomptés**⁴¹ :

L'encadrement recommande de privilégier la méthode du coût net évité, selon laquelle le coût net nécessaire à l'exécution des obligations de service public correspond à la différence entre le coût net supporté par le prestataire lorsqu'il exécute ses obligations et le coût ou bénéfice net du même prestataire lorsqu'il ne les exécute pas.

Toutefois, la Commission reconnaît que le recours à cette méthode peut s'avérer impossible ou inapproprié et accepte, lorsque c'est dûment justifié, d'autres méthodes telles que la méthode basée sur la répartition des coûts.

La comptabilité interne doit séparer les coûts et les recettes liés au SIEG de ceux liés aux autres services et, lorsque l'entreprise gère plusieurs SIEG, identifier les coûts et les recettes de chaque SIEG ;

40 – Point 14 de l'encadrement.

41 – L'estimation des coûts doit reposer sur des paramètres plausibles et observables concernant l'environnement économique dans lequel le SIEG est fourni. Le cas échéant, elles doivent se fonder sur le savoir-faire des autorités de régulation du secteur ou d'autres entités indépendantes de l'entreprise. Les États membres doivent préciser les sources sur lesquelles ces anticipations s'appuient.

b) sur la base des coûts **effectivement supportés** et des recettes effectivement perçues ;

c) ou encore sur la base d'une combinaison des deux.

Les dispositions de l'encadrement relatives aux recettes à prendre en compte⁴² et au bénéfice raisonnable⁴³ sont similaires à celles de la décision *Almunia*.

Quel que soit le modèle retenu pour établir le montant de la compensation, les États membres doivent introduire des **incitations à la prestation efficiente** de SIEG de qualité élevée, sauf s'ils justifient qu'il est impossible ou non judicieux de le faire.

La Commission a indiqué que les États disposent d'une grande marge de manœuvre pour concevoir les dispositifs d'incitation à l'efficacité. Ils peuvent, par exemple, définir à l'avance un niveau de compensation fixe anticipant les gains d'efficacité que l'entreprise devrait réaliser sur la durée du mandat, ou définir des objectifs d'efficacité dans le mandat, de telle sorte que le niveau de compensation soit fonction de la mesure dans laquelle ces objectifs ont été atteints.

Si l'entreprise ne réalise pas les objectifs fixés, la compensation devra être réduite selon une méthode de calcul précisée dans le mandat. En revanche, si elle les dépasse, la compensation devra être accrue selon une méthode de calcul également précisée dans le mandat.

Le mécanisme d'incitation à l'efficacité doit se fonder sur des critères objectifs et mesurables définis dans le mandat et soumis à une évaluation transparente réalisée par une entité indépendante du prestataire de SIEG.

Lorsqu'une autorité confie la prestation d'un même SIEG à plusieurs entreprises, la compensation doit être calculée selon la même méthode pour chaque entreprise.

⁴² – Point 32 de l'encadrement.

⁴³ – Points 33 à 38 de l'encadrement.

2 - Les obligations qui découlent du financement public d'un SIEG

(i) Obligations de transparence et d'informations destinées à la Commission

La décision de la Commission n° 2012/21/UE du 20 décembre 2011 (décision *Almunia*) prévoit que les compensations supérieures à 15 millions d'euros accordées à une entreprise ayant aussi des activités qui se situent en dehors du cadre du SIEG doivent faire l'objet par l'État membre concerné d'une publication sur l'internet, ou par d'autres moyens appropriés, des informations relatives au mandat et aux montants annuels correspondant à l'aide octroyée à l'entreprise.

Les États membres doivent par ailleurs présenter, tous les deux ans, à la Commission un rapport sur la mise en œuvre de la décision *Almunia*, comprenant une description détaillée des conditions d'application de celle-ci dans tous les secteurs. Le premier rapport doit être présenté le 30 juin 2014 au plus tard. L'encadrement *Almunia* impose des obligations de transparence et d'informations semblables.

Pour mémoire, conformément aux règles de procédure relatives aux aides existantes, les États membres doivent également présenter des rapports annuels à la Commission sur les régimes d'aides accordées à la suite d'une décision de la Commission. Enfin, la Commission peut assortir sa décision positive de conditions lui permettant de reconnaître la compatibilité de l'aide et d'obligations lui permettant de contrôler le respect de sa décision. Dans ce contexte, des rapports périodiques ou d'autres obligations peuvent s'imposer, en fonction de la situation spécifique de chaque service d'intérêt économique général.

(ii) Le contrôle de la surcompensation

Les États-membres doivent contrôler régulièrement l'absence de surcompensation, au minimum tous les trois ans et à la fin du mandat. Ils doivent pouvoir fournir sur ce point des éléments de preuve à la Commission, sur sa demande. Pour les aides qui ne sont pas accordées dans le cadre d'une procédure de marché public avec publication⁴⁴, ces contrôles doivent être effectués tous les deux ans⁴⁵.

La possibilité de reporter le montant de la surcompensation, s'il n'excède pas 10 % du montant de la compensation annuelle moyenne, sur la période suivante et de le déduire du montant de la compensation due pour cette période, ne figure pas dans l'encadrement Almunia et ne peut donc plus être mise en œuvre. En revanche, la décision Almunia prévoit une telle possibilité pour les compensations qui entrent dans son champ⁴⁶.

44 – C'est-à-dire une aide accordée dans le cadre de contrats internes, de concessions sans concours financier, de procédure de marché public sans publication préalable.

45 – Cf. point n° 49 de l'encadrement Almunia.

46 – Cf. article 6, § 2 de la décision Almunia.

(iii) Obligation de conservation des informations relatives aux aides octroyées

Le règlement *de minimis* spécifique SIEG⁴⁷ pose l'obligation que les collectivités publiques enregistrent et compilent toutes les informations concernant l'application du règlement et les conservent pendant dix ans à partir de la date d'octroi des aides.

La décision Almunia⁴⁸ impose également aux États membres de tenir à la disposition de la Commission pendant la durée du mandat et pendant dix ans au moins à compter de la fin du mandat, toutes les informations nécessaires à l'établissement de la compatibilité des compensations octroyées avec la décision.

47 – Cf. article 3, § 3 du règlement n° 360/2012 du 25 avril 2012.

48 – Cf. article 8 de la décision Almunia.

