

FR

FR

FR



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, 7.12.2010
SEC(2010) 1545 final

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur"

Dans le cadre du processus de consultation lancé par la Communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général (SSIG) d'avril 2006¹, la Commission a reçu un certain nombre de questions relatives à l'application aux services d'intérêt économique général (SIEG), et en particulier aux SSIG, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur". Le présent document vise à apporter des réponses aux questions concernant l'application des règles en matière d'aides d'Etat aux SSIG ainsi qu'aux SIEG. Ce document vise également à répondre aux questions posées quant à l'application aux SSIG des règles sur les marchés publics afin de clarifier les obligations qui incombent aux autorités publiques lorsqu'elles achètent des services sociaux sur le marché. Enfin, le présent document vise à apporter des réponses quant à l'application aux SSIG des règles du traité en matière de libre prestation des services et de liberté d'établissement (ci-après les "règles sur le marché intérieur") ainsi que des règles de la directive "services"² à ces services.

Dans la mesure du possible, les réponses apportées font référence à la jurisprudence ou aux dispositions spécifiques des textes applicables afin de guider les lecteurs intéressés qui souhaiteraient obtenir des informations supplémentaires. Le présent document constitue une première mise à jour des documents de travail publiés en 2007 et a pour but de rendre compte des nouvelles questions parvenues à la Commission soit par le biais du Service d'Information Interactif mis en place depuis janvier 2008, soit à l'occasion de rencontres entre les services de la Commission, les autorités publiques et les autres parties prenantes. Cette mise à jour prend également en compte les évolutions jurisprudentielles, les changements éventuels du cadre réglementaire applicable, ainsi que les travaux du Comité de la protection sociale dans ce domaine³.

Le présent document est un document de travail préparé par les services de la Commission. Il vise à fournir des éclaircissements de nature technique, notamment sur la base de résumés concis et parfois simplifiés de la législation et de la jurisprudence en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur" ainsi que, en matière d'aides d'Etat, des décisions de la Commission relatives aux SIEG, et en particulier aux SSIG. Le présent document n'engage pas la Commission européenne en tant qu'institution.

¹ Communication de la Commission – Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, COM (2006) 177 final, SEC (2006) 516.

² Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO UE L 376 du 27.12.2006, p 36

³ Voir "Rapport du Comité de la Protection Sociale sur l'application du droit communautaire au SSIG", novembre 2008, dans: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=758&langId=fr>.

1.	INTRODUCTION.....	15
2.	NOTION DE SIEG	18
2.1.	Qu'est-ce qu' un Service d'intérêt général (SIG) ?	18
2.2.	Qu'est-ce qu'un Service d'intérêt économique général (SIEG) ? Est-il obligatoire pour les autorités publiques d'instituer cette notion dans leur ordre juridique interne ?	18
2.3.	Qu'est-ce qu'un Service social d'intérêt général (SSIG) ?.....	18
2.4.	Les Etats membres ont-ils une marge de manœuvre dans la définition des SIEG ?..	19
2.5.	La Commission peut-elle fournir une liste de critères que les autorités publiques pourront utiliser afin de définir le caractère d'intérêt général d'un service ?	20
2.6.	La législation de l'Union impose-t-elle des limites à la marge de manœuvre des Etats membres dans la définition des SIEG ?	20
2.7.	Y a-t-il des exemples des limites de l'erreur manifeste d'appréciation des Etats membres dans la définition des SIEG ?	21
2.8.	Est-ce possible que certains services financiers soient considérés comme SIEG ?...	21
2.9.	La création et le maintien de postes de travail au sein d'une entreprise aux fins de l'expansion de son activité de recherche et développement (en biopharmacie p.ex.) peuvent-ils être considérés comme un SIEG ?.....	22
3.	QUESTIONS RELATIVES A L'APPLICATION AUX SIEG ET AUX SSIG EN PARTICULIER DES REGLES EN MATIERE D'AIDES D'ETAT.....	22
3.1.	Applicabilité des règles en matière d'aides d'Etat aux SIEG	22
3.1.1.	Quand les règles du TFUE sur les aides d'État s'appliquent-elles à l'organisation et au financement de SIEG ?.....	22
3.1.2.	Quand une activité est-elle qualifiée comme "économique" au sens des règles de concurrence ?.....	22
3.1.3.	Des membres d'une profession libérale peuvent-ils constituer des "entreprises" au sens des règles de concurrence ?.....	24
3.1.4.	Quand une activité est-elle non économique au sens des règles de concurrence ?	24
3.1.5.	Quand une autorité publique fournit des informations et des conseils aux citoyens dans le domaine de sa compétence, exerce-t-elle une activité économique au sens des règles de concurrence ?	26
3.1.6.	Les règles du TFUE sur les aides d'État peuvent-elles s'appliquer aux prestataires de services sans but lucratif ?	26
3.1.7.	Des centres d'action sociale qui gèrent des SSIG (p.ex. des services aux personnes âgées et handicapées) sont-ils soumis aux règles des aides d'Etat ?..	27
3.1.8.	La distribution par une municipalité des bons d'achat à certaines catégories d'utilisateurs pour acquérir des SIEG constitue-t-elle une aide d'Etat ?	27

3.1.9.	Une aide sociale accordée à certains bénéficiaires tels que les ménages à faibles revenus, (en fonction p.ex. de leurs dépenses effectives pour l'accès à un SIEG et/ou d'autres critères objectifs liés à la leur situation personnelle) et versée en tiers payant directement au prestataire du service constitue-t-elle une aide d'Etat ?	27
3.1.10.	Certains SIEG sont souvent fournis dans un contexte local. Affectent-ils vraiment le commerce entre les États membres ?	28
3.1.11.	Y a-t-il vraiment un effet sur les échanges dans le cas où il y a un seul opérateur qui fournit un SIEG spécifique dans une région ?	29
3.1.12.	Y a-t-il des exemples de SIEGs locaux qui ne semblent pas vraiment affecter les échanges entre les États membres ?	29
3.1.13.	Qu'est-ce qui se passe quand une activité est économique et affecte les échanges entre les États membres ?	30
3.1.14.	L'application des règles de concurrence signifie-t-elle que les Etats membres doivent changer les modes d'organisation et de fonctionnement de leur SIEG ?	30
3.1.15.	Qu'est-ce qui se passe quand une autorité publique accorde une compensation pour un service d'intérêt général qui est considéré comme économique ?	30
3.1.16.	Comment une autorité publique peut-elle financer un SIEG ?	31
3.1.17.	Les règles en matière d'aides d'Etat imposent-elles aux autorités publiques un mode d'organisation spécifique des SIEG ?	31
3.1.18.	Les dotations financières octroyées dans le cadre du transfert de compétences entre collectivités publiques dans le contexte de décentralisation sont-elles assimilables à des aides d'Etat?	31
3.1.19.	Le financement d'une entité "in-house" au sens des règles des marchés publics qui fournit des SIEG, entraîne-t-elle l'exclusion de l'application des règles en matières d'aides d'Etat?	32
3.2.	Arrêt Altmark et Paquet SIEG	32
3.2.1.	Qu'est-ce que la Cour précise dans l'arrêt Altmark ?	32
3.2.2.	Aux fins de l'application du critère relatif aux coûts d'une entreprise moyenne bien gérée, est-il possible pour un Etat membre d'utiliser un coût de référence préétabli ?	34
3.2.3.	Quelles sont les conséquences de l'application ou non des critères Altmark ?	35
3.2.4.	Quelles sont les conséquences si une compensation pour un SIEG est en effet une aide d'État ?	35
3.2.5.	Quelles sont les objectifs respectifs de la Décision et de l'Encadrement ? Y a-t-il des différences entre ces deux textes ?	35
3.2.6.	Dans quels cas la Décision s'applique-t-elle ?	36

3.2.7.	Il existe des cas où l'entreprise bénéficiaire d'une compensation de service public, fait partie d'un groupe d'entreprises ou consiste en une société "ad hoc" créée pour la prestation d'un SIEG. Dans ces circonstances, le seuil concernant les 100 millions EUR de chiffre d'affaires annuel se réfère-t-il à une seule entité légale ou au groupe d'entreprises ?	36
3.2.8.	Les seuils relatifs aux 30 millions EUR de compensation annuelle et aux 100 millions EUR de chiffre d'affaires du bénéficiaire prévus dans l'article 2, a) de la Décision sont-ils cumulatifs ? Qu'est-ce que ça signifie ?	37
3.2.9.	Quelles sont les conditions de compatibilité établies par la Décision et l'Encadrement ?	37
3.2.10.	Les aéroports de plus de 1 million de passagers entrent-ils dans le champ d'application de la Décision dans les cas où la compensation de service public est en dessous de 30 millions EUR et l'entreprise gérant l'aéroport a un chiffre d'affaires annuel de moins de 100 millions EUR ?	37
3.2.11.	Quel est le rapport entre la Décision et le Règlement 1370/2007 ?	38
3.2.12.	Quelle est la différence entre l'Encadrement et les règles spécifiques de compatibilité dans le secteur des transports ?	38
3.2.13.	Quel est la différence entre les conditions de l'arrêt Altmark et les conditions fixées dans la Décision, et l'Encadrement ?	39
3.2.14.	Depuis quand la Décision et l'Encadrement sont-ils applicables ? Est-ce qu'ils sont rétroactifs ?	40
3.2.15.	Le Paquet SIEG institue-t-il un droit des entreprises à recevoir des aides sous la forme de compensations de service public ?	40
3.3.	Notification des aides dépassant les seuils de la Décision	40
3.3.1.	Est-il nécessaire de notifier à la Commission une aide qui dépasse les seuils définis dans l'article 2 a) de la Décision ?	40
3.3.2.	Au cas où une aide sous forme de compensation de service public peut être exemptée de notification sur la base de la Décision, y a-t-il une obligation d'envoyer une fiche d'information à la Commission ?	41
3.3.3.	Au cas où l'Etat refuse à la région ou d'autres collectivités locales de notifier une aide sous forme de compensation de service public, est-il possible pour les collectivités publiques d'agir par elles-mêmes ? La Commission pourrait-elle prendre des mesures contre cet Etat membre ?	41
3.4.	La notion de "mandat" au sens de la Décision et de l'Encadrement	41
3.4.1.	Quel est l'objectif d'un "mandat" au sens de la Décision et de l'Encadrement ?	41
3.4.2.	Quels types de mandat sont considérés comme appropriés au sens de la Décision ?	42
3.4.3.	Le mandat est-il nécessaire même quand il s'agit d'un SSIG ?	43

3.4.4.	La notion de mandat au sens de l'article 106, paragraphe 2 TFUE, ainsi qu'au sens du Paquet SIEG correspond-elle à la notion de « prestataire mandaté » au sens de la directive "services" (article 2, paragraphe 2, point j) ?	43
3.4.5.	Une délibération officielle d'une autorité publique régionale définissant un service social d'intérêt général de formation professionnelle et chargeant de sa gestion une ou plusieurs entités de formation constitue-t-elle un mandat au sens de la Décision et de la directive "services" ?	44
3.4.6.	En cas de cofinancement d'un SIEG par plusieurs autorités publiques, chaque autorité publique concernée doit adopter un acte de mandatement propre ou peut-elle faire référence lors de l'octroi de la compensation à l'acte de mandatement de l'autorité "chef de file" ou organisatrice du SIEG ?	45
3.4.7.	Au cas où une autorité publique souhaite confier plusieurs SIEG à un ou plusieurs prestataires de services, est-il nécessaire qu'elle adopte plusieurs actes correspondants à chaque SIEG ?	46
3.4.8.	Le mandat devrait-il définir une "mission" ou des "activités spécifiques" à accomplir ?	46
3.4.9.	Comment rédiger un mandat concernant des services tels que les SSIG qui doivent être d'une part considérés dans une approche globale, et de l'autre répondre sur mesure aux besoins spécifiques des différents usagers ? Le mandat doit-il décrire chaque service qui devrait être fourni ?	46
3.4.10.	Au cas où des activités similaires à des services qui font l'objet d'une obligation de service public sont fournies par d'autres opérateurs dans le marché, les autorités publiques peuvent-elles définir ces obligations en les différenciant de celles fournies dans le marché ?	47
3.4.11.	Comment rédiger un mandat concernant des services qui doivent être adaptés au cours de la prestation aux situations changeantes en termes d'intensité de soins, de profils et de nombre d'usagers ?	48
3.4.12.	L'exigence d'un mandat limite-t-elle l'autonomie et la liberté d'initiative de tels prestataires que divers États membres reconnaissent et respectent selon leur cadre constitutionnel/juridique ?	49
3.4.13.	L'exigence d'un mandat limite-t-elle l'autonomie dans la définition des priorités dont bénéficient les antennes locales d'un prestataire de SIEG qui aurait été correctement mandaté au niveau national ?	49
3.5.	Compensation	49
3.5.1.	La Décision exige que les paramètres des coûts soient définis dans le mandat. Comment est-il possible de le faire avant d'offrir le service ?	49
3.5.2.	Même pour les entités expérimentées fournissant des SIEG, il peut y avoir un niveau élevé d'imprévisibilité des coûts et un risque de déficit ex-post : des changements imprévisibles dans l'intensité des soins, du profil ou du nombre des usagers et du niveau des recettes (contributions non payées par des usagers, fluctuations du nombre d'usagers, refus de contributions par d'autres autorités publiques). Comment les entités publiques peuvent-elles affronter cette situation ?	50

3.5.3.	Comment déterminer les paramètres pour la compensation des coûts (article 4 (d) de la Décision) au cas où un SIEG donné est financé par deux ou plusieurs autorités publiques ?	51
3.5.4.	Dans le cas où une autorité publique souhaite financer uniquement une partie des coûts annuels d'un prestataire chargé d'un SIEG, comment la compensation en question devra-t-elle être calculée ?	51
3.5.5.	Est-il nécessaire qu'un montant spécifique de compensation soit attribué à des coûts spécifiques ?	51
3.5.6.	Dans le cas où un SIEG est financé en partie par une autorité publique et en partie par les usagers, est-il possible pour l'autorité publique de couvrir tous les coûts si le SIEG est déficitaire ?	51
3.5.7.	Est-il possible de prendre en compte à la fois dans le calcul de la compensation aussi bien des subventions de la part d'une autorité publique que des prestations qu'une autorité publique effectue au bénéfice d'une entité pour l'accomplissement de ses obligations de service public ?	52
3.5.8.	Comment calculer le montant de la compensation de service public, dans le cas où les prestataires de SIEG détiennent des droits spéciaux ou exclusifs liés à l'accomplissement de plusieurs missions de service public ?	52
3.5.9.	Est-ce possible qu'une autorité publique prévoie dans le mandat qu'elle couvrira les pertes opérationnelles encourus pour chaque période définie sans définir d'autres paramètres de calcul de la compensation ?	52
3.5.10.	Dans le cas où plusieurs entités publiques, parmi lesquelles une collectivité locale, et des entités privées se mettent ensemble dans une entité juridique afin d'exercer en commun des SIEG, comment faut-il prendre en compte dans le calcul de la compensation, la présence de membres de l'entité qui ne sont pas des autorités publiques ?	52
3.5.11.	Est-il nécessaire d'établir une comptabilité séparée pour une entreprise fournissant un SIEG, tout en exerçant d'autres activités commerciales ?	53
3.5.12.	Est-il nécessaire d'établir une comptabilité séparée pour une entité chargée de la prestation d'un SIEG et qui réalise également des activités non économiques ?	53
3.5.13.	Quels coûts peuvent être compensés quand une entreprise utilise la même infrastructure pour fournir à la fois des SIEG et des activités économiques qui ne sont pas qualifiés comme SIEG ?	54
3.5.14.	Des avantages fiscaux résultant du statut social d'une entité doivent-ils être comptés parmi les recettes au sens de l'article 5.3 de la Décision ?	54
3.5.15.	Les paiements effectués lors d'un accord de compensation des résultats au sein d'un groupe à participation publique devraient-ils être comptés parmi les recettes au sens de l'article 5.3 de la Décision ?	54
3.5.16.	Quel est le sens du terme "bénéfice raisonnable" dans le calcul de la compensation compatible ?	54