Ce qu'il faut retenir :

- la compensation financière ne relève pas du régime des aides d'État si les quatre critères de l'arrêt Altmark sont respectés et notamment si la compensation est octroyée après une procédure de marché public ou si son montant est inférieur à 500 000 euros sur trois ans (règle *de minimis* propre aux SIEG) ;
- dans le cas contraire, la compensation financière peut être rendue compatible avec le cadre juridique spécifique relatif aux aides d'État sous la forme de compensation de service public sous certaines conditions, selon le montant de la compensation et la nature du SIEG ;
- dans les deux cas, l'exigence d'un acte officiel de mandat précisant notamment la nature de la mission particulière, la nature des obligations de service public et l'absence de toute surcompensation conditionne l'application de ces dispositions.

1 - Peut-on trouver une liste de SIEG ?

Le droit européen n'imposant pas aux États membres la désignation formelle d'une mission ou d'un service comme étant d'intérêt économique général, il n'est pas possible de définir une liste exhaustive.

Néanmoins, certains domaines semblent relever explicitement des SIEG car répondant aux critères caractérisant un SIEG, à savoir le caractère économique de l'activité, le caractère d'intérêt général du service et le mandat. Il s'agit notamment des activités de réseaux dans les domaines suivants, activités faisant l'objet pour certaines de réglementations européennes :

- **postes** (directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, modifiée par les directives 2002/39/CE et 2008/06/CE);
- **télécommunications** (directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 2 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, modifiée par la directive 2009/136/CE);
- **électricité, gaz** (directive 2009/72/CE du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité; directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel);

- **transports** (règlement 1370/2007/CE du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route);
- **eau, assainissement** (directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000) établissant un cadre pour une politique européenne dans le domaine de l'eau, modifiée par les directives 2008/32/CE, 2008/105/CE et 2009/31/CE;

De plus, la jurisprudence européenne a considéré que d'autres secteurs relevaient des SIEG, essentiellement dans le domaine social. Il s'agit notamment de :

- **l'activité de placement** exercée par des offices publics pour l'emploi;
- les services de **transport d'urgence** des malades;
- la gestion des **infrastructures de transport**;
- le **logement social**.

2 - Est-il possible de définir la mission d'intérêt économique générale dans la loi, le règlement ou au sein de conventions ?

Comme évoqué *supra*, les instances européennes n'ont pas défini précisément la nature des SIG et la distinction entre SIG et SIEG du fait de l'application stricte du principe de subsidiarité. En effet, la Commission estime que **les États membres, au niveau national ou local, disposent d'une grande marge de manœuvre pour définir ce qu'ils considèrent être des SIEG**. Les seules limites sont :

- celles posées par le droit de l'Union dans les secteurs harmonisés par le droit européen et pour lesquels des objectifs d'intérêt général ont été pris en compte (exemple : télécommunications, poste et énergie) : la

marge de manœuvre des États membres ne peut être exercée à l'encontre de ces règles harmonisées ;

- jurisprudentielles : quant à l'appréciation du caractère d'intérêt général, le contrôle du juge est restreint car il se limite à vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation.

3 - Est-il souhaitable que les États membres définissent les SIEG et si oui par quel moyen ?

La notion de SIEG pouvant recouvrir des réalités et des appellations différentes selon les États membres, le droit européen ne crée aucune obligation de désigner formellement une mission ou un service comme étant un SIEG.

Traduire dans une loi ou un texte réglementaire les trois conditions permettant de qualifier un SIEG risque de s'avérer soit inutile, s'il s'agit juste de les rappeler de façon générale, soit contre-productif, s'il s'agit de fixer une liste de services, et, au total, inopportun en termes de lisibilité. En effet, la qualification de SIEG ne pouvant s'effectuer qu'au cas par cas et dans des domaines d'activité susceptibles d'évolution, l'instauration d'un cadre trop strict ne serait pas de nature à faciliter l'action des personnes publiques souhaitant utiliser ces règles pour l'exercice de leurs missions. À l'inverse toute norme nationale ne permet pas d'étendre cette qualification de SIEG à des activités qui ne le seraient pas au sens du droit européen.

Toutefois, un exercice de clarification et de formalisation a été réalisé dans la circulaire du 18 janvier 2010 du Premier ministre relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations.

4 - Pourquoi la directive « services » induit-elle une confusion chez les opérateurs et les autorités publiques ?

La directive « services »⁴⁹ traite des règles d'établissement et d'exercice des opérateurs économiques, mais ne porte pas sur les règles de financement de ces opérateurs par les pouvoirs publics. La confusion entre la directive « services » et le financement des services publics a pu naître du fait que cette directive prévoit l'exclusion de certains services sociaux sous conditions de mandat des prestataires. Cela a pu être interprété comme excluant les services sociaux du champ du droit de la concurrence. Or, la directive « services » s'inscrit parmi les règles du marché intérieur qui sont distinctes des règles du droit européen de la concurrence.

En facilitant la libre circulation des services dans l'Union européenne, la directive « services » a conduit les États membres, d'une part à recenser l'ensemble des réglementations encadrant l'accès et l'exercice des activités de services, et d'autre part à examiner ces règles au regard des trois principes de non-discrimination, de nécessité, et de proportionnalité.

L'article 2.2.j de la directive prévoit l'exclusion de certains services sociaux⁵⁰. Cette exclusion repose sur deux conditions restrictives et cumulatives. L'une porte sur le champ du secteur social couvert : les « *services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin* ». L'autre porte

49 – Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 sur les services dans le marché intérieur.

50 – L'article 2.2.j dispose que la directive ne s'applique pas aux : « *services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État.* »

sur la nature des opérateurs susceptibles de bénéficier de cette définition : l'exclusion vise les services « *qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État.* »

Dans le cadre des travaux de transposition de la directive, les services sociaux ont été, dans leur quasi-totalité, exclus du champ d'application de la directive dans la mesure où ils concernaient des publics se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin et où les opérateurs recevaient un mandat des pouvoirs publics pour exercer leur mission.

D'autres services sociaux ont été inclus dans le champ de la directive dès lors qu'un mandat n'était pas constitué. Pour autant, cette inclusion n'a pas eu de conséquences quant à leur régime juridique. En effet, les régimes d'autorisation et d'agrément existants dans le secteur ont été justifiés pour des raisons impérieuses d'intérêt général (santé publique et ordre public).

Par ailleurs, cette inclusion dans le périmètre de la directive « services » a été sans incidence sur la capacité des opérateurs à percevoir, ou non, des subventions de la part des collectivités publiques : la directive « services » ne traite pas de la question du financement ni des subventions, et n'a pas non plus de conséquence sur la façon dont les collectivités publiques choisissent les opérateurs bénéficiant de ces financements publics. Le droit des aides d'État et celui de la commande publique sont des sujets distincts de la directive « services ».

5 - Quelles conséquences tirer de l'évolution et de la modification formelle de la mission attribuée ?

Deux types d'évolution de la mission sont envisageables : une modification des services fournis au sein de la mission (a) et une évolution du périmètre même de la mission (b).

- a) Ce premier type d'évolution peut assez facilement être pris en compte par une mise à jour du mandat. Il peut s'agir de l'émergence de nouveaux besoins qui n'étaient pas initialement prévus et qui nécessitent la fourniture de services supplémentaires. Une modification du mandat pour prendre en compte les nouveaux services rendus dans le cadre des activités fournies par le prestataire est recommandée.
- b) Si la mission évolue au point de ne plus pouvoir être qualifiée de SIEG pour tout ou partie des activités la composant, les conséquences sont plus délicates. Certaines missions confiées à une même entité ne constituent pas des SIEG pour toutes les activités qu'elles recouvrent.

Dans le cas où une mission exclusivement SIEG à la base évoluerait en devenant pour une part de ses activités purement économique sans lien avec un intérêt général, la collectivité publique devrait tirer toutes les conséquences de cette évolution pour que son financement soit compatible avec les règles du droit à la concurrence.

6 - Subvention à une association

La sécurisation de l'octroi d'une subvention à une association exerçant une activité économique d'intérêt général peut être assurée en prenant quelques précautions simples :

- vérifier si l'association n'entre pas dans le champ du règlement *de minimis* de droit commun : les concours financiers versés sous forme de subventions à une association qui demeurent inférieurs à 200 000 euros⁵¹ sur une période de trois exercices fiscaux ne sont pas qualifiés d'aides d'État et ne sont soumis à aucune exigence particulière en matière de réglementation des aides d'État (cf. III-1-ii) ; cela ne dispense cependant pas l'État de les recenser ;
- alternativement, si l'association n'est pas dans le champ du règlement *de minimis* de droit commun, vérifier si l'association ne relève pas du règlement *de minimis* spécifique aux SIEG : les concours financiers versés sous forme de subventions à une association exerçant une activité économique d'intérêt général ne sont pas qualifiés d'aides d'État s'ils demeurent inférieurs ou égaux à 500 000 euros⁵² sur une période de trois exercices fiscaux (cf. III-1-iii) ;
- si l'association ne se trouve pas relever de ces deux cas, il convient ensuite de s'assurer que l'aide éventuellement octroyée à l'association ne dépasse pas un montant annuel de 15 millions d'euros⁵³ pour l'activité économique d'intérêt général⁵⁴. Ce plafond ne s'applique toutefois pas pour les services qui répondent à des besoins sociaux 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, et l'inclusion sociale des groupes vulnérables. La décision de la Commission du 20 décembre 2011⁵⁵ prévoit en effet qu'en-dessous de ce seuil ou lorsqu'il s'agit de besoins sociaux, l'aide ne porte pas atteinte au développement des échanges entre États membres dans une mesure contraire aux intérêts de l'Union ; elle est cependant soumise à des exigences particulières en matière de réglementation des aides d'État. Il en est de même pour les aides octroyées dans certains secteurs, quel que soit leur montant (cf. III-1-iv) ;
- au-delà de ce seuil de 15 millions d'euros pour un an, une notification à la Commission doit être effectuée. C'est le secrétariat général des affaires européennes qui doit procéder à cette notification (cf. III-1-v).

En fonction des cas évoqués ci-dessus, la décision de subvention intégrera les éléments nécessaires à la sécurisation juridique de l'acte au regard de ces différentes règles.

51 – Seuil des aides « de minimis » établi par le règlement n° 1998/2006 du 15 décembre 2006.

52 – Seuil des aides « de minimis » spécifique SIEG établi par le règlement n° 360/2012 du 25 avril 2012.

53 – Lorsque le montant de la compensation varie pendant la durée du mandat, le montant annuel est calculé en tant que moyenne des montants annuels de compensation qu'il est prévu de réaliser au cours du mandat.

54 – Dans des domaines autres que le transport et les infrastructures de transport.

55 – Décision n° 2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensation de services publics octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services publics d'intérêt économique général.

Le schéma suivant articule ces différents seuils :

• 23 000 euros de subvention⁵⁶ par an (l'évaluation est faite par chaque autorité administrative). - Si le montant de la subvention est inférieur ou égal au seuil : il s'agira d'une décision individuelle sous forme d'arrêté ou autre ; elle peut supposer en amont une délibération de la collectivité. - Si le montant de la subvention est supérieur au seuil et inférieur à 15 millions d'euros : la forme prescrite est une convention définissant « l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention ».	• 200 000 euros d'aides publiques de toute nature (dites aides d'État) cumulées sur trois exercices consécutifs (l'évaluation est faite par l'association bénéficiaire et comprend aussi les aides en nature évaluable). - Si l'évaluation est inférieure ou égale au seuil : tolérance <i>de minimis</i>. - Si l'évaluation est supérieure au seuil mais qu'il s'agit d'un SIEG : application de la tolérance <i>de minimis</i> jusqu'à 500 000 euros. Le SIEG doit être déterminé par l'acte attributif de subvention.	• 500 000 euros d'aides publiques de toute nature (dites aides d'État) cumulées sur trois exercices consécutifs (l'évaluation est faite par association bénéficiaire et comprend aussi les aides en nature évaluable). - Si l'évaluation est inférieure ou égale au seuil : tolérance <i>de minimis</i> avec qualification du SIEG. - Si l'évaluation est supérieure au seuil : mise en forme d'un mandat SIEG sur des besoins sociaux ou autre activité économique d'intérêt général (si subvention inférieure à 15 millions d'euros par an⁵⁷).
--	---	--

Le modèle de convention annexé à la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations permet de répondre à toutes les exigences en dessous du seuil de notification à la Commission, que l'association perçoive moins ou plus de 500 000 euros d'aides cumulées sur trois exercices fiscaux consécutifs.