3.5.17.	Aux fins du calcul du bénéfice raisonnable, la Décision et l'Encadrement se réfèrent au taux de rémunération des capitaux propres. Est-il possible d'utiliser des méthodes différentes de calcul du bénéfice raisonnable ?	55
3.5.18.	Quand les paramètres de la compensation sont définis pour une entité donnée, devrait-il y avoir une comparaison avec d'autres entités ? Devrait-il y avoir un jugement sur l'efficacité ? Comment la valeur des soins pastoraux, du soutien spirituel, du temps supplémentaire consacré, peut-elle être comparée ?	56
3.5.19.	La Décision et l'Encadrement exigent-ils la sélection de l'entreprise la moins coûteuse pour la fourniture des SIEG ?	56
3.5.20.	La Décision et l'Encadrement autorisent l'octroi des compensations de service public mais interdisent les surcompensations ; que signifie le terme "surcompensation" ?	56
3.6.	Contrôle de la surcompensation	56
3.6.1.	Quelle incidence la mise en place d'un mécanisme visant à éviter toute surcompensation aurait-elle sur l'obligation de l'autorité publique de procéder à un contrôle de la surcompensation ?	56
3.6.2.	Au cas où un SIEG est cofinancé par deux ou plusieurs autorités publiques (p.ex. par l'Etat central et/ou une région et/ou un département et/ou une collectivité locale), comment doit s'opérer le contrôle d'une éventuelle surcompensation ?	57
3.6.3.	En cas de surcompensation liée à un cofinancement du SIEG de plusieurs niveaux d'autorités publiques, comment doit s'opérer le remboursement de la surcompensation entre les différents niveaux impliqués ?	57
3.7.	Sous-compensation	57
3.7.1.	Les règles en matière d'aides d'Etat interdisent-elles de sous-compenser un prestataire de SSIG/SIEG, c'est-à-dire que le montant de la compensation soit inférieur aux coûts liés à la fourniture du SIEG ? Une sous-compensation accordée à un prestataire n'induit-elle pas un avantage économique pour son concurrent qui n'a pas à assumer la charge financière de cette sous-compensation ?	57
3.7.2.	Aux fins de l'application de l'Encadrement, au cas où une entreprise chargée d'un SIEG est sous-compensée, peut-elle transférer la surcompensation qu'elle a éventuellement eu pendant la même période concernant un autre SIEG dont elle est en charge ?	58
3.7.3.	Une entreprise chargée d'un SIEG qui est sous-compensée, peut-elle recevoir une compensation prévisionnelle avant la fin de l'année financière, si après cette année elle recevra la compensation nécessaire pour l'accomplissement de sa mission ?	58
3.7.4.	Une compensation attribuée pour couvrir les coûts de maintenance d'équipements nécessaires pour l'accomplissement de la mission SIEG, peut-elle couvrir des coûts opérationnels liés au même SIEG, quand ceux-ci sont sous-compensés ?	58

3.7.5.	Au cas où tous les opérateurs du marché sont chargés du même SIEG, devraient-ils recevoir le même montant de compensation pour la fourniture de ce SIEG au sens des règles en matière d'aides d'Etat ?	59
3.8.	Règlement "de minimis" et GBER.....	59
3.8.1.	Un prestataire de services aimerait créer un service d'accompagnement pour jeunes chômeurs qui nécessite un soutien financier de 150 000 EUR : les règles en matière d'aides d'État s'appliquent-elles à cette subvention accordée par une autorité publique ?	59
3.8.2.	Une autorité publique peut-elle financer une initiative pilote afin de définir le contenu des missions SIEG ?	59
3.8.3.	Dans le cas du financement d'un SIEG selon le Règlement de minimis, le montant maximal de 200 000 EUR se réfère au SIEG ou à l'entreprise chargée du SIEG tenant en compte d'autres activités pour lesquelles l'entreprise recevrait des ressources d'Etat ?	60
3.8.4.	Dans le cas où l'entité chargée de la prestation de plusieurs SIEG, établit une comptabilité séparée pour chaque SIEG, est-il possible d'appliquer la règle de minimis à chaque SIEG séparément ?	60
3.8.5.	Dans le cas où une entité chargée de la prestation d'un SIEG réalise également des activités non économiques, aux fins de l'application du Règlement de minimis est-il nécessaire de déduire le montant de la compensation affecté aux SIG non économiques ?	60
3.8.6.	Le budget de la charge d'investissements liés à un SSIG peut être affecté à une période qui peut s'étaler entre une et plusieurs années. Dans ce cas, est-ce possible d'appliquer le Règlement de minimis ?	60
3.8.7.	Des SIEG d'insertion sociale et professionnelle de chômeurs, ainsi que de formation professionnelle entrent-ils dans le champ d'application de la Décision du 28 novembre 2005 ou du Règlement général d'exemption par catégorie No 800/2008 ?	61
3.9.	Paquet SIEG et règles relatives au FSE et au FEDER.....	61
3.9.1.	Le financement des SIEG par le FSE et le FEDER est-il une aide d'Etat ? Cet exercice relève-t-il de la compétence des États membres ou de la Commission ?	61
3.9.2.	Les financements des SIEG par le biais des ressources provenant du FSE et du FEDER doivent-ils être octroyés en conformité avec le Paquet SIEG ? Cet exercice relève-t-il de la compétence des États membres ou de la Commission ?	62
3.9.3.	Le contrôle en matière d'aides d'Etat et le contrôle des crédits FSE de l'Union sont-ils compatibles ?	62
3.9.4.	Selon les règles de gestion des fonds du FSE ne sont éligibles que les dépenses et recettes strictement affectées au projet cofinancé, ce qui n'inclut pas de bénéfice raisonnable. Dans le cas du financement d'un SSIG par des fonds du FSE, est-il possible d'inclure un bénéfice raisonnable comme prévu par la Décision ?.....	62

3.9.5.	Quelle est la relation entre le mécanisme de contrôle de projets cofinancés par le FSE et le contrôle de surcompensation imposé par le Paquet SIEG ?	62
3.10.	Paquet SIEG et règles en matière de communications électroniques	63
3.10.1.	Si un Etat membre attribue un avantage à une entreprise chargée avec des obligations de service public de communications électroniques allant en dehors du champ d'application de la directive 2002/22/CE, est-il toujours possible d'évaluer la compensation en question au regard des règles en matière d'aides d'Etat ?	63
4.	QUESTIONS RELATIVES A L'APPLICATION AUX SSIG DES REGLES "MARCHES PUBLICS"	63
4.1.	Le SSIG est presté par l'autorité publique elle-même.....	63
4.1.1.	Dans quelle mesure une autorité publique peut-elle décider de prester elle-même un service social d'intérêt général (SSIG) ? En d'autres termes, quelle est la marge de manœuvre dont dispose une autorité publique pour décider si un service doit être presté directement par elle-même ou confié à un tiers ? Cette décision lui revient-elle entièrement ?	63
4.1.2.	Les règles de l'Union relatives à la sélection du prestataire ne s'appliquent normalement pas lorsque des autorités publiques prestent un service elles-mêmes ou à travers un prestataire interne (ce que l'on qualifie de situation d'"opération interne", ("in-house "dans la terminologie anglaise). Quelles sont la portée et les limites de l'exception d'"opération interne" ?	64
4.2.	La prestation du SSIG est confiée à un tiers contre rémunération.....	65
4.2.1.	Quel est le cadre juridique pertinent lorsqu'une autorité publique décide d'externaliser la gestion d'un SSIG contre rémunération ?	65
4.2.2.	Qu'entend-on par la notion d'intérêt transfrontalier ?	67
4.2.3.	Quelles obligations découlent des principes de transparence et de non-discrimination ?	68
4.2.4.	Comment rédiger des spécifications appropriées pour la passation d'un marché de services (i) afin de répondre de manière holistique aux besoins divers des usagers et (ii) afin de permettre une adaptation du service en fonction des situations évolutives en termes d'intensité, de nombre d'utilisateurs, etc.	69
4.2.5.	Quelles autres exigences de qualité peuvent être intégrées dans la passation d'un marché public ou d'une concession de SSIG ?	70
4.2.6.	Est-il possible d'apporter des adaptations au contrat pendant son exécution ?	71
4.2.7.	Comment éviter de faire peser une charge trop lourde sur les petits prestataires de services, qui sont souvent les mieux placés à comprendre les particularités d'un SSIG dans un contexte à dimension locale marquée ?	71
4.2.8.	Comment concilier des procédures de marchés publics, qui limitent le nombre de prestataires sélectionnés, avec le maintien d'une liberté de choix suffisante pour les usagers d'un SSIG ?	71

4.2.9.	Est-il possible d'introduire comme critère pour la sélection d'un prestataire de services sa connaissance du contexte local, cet aspect étant souvent essentiel pour la réussite de la prestation d'un SSIG ?	72
4.2.10.	Est-il possible de limiter la mise en concurrence aux seuls prestataires de services à but non-lucratif ?	73
4.2.11.	Les autorités publiques ont-elles encore la possibilité de négocier avec les prestataires de services durant la phase de sélection ? Ceci est particulièrement important pour les SSIG dans la mesure où les autorités publiques ne sont pas toujours en mesure de définir précisément leurs besoins au début du processus. Une discussion avec les prestataires potentiels de services est parfois nécessaire pour les autorités publiques.	74
4.2.12.	Dans quelle mesure les règles relatives aux marchés publics s'appliquent-elles à la coopération intercommunale ? Cette coopération peut prendre différentes formes, par exemple une commune achetant un service auprès d'une autre, ou bien deux communes lançant ensemble un marché public ou créant une entité en vue de la prestation d'un SSIG, etc.	74
4.2.13.	Dans quelle mesure les règles "marchés publics" s'appliquent-elles aux partenariats public-privé (PPP) ?	76
4.2.14.	Dans quelle mesure est-il possible de prévoir dans le cadre de la passation d'un marché public ou d'une concession visant l'attribution d'un service social d'intérêt général, une obligation concernant le respect de certaines règles de gouvernance d'entreprise (telles que par exemple, le contrôle de l'entreprise à parité égale par des représentants du patronat et des syndicats ou l'intégration des représentants des usagers dans le conseil d'administration) ?	76
4.2.15.	Comment peut-on concilier les règles de marchés publics avec le besoin des autorités publiques de stimuler les solutions innovantes répondant aux besoins complexes des usagers de SSIG ?	77
4.2.16.	Quelles sont les obligations de publicité en matière de concessions de SSIG ? Est-ce qu'une publication au Journal Officiel de l'UE est possible ?	78
4.2.17.	Existe-t-il des modalités d'externalisation de SSIG autres que les marchés publics et les concessions qui seraient compatibles avec les principes de transparence et non discrimination et offriraient un large choix de prestataires ?	79
5.	APPLICATION CONCOMITANTE DES REGLES EN MATIERE D'AIDES D'ETAT ET DES REGLES RELATIVES AUX MARCHES PUBLICS ET AUX CONCESSIONS DE SERVICE AUX SIEG	79
5.1.	Le droit de l'Union impose-t-il un mode spécifique de gestion de SIEG ?	79
5.2.	Quand une autorité publique finance en conformité avec les règles des aides d'Etat un prestataire de SIEG, doit-elle appliquer également les règles de l'Union concernant la passation des marchés publics de services ou des concessions de services ?	80
5.3.	Est-il possible pour un concessionnaire d'un SIEG de recevoir une aide d'Etat sous forme de compensation de service public afin de couvrir les coûts effectifs de la mission de service public dont il est chargé ?	81

5.4.	L'exception dite d'"opération interne" ("in-house" dans la terminologie anglaise) qui exclut l'application des règles des marchés publics, entraîne-t-elle aussi l'exclusion de l'application des règles des aides d'Etat ?.....	81
5.5.	Quels sont les critères objectifs permettant d'établir qu'un certain niveau de compensation conduit à neutraliser le risque d'exploitation ?.....	82
6.	QUESTIONS GENERALES SUR L'APPLICABILITE AUX SIEG, ET LES SSIG EN PARTICULIER, DES REGLES DU TRAITE SUR LE "MARCHÉ INTERIEUR" (LIBERTE D'ETABLISSEMENT ET LIBRE PRESTATION DES SERVICES).....	82
6.1.	Quand les règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) s'appliquent-elles aux SSIG ?.....	82
6.2.	Quand une activité est-elle qualifiée d' "économique" au sens des règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) et de la directive "services" ?.....	83
6.3.	Quand une activité est-elle qualifiée de "non économique" au sens des règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) et de la directive "services" ?	84
6.4.	Les services sociaux exclus de la directive "services" restent-ils néanmoins soumis aux règles du traité sur le marché intérieur ?	84
6.5.	Des objectifs en matière de politique sociale peuvent-ils justifier l'application de mesures destinées à réglementer le secteur des services sociaux ?.....	85
6.6.	Les Etats membres peuvent-ils décider de réserver la prestation de certains services sociaux à des prestataires à caractère non lucratif ?.....	86
7.	QUESTIONS SUR L'APPLICABILITE AUX SIEG ET EN PARTICULIER AUX SSIG DE LA DIRECTIVE "SERVICES"	86
7.1.	Quels Services d'intérêt économique général entrent dans le champ d'application de la Directive "services" ?	86
7.2.	Quels services sociaux ont-été exclus de la directive "services" et quand les dispositions de ladite directive s'appliquent-elles à ces services sociaux ?	87
7.3.	Les Etats membres peuvent-ils maintenir, dans le cadre de la transposition de la directive "services", des régimes d'autorisation dans le domaine des services sociaux ?	88
7.4.	Quand un même régime d'autorisation s'applique à la fois à des services exclus du champ d'application de la directive et à des services qui y sont inclus, ce régime relève-t-il des dispositions de la directive? Si oui, l'Etat membre doit-il établir des régimes d'autorisation distincts et propres aux services exclus et inclus ?	88
7.5.	L'article 2.2.j de la directive "services" s'applique-t-il aux services sociaux relatifs aux crèches et halte-garderie d'enfants fournis par des prestataires mandatés par l'Etat ou les collectivités territoriales ou par toute entité mandatée à cet effet ?.....	88
7.6.	Que recouvre la notion d' "Etat" au sens de l'article 2.2.j de la directive "services" qui prévoit notamment que les services sociaux doivent être fournis par "l'Etat" ou par un "prestataire mandaté par l'Etat" ?	89

- 7.7. Que recouvre la notion "prestataire mandaté par l'Etat" visée à l'article 2.2.j de la directive "services" ? 89
- 7.8. La notion de "prestataire mandaté" au sens de la directive "services" (article 2.2.j) est-elle la même que la notion de "mandat" au sens de l'article 106.2 TFUE, ainsi qu'au sens du Paquet SIEG ? 90
- 7.9. Une délibération officielle d'une autorité publique régionale définissant un service social d'intérêt général de formation professionnelle et chargeant de sa gestion une ou plusieurs entreprises de formation par concession de services et octroi de compensation de service public constitue-t-elle un acte de mandatement au sens de la directive "services" ? 90
- 7.10. Que recouvre la notion "d'association caritative reconnue comme telle par l'Etat" visée à l'article 2.2.j de la directive "services" ? 90

1. INTRODUCTION

Un certain nombre de questions ont été posées concernant **l'application des règles d'aides d'État aux services d'intérêt général**. Ces questions concernent en premier lieu les conditions précises dans lesquelles les compensations pour les obligations de service public constituent des aides d'État. En deuxième lieu, elles concernent les conditions dans lesquelles des aides d'État peuvent être considérées comme compatibles avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'application en pratique de ces conditions, ainsi que des précisions concernant l'obligation de notification de ces aides à la Commission.

Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark)*⁴, la Cour de justice de l'Union européenne (la Cour) a jugé que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107 TFUE à condition que quatre critères cumulatifs soient remplis⁵.

Lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État, et les articles 107 et 108 TFUE ne sont pas applicables. Si les États membres ne respectent pas ces critères et si les critères généraux pour l'applicabilité de l'article 107, paragraphe 1, TFUE sont remplis, les compensations de service public constituent des aides d'État.

En pareil cas, l'article 106 TFUE et, pour le transport terrestre, l'article 93 TFUE, permettent à la Commission de déclarer compatibles avec le marché intérieur, les compensations pour des services d'intérêt économique général (SIEG). La Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86, paragraphe 2, CE (nouvel article 106, paragraphe 2 TFUE) aux aides d'État sous forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG⁶ (ci-après la "Décision") et, pour les transports terrestres, le Règlement 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil⁷ (ci-après le "Règlement 1370") spécifient les conditions dans lesquelles certains régimes de compensation sont compatibles avec les articles 106, paragraphe 2, et 93 respectivement et ne sont pas soumis à l'obligation de notification préalable de l'article 108, paragraphe 3 TFUE. Les autres compensations de service public devraient être notifiées à la Commission, qui évaluera leur compatibilité sur la base de l'Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public⁸ (ci-

⁴ CJCE, arrêt du 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, Rec. 2003, p. I-7747.

⁵ Pour plus de détails, voir la réponse apportée en paragraphe 3.1.

⁶ Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général, JO L 312 du 29.11.2005, p. 67.

⁷ Règlement n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, JO L 315 du 3.12.2007, p. 1.

⁸ Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, JO C 297 du 29.11.2005. p. 4.

après l' "Encadrement") et, pour les transports terrestres, également le Règlement 1370/2007.

L'arrêt Altmark, la Décision et l'Encadrement ont apporté une contribution significative à la clarification et à la simplification des règles applicables. Néanmoins, les pouvoirs publics et les parties concernées ont posé plusieurs questions concernant l'application concrète du régime juridique à des cas spécifiques.

Les questions et les réponses suivantes font référence principalement aux services sociaux d'intérêt économique général et aux transports, mais ils s'appliquent en général aux SIEG.

Des questions ont également été posées concernant **l'application des règles européennes sur les marchés publics aux services sociaux d'intérêt général (SSIG)**.

Ces questions portent notamment sur les conditions dans lesquelles les règles sur les marchés publics s'appliquent aux SSIG, la portée de ces règles ainsi que la manière dont ces règles permettent de tenir compte des spécificités des SSIG.

En ce qui concerne le premier point, il convient de souligner que les règles européennes sur les marchés publics n'obligent pas les autorités publiques à externaliser un SSIG. Elles sont libres de décider de prester le service elles-mêmes, directement ou dans le cadre d'une relation interne ("in-house"). Elles peuvent aussi décider de prester le service en coopération avec d'autres autorités publiques dans les conditions qui ont été précisées par la jurisprudence.

Les règles relatives aux marchés publics/concessions ne s'appliquent que si une autorité publique décide de confier une prestation de service à un tiers à titre onéreux.

Si dans ce cadre, l'autorité publique décide de procéder à un marché public de services, ce marché n'entrera dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE que si les seuils pertinents d'application de celle-ci sont atteints⁹. Cependant, les marchés de services sociaux et de santé ne sont pas soumis à l'ensemble des dispositions de la directive 2004/18/CE¹⁰, mais uniquement à un nombre très limité de dispositions de cette directive¹¹, ainsi qu'aux principes fondamentaux du droit de l'Union, tels que l'obligation de traiter les opérateurs économiques d'une manière égale et non-discriminatoire.

⁹ Art. 7 de la directive 2004/18/CE.

¹⁰ Les services sociaux et de santé figurent parmi les services énumérés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Les marchés pour de tels services sont uniquement soumis à un nombre restreint de dispositions de la directive (sur la distinction entre les services énumérés aux annexes II A et II B, voir les articles 20 et 21 de la directive 2004/18/CE). L'annexe II B comporte également une référence expresse aux services sociaux et sanitaires. Les codes qui y sont indiqués peuvent être consultés sur le site de la DG Marché Intérieur www.simap.europa.eu.

¹¹ Les spécifications techniques doivent être notamment définies au début de la procédure de passation de marché, et le résultat de la procédure doit être publié, ainsi qu'il résulte de l'art. 23 de la directive 2004/18/CE lu avec l'art. 23 et l'art. 35(4) de la directive 2004/18/CE,

Les marchés de services¹² inférieurs aux seuils d'application des directives "marchés publics" ainsi que les concessions de services (indépendamment de leur montant) se situent en dehors du champ d'application des directives "marchés publics", et sont soumis uniquement aux principes fondamentaux du TFUE (non-discrimination, transparence, etc.), dans la mesure où lesdits contrats présentent un intérêt transfrontalier. En l'absence d'intérêt transfrontalier, ces contrats sortent également du champ d'application des dispositions du TFUE.

Les questions-réponses suivantes se proposent de clarifier plus amplement les conditions et modalités d'application des règles sur les marchés publics aux SSIG, en abordant tous les thèmes qui font l'objet des questions les plus fréquentes, tels que la prestation de services dans le cadre d'une relation interne ("in-house") ou dans le cadre d'une coopération public-public, de partenariats public-privé, de concessions de services ainsi que la portée des principes fondamentaux du TFUE.

Elles visent également à expliquer plus amplement les nombreuses possibilités dont les autorités publiques disposent pour tenir compte, lors de la passation de leurs marchés publics, des spécificités des SSIG et en particulier de toutes les exigences qualitatives qui leur semblent adaptées pour satisfaire les besoins complexes des usagers. Nous espérons que ces clarifications répondront aux questions posées à ce sujet par les différents acteurs intéressés et permettront d'appuyer et d'encourager davantage les autorités publiques dans leurs démarches actives pour assurer aux citoyens des services sociaux d'une grande qualité.

La même démarche a guidé l'élaboration des réponses aux questions qui ont été reçues concernant **l'application aux SIEG, et les SSIG en particulier, des règles sur le marché intérieur**. On entend par là à la fois les règles du TFUE en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services (articles 49 et 56 du TFUE) et celles de la directive "services".

Les SSIG tombent dans le champ d'application des règles du TFUE sur le marché intérieur lorsqu'ils constituent une "activité économique" au sens de la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de ces articles. Certains de ces SSIG peuvent également tomber dans le champ d'application de la directive "services".

Les réponses apportées dans ce document visent notamment à clarifier les possibilités qu'ont les Etats membres d'encadrer, ou de continuer à encadrer, ces services afin de garantir leur accessibilité et leur qualité et donc de tenir compte de la spécificité des SIEG, et des SSIG en particulier, lors de l'application éventuelle de ces règles. Des objectifs en matière de politique sociale peuvent, en effet, justifier l'application de mesures destinées à encadrer le secteur des services sociaux en particulier. De même, le présent document précise également qu'il y a, dans la directive "services", tout un ensemble de dispositions qui reconnaissent et tiennent compte de la spécificité des services sociaux qui n'auraient pas été exclus de son champ.

¹² Indépendamment de la nature des services.

2. NOTION DE SIEG

2.1. Qu'est-ce qu'un Service d'intérêt général (SIG) ?

Le Protocol n° 26 du TFUE est dédié aux SIG. Pourtant il ne définit pas cette notion. Dans la pratique de l'Union, la notion de SIG se réfère aux services, qu'ils soient "économiques" ou non, que les Etats membres considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent, pour cette raison, à des obligations spécifiques de service public. Cette notion couvre les services d'intérêt économique général (SIEG) qui tombent dans le champ d'application du TFUE, ainsi que les services non économiques d'intérêt général, auxquels les règles du TFUE ne s'appliquent pas.

2.2. Qu'est-ce qu'un Service d'intérêt économique général (SIEG) ? Est-il obligatoire pour les autorités publiques d'instituer cette notion dans leur ordre juridique interne ?

La notion de SIEG est utilisée aux articles 14 et 106, paragraphe 2 TFUE, ainsi que dans le Protocole n° 26 attaché au TFUE, mais elle n'est pas définie dans le TFUE ou dans le droit dérivé. Dans la pratique de l'Union, elle se réfère généralement aux services de nature économique que les autorités publiques des Etats membres, que ce soit au niveau national, régional ou local selon la répartition des compétences entre elles en droit national, soumettent à des obligations spécifiques de service public par le biais d'un mandat (pour la notion de mandat voir réponses aux questions 3.4.1 à 3.4.13) et en vertu d'un critère d'intérêt général et afin de s'assurer que ces services soient prestés à des conditions qui ne sont pas nécessairement celles qui prévalent sur le marché.

Ainsi, la Cour de Justice a établi que les SIEG sont des services qui présentent des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique¹³.

Cette notion peut recouvrir des réalités et des appellations différentes selon les Etats membres et le droit de l'Union ne crée aucune obligation de désigner formellement une mission ou un service comme étant un service d'intérêt économique général. Si le contenu d'un SIEG – c'est-à-dire des obligations de service public – est clairement identifié, il n'est pas nécessaire que le service en question porte le nom de "SIEG". Il en va de même pour la notion de Services sociaux d'intérêt général (SSIG) de nature économique.

2.3. Qu'est-ce qu'un Service social d'intérêt général (SSIG) ?

La notion de SSIG n'est définie ni dans le TFUE, ni dans le droit dérivé de l'Union. La Communication "Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne: les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne"¹⁴ a identifié, au-delà des services de santé proprement dits, deux grands groupes de SSIG :

¹³ CJCE, arrêts du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, pt 27, du 17 juillet 1997, *GT-Link A/S*, aff. C-242/95, pt. 53, et du 18 juin 1998, affaire C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, Rec. 1998, p. I-XXX, pt 45

¹⁴ COM(2006) 177 final du 26 avril 2006.

- les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale, sous leurs diverses formes d'organisation (mutualistes ou professionnelles), couvrant les risques fondamentaux de la vie, tels que ceux liés à la santé, la vieillesse, les accidents du travail, le chômage, la retraite, le handicap ;
- les autres services essentiels prestés directement à la personne. Ces services jouant un rôle de prévention et de cohésion sociale, ils apportent une aide personnalisée pour faciliter l'inclusion des personnes dans la société et garantir l'accomplissement de leurs droits fondamentaux. Ils englobent premièrement l'aide aux personnes dans la maîtrise des défis immédiats de la vie ou des crises (telles que l'endettement, le chômage, la toxicomanie, la rupture familiale). Deuxièmement, ils contiennent les activités visant à assurer que les personnes concernées ont les compétences nécessaires à leur insertion complète dans la société (réhabilitation, formation linguistique pour les immigrés) et notamment sur le marché du travail (formation, réinsertion professionnelle). Ces services complètent et soutiennent le rôle des familles dans les soins apportés notamment aux plus jeunes et aux plus âgés. Troisièmement, font partie de ces services les activités visant à assurer l'inclusion des personnes ayant des besoins à long terme liés à un handicap ou un problème de santé. Quatrièmement, est également inclus le logement social, qui procure un logement aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux moins avantagés. Certains services peuvent évidemment englober chacune de ces quatre dimensions.

Par ailleurs, la Communication sur "les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen"¹⁵ a mis en exergue les objectifs et les principes d'organisation qui caractérisent les SSIG.

Comme clarifié dans ces deux Communications, les SSIG peuvent être de nature économique ou non économique en fonction de l'activité concernée. En effet, le fait que l'activité concernée soit qualifiée comme "sociale" n'est pas en soi suffisant¹⁶ pour échapper à la qualification d' "activité économique" au sens de la jurisprudence de la Cour. Des SSIG de nature économique sont des SIEG (voir réponse à la question 2.2).

2.4. Les Etats membres ont-ils une marge de manœuvre dans la définition des SIEG ?

Les autorités publiques des Etats membres, que ça soit au niveau national, régional ou local, selon la répartition des compétences entre elles en droit national, disposent d'une grande marge de manœuvre quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des services d'intérêt économique général¹⁷(pour la notion de SIEG voir réponse à la question 2.2). Les seules limites sont celles posées par le droit de l'Union (voir réponse à la question 2.6) et l'erreur manifeste d'appréciation (voir réponse à la question 2.7).

¹⁵ COM(2007) 725 final du 20 novembre 2007

¹⁶ CJCE, arrêts Pavlov, pt 118, du 22 janvier 2002, INAIL, aff. C-218/00, Rec. 2002, p. I-691, pt 37, et du 22 mai 2003, Freskot, C-355/00, Rec. 2000, p. I-5263.

¹⁷ Voir TPI, arrêts du 15 juin 2005, Fred Olsen, aff. T-17/02, Rec. 2005, p. II-2031, pt 216, du 12 février 2008, BUPA e.a. c/Commission, aff. T-289/03, Rec. 2008, p. II-81, pts 166-169, du 22 octobre 2008, TV2, aff. T-309/04, Rec. 2008, p. II-2935, pts 113 et s.

2.5. La Commission peut-elle fournir une liste de critères que les autorités publiques pourront utiliser afin de définir le caractère d'intérêt général d'un service ?

L'étendue et l'organisation des SIEG varient considérablement d'un Etat membre à l'autre, en fonction de l'histoire et de la culture de l'intervention publique dans chacun des Etats membres. Il existe donc une grande diversité de SIEG et les disparités peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales et culturelles différentes. Il est dès lors essentiellement de la responsabilité des autorités publiques, au niveau national, régional ou local, de décider de la nature et de l'étendue d'un service d'intérêt général.

Conformément au principe de subsidiarité et de proportionnalité, l'UE intervient dans les limites des compétences qui lui ont été conférées par le TFUE et dans la mesure nécessaire. Son action respecte la diversité des situations dans les Etats membres et les rôles dévolus aux autorités nationales, régionales, locales pour assurer le bien-être de leurs citoyens et promouvoir la cohésion sociale, tout en garantissant des choix démocratiques en ce qui concerne, entre autres, le niveau de qualité des services.

Dès lors, il n'appartient pas à la Commission de fournir une liste de critères visant à déterminer le caractère d'intérêt général d'un service donné. C'est aux autorités publiques des Etats membres qu'il appartient de définir le caractère d'intérêt général d'un service.

2.6. La législation de l'Union impose-t-elle des limites à la marge de manœuvre des Etats membres dans la définition des SIEG ?

Dans les secteurs qui ont été harmonisés au niveau de l'Union¹⁸, et où des objectifs d'intérêt général ont été pris en compte¹⁹, la marge de manœuvre des Etats membres ne peut pas être exercée à l'encontre des règles de cette harmonisation.

Secteurs harmonisés au niveau de l'Union:

- Quand les règles de l'Union d'harmonisation se réfèrent uniquement à certains services spécifiques, les Etats membres ont une grande marge de manœuvre de définir des services additionnels en tant que SIEG. Par exemple, dans le secteur des communications électroniques, les Etats membres ont l'obligation de mettre en place les obligations de service universel prévues par la directive, mais ils ont une marge de manœuvre d'aller au-delà des dispositions de la directive concernée dans la définition de services de communications électroniques en tant que SIEG.

¹⁸ Par exemple, les télécommunications, ainsi que les secteurs des postes et de l'énergie ont été harmonisés au niveau de l'Union; voir directives 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 (directive "service universel"), JO L 108 du 24.04.2002, p. 51 (comme celle-ci a été modifiée par la directive 2009/136/CE, JO L 337 du 18.12.2009, p. 11), 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, JO L 15 du 21.1.1998, p. 14 (comme celle-ci a été modifiée par les directives 2002/39/CE, JO L 176 du 5.7.2002, p. 21 et 2008/06/CE, JO L 52 du 27.02.2008, p. 3), 2009/72/CE du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO L 211 du 14.08.2009, p. 55.

¹⁹ CJCE, arrêt du 18 mai 2000, Commission c/ Belgique, aff. C-206/98, Rec. 2000, p. I- 3509, pt 45

2.7. Y a-t-il des exemples des limites de l'erreur manifeste d'appréciation des Etats membres dans la définition des SIEG ?

La liberté des Etats membres dans la définition des SIEG est soumise au contrôle de l'erreur manifeste par la Commission et les juridictions de l'Union²⁰.

Dans ce cadre, l'intervention de la Commission vise uniquement à éviter des erreurs susceptibles d'aller à l'encontre des règles du TFUE.

La jurisprudence de la Cour et la pratique décisionnelle de la Commission illustrent quelques exemples limités d'erreur manifeste.

Exemples:

- Des opérations portuaires, c'est-à-dire d'embarquement, de débarquement, de transbordement, de dépôt et de mouvement en général des marchandises ou de tout matériel dans les ports nationaux, ne revêtent pas nécessairement un intérêt économique général, qui présente de caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique²¹.
- Les activités consistant en la publicité, le commerce électronique, l'utilisation de numéros de téléphone spéciaux dans le cadre de jeux dotés d'un prix, le parrainage ou le marchandisage. Leur inclusion dans le périmètre du service public de l'audiovisuel, consiste en une erreur manifeste d'appréciation²².

2.8. Est-ce possible que certains services financiers soient considérés comme SIEG ?

Il est vrai que certains services financiers, tels que le service bancaire universel, peuvent être considérés comme des SIEG. La Commission a déjà accepté à plusieurs reprises de telles définitions de la part des Etats membres²³.

²⁰ TPI, arrêts du 15 juin 2005, Fred Olsen, aff. T-17/02, Rec. p. II-2031, pt 216, du 12 février 2008, T-289/03, pts 165 et s. En outre, la marge de manœuvre des Etats membres ne peut pas être exercée à l'encontre des règles de harmonisation applicables - voir réponse à la question 2.6

²¹ CJCE, arrêts du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, pt 27, et du 17 juillet 1997, *GT-Link A/S*, aff. C-242/95, pt. 53, du 27 novembre 2003, *Enirisorse*, aff. C-34/01 à C-38/01, Rec.2003, p. I-14243, pts 33-34.

²² Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat, JO C 257 du 27.10.2009, p. 1.

²³ Décisions de la Commission relative à l'aide N 514/2001 – UK – Modernisation du système de paiements de prestations et fourniture de l'accès aux services bancaires universels par les bureaux de poste, JO C/186/2003, p. 17, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n514-01.pdf, relative à l'aide N 244/2003 – UK – Credit Union Fourniture d'accès à des services financiers basiques, JO C/323/2005, p. http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n244-03.pdf, relative à l'aide C 49/2006 – Italie – Poste Italiane – Distribution des bons d'épargne de la poste, JO L/189/2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:189:0003:0037:FR:PDF>, relative à l'aide N 642/2005 – Suède – Posten AB, JO C/291/2007, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/N-642-2005-WLWL-en-22.11.2006.pdf, relative à l'aide N 650/2001 – Irlande – An Post, JO C/43/2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n650-01.pdf.

2.9. La création et le maintien de postes de travail au sein d'une entreprise aux fins de l'expansion de son activité de recherche et développement (en biopharmacie p.ex.) peuvent-ils être considérés comme un SIEG ?

Il ne paraît pas possible de considérer que la création ou le maintien de postes de travail dans une entreprise donnée puisse être considéré comme un SIEG. Les SIEG sont des services à destination du public et cet aspect n'existe pas ici et ne peut pas constituer la justification d'une mesure au titre de l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

L'Etat peut par contre souhaiter intervenir dans le financement d'une telle activité mais il s'agira alors d'aides d'Etat au profit de l'entreprise concernée (de biopharmacie p.ex.). Cette intervention peut parfaitement être compatible avec le droit de l'Union, par exemple au titre de l'Encadrement communautaire sur la Recherche, le développement et l'innovation²⁴ ou au titre du Règlement général d'exemption par catégorie²⁵ pour les aides à l'emploi, à la formation ou aux PME et, ce selon la finalité visée par l'intervention publique (soutien à la recherche, développement de l'emploi ou de la formation, des PME, etc.).

Les règles de notification préalable, de coûts éligibles, de conditions d'éligibilité, etc. de l'aide ainsi envisagée seront à apprécier sur la base du texte applicable qui servira à assurer, le cas échéant, la compatibilité avec le TFUE au titre de l'article 107, paragraphe 3.

3. QUESTIONS RELATIVES A L'APPLICATION AUX SIEG ET AUX SSIG EN PARTICULIER DES REGLES EN MATIERE D'AIDES D'ETAT

3.1. Applicabilité des règles en matière d'aides d'Etat aux SIEG

3.1.1. *Quand les règles du TFUE sur les aides d'Etat s'appliquent-elles à l'organisation et au financement de SIEG ?*

Les règles de concurrence s'appliquent seulement aux "entreprises". Ce concept couvre toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de l'entité ou de la façon dont elle est financée²⁶.

3.1.2. *Quand une activité est-elle qualifiée comme "économique" au sens des règles de concurrence ?*

Toute activité consistant à l'offre des biens et/ou des services sur un marché donné est une activité économique au sens des règles de concurrence²⁷. Dans ce contexte, le fait que l'activité concernée soit qualifiée de "sociale" ou qu'elle soit exercée par un acteur sans but lucratif (sur les acteurs à but non lucratif voir réponse à la question

²⁴ Voir Encadrement communautaire aux aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation, JO C 323 du 30.12.2006, p. 1.

²⁵ Règlement n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du TFUE (107 et 108 nouveaux), JO L 214 du 9.08.2008, p. 3.

²⁶ CJCE, arrêt du 12 septembre 2000 Pavlov e.a., aff. jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. 2000, p. I-6451.

²⁷ CJCE, arrêts du 16 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. 118/85, Rec. 1987, p. 2599, pt 7, du 18 juin 1998 Commission c/ Italie, aff. C-35/96, Rec. 1998, p. I-3851, pt 36, et Pavlov.

3.1.6) n'est pas en soi suffisant²⁸ pour échapper à la qualification d'activité économique.

Exemples d'activités considérées comme économiques dans des décisions passées de la Commission et des arrêts de la Cour:

- L'activité de placement exercée par des offices publics pour l'emploi²⁹.
- Des régimes d'assurance facultatifs fonctionnant selon le principe de capitalisation, même dans le cas où ils sont dirigés par des organismes sans but lucratif³⁰; par principe de capitalisation on entend que les prestations d'assurance dépendent uniquement du niveau des cotisations payées par les bénéficiaires et des résultats financiers des investissements réalisés.
- Les services de transport d'urgence et de transports de malades³¹.
- Les services, tels que des formalités douanières concernant surtout l'importation, l'exportation et le transit de marchandises, ainsi que d'autres services complémentaires, comme des services relevant des domaines monétaire, commercial et fiscal, que des expéditeurs en douane offrent en assumant les risques financiers y afférents³².
- La fourniture par des entités juridiques, établies par les employeurs ou les organisations syndicales et autorisées par l'État, de services d'assistance aux employés et aux employeurs, relatifs à la rédaction de la déclaration d'impôt sur le revenu, et d'autres conseils liés³³.
- La gestion des infrastructures de transport³⁴.
- Des services médicaux dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors de ce cadre³⁵.
- L'allocation de fonds aux municipalités et aux organismes bénévoles de logement pour du logement à des loyers moins chers ; l'allocation de fonds de prêts immobiliers, des régimes de logement abordable visant à fournir des logements à coûts réduits, des régimes de subventions de loyers et des systèmes de subvention pour les personnes âgées et handicapées, ainsi que les ménages socialement désavantagés³⁶.
- La fourniture d'infrastructure auxiliaire aux logements sociaux, telle que les routes, les magasins, les espaces de jeux et de récréation, les parcs, les terrains, les espaces ouverts, les lieux de culte, les usines, les écoles, les bureaux et d'autres constructions ou terrains et d'autres travaux et services similaires, nécessaire pour assurer un bon environnement pour le logement social³⁷.

²⁸ CJCE, arrêts Pavlov, pt 118, du 22 janvier 2002, INAIL, aff. C-218/00, Rec. 2002, p. I-691, pt 37, et du 22 mai 2003, Freskot, C-355/00, Rec. 2000, p. I-5263.

²⁹ CJCE, arrêt du 23 avril 1991, Höffner et Elser, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, pt 21.

³⁰ CJCE, arrêts du 16 novembre 1995, aff. C-244/94, FFSA, Rec. 1995, p. I-4013, pts 17-22, du 21 septembre 1999, aff. C-67/96, Albany, Rec. 1999, p. I-5751, pts 80-87.

³¹ CJCE, arrêt du 25 octobre 2001, aff. C-475/99, Glöckner, Rec. 2001, p. I-8089, pt. 20.

³² CJCE, arrêt du 18 juin 1998, aff. C-35/96, Commission c/ Italy, Rec. 1998, p. I-3851, pt37.

Pour la notion d'activité économique au sens des règles du TFUE sur le marché intérieur, voir réponse à la question 6.2.

3.1.3. *Des membres d'une profession libérale peuvent-ils constituer des "entreprises" au sens des règles de concurrence ?*

Oui, les membres d'une profession libérale peuvent constituer des entreprises. La Cour de justice a considéré que les spécialistes médicaux peuvent fournir, en leur qualité d'opérateurs économiques indépendants, des services sur un marché, à savoir le marché des services médicaux spécialisés, et ainsi constituer des entreprises. Le fait qu'ils fournissent des services complexes et techniques et la circonstance que l'exercice de leur profession soit réglementé ne peut pas modifier cette conclusion³⁸.

3.1.4. *Quand une activité est-elle non économique au sens des règles de concurrence ?*

Deux catégories d'activités qui ont été déterminées comme non économiques sont :

- Les activités liées à l'exercice des prérogatives de puissance publique

Les activités liées à l'exercice des prérogatives de puissance publique par l'État lui-même ou par des autorités fonctionnant dans les limites de leur compétence publique, ne constituent pas des activités économiques au sens des règles de concurrence. Dans ce contexte, il importe peu que l'État agisse directement par le moyen d'un organe faisant partie de l'administration de l'État ou par une entité distincte à laquelle il a conféré des droits spéciaux ou exclusifs³⁹.

Exemples d'activités qui ont été considérées comme non-économiques liées à l'exercice des prérogatives de puissance publique :

³³ CJCE, arrêt du 30 mars 2006, aff. C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Rec. 2006, p. I-2941, pt 63.

³⁴ CJCE, arrêt du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris c/ Commission, aff. C-82/01 P, Rec. 2002, p. I-9297.

³⁵ CJCE, arrêts du 12 juillet 2001, Smits, aff. C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473, pt. 53, du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone, aff. jointes 286/82 et 26/83, Rec. 1984, p. 377, pt 16, du 4 octobre 1999, Society for the Protection of unborn children (IVG), aff. C-159/90, Rec. 1999, p. I-4685, pt 18, du 12 juillet 2001, Abdon Vanbraekel, aff. C-368/98, Rec. 2001, p. I-5363, pt. 43, TPI, arrêt du 11 juillet 2007, Asklepios Kliniken, aff. T-167/04, Rec. 2007, pts 49-55.

³⁶ Décision de la Commission relative à l'aide N 89/2004 – Irlande – Garantie en faveur de la Housing Finance Agency, aides en faveur du logement social financées par HFA, JO C 131 du 28.05.2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n089-04.pdf.

³⁷ Décision de la Commission relative à l'aide N 395/05 – "Loan guarantees for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency (HFA)", JO C 77 du 05.04.2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n395-05.pdf.

³⁸ CJCE, arrêt du 12 septembre 2000 Pavlov e.a., aff. jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. 2000, p. I-6451.

³⁹ CJCE, arrêt du 16 juin 1987, Commission c/ République italienne, aff. 118/85, Rec. 1987, p. 2599, pts 7 et 8.

- Des activités relatives à l'armée ou à la police.
- Le maintien et l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne⁴⁰, la sûreté⁴¹, le contrôle aérien, le contrôle de la circulation maritime et la sécurité maritime⁴².
- La surveillance antipollution constitue une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État en matière de protection de l'environnement du domaine maritime⁴³.
- L'organisation, le financement et l'exécution des mesures pénitentiaires afin d'assurer la mise en œuvre du système pénal⁴⁴.
- Le financement et la surveillance de la construction des infrastructures de chemin de fer⁴⁵.
- A l'occasion de la fermeture de mines de charbon, l'allocation de fonds pour les travaux de réadaptation et de surveillance des sites et pour l'éradication des conséquences de l'activité minière⁴⁶.

- Certaines activités d'une nature purement sociale

La jurisprudence a indiqué un ensemble de critères sous lesquels certaines activités avec une fonction purement sociale ont pu être considérées comme non économiques.

Exemples d'activités non-économiques d'une nature purement sociale:

- 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 cotisations⁴⁷.

⁴⁰ CJCE, arrêts du 19 janvier 1994, SAT/Eurocontrol, aff. C-364/92, Rec. 1994, p. I-43, pt 27, du 26 mars 2009, Selex Sistemi Integrati c/ Commission, aff. C-113/07 P, Rec. 2009, p. I-2207, pt. 71.

⁴¹ Décisions de la Commission relatives aux aides N 309/2002 du 19 mars 2003, Sûreté aérienne – compensation des coûts à la suite des attentats du 11 septembre 2001, JO C 148 du 25.06.2003, et N 438/2002 du 16 octobre 2002, Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique, JO C 284 du 21.11.2002, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf.

⁴² Décision de la Commission relative à l'aide N 438/02 du 16 octobre 2002, Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique, JO C 284 du 21.11.2002, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf.

⁴³ CJCE, arrêt du 18 mars 1997, Cali et Figli, aff. C-343/95, Rec. 1997, p. I-1547, pt 22.

⁴⁴ Décision de la Commission relative à l'aide N140/2006 – Lituanie – "Allotment of subsidies to correction houses", JO C 244, du 11.10.2006, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/N-140-2006-WLWL-en-19.07.2006.pdf

⁴⁵ Décision de la Commission relative à l'aide N 478/2004 – Irlande – "State guarantee for capital borrowings by Coràs Iompair Eirann (CIÉ)", JO C 207, du 31.08.2006, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2004/n478-04.pdf.

⁴⁶ Décision de la Commission relative aux aides CZ 45/2004 et CZ 110/2004 – République tchèque - Aides d'État à l'industrie houillère tchèque 2003-2007, JO C 87 du 01.04.2006, http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/state_aid/doc/decisions/2004/2004_0045_cz_cz.pdf.

⁴⁷ CJCE, arrêts du 17 février 1993, Poucet et Pistre, aff. C-159/91, Rec. 1993, p. I-637, du 22 janvier 2002, INAIL, aff. C-218/00, Rec. 2002, p. I-691, pts 43-48, du 16 mars 2004, AOK Bundesverband,

- Les prestations d'enseignement public financées, en règle générale, par le budget public et accomplissant une tâche de l'État vers la population dans les domaines social, culturel et éducatif⁴⁸.

3.1.5. *Quand une autorité publique fournit des informations et des conseils aux citoyens dans le domaine de sa compétence, exerce-t-elle une activité économique au sens des règles de concurrence ?*

La fourniture d'informations générales par les autorités publiques (au niveau national, régional ou local) concernant la manière dont les entités compétentes appliquent les règles sous leur responsabilité est indissolublement liée à l'exercice de leur autorité publique. Cette activité n'est pas considérée comme constituant une activité économique au sens des règles de concurrence.

3.1.6. *Les règles du TFUE sur les aides d'État peuvent-elles s'appliquer aux prestataires de services sans but lucratif ?*

Oui, les règles peuvent s'appliquer. Le seul fait qu'une entité ne poursuive pas un but lucratif ne signifie pas que les activités qu'elle exerce ne sont pas de nature économique⁴⁹. Le statut juridique de l'entité fournissant des SSIG n'affecte pas la nature de l'activité concernée. Le critère approprié est si l'entité concernée exerce une activité économique.

Par exemple, une association sans but lucratif ou une organisation caritative exerçant une activité économique constituera une "entreprise", mais seulement pour la partie de l'activité qui est économique. Les règles de concurrence ne s'appliqueront pas à leurs activités non économiques.

Exemple :

La fourniture de services de transport d'urgence et de services de transport des malades par des organisations sans but lucratif peut constituer une activité économique. Les obligations de service public peuvent rendre les services fournis par ces organisations moins compétitifs que des services comparables effectués par d'autres opérateurs non liés par ces obligations, mais cette circonstance ne saurait empêcher que les activités en question soient considérées comme des activités économiques⁵⁰.

aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. 2004, p. I-2493, pts 51-55, et du 22 mai 2003.

⁴⁸ CJCE, arrêts du 27 septembre 1988, Humbel, aff. 263/86, Rec. 1988, p. 5365, pt 18, du 11 septembre 2007, Commission c/Allemagne, aff. C-318/05, pas encore publié, pts 74 -75, ainsi que décisions de la Commission relative aux aides N118/00 - Subventions aux clubs sportifs professionnels, JO C 333/6 du 28.11.2001, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n118-00.pdf, et NN54/2006 – Collège de logistique Prerov, JO C 291/18 du 30.11.2006, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf, Décision de l'Autorité de surveillance de l'AELE relative au cas 39/07/COL on public financing of municipal day-care institutions in Norway: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/11305/data.pdf>.

⁴⁹ CJCE, arrêt du 29 octobre 1980, Van Landewyck, aff. jointes 209/78, 215/78 et 218/79, Rec. 1980, p. 3125 et du 16 novembre 1995, FFSA e.a., aff. C-244/94, Rec. 1995, p. I-4013, pt 21.

⁵⁰ CJCE, arrêt du 25 octobre 2001, Glöckner, aff. C-475/99, pt 21.

3.1.7. *Des centres d'action sociale qui gèrent des SSIG (p.ex. des services aux personnes âgées et handicapées) sont-ils soumis aux règles des aides d'Etat ?*

La question de savoir si des centres communaux d'action sociale sont soumis ou non aux règles du droit de la concurrence, et plus particulièrement aux règles relatives aux aides d'Etat, ne peut être appréciée globalement mais dépend des activités qu'ils exercent.