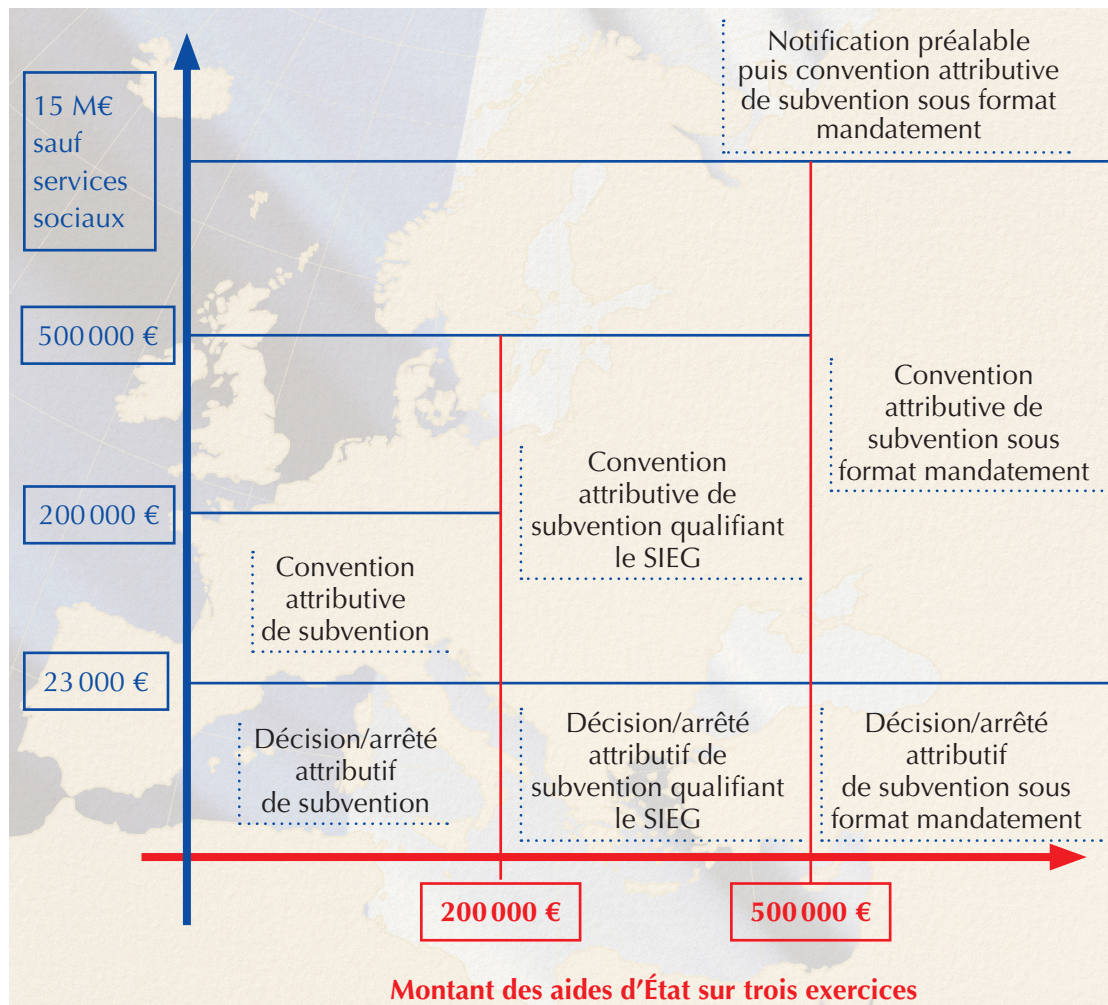
L'autorité publique doit informer au préalable l'association du caractère *de minimis* de l'aide, en faisant référence au règlement idoïne : n° 1998/2006 du 15 décembre 2006 ou n° 360/2012 du 25 avril 2012 ou à la décision C (2011) 9380 final du 20 décembre 2011.

⁵⁶ – Seuil de 23 000 euros défini par le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques.

⁵⁷ – Au-dessus de 15 millions d'euros de subvention, hors le cas des besoins sociaux, l'aide doit être préalablement notifiée à la Commission européenne.

À défaut de connaître avec exactitude le montant total des aides publiques reçues par une association sur trois exercices fiscaux consécutifs (incluant les aides en nature évaluables

telles que la mise à disposition de locaux, de personnels ou de matériels), il peut être jugé préférable d'utiliser le modèle de convention de la circulaire du 18 janvier 2010 lorsque la subvention octroyée dépasse 23 000 euros.



7 - Droits exclusifs

La notion de droits spéciaux ou exclusifs accordés par les États membres à des entreprises figure à l'article 106 § 1 TFUE⁵⁸, sans être définie.

Cette notion est utilisée par le droit dérivé⁵⁹ ainsi que par la jurisprudence de la Cour.

Dans l'arrêt *Ambulanz Glöckner*⁶⁰, les droits spéciaux ou exclusifs, au sens de l'article 106 § 1 TFUE, sont définis comme « des droits accordés par les autorités d'un État membre à une entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, qui affectent substantiellement la capacité des autres entreprises à exercer l'activité économique en cause sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes »⁶¹.

Un droit exclusif ou spécial, parce qu'il limite l'établissement et la libre prestation de services des entreprises non titulaires de ce droit, doit

être justifié. En outre, l'absence de mise en concurrence, dès lors qu'elle empêche des entreprises de postuler à l'octroi de ce droit, doit également faire l'objet d'une justification.

a) Le droit exclusif doit être justifié par l'accomplissement d'une mission de SIEG⁶²

Aux termes de l'article 106 § 2 TFUE, « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles des traités, 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 l'Union ».

Pour justifier l'entrave à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services que constitue l'exclusivité accordée, il convient de démontrer que la mission de SIEG ne peut être accomplie que par l'octroi d'un droit exclusif à une seule entreprise. Le droit exclusif doit être nécessaire et proportionné, c'est-à-dire être de nature à garantir l'objectif poursuivi sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. En outre, l'attribution d'un droit exclusif ne doit pas conduire à une situation dans laquelle le bénéficiaire de ce droit serait nécessairement amené à abuser de sa position dominante⁶³.

Un droit exclusif est, par exemple, justifié s'il est nécessaire pour permettre au prestataire titulaire de ce droit d'accomplir la mission de SIEG dans des conditions économiquement acceptables, par la compensation entre les secteurs d'activités rentables et les secteurs moins rentables⁶⁴. La notion de conditions

58 – « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus ».

59 – Par exemple, la directive 2006/111/CE, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, définit :

- les « droits exclusifs » comme « des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné » (article 2 f) ;
- les « droits spéciaux » comme « des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné :
i) limite à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou à exercer une activité, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires ou
ii) désigne, selon de tels critères, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité ou
iii) confère à une ou plusieurs entreprises, selon de tels critères, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes » (article 2 g).

60 – CJUE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, affaire C-475/99.

61 – Le juge communautaire a notamment exclu de la définition le mode d'attribution des droits, suivant les conclusions de l'avocat général Jacobs qui estimait que « la question distincte [...] de savoir si ces droits sont légitimes [justifiés], doit être tranchée selon les dispositions du traité auxquelles renvoie l'article 86, paragraphe 1, CE, et conformément à l'article 86, paragraphe 2, CE ».

62 – À noter qu'un droit exclusif peut aussi être justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, lorsque l'activité économique en cause n'est pas un SIEG.

63 – CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, affaire C-67/96.

64 – CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, affaire C-320/91, points 14 à 18.

économiquement acceptables a permis de justifier le droit exclusif de gérer un régime de pension complémentaire⁶⁵, ou l'extension de ce droit au secteur du transport non urgent de malades, pour assurer l'équilibre économique du SIEG de transport médical d'urgence⁶⁶.

b) L'absence de mise en concurrence, pour le choix du prestataire de SIEG, titulaire du droit exclusif, doit être également justifiée

Lorsque le droit exclusif est justifié par l'accomplissement d'une mission de SIEG, des obligations de transparence s'imposent néanmoins aux autorités nationales pour le choix de l'entreprise investie de cette mission.

b)1. Le paquet *Almunia*, qui relève du droit des aides d'État, s'applique sans préjudice des autres règles du Traité

Les conditions dans lesquelles une mission de SIEG doit être confiée à une entreprise, qu'elles portent sur le caractère exclusif ou spécial des droits conférés à ce prestataire, ou sur son mode de sélection, ne sont pas traitées par le paquet *Almunia*⁶⁷.

La compatibilité des financements de SIEG avec le droit des aides d'État ne vaut donc nullement la garantie implicite du respect des autres règles du Traité et du droit dérivé. Les dispositions du paquet *Almunia* s'appliquent, notamment, « sans préjudice des dispositions communautaires en vigueur en matière de marchés publics [...] »⁶⁸.

Par conséquent, il ne suffit pas que le contenu du mandat (cf. point II-1-b du présent guide sur le contenu du mandat) soit conforme aux

prescriptions du paquet *Almunia*. Il faut, en outre, que ses modalités d'attribution respectent les règles applicables en la matière, par exemple, celles relatives à la commande publique.

Lorsqu'on est hors du champ de la commande publique, l'octroi d'une compensation de SIEG n'impose pas le recours à une procédure de marché public. C'est ce qu'a rappelé la Commission: « Selon la décision [Monti-Kroes], le montant de la compensation ne doit pas nécessairement être défini à travers une procédure de marchés publics [...]. »⁶⁹

b)2. Les autorités publiques ne peuvent, sauf exceptions dûment justifiées, s'affranchir de l'obligation de transparence issue du Traité et du droit dérivé

b)2.1. Pour confier à un tiers une mission de SIEG, les autorités publiques disposent de plusieurs instruments contractuels :

- une convention de délégation de service public ;
- un marché public de service, lorsque la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

L'action de la mission de SIEG obéira, par conséquent, aux obligations de publicité et de mise en concurrence définies par la législation régissant ces contrats.

Le contrat pourra échapper à ces obligations si la mission est confiée à un organisme constitué en quasi-régie. Tel pourra être le cas, par exemple, des contrats confiant une mission de SIEG à une société publique locale (SPL) régie par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010, sous réserve du chapitre II du guide (*Le choix du mode de gestion : combiner les règles de la commande publique et celles des aides d'État*).

65 – CJCE, 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, affaire C-219/97, *Brentjens*, affaires jointes C-115/97 à C-117/97, et *Albany*, affaire C-67/96, et CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov*, affaires jointes C-180/98 à C-184/98.

66 – Arrêt *Ambulanz Glöckner* précité, point 61.

67 – Le mandat doit seulement indiquer la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés au prestataire.

68 – Considérant 29 de la décision *Almunia* et point 10 b) de l'encadrement *Almunia*.

69 – Document de travail de la Commission recensant les questions fréquemment posées sur le paquet *Monti-Kroes SEC (2007) 1516 final* du 20 novembre 2007 (point 3.8).

b)2.2. Lorsque la mission de SIEG est dévolue par un acte unilatéral, l'absence de mise en concurrence pour le choix du prestataire doit être justifiée

Il n'existe pas, en droit de l'Union, d'obligation explicite et générale de mise en concurrence pour une dévolution unilatérale⁷⁰.

On prendra garde, cependant, que pour le juge européen, l'obligation de mise en concurrence, – lorsque l'opération présente un intérêt transfrontalier certain –, parce qu'elle découle du Traité⁷¹ et des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, est indifférente à l'existence ou non d'un contrat⁷². L'investissement par voie unilatérale d'un opérateur pour accomplir une mission d'intérêt général ne suffit pas, par conséquent, à l'exonérer des obligations de mise en concurrence.

On peut distinguer trois modes de dévolution d'une mission de SIEG par un acte unilatéral :

- lorsque l'attribution unilatérale de la mission de SIEG est opérée par redistribution des compétences entre autorités publiques. Cette mesure d'organisation administrative n'est pas soumise à l'obligation de transparence issue du Traité et du droit dérivé⁷³ ;
- lorsque le législateur ou le pouvoir réglementaire attribue directement la gestion du service public à un opérateur qu'il désigne⁷⁴.

70 – Contrairement aux dévolutions contractuelles, pour lesquelles la jurisprudence *Telaustria* (CJUE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98) a posé le principe de mise en concurrence pour les contrats, hors du champ des directives marchés publics, ayant un intérêt transfrontalier certain (susceptibles d'intéresser une entreprise située dans un autre État membre).

71 – Articles 49 sur la liberté d'établissement, 56 sur la libre prestation de services et 106 sur les droits exclusifs et spéciaux.

72 – CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, affaire C-458/03, point 60.

73 – CJCE, 20 octobre 2005, *Commission c/France*, affaire C-264/03, point 54.

74 – Par exemple, la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 qui charge la société Aéroports de Paris de l'exploitation des installations du service public aéroportuaire en Île-de-France.