En effet, si un centre de ce type gère par exemple un service de repas à domicile ou un service de soins à domicile, alors que de telles activités sont susceptibles d'être exercées par d'autres prestataires, publics ou privés, il offre des services sur un marché, et exerce donc une activité économique au sens des règles de concurrence (voir réponse à la question 3.1.2)

Cela ne signifie pas cependant que l'ensemble des activités d'un tel centre doive être considéré comme économique ; en effet on peut imaginer qu'il gère aussi une activité de pure protection sociale, telle que la distribution d'allocations publiques à leurs bénéficiaires, qui ne serait quant à elle pas constitutive d'une activité économique.

3.1.8. *La distribution par une municipalité des bons d'achat à certaines catégories d'usagers pour acquérir des SIEG constitue-t-elle une aide d'Etat ?*

Les États membres, y compris les autorités locales, peuvent accorder ce soutien aux différents usagers de ces services sous les conditions de l'article 107 paragraphe 2 (a) TFUE. Cette disposition exige notamment que l'aide ait un caractère social et soit accordée sans discrimination relative à l'origine des services concernés.

3.1.9. *Une aide sociale accordée à certains bénéficiaires tels que les ménages à faibles revenus, (en fonction p.ex. de leurs dépenses effectives pour l'accès à un SIEG et/ou d'autres critères objectifs liés à la leur situation personnelle) et versée en tiers payant directement au prestataire du service constitue-t-elle une aide d'Etat ?*

Il est concevable qu'un organisme social, en fonction par exemple du risque de voir l'aide ne pas remplir son rôle social si elle est directement versée au bénéficiaire, décide d'en verser tout ou partie au prestataire du service concerné (p.ex. bailleur social du logement occupé, cantine scolaire fréquentée par les enfants etc.).

Un tel versement ne constituera pas une aide d'Etat au profit du prestataire si l'allocation versée en tiers payant et ses paramètres de calcul restent clairement définis et étroitement liés au bénéficiaire final personne physique. Ceci implique que ce transfert ne génère pas d'autres avantages pour le prestataire de services. Ainsi, par exemple, le montant total du loyer demandé par le prestataire doit être défini indépendamment et préalablement de manière à ce que le loyer restant dû par le bénéficiaire soit effectivement minoré du montant que ce prestataire a déjà perçu de l'organisme social.

3.1.10. Certains SIEG sont souvent fournis dans un contexte local. Affectent-ils vraiment le commerce entre les États membres ?

Dans le domaine des règles d'aides d'État, l'affectation des échanges ne dépend pas du caractère local ou régional du service fourni, ou du niveau de l'activité concernée. Le montant relativement faible de l'aide ou la taille relativement modeste de l'entité qui la reçoit, n'excluent pas en soi la possibilité que les échanges entre les États membres soient affectés⁵¹. En effet même une aide de faible montant peut augmenter l'offre de service de la part d'un fournisseur donné en rendant plus difficile à d'autres entreprises européennes de fournir les mêmes services sur le marché local.

Cependant, la Commission sur la base de sa propre expérience a établi des seuils en dessous desquels elle considère que les aides n'ont pas d'effet sur les échanges ou la concurrence. Ainsi, par exemple, *"des aides n'excédant pas un plafond de 200 000 EUR sur une période de trois ans n'affectent pas les échanges entre États membres et/ou ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence, et ne tombent pas, par conséquent, sous le coup de l'article 87, paragraphe 1, du traité. En ce qui concerne les entreprises actives dans le secteur du transport routier, ce seuil doit être établi à 100 000 EUR."*⁵².

Exemple général d'affectation des échanges entre les États membres :

Les subventions accordées à des stations de service néerlandaises situées à la proximité de la frontière allemande, à cause de la majoration du prix des carburants nationaux suite à l'augmentation des droits d'accises aux Pays-Bas, affectaient les échanges entre les États membres, puisque leur objectif était d'atténuer la disparité entre le niveau des droits d'accises payables aux Pays-Bas et celui de droits d'accises prélevés sur les pétroles légers en Allemagne⁵³.

Exemple d'affectation des échanges entre les États membres dans le cas d'un SIEG:

Des subventions publiques accordées pour l'exploitation de services réguliers de transports par autocar dans le Landkreis Stendal en Allemagne à une entreprise qui ne fournissait que des services de transport local ou régional et qui ne fournissait pas de services de transport en dehors de son Etat d'origine, pouvait avoir une incidence sur les échanges entre États membres⁵⁴.

⁵¹ TPI, arrêt du 30 avril 1998, Vlaams Gewest/Commission, aff. T-214/95, Rec. 1998, p. II-717, pts 48 à 50, CJCE, arrêts du 24 juillet 2003, Altmark trans et Regierungspräsidium Magdeburg, aff. C-280/00, Rec. 2003, p. I-7747, pts 81-82 et du 3 mars 2005, Heiser, aff. C-172/03, Rec. 2005, p. I-1627, pts 32-33.

⁵² Règlement (CE) No 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis* considérant 8.

⁵³ Décision 1999/705/CE de la Commission du 20 juillet 1999, JO L 280/87 du 30.10.1999, confirmé par la CJCE, arrêt du 13 juin 2002, Pays-Bas c/ Commission, aff. C-382/99, Rec. 2002, p. I-5163.

⁵⁴ CJCE, arrêts du 24 juillet 2003, Altmark trans et Regierungspräsidium Magdeburg, aff. C-280/00, Rec. 2003, p. I-7747, pt 77.

3.1.11. *Y a-t-il vraiment un effet sur les échanges dans le cas où il y a un seul opérateur qui fournit un SIEG spécifique dans une région ?*

Le fait qu'un opérateur fournissant un SIEG spécifique (comme par exemple des soins médicaux spécialisés ou de services d'ambulance) soit l'unique opérateur dans la région/communauté locale en raison de l'absence d'autres opérateurs dans cette région/communauté locale, ne peut pas exclure la possibilité que des opérateurs des autres Etats membres soient intéressés à fournir ce SIEG. Par conséquent, un effet potentiel sur les échanges entre les Etats membres ne peut pas être exclu.

3.1.12. *Y a-t-il des exemples de SIEGs locaux qui ne semblent pas vraiment affecter les échanges entre les États membres ?*

Il y a certaines décisions de la Commission en matière d'aides d'État, où des mesures étatiques finançant des services locaux (indépendamment de la question de savoir s'ils constituent des SIEG, des SSIG de nature économique ou des services purement commerciaux) ont été considérées comme n'affectant pas les échanges entre les Etats membres :

Exemples des mesures considérées comme n'affectant pas les échanges entre les États membres :

- Dans le cas de la piscine de Dorsten⁵⁵, il a été considéré qu'une subvention annuelle pour la construction et le fonctionnement d'une piscine publique à Dorsten qui serait utilisée uniquement par la population locale, ne pourrait pas affecter les échanges entre les États membres.
- Dans le cas des hôpitaux irlandais⁵⁶, il a été considéré qu'un système de dotations en capital ayant comme objectif la création d'installations pour des hôpitaux publics locaux d'une taille relativement modeste, servant un marché local de services hospitaliers avec une claire sous-capacité, ne pourrait pas attirer des investissements ou des clients d'autres États membres et ne pourrait donc pas affecter les échanges entre les États membres.
- Dans le cas d'aires de service à Tenerife⁵⁷, il a été considéré que des subventions attribuées pour la construction par les associations locales de transport de marchandises par route, d'aires de service municipales pour leurs membres, ne pourraient pas affecter les échanges entre les États membres, en raison de leur

⁵⁵ Décision de la Commission relative à l'aide N 258/2000 – Allemagne – Piscine de loisirs à Dorsten, IP/001509 du 21 décembre 2000, JO C 172/16 du 16.06.2001, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf.

⁵⁶ Décision de la Commission relative à l'aide N 543/2001 – Irlande – Amortissement fiscal pour les hôpitaux, JO C 154/4 du 28.06.2002, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n543-01.pdf.

⁵⁷ Décision de la Commission relative à l'aide NN 29/02 – Espagne – Aides à l'installation des aires de service à Tenerife, JO C 110/13 du 08.05.2003, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transports-2002/nn029-02.pdf.

utilisation exclusivement locale.

- Dans le cas des musées locaux en Sardaigne⁵⁸, il a été considéré que le financement des projets de ces musées d'une portée limitée et d'un budget modeste n'affectaient pas les échanges entre Etats membres, dans la mesure où, à l'exception de quelques musées d'importance et de réputation internationalement reconnues, les habitants des autres Etats membres ne franchissaient pas les frontières avec comme but principal celui de visiter ces musées.
- Dans le cas des productions de théâtre basques⁵⁹, il a été considéré que le financement de ces productions n'affectait pas les échanges entre Etats membres, dans la mesure où il s'agissait des productions à petite échelle de micro ou petites entreprises d'une nature locale, leur audience potentielle était limitée à une région géographique et linguistique spécifique, et elles ne pouvaient pas attirer un tourisme transfrontalier.

3.1.13. *Qu'est-ce qui se passe quand une activité est économique et affecte les échanges entre les États membres ?*

Quand une activité est économique et affecte les échanges entre les États membres, les règles de concurrence s'appliquent.

3.1.14. *L'application des règles de concurrence signifie-t-elle que les Etats membres doivent changer les modes d'organisation et de fonctionnement de leur SIEG ?*

Le fait que les règles de concurrence s'appliquent ne signifie pas que les autorités publiques doivent veiller à ce qu'une multiplicité de prestataires de services soit présente sur le marché. En outre, cela ne signifie pas que les autorités publiques ont l'obligation de supprimer les droits spéciaux ou exclusifs, déjà accordés aux prestataires de services, qui sont nécessaires et proportionnés pour la performance de SIEG concernés. Les autorités publiques peuvent accorder de tels droits aussi longtemps que ceux-ci ne dépassent pas ce qui est nécessaire afin de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général dans des conditions économiquement acceptables⁶⁰. De même, les autorités publiques n'ont pas l'obligation de privatiser les prestataires des SIEG.

3.1.15. *Qu'est-ce qui se passe quand une autorité publique accorde une compensation pour un service d'intérêt général qui est considéré comme économique ?*

Une compensation de service public accordée par une autorité publique à un prestataire de services peut constituer une aide d'État si les critères établis par la Cour

⁵⁸ Décision de la Commission relative à l'aide N 630/2003 – Italie – Musées locaux – Région de Sardaigne, JO C 275/3 du 08.12.2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n630-03.pdf.

⁵⁹ Décision de la Commission relative à l'aide N 257/2007 – Espagne – Subsidés pour des productions de théâtre dans les pays Basques, JO C 173/2 du 26/07/2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2007/n257-07.pdf.

⁶⁰ CJCE, arrêts du 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320/91, Rec. 1993, p. I-2533, pts 14-16, du 21 septembre 1999, Albany, aff. C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751, pt 107.

de justice dans son arrêt Altmark (voir réponses aux questions 3.2.1) ne sont pas tous remplis et les autres critères d'aides d'Etat⁶¹ sont également présents. Néanmoins, le fait qu'une compensation de service public constitue une aide d'État ne signifie pas en soi qu'elle n'est pas permise, puisque cette compensation peut être compatible avec le TFUE (voir réponses aux questions 3.2.4 et 3.2.5).

3.1.16. *Comment une autorité publique peut-elle financer un SIEG ?*

Les États membres ont une large marge de manœuvre dans l'organisation et le financement de leurs SIEGs. Les autorités publiques peuvent attribuer une subvention ou un avantage fiscal, mais elles peuvent également accorder un droit exclusif ou spécial au prestataire de services, afin d'assurer la réalisation de la prestation du SIEG, aussi longtemps que ce droit ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour permettre l'accomplissement de la mission de SIEG dans des conditions économiquement acceptables⁶².

3.1.17. *Les règles en matière d'aides d'Etat imposent-elles aux autorités publiques un mode d'organisation spécifique des SIEG ?*

Les autorités publiques ont un large pouvoir d'appréciation dans le choix du mode de gestion des SIEG qu'ils mettent en place. Les règles en matière d'aides d'Etat permettent aux autorités publiques d'organiser et de financer leurs SIEG comme ils le souhaitent, aussi longtemps que les compensations qu'ils accordent à ce titre ne dépassent pas ce qui est nécessaire afin de permettre l'accomplissement de la mission de SIEG dans des conditions économiquement acceptables en application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE (pour ces conditions voir réponses aux questions 3.2.9).

3.1.18. *Les dotations financières octroyées dans le cadre du transfert de compétences entre collectivités publiques dans le contexte de décentralisation sont-elles assimilables à des aides d'Etat?*

La notion d'aide d'Etat ne fait pas de distinction en fonction du niveau (central, régional, local...) auquel elle est accordée. Cependant, elle ne s'applique que lorsqu'il y a un transfert de ressources à une ou plusieurs entreprises ou secteurs, qui remplit les conditions de l'article 107, paragraphe 1 TFUE.

Par contre, tant que des transferts financiers interviennent au sein des structures étatiques (Etat vers région, département vers communes...) pour obéir à des logiques de purs transferts de compétences publiques, en dehors de toute activité de nature économique, il n'y a pas de transfert de ressources d'Etat donnant un avantage à une entreprise.

⁶¹ C'est-à-dire (1) le transfert des ressources et l'imputabilité à l'Etat, (2) l'affectation des échanges entre les Etats membres et la distorsion de concurrence, (3) l'avantage économique, ainsi que (4) la sélectivité de la mesure en jeu.

⁶² CJCE, arrêts du 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320/91, Rec. 1993, p. I-2533, pts 14-16, du 21 septembre 1999, Albany, aff. C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751, pt 107.

3.1.19. *Le financement d'une entité "in-house" au sens des règles des marchés publics qui fournit des SIEG, entraîne-t-elle l'exclusion de l'application des règles en matière d'aides d'Etat?*

La notion "in-house" est une notion du droit des marchés publics alors que les règles en matière d'aides d'Etat relèvent du droit de la concurrence. L'application des règles de concurrence et notamment des règles d'aides d'Etat ne dépend pas du statut juridique ou de la nature de l'entité fournissant des services d'intérêt économique général, mais du caractère "économique" de l'activité que cette entité exerce. Selon une jurisprudence constante, toute activité consistant en l'offre de biens et/ou de services dans un marché donné est une activité économique au sens des règles en matière de concurrence (pour des exemples d'activités économiques au sens des règles en matière de concurrence, voir réponse à la question 3.1.2). Par conséquent, si le financement public d'une activité économique exercée par une entité "in-house" au sens des règles de marchés publics, remplit les conditions de l'article 107, paragraphe 1 TFUE⁶³, et ne remplit pas toutes les conditions de l'arrêt Altmark (pour ces conditions voir réponse à la question 3.2.1), les règles relatives aux aides d'Etat s'appliquent.

A ce titre, il y a lieu de rappeler que aussi longtemps que des transferts financiers interviennent au sein des structures étatiques (Etat vers région, département vers communes...) pour obéir à des logiques de purs transferts de compétences publiques, en dehors de toute activité de nature économique, il n'y a pas de transfert de ressources d'Etat vers une entreprise et par conséquent pas d'aide d'Etat.

3.2. Arrêt Altmark et Paquet SIEG

3.2.1. *Qu'est-ce que la Cour précise dans l'arrêt Altmark ?*

Dans son arrêt Altmark, la Cour de justice a considéré que les compensations de service public **ne constituent pas des aides d'État** au sens de l'article 107 TFUE à condition que quatre critères cumulatifs soient remplis.

- Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies.
- Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée doivent être préalablement établis d'une façon objective et transparente.
- Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable.
- Enfin, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant la sélection du candidat capable de fournir

⁶³ C'est-à-dire: 1) l'avantage économique, 2) l'affectation des échanges entre les Etats membres et la distorsion de concurrence, ainsi que 3) la sélectivité de la mesure en cause.

ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait encourus.