La désignation de cet opérateur sans mise en concurrence suppose de pouvoir justifier de cette absence ;

- lorsque la loi aménage un régime de dévolution unilatérale⁷⁵, par exemple, par un régime d'autorisation ou d'agrément. L'autorisation ou l'agrément de l'unique opérateur qui sera chargé du SIEG doit être précédé, en principe, d'une mise en concurrence. Par conséquent, pour garantir la sécurité juridique d'une dévolution unilatérale, sans mise en concurrence, d'une mission de SIEG lorsqu'elle présente un intérêt transfrontalier certain, il faut être à même de démontrer que seul le titulaire de cette mission est, de fait, en mesure de l'accomplir ou que ce titulaire est dans une situation de quasi-régie (relation « *in house* ») avec la collectivité publique⁷⁶.

c) Seule la loi peut autoriser l'octroi de droits exclusifs lorsque ceux-ci portent atteinte à la liberté d'entreprendre

c)1. Les droits exclusifs qui limitent la liberté d'entreprendre des autres opérateurs relèvent de la loi

L'attribution par une personne publique de droits exclusifs à un opérateur revient à placer celui-ci dans une situation privilégiée par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché. Aussi, l'octroi de tels droits dans un domaine déterminé peut porter atteinte à certains principes constitutionnels et, en particulier, à la liberté d'entreprendre. Le législateur peut apporter des limitations à la liberté d'entreprendre, lorsqu'il intervient en matière économique, notamment par l'octroi de droits exclusifs. Cependant ces limitations doivent

75 – Par exemple, l'attribution des services publics de transports de voyageurs en région parisienne et ceux de la distribution et du transport de gaz (voir sur ces points les avis rendus par l'assemblée générale du Conseil d'État les 9 mars et 28 septembre 1995, *EDCE* 1995. 399 et 402).

76 – CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, affaire C-107/98.

être liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général et il ne doit pas en résulter d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi⁷⁷.

Le législateur a pu ainsi, sans porter une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'entreprendre, attribuer à un établissement public national des droits exclusifs dans le domaine des opérations des diagnostics et des fouilles d'archéologie préventive, dans la mesure où l'intérêt général s'attachant à la préservation et à la connaissance du patrimoine le justifiait⁷⁸. Les limitations apportées à la liberté d'entreprendre, liberté fondamentale, nécessitent donc, en principe, l'intervention du législateur⁷⁹. Dès lors, la loi est le seul véhicule normatif adapté pour autoriser l'octroi de droits exclusifs par les collectivités publiques, comme par toute autre personne publique. Les collectivités territoriales ne peuvent donc par délibération, octroyer de droits exclusifs que si la loi les y autorise.

77 – Conseil constitutionnel, n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, JO du 18 janvier 2001, p. 931, cons. 12 à 17, Rec. p. 42.

78 – Conseil constitutionnel, n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, JO du 18 janvier 2001, p. 931, cons. 12 à 17, Rec. p. 42.

79 – Sauf dans les cas - a priori pas applicables aux octrois de droits exclusifs - où elles sont justifiées par les nécessités de l'ordre public : interdiction du colportage et de la vente ambulante pour préserver la sécurité ou la tranquillité publique - CE, 23 septembre 1991, M. Lemone/Commune de Saint-Jean-de-Luz, n° 87629, ou fermeture d'un marché afin de sauvegarder la sécurité des personnes qui le fréquentent - CE, 8 avril 1994, Société anonyme supermarché aux puces/Commune de Vaux-en-Velin, n° 140585.

★★★ Exemple pratique

Les collectivités territoriales qui exploitent des installations portuaires ou aéroportuaires sont tenues de respecter le principe d'égalité d'accès à leurs installations et offrir des conditions d'utilisation propres à assurer la sécurité des usagers. En revanche, elles ne peuvent, sans habilitation législative, consentir un monopole d'exploitation des ouvrages : CE n° 250124, 30 juin 2004, département de la Vendée : « *Les collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées du service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires.* »⁸⁰

c)2. Le pouvoir réglementaire autonome au sens de l'article 37 de la Constitution peut seul instituer des droits exclusifs limités

Il faut distinguer les droits exclusifs, qui réservent une activité à un opérateur, des droits exclusifs limités, qui n'instituent aucun monopole, mais se bornent à donner une exclusivité à un fournisseur. La création d'un droit exclusif limité, qui fait d'un opérateur le fournisseur exclusif de l'État et de ses établissements publics mais ne limite pas la liberté d'entreprendre des autres opérateurs ne nécessite pas l'intervention du législateur.

Un décret a pu, par exemple, obliger les services et les établissements publics de l'État à fournir exclusivement à l'IGN les données dont ils disposent en vue la constitution d'un référentiel de bases de données géographiques. Dans ce cas, en effet, le pouvoir réglementaire n'a pas limité la liberté des entreprises concurrentes du secteur de constituer et de commercialiser leurs propres bases de données⁸¹.

80 – CE n° 250124, 30 juin 2004, Département de la Vendée : « *Les collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées du service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires.* »

81 – CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928.

8 - Aperçu de la réglementation relative aux aides d'État

L'attribution d'aides d'État (on entend par aides d'État tout financement public, quelle qu'en soit l'origine, *i.e.* État, établissement public, collectivité locale) est encadrée car elle est susceptible de constituer une distorsion de concurrence et, par conséquent, de nuire au fonctionnement du marché intérieur. C'est pourquoi aux termes de l'article 108 § 3, les projets d'aides d'État doivent être notifiés par les autorités nationales à la Commission européenne et autorisés par cette dernière avant leur mise en œuvre.

Toutefois, les aides d'un faible montant (cf. point III-1-ii et iii) sont réputées ne pas affecter les échanges et la concurrence et n'ont pas à être notifiées.

Par dérogation au principe d'incompatibilité posé à l'article 107 § 1 TFUE, et sous certaines conditions énoncées à l'article 107 § 2 et § 3, certaines formes d'aides peuvent être **compatibles** avec le marché commun.

La Commission est seule compétente, sous le contrôle du juge, pour reconnaître cette compatibilité.

a) Comment se déroule la procédure de notification préalable ?

Les règles de procédure encadrant les notifications des aides d'État et leur examen par la Commission ont été précisées dans plusieurs règlements de procédure⁸².

Les notifications sont adressées à la Commission via une application informatique dédiée (SANI) pour laquelle les habilitations sont délivrées aux ministères compétents par le SGAE⁸³.

82 – *Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 et règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission du 21 avril 2004, modifié par le règlement n° 271/2008 de la Commission, établissant un formulaire de notification.*

83 – Cf. section 5 de cette note.