Exemples des cas où la Commission a considéré que les critères Altmark ont été remplis et donc que la compensation n'a pas constitué une aide d'État :

- Le financement d'un régime promouvant des investissements afin d'assurer la sécurité de l'approvisionnement en électricité en Irlande n'a pas été considéré comme aide d'État ;
 - (a) La fourniture de capacités nouvelles de réserve de production d'électricité afin de faire face à la demande d'électricité à tout moment de l'année, comprenant les périodes de pointe, a été considérée comme un SIEG.
 - (b) En outre, la procédure de concurrence ouverte, transparente et non discriminatoire avait été organisée de manière à assurer que toutes les trois autres conditions fixées par l'arrêt Altmark ont été réunies⁶⁴.
- Les subventions finançant l'infrastructure de télécommunications à haut débit en France n'ont été également pas considérées comme des aides car ;
 - (a) L'accès généralisé à l'infrastructure de haut débit (et de très haut débit) pour toute la population était un SIEG.
 - (b) Des paramètres spécifiques ont prédéfini le niveau de la compensation dans le contrat de concession.
 - (c) Il n'y avait aucun risque de surcompensation puisque les paramètres pour le calcul de la compensation ont été précisément définis dans les plans d'affaires des opérateurs, qui ont été basés sur les données spécifiques fournies par l'autorité publique elle-même. L'absence de tout risque de surcompensation a été également assurée par le fait que l'autorité publique avait exigé des opérateurs qui fourniraient le service de créer une société ad hoc pour ce service qui garantirait la neutralité du prestataire de services en question, ainsi que par la présence des clauses de retour à meilleur fortune en cas des profits supérieurs à un certain niveau.
 - (d) Une analyse approfondie et détaillée des besoins du projet et des offres des candidats a eu lieu. En outre, la procédure choisie a permis la sélection du candidat le plus efficace offrant le service au moindre coût pour la collectivité⁶⁵.

⁶⁴ Décision de la Commission relative à l'aide N 475/2003 – Irlande – Obligations de service public concernant des capacités nouvelles de production d'électricité pour la sécurité d'approvisionnement, JO C 34/8 du 07.02.2004, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n475-03.pdf.

⁶⁵ Décision de la Commission relative à l'aide N 381/2004 – France – Haut débit en Pyrénées-Atlantiques, JO C 162/05, du 02.07.2005: http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n381-04.pdf, ainsi que décision de la Commission relative à l'aide N 331/2008 – France – Très haut débit dans le département des Hauts-de-Seine, pas encore publiée: http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2008/n331-08.pdf.

Dans le cas Dorsal, la Commission a considéré que le 4^{ème} critère Altmark a été rempli parce qu'une analyse comparative approfondie des besoins spécifiques du projet et des offres des candidats, ainsi que la procédure concurrentielle elle-même ont prévu que la compensation soit estimée sur la base des coûts d'une entreprise bien gérée et adéquatement équipée⁶⁶.

- La Commission a conclu que les commissions qui ont été payées par "Casa Depositi e Prestiti" – un organisme financier contrôlé par l'Etat – à "Poste Italiane" n'ont pas été considérées comme des aides d'État :
- (a) La distribution des livrets d'épargne postaux a été considérée comme un SIEG.
 - (b) La redevance de marché correspondait à une estimation appropriée du niveau des coûts, qu'engagerait une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée opérant dans le même secteur, en tenant compte des recettes et d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Par conséquent, le 4^{ème} critère Altmark était rempli⁶⁷.

3.2.2. *Aux fins de l'application du critère relatif aux coûts d'une entreprise moyenne bien gérée, est-il possible pour un Etat membre d'utiliser un coût de référence préétabli ?*

Aux fins de l'application du 2^e volet du 4^e critère Altmark, les Etats membres ont la possibilité d'utiliser un coût de référence préétabli, aussi longtemps qu'ils peuvent le justifier. Dans la mesure où ce coût notamment résulte d'une origine fiable, est basé sur des données solides et correspond aux valeurs du marché, il peut être considéré comme correspondant aux "coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée" au sens du 4^e critère Altmark.

Exemples de la pratique de la Commission sur les coûts de référence:

- La rémunération versée à Poste Italiane pour la distribution des "libretti postali" était inférieure à des référentiels de produits financiers similaires du marché ; en tant que telle la compensation versée à ce titre a été considérée comme remplissant le critère de l'entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée et ne constituait pas une aide, les 3 autres critères Altmark étant par ailleurs remplis⁶⁸.

A l'inverse,

- L'utilisation pour le calcul de la compensation de coûts statistiques prédéfinis

⁶⁶ Décision de la Commission relative à l'aide N 382/2004 – France – Haut débit au Limousin (Dorsal), OJ/230/06 du 20.09. 2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n382-04.pdf.

⁶⁷ Décision de la Commission relative à l'aide C 49/06 – Poste Italiane – Banco Posta – Rémunération versée pour la distribution de produits d'épargne de la Poste, JO C 31 du 13.02.2007.

⁶⁸ Voir Décision de la Commission relative à l'aide C 49/06, op.cit, paragraphes 85 à 93.

fournis par les autorités tchèques ne prouvait pas en tant que telle qu'ils étaient représentatifs de ceux d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée⁶⁹.

3.2.3. *Quelles sont les conséquences de l'application ou non des critères Altmark ?*

Lorsque tous les critères Altmark sont remplis, la compensation de service public ne constitue pas une aide d'État.

Lorsqu'au moins l'un des critères Altmark n'est pas rempli, et les autres critères d'aides d'État⁷⁰ sont en revanche présents, la compensation de service public constitue une aide d'État.

3.2.4. *Quelles sont les conséquences si une compensation pour un SIEG est en effet une aide d'État ?*

Le fait que la compensation de service public constitue une aide d'État **ne signifie pas que cette compensation est interdite**. Cette compensation est compatible avec le TFUE quand les conditions spécifiées dans la Décision⁷¹ ou l'Encadrement⁷² sont réunies⁷³.

3.2.5. *Quelles sont les objectifs respectifs de la Décision et de l'Encadrement ? Y a-t-il des différences entre ces deux textes ?*

Les deux textes spécifient dans quelles conditions les compensations de service public qui constituent des aides d'État, sont compatibles avec le TFUE.

La différence principale réside dans le fait que les compensations de service public couvertes par la Décision **ne doivent pas être notifiées** à la Commission. Dès que les critères de la Décision sont remplis, l'État membre concerné peut accorder la compensation sans tarder. Néanmoins, quand les conditions de la Décision ne sont pas réunies (par exemple parce que de plus grands montants de compensation sont concernés), la compensation doit être notifiée préalablement à la Commission de sorte qu'elle puisse vérifier si l'aide d'État concernée est compatible avec le TFUE.

⁶⁹ Décision de la Commission concernant l'aide d'Etat C 3/2008 (ex NN 102/2005) – République Tchèque - Compensation de service public accordée à des compagnies d'autobus de Moravie méridionale, JO L 97 du 16/04/09, paragraphes 82 à 83

⁷⁰ C'est-à-dire (1) le transfert des ressources d'État et l'imputabilité à l'État, (2) l'affectation des échanges entre les États membres et la distorsion de concurrence ainsi que (3) la sélectivité de la mesure en jeu.

⁷¹ Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général, JO L 312 du 29.11.2005, p. 67.

⁷² Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, JO C 397 du 29.11.2005, p. 4.

⁷³ Dans le secteur des transports terrestres cette compatibilité est régie par le Règlement 1370/2007. Dans le transport aérien et maritime cette compatibilité peut être évaluée sur la base des Lignes directrices communautaires de 2005 sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ des aéroports régionaux, de la Communication 94/C 350/07 de la Commission relative à l'application des articles 92 et 93 du traité dans le secteur de l'aviation, JO C 350 du 10.12.1994, p.5, ou des Orientations communautaires sur les aides d'État au transport maritime, JO C 13, du 17.01.2004.

L'objet de l'Encadrement est de préciser dans quelles conditions les aides sous forme de compensation de service public qui sont notifiées à la Commission, peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur, conformément aux dispositions de l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

3.2.6. Dans quels cas la Décision s'applique-t-elle ?

Champ d'application de la Décision ; la Décision s'applique :

- aux compensations de service public de moins de 30 millions EUR sur une base annuelle, accordées aux entreprises ayant un chiffre d'affaires annuel hors taxe, toutes activités incluses, de moins de 100 millions EUR au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général.
- aux compensations de service public accordées aux hôpitaux effectuant des activités qualifiées comme services d'intérêt économique général par l'État membre concerné, indépendamment du montant.
- aux compensations de service public accordées aux entreprises de logement social effectuant des activités qualifiées comme services d'intérêt économique général par l'État membre concerné, indépendamment du montant.
- dans le domaine du transport, la Décision ne s'applique qu'aux compensations de service public pour les liaisons maritimes avec les îles accordés conformément aux règles sectorielles, dont le trafic annuel ne dépasse pas 300 000 passagers ; la Décision s'applique également aux compensations de service public pour les aéroports et les ports dont le trafic annuel moyen au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG, ne dépasse pas 1 000 000 passagers dans le cas des aéroports, et 300 000 passagers dans le cas des ports.

3.2.7. Il existe des cas où l'entreprise bénéficiaire d'une compensation de service public, fait partie d'un groupe d'entreprises ou consiste en une société "ad hoc" créée pour la prestation d'un SIEG. Dans ces circonstances, le seuil concernant les 100 millions EUR de chiffre d'affaires annuel se réfère-t-il à une seule entité légale ou au groupe d'entreprises ?

L'objet de la Décision est notamment d'exclure de l'obligation de notification préalable les compensations de faible montant octroyées à des entreprises réalisant un chiffre d'affaires limité. En pareille hypothèse, il peut être considéré que l'atteinte à la concurrence demeure limitée. Dans ce cadre, et conformément à la ligne générale suivie par la Commission et la Cour de justice en matière d'aides d'Etat, il convient toutefois de prendre en considération l'importance économique du groupe auquel appartient éventuellement l'entreprise bénéficiaire de l'aide.

En conséquence, le chiffre d'affaires visé à l'article 2 de la Décision englobe le chiffre d'affaires du groupe auquel appartient éventuellement une filiale, ou le chiffre d'affaires de l'ensemble des cocontractants dans le cas d'une société "ad hoc" créée pour la prestation d'un SIEG.

3.2.8. Les seuils relatifs aux 30 millions EUR de compensation annuelle et aux 100 millions EUR de chiffre d'affaires du bénéficiaire prévus dans l'article 2, a) de la Décision sont-ils cumulatifs ? Qu'est-ce que ça signifie ?

Oui les seuils relatifs aux 30 millions EUR de compensation annuelle et aux 100 millions EUR de chiffre d'affaires que le bénéficiaire a eu au cours de deux exercices précédant celui de l'octroi de l'aide, prévus dans l'article 2, a) de la Décision, sont cumulatifs.

Ceci signifie en pratique que les autorités publiques des Etats membres peuvent accorder des aides dans le respect des conditions de la Décision, sans les notifier à la Commission, dans la mesure où ces aides ne dépassent pas 30 million EUR par an et les entreprises bénéficiaires ont un chiffre d'affaires qui ne dépasse pas 100 millions EUR au cours de deux exercices précédant celui de l'octroi de l'aide. Si le montant de la compensation annuelle ne dépasse pas les 30 million EUR mais l'entreprise bénéficiaire a un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions EUR et vice versa, l'aide devra être notifiée à la Commission, pour être examinée sur la base de l'Encadrement.

3.2.9. Quelles sont les conditions de compatibilité établies par la Décision et l'Encadrement ?

Les conditions établies par la Décision et l'Encadrement sont similaires.

Critères de compatibilité. La Décision et l'Encadrement exigent essentiellement :

- Un mandat spécifiant, notamment, la nature et la durée des obligations de service public, l'entreprise et le territoire concernés, la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation, ainsi que les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter surcompensations.
- La compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts encourus pour l'accomplissement des obligations de service public ; un calcul de tous les coûts ainsi que des recettes de tout type reçues est nécessaire pour ce faire.
- Le contrôle de la surcompensation par les autorités publiques des États membres.

3.2.10. Les aéroports de plus de 1 million de passagers entrent-ils dans le champ d'application de la Décision dans les cas où la compensation de service public est en dessous de 30 millions EUR et l'entreprise gérant l'aéroport a un chiffre d'affaires annuel de moins de 100 millions EUR ?

Oui. Dans de tels cas, les seuils les plus favorables seront appliqués⁷⁴.

Dans ce contexte, il est important de noter que les aides d'État au secteur des transports aériens sont régies par les Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'État au démarrage pour les compagnies

⁷⁴ Voir le considérant 19 de la Décision.

aériennes au départ d'aéroports régionaux (ci-après les "Lignes directrices de 2005") et par la Communication 94/C 350/07 de la Commission relative à l'application des articles 92 et 93 du traité dans le secteur de l'aviation. Ces Lignes directrices prévoient que les autorités publiques peuvent considérer certaines activités économiques effectuées par les aéroports comme constitutives d'un SIEG. Dans des cas exceptionnels, la gestion d'un aéroport dans son ensemble pourrait être considérée comme un SIEG pour autant qu'elle se limite aux activités liées à ses activités de base.

Exemple :

Une autorité publique pourrait imposer des obligations de service public à un aéroport situé par exemple dans une région isolée, et pourrait décider de payer une compensation pour ces obligations. Il est important de noter que la gestion d'un aéroport dans son ensemble en tant que SIEG ne devrait pas couvrir les activités qui ne sont pas directement liées à ses activités de base (c'est-à-dire des activités commerciales, y compris la construction, le financement, l'exploitation et la location de terrains et de biens immobiliers, non seulement pour les bureaux et le stockage mais également pour les hôtels et les entreprises industrielles situés dans l'enceinte de l'aéroport, ainsi que les magasins, les restaurants et les parkings).

3.2.11. *Quel est le rapport entre la Décision et le Règlement 1370/2007 ?*

La Décision ne s'applique pas aux compensations de service public dans le secteur du transport terrestre⁷⁵. Les compensations pour les obligations de service public dans le secteur du transport de voyageurs par chemin de fer et par route sont régies par le Règlement No 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007. Les compensations octroyées conformément aux dispositions de ce règlement sont exemptées de l'obligation de notification préalable.

3.2.12. *Quelle est la différence entre l'Encadrement et les règles spécifiques de compatibilité dans le secteur des transports ?*

L'Encadrement ne s'applique pas au secteur des transports⁷⁶. Pour le secteur des transports, les règles spécifiques sont exposées dans le Règlement 1370/2007, dans le Règlement 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté⁷⁷, ainsi que dans les Orientations communautaires sur les aides d'État au transport maritime de 2004⁷⁸.

⁷⁵ Voir le considérant 17 de la Décision.

⁷⁶ Voir point 3 de l'Encadrement.

⁷⁷ JO L 293 du 31.10.2008, p. 3.

⁷⁸ Communication de la Commission C (2004) 43, Orientations communautaires sur les aides d'État au transport maritime, JO C 13 du 17.01.2004, p. 3.

3.2.13. *Quel est la différence entre les conditions de l'arrêt Altmark et les conditions fixées dans la Décision, et l'Encadrement ?*

L'arrêt Altmark détermine quand une mesure entre dans le champ de la notion d'aide d'État tandis que la Décision et l'Encadrement déterminent les conditions dans lesquelles une compensation constitutive d'une aide d'État peut être autorisée. La principale différence substantielle entre l'arrêt et le Paquet SIEG concerne le montant / le calcul de la compensation.

Selon le 4^{ème} critère **de l'arrêt Altmark**, le montant de la compensation doit, afin de ne pas constituer une aide d'État⁷⁹, être défini:

- par une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire, permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité ou
- par une procédure grâce à laquelle les autorités publiques doivent définir le montant de la compensation sur la base d'une analyse des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée.

Selon **la Décision**, le montant de la compensation ne doit pas nécessairement être défini à travers une procédure de marchés publics, ou à travers une comparaison des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée.

Aussi longtemps que l'autorité publique prouve que la compensation attribuée correspond aux coûts nets estimés sur la base des paramètres précisément définis inclus dans le mandat, et qu'il n'y a aucune surcompensation, la compensation en question est considérée comme une aide d'État compatible avec les règles du TFUE⁸⁰.

Exemple :

Une autorité publique décide de charger un opérateur avec la prestation d'un SIEG et le financer pour cette prestation. On peut distinguer trois cas de figure:

- Le SIEG en question est presté par un opérateur sélectionné par une procédure d'appel d'offres avec un prix fixé à 90. Conformément aux conditions Altmark, la compensation de 90 ne constituera pas une aide d'État.
- Ce SIEG est fourni par un opérateur à des coûts nets de 90. Si ces coûts de 90 correspondent à ceux d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, conformément aux conditions Altmark, la compensation de 90 ne constituera pas une aide d'État.
- La Décision considérera une compensation supérieure à 90 (p.ex. de 100) comme une aide d'État compatible, à condition que cette compensation correspond aux coûts nets totaux effectivement supportés par l'opérateur pour la prestation du SIEG.

⁷⁹

Aussi longtemps que les trois autres critères de l'arrêt Altmark sont remplis. (voir 3.1).