La Commission, dans cette **phase d'enquête préliminaire**, procède à l'examen de la notification dès sa réception et doit prendre sa décision dans un délai de deux mois dès lors qu'elle considère que la notification est complète. En pratique, cette situation est très rare : dans la quasi-totalité des cas, la Commission juge les notifications incomplètes et sollicite de l'État membre des informations complémentaires par l'envoi de questionnaires. Le délai de deux mois ne commence alors à courir qu'à partir du jour suivant la réception de ces renseignements additionnels⁸⁴. Des contacts de prénotification sont donc vivement conseillés pour assurer la complétude du dossier et permettre un traitement plus rapide par la Commission.

À l'issue de cette phase d'examen préliminaire, la Commission peut prendre trois types de décision :

- le constat que la mesure ne constitue pas une aide ;
- une décision considérant qu'il s'agit d'une aide compatible (décision de ne pas soulever d'objection) ;
- une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, notamment lorsque la Commission rencontre des difficultés sérieuses dans l'appréciation de l'aide.

La **procédure formelle d'examen** est une phase d'examen contradictoire. Elle est ouverte par l'adoption d'une décision qui récapitule les éléments de fait et de droit du dossier et expose l'analyse préliminaire de la Commission et les raisons pour lesquelles elle doute de la compatibilité de la mesure. Cette décision est communiquée à l'État membre, qui dispose de un mois pour y répondre. La Commission invite également, par une publication au JOUE, les tiers intéressés à faire part de leurs observa-

84 – En cas de dépassement de ce délai, l'État membre doit informer la Commission qu'il entend mettre en œuvre la mesure faute de réponse ; celle-ci dispose de 15 jours pour s'y opposer.

tions – sur lesquelles l’État membre concerné est ensuite lui-même invité à faire connaître ses observations.

Au terme de la procédure formelle, qui dure en moyenne 18 mois, la Commission peut prendre plusieurs types de décision :

- le constat que la mesure ne constitue pas une aide ;
- une décision positive, le cas échéant après modification par l’État membre de la mesure ;
- une décision conditionnelle, *i.e.* assortie d’obligations rendant l’aide compatible ;
- une décision négative constatant l’incompatibilité de l’aide, qui interdit à l’État de la mettre en œuvre.

La mesure ne peut être mise en œuvre avant que la Commission n’ait pris une décision constatant qu’elle ne constitue pas une aide ou une décision positive constatant qu’elle constitue une aide compatible avec le marché intérieur.

Les décisions rendues par la Commission en matière d’aide d’État sont obligatoires dans tous leurs éléments. Si l’État membre ne s’y conforme pas, la Commission peut saisir **directement la CJUE en manquement** (sans adoption préalable d’une mise en demeure ni d’un avis motivé, par dérogation au cas général de l’article 258 TFUE). Par ailleurs, les tiers qui s’estiment lésés peuvent saisir les juridictions nationales (voire la Commission) pour obtenir le remboursement par le bénéficiaire des aides illégales (octroyées sans avoir été notifiées). Ainsi la Commission européenne a publié un formulaire de dépôt de plainte concernant des aides d’État présumées illégales [Journal officiel C 116 du 16 mai 2003]. Toute personne ou entreprise peut saisir la Commission d’une plainte. La procédure est libre. Toutefois, lorsqu’elle instruit une plainte, la Commission est tenue de respecter les règles énoncées dans le règlement (CE) n° 659/1999, et notamment les droits de défense de l’État membre concerné. En outre, comme solution

alternative ou supplémentaire au dépôt d’une plainte auprès de la Commission, les tiers dont les intérêts sont lésés par l’octroi d’aides illégales ont également la possibilité de saisir les juridictions nationales.

Le règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d’application de l’article 93 du traité CE (actuellement article 108⁸⁵) prévoit ainsi que lorsque la Commission a en sa possession des informations concernant une éventuelle aide illégale, quelle qu’en soit la source, elle examine ces informations sans délai. Elle peut demander à l’État membre concerné de lui fournir des renseignements.

La Commission peut, après avoir donné à l’État membre concerné la possibilité de présenter ses observations, arrêter une décision enjoignant à l’État membre de suspendre le versement de toute aide illégale (injonction de suspension).

En procédant de la même façon, elle peut arrêter une décision enjoignant à l’État membre de récupérer provisoirement toute aide versée illégalement, jusqu’à ce qu’elle statue sur la compatibilité de cette aide avec le marché commun (injonction de récupération), à condition :

- que, selon une pratique établie, le caractère d’aide de la mesure concernée ne fasse pas de doute, et
- qu’il y ait urgence à agir, et
- qu’il existe un risque sérieux de préjudice substantiel et irréparable pour un concurrent.

85 – Article 108 (ex-article 88 TCE) : « 2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu’une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d’État n’est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l’article 107, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l’État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu’elle détermine. Si l’État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice de l’Union européenne, par dérogation aux articles 258 et 259. »

Si l'État membre omet de se conformer à une des injonctions précitées, la Commission peut saisir directement la CJUE afin qu'elle déclare que ce non-respect constitue une violation du Traité.

b) Mise en œuvre de la procédure de notification par les autorités françaises

En pratique, les notifications sont préparées par un ou plusieurs ministères chef(s) de file puis transmises, via l'application SANI, au Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) qui est chargé de centraliser et d'expertiser l'ensemble des projets de notification.

Le SGAE procède aux consultations interministérielles nécessaires à la validation du projet et assure la coordination des échanges. Enfin, le SGAE adresse les notifications, via l'application SANI, à la Représentation permanente de la France auprès des institutions européennes à Bruxelles (RP), qui les fait parvenir à la Commission et assure la liaison avec les équipes en charge de l'instruction des dossiers.

c) Il existe trois exceptions à l'obligation de notification préalable

(i) L'exemption par règlement catégoriel de la Commission européenne

Ce règlement ne couvrant pas les aides sous forme de compensations de SIEG, il est rappelé ici pour mémoire.

Le règlement n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 autorise la Commission à exempter de notification, par voie de règlements, certaines catégories d'aide aux entreprises.

Sur ce fondement, la Commission a adopté le règlement général d'exemption par catégorie (RGEC)⁸⁶ qui regroupe, en un texte unique, les différents types d'aide que les États membres

peuvent mettre en œuvre sans notification préalable.

Ce règlement autorise, sous certaines conditions et limites, des interventions publiques dans neuf domaines : aides régionales, aides à l'investissement et à l'emploi en faveur des PME, aides à la création d'entreprises par les femmes, aides pour la protection de l'environnement, aides aux services de conseil en faveur des PME et aides à la participation des PME aux foires, aides sous forme de capital-investissement, aides à la recherche, au développement et à l'innovation, aides à la formation, aides en faveur des travailleurs défavorisés ou handicapés.

Sur le plan pratique, les modalités d'intervention fixées par le RGEC pour chacun de ces domaines ont été reprises dans **neuf « régimes cadres exemptés »**, mis en ligne sur le site de la Datar⁸⁷. Les aides qui sont accordées sur la base de l'un ou l'autre de ces régimes doivent remplir l'ensemble des conditions qui y sont énoncées et contenir une référence expresse au régime concerné.

(ii) L'aide remplit les conditions d'un régime cadre déjà examiné et autorisé par la Commission

Lorsqu'un régime « cadre » a déjà été autorisé par la Commission, les aides octroyées sur la base de ce régime n'ont pas à être notifiées. Il existe un certain nombre de régimes notifiés par les autorités françaises pour la mise en œuvre de certains instruments, tels que par exemple les régimes d'intervention du CNC en faveur de la **production cinématographique** ou de l'Adème en faveur de la **recherche**, qui servent également de cadre aux versements individuels aux bénéficiaires.

86 – Règlement n° 800/2008 du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du Traité (Règlement général d'exemption par catégorie).

87 – Voir le site de la Datar relatif aux aides aux entreprises : http://www.datar.gouv.fr/fr_1/amenagement_du_territoire_655/aides_aux_entreprises_626/reglementation_europeenne_718/n_ont_2903.html



Exemple

Le régime cadre aide d'État notifié par la France et accepté par la Commission européenne dans sa décision du 19 octobre 2011, N° 330/2010 relative au volet B du programme national très haut débit. Il s'agit d'un programme d'aide en faveur du déploiement des réseaux de nouvelle génération à très haut débit (réseau « NGA ») sur l'ensemble du territoire français. Ces réseaux reposent principalement sur la fibre optique et fournissent des vitesses de connexion de 100 Mbit/s directement aux consommateurs finaux. Les aides ne sont accordées que dans les zones où le déploiement commercial de réseaux NGA n'est pas prévu dans un proche avenir, afin d'éviter l'éviction des investissements privés. Le programme très haut débit a été élaboré au niveau national mais est mis en œuvre par les autorités locales qui choisissent l'opérateur chargé d'exécuter le projet de déploiement du réseau NGA sur leur territoire. Ce choix de l'opérateur s'effectue par un appel d'offres garantissant que les opérateurs sont en concurrence pour l'obtention d'une aide de l'État et que cette aide est limitée au montant nécessaire. L'accès libre et non discriminatoire à l'infrastructure subventionnée doit être accordé à des prix d'accès appropriés, sous le contrôle du régulateur national, l'Arcep.

La décision de la Commission détaille les conditions que les autorités publiques doivent respecter pour pouvoir gérer des infrastructures de réseau de manière non lucrative, conformément aux règles de l'UE applicables aux aides d'État.

(iii) L'aide remplit les conditions d'un règlement de *minimis* (cf. point III-1-ii et iii)

(d) Quels sont les risques encourus en cas d'absence de notification préalable du financement ?

La procédure formelle d'examen décrite plus haut peut être ouverte par la Commission en l'absence de toute notification, lorsqu'elle a des doutes sérieux (notamment sur le fondement d'une plainte qui peut être déposée par tout concurrent s'estimant lésé) à l'encontre de mesures mises en œuvre par les États sans notification.

Si cette procédure formelle aboutit à une décision négative constatant l'incompatibilité de l'aide, la Commission ordonne également la **récupération** de celle-ci auprès des bénéficiaires, assortie d'intérêts sur la période de mise à disposition de l'aide⁸⁸. Cette décision est obligatoire dans tous ses effets, et l'absence de mise en œuvre par l'État permet à la Commission de saisir directement la CJUE en manquement. En revanche, si l'aide est illégale

mais reconnue compatible sur le fond par la Commission, la récupération n'est pas obligatoire. Cependant, pour que soit sanctionnée l'illégalité de l'aide (violation de l'obligation de notifier), les intérêts qu'aurait supportés le bénéficiaire de l'aide s'il avait dû emprunter la somme en cause sur le marché des capitaux le temps que la Commission statue, doivent être reversés⁸⁹.

Enfin, tout tribunal national, saisi d'un recours par un concurrent lésé contre la décision en cause qui constate qu'elle crée une aide d'État⁹⁰ non autorisée par la Commission, doit en prononcer l'illégalité et en ordonner la récupération ; un tribunal national n'est en effet pas compétent pour se prononcer sur la compatibilité de l'aide, que seule la Commission peut qualifier. Si la Commission prend une décision de compatibilité avant qu'il ne statue, le juge national peut n'ordonner au bénéficiaire de l'aide que le paiement des intérêts au titre de la période d'illégalité.

⁸⁸ – Cf. article 14, § 2 du règlement n° 659/1999 du 22 mars 1999 précité.

⁸⁹ – Cf. CJCE, 12 février 2008, CELF, aff. C-199/06.

⁹⁰ – En cas de doute, le tribunal peut saisir la Commission pour avis sur la nature de la mesure examinée.

9 - Schéma récapitulatif

Est-ce qu'une des trois conditions suivantes est remplie ?

- Activité non économique
- Pas d'affectation des changes entre les États membres
- Les quatre critères (cumulatifs) de l'arrêt Altmark :
 1. Un mandat
 2. Des paramètres pour calculer la compensation - objectifs et transparents
 3. Pas de surcompensation
 4. Choix dans le cadre d'une procédure de marché public, ou compensation déterminée sur la base d'une analyse des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée

Oui

Pas d'aide

Oui

Non

Aide de minimis SIEG

Non

Est-ce que la compensation est inférieure à 15 millions d'euros ?

Oui

Non

Est-ce que la compensation est pour un hôpital, un logement social ou un service social ?

Oui

Non

Notification. Est-ce que toutes les conditions de l'encadrement sont remplies ? (test de surcompensation, respect des règles des marchés publics, gains d'efficacités)

Oui

Restriction très sérieuse à la concurrence ?

Non

Est-ce que toutes les conditions de la décision sont remplies ?

Non

Notification et test de surcompensation (Section 2.11 de l'encadrement).

Oui

Non

Oui

Non

Aide compatible

Aide incompatible

Aide compatible sous conditions

Aide compatible

Aide incompatible