⁸⁰

Aussi longtemps que les autres conditions fixées par la Décision sont remplis (voir 3.5).

3.2.14. *Depuis quand la Décision et l'Encadrement sont-ils applicables ? Est-ce qu'ils sont rétroactifs ?*

La Décision s'applique depuis le 19 décembre 2005, date de son entrée en vigueur.

La Commission examine sur la base de l'Encadrement tous les cas SIEG depuis le 29 novembre 2005, c'est-à-dire la date de son publication au Journal officiel et de mise en vigueur, y compris les compensations qui avaient été notifiées avant cette date mais n'étaient pas accordées jusqu'à cette date. Pour tous les autres cas, c'est-à-dire pour des compensations qui n'ont pas été notifiées avant le 29 novembre 2005, mais qui ont été accordées avant cette publication, la Commission les examine sur la base des dispositions en vigueur au moment de leur octroi⁸¹.

Il y a lieu de rappeler que tous les deux textes intègrent pour la plupart la jurisprudence de la Cour et la pratique décisionnelle de la Commission concernant l'application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

3.2.15. *Le Paquet SIEG institue-t-il un droit des entreprises à recevoir des aides sous la forme de compensations de service public ?*

Selon l'article 107, paragraphe 1 TFUE, les aides d'Etat sont incompatibles avec le TFUE, sauf dérogations prévues par le Traité lui-même. Ceci signifie que le principe est que les aides d'Etat sont interdites et ne peuvent être accordées qu'exceptionnellement, dans les cas et en respectant les conditions des articles 107, paragraphes 2 et 3 et 106, paragraphe 2 TFUE. Par conséquent, il n'existe nullement de droit des entreprises aux aides d'Etat.

Le Paquet SIEG n'institue pas un droit des entreprises à recevoir des aides sous forme de compensation de service public, mais il définit les conditions de compatibilité de telles aides, quand les autorités publiques des Etats membres décident d'organiser et financer des SIEG au moyen d'une aide d'Etat.

3.3. *Notification des aides dépassant les seuils de la Décision*

3.3.1. *Est-il nécessaire de notifier à la Commission une aide qui dépasse les seuils définis dans l'article 2 a) de la Décision ?*

La Décision s'applique aux compensations de service public de moins de 30 millions EUR, accordées aux entreprises avec un chiffre d'affaires annuel hors taxes, toutes activités incluses, de moins de 100 millions EUR pendant les deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général. En ce qui concerne les hôpitaux et les entreprises de logement social, il n'y a aucune limite quant aux montants qui sont exemptés de notification.

Ces seuils sont déjà élevés, et devraient couvrir la grande majorité des services sociaux locaux.

Si la compensation dépasse ces seuils, une notification préalable est exigée. Elle sera évaluée conformément aux dispositions de l'Encadrement, qui sont analogues aux conditions de fond de la Décision. La notification ne signifie pas que la

⁸¹ Voir paragraphe 26 de l'Encadrement.

compensation est automatiquement incompatible avec le Traité, mais que, en raison du montant élevé de l'aide concerné et du risque plus élevé de distorsion de concurrence, l'aide doit être évaluée par la Commission afin de s'assurer que toutes les conditions de compatibilité sont effectivement remplies.

3.3.2. *Au cas où une aide sous forme de compensation de service public peut être exemptée de notification sur la base de la Décision, y a-t-il une obligation d'envoyer une fiche d'information à la Commission ?*

Dans le cas de l'application de la Décision, les autorités nationales n'ont aucune obligation d'envoyer à la Commission une fiche d'information. Les seules obligations procédurales que la Décision impose aux Etats membres sont que les Etats membres tiennent à la disposition de la Commission pendant dix ans au moins, tous les éléments nécessaires pour établir si les compensations attribuées sont compatibles avec la Décision⁸² et qu'ils présentent des rapports périodiques sur la mise en œuvre de la Décision tous les trois ans⁸³.

3.3.3. *Au cas où l'Etat refuse à la région ou d'autres collectivités locales de notifier une aide sous forme de compensation de service public, est-il possible pour les collectivités publiques d'agir par elles-mêmes ? La Commission pourrait-elle prendre des mesures contre cet Etat membre ?*

La procédure de notification est initiée par l'Etat membre concerné⁸⁴. Cette procédure est principalement menée entre la Commission et les autorités nationales de l'Etat membre concerné. Par conséquent, au regard des règles de l'Union en matière d'aides d'Etat, il appartient à l'Etat membre et non pas aux collectivités locales ou régionales, de décider de la notification d'un régime d'aides ou d'une aide individuelle⁸⁵.

Dans le cas où une aide, qui devrait être notifiée à la Commission selon les règles existantes est mise en œuvre sans une notification préalable, elle constitue une aide d'Etat illégale. Cela implique que le juge national pourrait être saisi par exemple par les concurrents du bénéficiaire de l'aide en question. Dans ce cas, le juge national serait contraint de constater cette illégalité et d'ordonner la récupération de l'aide, indépendamment de son éventuelle compatibilité avec le marché intérieur, que seule la Commission est compétente à déterminer. En même temps, la Commission pourrait, ex officio ou suite à une plainte, examiner la mesure concernée. Cet examen aboutit dans une décision qui, en cas d'incompatibilité de l'aide, imposera la récupération.

3.4. La notion de "mandat" au sens de la Décision et de l'Encadrement

3.4.1. *Quel est l'objectif d'un "mandat" au sens de la Décision et de l'Encadrement ?*

Un mandat est nécessaire afin de préciser l'organisation d'une mission de service public. C'est l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG, indique la mission d'intérêt général de l'entreprise concernée, ainsi que l'étendue et les

⁸² Voir Article 7 de la Décision.

⁸³ Voir Article 8 de la Décision.

⁸⁴ Voir Article 108 TFUE ainsi que Article 2 du Règlement No 659/1999 du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'Article 93 du Traité CE, JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

⁸⁵ Voir article 108 TFUE.

conditions générales de fonctionnement du SIEG. Un acte d'attribution de service public est nécessaire afin de définir les obligations de l'entreprise et de l'État. En l'absence de cet acte officiel, la tâche spécifique de l'entreprise est inconnue et une compensation appropriée ne peut pas être déterminée.

3.4.2. *Quels types de mandat sont considérés comme appropriés au sens de la Décision ?*

La Décision exige seulement que le mandat ait la forme d'un ou de plusieurs actes officiels ayant une valeur juridique contraignante en droit national. La forme spécifique de l'acte (ou des actes) peut être déterminée par chaque État membre, notamment selon son organisation politique et /ou administrative.

En effet, selon les règles de base du droit administratif, chaque autorité publique, au niveau local, régional ou central, a besoin d'une base juridique afin de définir un SIEG et le financer. Par conséquent, la notion de mandat peut largement correspondre à la base juridique que l'autorité publique concernée choisira à sa propre discrétion dans chaque cas. Il n'est pas nécessaire que cet acte porte le nom de mandat. Il n'est pas non plus nécessaire que les États membres établissent un cadre normatif spécifique pour l'adoption d'actes dénommés "mandat".

Il n'y a donc pas de mandat "standard" ; cela dépend à la fois de l'autorité publique confiant le service et de l'activité concernée.

Il convient de noter que les conditions requises pour un mandat en matière d'aides d'État sont plutôt des conditions de base : cela n'exclut pas la possibilité pour les autorités des États membres d'ajouter davantage de détails dans le mandat, comme par exemple, des exigences de qualité.

Un agrément ou une autorisation accordés par une autorité publique à un prestataire de services, l'autorisant à fournir certains services, ne correspond pas à la notion de mandat. Il en est ainsi parce qu'il ne crée pas une obligation pour l'opérateur de fournir les services concernés, mais lui permet juste d'exercer une activité économique en offrant certains services sur un marché. Un tel exemple pourrait être l'autorisation donnée à un opérateur d'ouvrir une crèche ou un centre pour les personnes âgées simplement fondée sur la conformité de l'opérateur aux règles de santé publique, de sécurité ou de qualité.

Exemples de mandat :

- Contrat de concession et cahiers de charge⁸⁶.
- Contrats ministériels de programmation⁸⁷.
- Instructions ministérielles⁸⁸.
- Lois⁸⁹ et actes réglementaires⁹⁰.
- Contrats annuels ou pluriannuels de performance⁹¹.
- Décrets-législatifs⁹² et tout type de décisions réglementaires, ainsi que de décisions ou actes municipaux.

3.4.3. *Le mandat est-il nécessaire même quand il s'agit d'un SSIG ?*

Les règles de concurrence s'appliquent aux services d'intérêt général qui sont de nature économique (pour la notion d'activité économique au sens des règles de concurrence, voir réponse à la question 3.1.2). Or, le fait que l'activité concernée puisse être qualifiée comme "sociale" n'est pas en soi suffisant pour échapper à la qualification d'activité économique au sens de ces règles (voir réponse à la question 3.1.2). Ainsi, le mandatement étant l'une des conditions nécessaires pour que la compensation de service public soit compatible avec le traité, il est obligatoire pour les opérateurs chargés de SIEG, y compris les SSIG de nature économique.

3.4.4. *La notion de mandat au sens de l'article 106, paragraphe 2 TFUE, ainsi qu'au sens du Paquet SIEG correspond-elle à la notion de « prestataire mandaté » au sens de la directive "services" (article 2, paragraphe 2, point j) ?*

La notion de mandat au sens de l'article 106, paragraphe 2 TFUE et du Paquet SIEG et la notion de « prestataire mandaté » qui figure à l'article 2, paragraphe 2, point j)

86 Décision de la Commission relative à l'aide N 562/2005 - Italie - Allongement de la durée des concessions de sociétés d'autoroutes du Tunnel du Montblanc (ATMB) et du Tunnel Maurice Lemaire, JO C 90 du 25.04.2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2005/n562-05.pdf.

87 Décision de la Commission relative à l'aide NN 51/2006 – Italie – Compensations pour le service postal universel 2000-2005, JO C 291 du 30.11.2006, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2006/nn051-06.pdf.

88 Décision de la Commission relative à l'aide N 166/2005 – Royaume Uni – Aide publique en faveur de Post Office Limited pour le financement du réseau rural pour 2006-2008, JO C 141 du 16.06.2006, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n166-05.pdf.

89 TPI, arrêt du 12 février 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA)*, aff. T-289/03, Rec. 2008, p. II-741, pts 182 et 183.

Décision de la Commission relative à l'aide NN 8/2007 – Espagne - Mesures de réduction de main d'œuvre de RTVE, JO C 109 du 15.05.2007, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-8-2007-WLWL-07.03.2007.pdf.

90 Décision de la Commission relative à l'aide N 395/05 – Irlande – « Loan guarantees for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency (HFA) », JO C 77 du 05.04.2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n395-05.pdf.

91 Décision de la Commission relative à l'aide C 24/2005 – France – Laboratoire national d'Essai, JO L 95/25 du 05.04.2007.

92 Voir CJCE, arrêt du 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, aff. C-451/03, Rec. 2006, p. I-2941.

de la directive "services" sont deux notions cohérentes en ce qu'elles présupposent l'existence d'une obligation pour le prestataire du SIEG de fournir ce service. L'existence de l'obligation de prêter constitue un élément primordial pour ces deux notions.

Cependant, ces deux notions ont des finalités différentes. La première notion est une des conditions qui doivent être remplies pour que des compensations de service public puissent être considérées comme remplissant les conditions de la jurisprudence Altmark ou comme compatibles avec l'article 106, paragraphe 2 TFUE et éventuellement être exemptées de notification (si elles tombent dans le champ d'application de la Décision), alors que la deuxième vise quant à elle à délimiter la portée de l'exclusion de certains services sociaux du champ d'application de la directive "services".

Ainsi, dans le cadre de l'application du Paquet SIEG, qui spécifie les conditions dans lesquelles certaines aides d'Etat sont compatibles avec l'article 106, paragraphe 2 TFUE, le mandat correspond à l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG. Dans ce cas là, le mandat, en plus d'instaurer comme indiqué ci-dessus une obligation de fournir le service, doit définir la nature et la durée des obligations de service public, les entités auxquelles la prestation de ces services a été confiée, les paramètres de calcul de la compensation, ainsi que les sauvegardes pour éviter la surcompensation.

Dans le contexte de la directive "services", la Commission considère que pour qu'un prestataire puisse être considéré comme "mandaté par l'Etat" au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j), ce prestataire doit avoir l'obligation d'assurer le service dont il a été chargé par l'Etat. Un prestataire chargé de l'obligation de prêter un service, par exemple à l'issue d'un marché public ou par le biais d'une concession de services, peut être considéré comme un prestataire "mandaté par l'Etat" au sens de la directive "services". Ceci est également valable pour tout autre type de mesure prise par l'Etat pour autant qu'une telle mesure implique une obligation de prêter le service pour le prestataire en question.

En conséquence, un opérateur auquel aurait été attribué un mandat au sens du Paquet SIEG sera également considéré comme "mandaté au sens de la directive "services". Dans le cadre de l'application des règles des aides d'Etat, le mandat exigera bien entendu le respect de conditions supplémentaires, portant notamment sur les mécanismes mis en place en vue d'assurer que les aides reçues ne soient pas supérieures aux coûts supportés par le prestataire du service (voir réponses aux questions des chapitres 3.5 et 3.6).

3.4.5. Une délibération officielle d'une autorité publique régionale définissant un service social d'intérêt général de formation professionnelle et chargeant de sa gestion une ou plusieurs entités de formation constitue-t-elle un mandat au sens de la Décision et de la directive "services" ?

Une délibération officielle d'une autorité publique régionale, ayant une valeur juridique contraignante en droit interne, qui définit (a) la nature et la durée des obligations de service public, (b) l'entreprise ou les entreprises chargée(s) de ces obligations et le territoire concerné, (c) la nature d'éventuels droits exclusifs conférés à cette ou ces entreprise(s), (d) les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de

la compensation, ainsi que (e) les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et des moyens d'éviter ces surcompensations (en conformité avec l'article 4 de la Décision), peut constituer un mandat au sens de la Décision.

Une telle délibération qui constitue un mandat au sens de la Décision constitue également un mandat au sens de la directive "services", car elle instaure une obligation pour l'entreprise ou les entreprises en question de fournir ce service.

Par contre, si la délibération en question impose l'obligation de fournir le service, mais n'inclut pas les conditions énumérées dans l'article 4 de la Décision, elle constitue un mandat au sens de la directive "services" mais pas au sens du Paquet SIEG.

En ce qui concerne l'application de la directive "services" voir réponse à la question 7.9.

3.4.6. *En cas de cofinancement d'un SIEG par plusieurs autorités publiques, chaque autorité publique concernée doit adopter un acte de mandatement propre ou peut-elle faire référence lors de l'octroi de la compensation à l'acte de mandatement de l'autorité "chef de file" ou organisatrice du SIEG ?*

Au regard des règles en matière d'aides d'Etat, il n'existe nullement de mandat-type ; celui-ci doit être adapté au droit interne de l'Etat membre concerné au titre duquel il doit instituer une obligation pour le prestataire retenu de fournir le service concerné. Ainsi, la question de savoir si un mandat au sens du Paquet SIEG, adopté par une autorité publique dite "chef de file", par exemple une région, vaut également pour d'autres autorités (par exemple une commune ou une autre région) est sans doute largement du ressort du droit national.

Exemples d'actes qui pourraient correspondre au "mandat" au sens du Paquet SIEG en cas de cofinancement d'un SSIG/SIEG par plusieurs autorités publiques:

- Un acte établi par une région et ensuite approuvé par une délibération d'un conseil municipal ; la décision d'approbation peut constituer un mandat également de la part de la commune concernée.
- Un mandat établi et approuvé de manière conjointe par une région, un département et une commune, ou entre deux communes et deux régions pour un SIEG donné à fournir par un ou plusieurs prestataires donnés.

De manière générale, à partir du moment où un mandat établit les conditions définies dans l'article 4 de la Décision la forme de l'acte juridique choisie ainsi que le nombre d'autorités publiques concernées n'affecte pas son caractère de mandat au sens du Paquet SIEG.

3.4.7. *Au cas où une autorité publique souhaite confier plusieurs SIEG à un ou plusieurs prestataires de services, est-il nécessaire qu'elle adopte plusieurs actes correspondants à chaque SIEG ?*

Il n'est pas nécessaire d'adopter plusieurs mandats correspondants à chaque SIEG ou à chaque prestataire. Le mandat doit néanmoins inclure la nature, la durée et les autres précisions nécessaires concernant chaque obligation de service public imposée à chaque opérateur par l'autorité publique. Il n'est pas nécessaire de définir chaque prestation spécifique si le contenu et l'étendue de chaque SIEG sont suffisamment précis.

3.4.8. *Le mandat devrait-il définir une "mission" ou des "activités spécifiques" à accomplir ?*

Le mandat n'a pas à définir chaque activité spécifique concernée dans la prestation d'un SIEG.

Lorsqu'il n'est pas possible de définir plus spécifiquement les services concernés, des définitions larges de la mission de service public peuvent être acceptées, aussi longtemps que l'étendue de la mission est clairement définie. Néanmoins, plus le mandat spécifie précisément la mission assignée, plus est grand le niveau de protection contre des plaintes (par exemple de concurrents) pour les compensations accordées, sur la base des règles en matière d'aides d'État.

Les autorités publiques ont également toute latitude, mais aussi le plus grand intérêt, pour définir davantage les conditions requises liées à l'accomplissement des missions des SIEG, par exemple en indiquant les conditions de qualité requises ou en procédant à des consultations publiques appropriées lors de la définition des tâches à confier. De cette façon, non seulement la qualité du SIEG devient meilleure, mais également la transparence vers les citoyens et les contribuables est accrue.

3.4.9. *Comment rédiger un mandat concernant des services tels que les SSIG qui doivent être d'une part considérés dans une approche globale, et de l'autre répondre sur mesure aux besoins spécifiques des différents usagers ? Le mandat doit-il décrire chaque service qui devrait être fourni ?*

Le mandat doit définir la nature et la durée des obligations de service public, les entités auxquelles la prestation de ces services a été confiée, les paramètres de calcul de la compensation (et non pas le montant précis de la compensation à attribuer), ainsi que les sauvegardes pour éviter la surcompensation.

Il n'est pas toujours nécessaire d'inclure dans le mandat chacun des types des services qui doivent être fournis. Il n'est pas notamment nécessaire de se référer à chaque type de soins de santé requis, mais par exemple la définition d' "assistance médicale quotidienne à domicile aux personnes âgées dans la ville x" pourrait suffire. Néanmoins, le mandat doit permettre une répartition correcte des coûts entre les activités SIEG et non SIEG que le prestataire de services pourrait offrir.

Certains types de SIEG, comme par exemple l'aide aux personnes âgées ou défavorisées, peuvent exiger différents types de services dans le cadre d'une mission globale de service public. L'objectif du mandat n'est pas de restreindre l'organisation

de la prestation du SIEG, mais de présenter un cadre clair dans lequel ces services sont fournis et le champ d'application des services concernés.

Les éléments qui doivent être inclus dans le mandat au sens de l'application des règles en matière d'aides d'État ne limitent en aucun cas la discrétion que les autorités publiques ont dans la définition et l'organisation de leur SIEG. Les États membres et les organismes publics ont une large marge de manœuvre dans la définition des missions de service public qu'ils veulent mettre en place et les services spécifiques/très détaillés qui sont inclus dans ces missions ne doivent pas nécessairement être spécifiés⁹³.

Les autorités publiques peuvent aller au-delà des conditions requises de base d'un mandat et spécifier des critères qu'ils veulent mettre en place pour l'amélioration de la performance des entreprises en charge de SIEG. La Décision et l'Encadrement exigent juste la définition de la mission du SIEG dans le cadre de laquelle des SIEG nouveaux ou améliorés seront livrés.

Exemples :

- Au cas où une autorité publique veut établir un centre ou un service d'aide à domicile pour les personnes âgées, il serait suffisant de spécifier dans le mandat que le prestataire du SSIG est chargé de la mission d'établir un centre qui fournira l'aide nécessaire aux personnes âgées, prenant en compte la multiplicité de leurs besoins, notamment, le cas échéant, au niveau médical, psychologique et social ou dans le cas du service d'aide à domicile, des services tels que l'aide médicale à domicile, la livraison de repas, les services de nettoyage de la maison etc..
- Au cas où une autorité publique veut créer un centre d'accompagnement de jeunes chômeurs, il serait suffisant de spécifier que le prestataire de services est chargé de la mission d'organiser un service d'accompagnement de jeunes chômeurs, qui fournirait aux chômeurs la formation nécessaire mais inclurait également d'autres services directement liés à la réinsertion efficace des personnes à aider.

3.4.10. *Au cas où des activités similaires à des services qui font l'objet d'une obligation de service public sont fournies par d'autres opérateurs dans le marché, les autorités publiques peuvent-elles définir ces obligations en les différenciant de celles fournies dans le marché ?*

Les États membres ont une grande marge de manœuvre dans la définition des SIEG (voir réponse à la question 2.4).

Aux fins de l'application de la Décision et de l'Encadrement, les autorités publiques doivent définir le plus précisément possible les obligations de service public qu'ils imposent à chaque prestataire de SIEG (voir en ce sens réponse à la question 3.4.8),

93 Il y a lieu de noter que la large marge de manœuvre que les États membres ont dans la définition de leurs missions de service public est toujours soumise au contrôle pour erreur manifeste fait par la Commission et la Cour de justice.

ainsi que les paramètres des coûts sur la base desquels ils calculent la compensation (voir en ce sens réponses aux questions du chapitre 3.5), indépendamment de l'existence d'autres opérateurs dans le marché, qui pourraient être chargées des missions de SIEG ou pas. Cependant, lorsque d'autres opérateurs dans le marché, non chargés d'un SIEG, offrent déjà des services similaires, il est davantage important que l'Etat membre précise clairement les caractéristiques spécifiques du service en question, et notamment les conditions de sa prestation et le public cible auquel ce service s'adresse.

3.4.11. Comment rédiger un mandat concernant des services qui doivent être adaptés au cours de la prestation aux situations changeantes en termes d'intensité de soins, de profils et de nombre d'usagers ?

Les autorités publiques et les prestataires de services ont, le plus souvent, une expérience des services personnalisés et des besoins spécifiques qui peuvent se présenter pendant la fourniture de SIEG, ainsi que des différenciations des conditions qui peuvent surgir. Sur la base de leur expérience, ils peuvent faire une estimation sûre des besoins supplémentaires possibles qui peuvent surgir et refléter cette estimation dans le mandat.

2 options sont possibles :

- L'autorité publique peut définir dans le mandat un mécanisme de correction ex-post qui prévoira la révision périodique de la mission confiée⁹⁴.
- L'autorité publique peut mettre à jour le mandat si elle voit qu'un service spécifique n'était pas envisagé et pourrait être fourni par la même entité.

Exemple :

Une municipalité aimerait fournir des services intégrés couvrant les différents besoins des personnes âgées (aide médicale à domicile, livraison de repas, services de nettoyage de la maison, etc.). Comment s'assurer que la municipalité peut compenser le prestataire de services pour la fourniture de services supplémentaires répondant à des besoins qui n'étaient pas initialement prévus ?

Il est toujours possible de mettre à jour le mandat si on voit qu'un service spécifique n'était pas envisagé et pourrait être fourni par la même association. Comme clarifié ci-dessus la municipalité pourrait également faire une estimation de tels services supplémentaires à partir de son expérience antérieure dans le domaine, ou définir des mécanismes de correction ex-post pour ces besoins.

94 Pour ce point voir la décision de la Commission relative aux aides N 541/2004 et N 542/2004 – Pays Bas – Système de péréquation des risques et rétention des réserves, JO C 324 du 21.12.2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n541-542-04.pdf2.7.

3.4.12. *L'exigence d'un mandat limite-t-elle l'autonomie et la liberté d'initiative de tels prestataires que divers États membres reconnaissent et respectent selon leur cadre constitutionnel/juridique ?*

L'exigence relative à un mandat ne limite en aucune manière l'autonomie et la liberté d'initiative des entités qui fournissent des services sociaux. Ces entités sont absolument libres de prendre des initiatives dans le développement et l'amélioration ou l'innovation de tels services et de faire des propositions aux autorités publiques.

La notion de mandat est assez flexible pour correspondre dans ce cas à la décision de l'autorité publique approuvant et finançant ces propositions. Par conséquent, au cas où une autorité publique approuve une proposition faite par un prestataire de services, conformément aux dispositions de la Décision, la définition du SIEG, ainsi que les paramètres pour le calcul de la compensation et les sauvegardes pour éviter la surcompensation, effectués par le prestataire de services, doivent être inclus dans le contenu de cette décision/accord ou de la convention conclue entre l'autorité publique et l'association.

3.4.13. *L'exigence d'un mandat limite-t-elle l'autonomie dans la définition des priorités dont bénéficient les antennes locales d'un prestataire de SIEG qui aurait été correctement mandaté au niveau national ?*

Dans la mesure où un prestataire est chargé d'un SIEG au niveau national sur la base d'un mandat définissant la nature et la durée des obligations de service public, les paramètres de calcul de la compensation, ainsi que les sauvegardes pour éviter la surcompensation, les antennes locales de ce prestataire peuvent définir leur priorités dans le cadre des conditions prévues dans ce mandat.

3.5. Compensation

3.5.1. *La Décision exige que les paramètres des coûts soient définis dans le mandat. Comment est-il possible de le faire avant d'offrir le service ?*

Il est souvent impossible de connaître tous les détails des coûts quand une entreprise commence à fournir un SIEG. Par conséquent, la Décision ne demande pas de fournir un calcul détaillé établi en avance, par exemple, d'un prix par jour, par repas, par soins à rembourser par les fonds publics, quand cela n'est pas possible. Les autorités publiques restent évidemment libres de spécifier ces paramètres si elles le souhaitent.

La Décision exige seulement que le mandat inclut la base pour le calcul futur de la compensation, par exemple que la compensation sera déterminée sur la base d'un prix par jour, par repas, par soins basé sur une estimation du nombre d'usagers potentiels...

Ce qui est important est que la base sur laquelle l'organisme de financement (l'État, l'autorité locale) financera le prestataire soit claire. Cette transparence est également bénéfique aux contribuables.

Exemples :

- Au cas où une autorité publique veut établir un centre pour des personnes âgées, les paramètres pour la compensation des coûts pourraient être :
 - le nombre de personnes âgées reçus dans le centre sur une période d'un an ;
 - le nombre de jours passés dans le centre au cours de cette période.
- Au cas où une autorité publique veut créer un centre d'accompagnement de jeunes chômeurs, les paramètres pour la compensation des coûts pourraient être :
 - le nombre de jeunes chômeurs suivant une formation sur une période d'un an ;
 - le matériel utilisé et les salaires des formateurs sur une période d'un an.

3.5.2. *Même pour les entités expérimentées fournissant des SIEG, il peut y avoir un niveau élevé d'imprévisibilité des coûts et un risque de déficit ex-post : des changements imprévisibles dans l'intensité des soins, du profil ou du nombre des usagers et du niveau des recettes (contributions non payées par des usagers, fluctuations du nombre d'usagers, refus de contributions par d'autres autorités publiques). Comment les entités publiques peuvent-elles affronter cette situation ?*

Une entreprise chargée d'un SIEG, particulièrement quand elle commence son activité ou quand elle a une petite taille, ne peut pas s'engager sur un budget fixe ou sur un prix par unité. Clairement, si le nombre d'usagers augmente, les coûts augmenteront aussi ; si certains d'entre eux ne peuvent pas payer une participation prédéfinie, les recettes seront plus faibles, etc.

Toutefois, cela ne change pas la manière avec laquelle les coûts se génèrent (salaires payés, loyers...) ou peuvent être établis (par soins...). Cela signifie surtout que le prestataire fera face à des coûts plus élevés et que l'organisme public devra payer des compensations plus élevées.

Toutes ces situations peuvent être prises en considération dans la Décision et l'Encadrement. Quand une estimation de changements ou de situations imprévisibles qui peuvent surgir pendant la fourniture de SIEG n'est pas prévue dans le mandat, la définition des mécanismes de correction ex-post des coûts prévus par rapport aux charges réelles peut être une manière de prévoir ces situations.

2 options sont possibles dans la mesure où le montant total de la compensation annuelle reste inférieur au seuil prévu par la décision:

- L'autorité publique peut définir dans le mandat un mécanisme de correction ex-post qui prévoira la révision périodique des paramètres de coût.
- L'autorité publique peut mettre à jour le mandat si elle voit qu'un paramètre de coût doit être modifié. .

3.5.3. *Comment déterminer les paramètres pour la compensation des coûts (article 4 (d) de la Décision) au cas où un SIEG donné est financé par deux ou plusieurs autorités publiques ?*

Si deux ou plusieurs autorités publiques (la ville et la région par exemple) veulent financer partiellement par exemple un centre pour les personnes défavorisées, chaque autorité peut déterminer les paramètres de la compensation selon le service concerné, éventuellement suite à des discussions avec le prestataire de services.

Les autorités publiques déterminent leur contribution individuelle à la compensation comme ils le souhaitent, aussi longtemps que le montant total correspondant à tous les différents types de compensations reçues ne dépasse pas les coûts nets réels encourus par le prestataire du SIEG.

3.5.4. *Dans le cas où une autorité publique souhaite financer uniquement une partie des coûts annuels d'un prestataire chargé d'un SIEG, comment la compensation en question devra-t-elle être calculée ?*

Le calcul du montant de la compensation concerne les coûts liés à la prestation du SIEG. Les coûts à prendre en compte sont ceux qui sont encourus pour la prestation du SIEG. Ce qui est important est que le montant de la compensation n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives, ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution de ces obligations⁹⁵. Par conséquent, quand une autorité publique souhaite financer par exemple 60 % des coûts totaux liés à la prestation du service, il faut prendre en compte tous ces coûts pour le calcul de la compensation.

3.5.5. *Est-il nécessaire qu'un montant spécifique de compensation soit attribué à des coûts spécifiques ?*

Les règles en matière d'aides d'Etat ne se réfèrent pas à la nature des coûts de SIEG (p.ex. les salaires, la maintenance des locaux, coûts spécifiques externes ou achats etc.) mais à leur finalité, c'est-à-dire si ces coûts sont liés à la prestation d'un SIEG ou pas. Il n'est pas nécessaire que l'autorité publique attribue un montant spécifique de compensation à des services spécifiques de la mission globale de service public.

3.5.6. *Dans le cas où un SIEG est financé en partie par une autorité publique et en partie par les usagers, est-il possible pour l'autorité publique de couvrir tous les coûts si le SIEG est déficitaire ?*

Dans le cas où un SIEG est cofinancé par une autorité publique et les usagers et il est déficitaire, en raison par exemple de moindre participation de la part des usagers, ce déficit peut être compensé par l'autorité publique, dans la mesure où cela n'amène pas à une surcompensation et si les paramètres de calcul de la compensation fixés par l'autorité nationale compétente le permettent. S'il n'y a pas de surcompensation, le pourcentage de financement du SIEG par l'autorité publique est déterminé librement par la législation nationale et il n'a pas d'importance du point de vue des règles en matière d'aides d'Etat.

⁹⁵ Voir Article 5 de la Décision du 28 novembre 2005.

3.5.7. *Est-il possible de prendre en compte à la fois dans le calcul de la compensation aussi bien des subventions de la part d'une autorité publique que des prestations qu'une autorité publique effectue au bénéfice d'une entité pour l'accomplissement de ses obligations de service public ?*

Selon l'article 5 de la Décision, le montant de la compensation inclut tous les avantages accordés par l'Etat ou au moyen des ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit. A cet égard, la nature financière ou matérielle exacte des avantages versés par les pouvoirs publics (compensations, prestations etc.) est sans importance.

3.5.8. *Comment calculer le montant de la compensation de service public, dans le cas où les prestataires de SIEG détiennent des droits spéciaux ou exclusifs liés à l'accomplissement de plusieurs missions de service public ?*

L'article 5.3 de la Décision stipule que les bénéfices issus de droits spéciaux ou exclusifs ainsi que tout autre avantage octroyé par l'Etat à l'entreprise gestionnaire du SIEG, doivent être inclus dans les recettes à prendre en considération et donc diminuer la compensation. Il peut en être de même d'autres bénéfices retirés via d'autres activités si l'Etat le décide.

Ainsi donc, au titre du droit des aides d'Etat, si un SIEG est déficitaire mais qu'il existe un avantage tiré d'un autre SIEG en raison de l'octroi d'un droit exclusif ou spécial qui produit des bénéfices dépassant le niveau de compensation nécessaire visé par la Décision, cet avantage doit réduire d'autant la compensation nette versée.

3.5.9. *Est-ce possible qu'une autorité publique prévoie dans le mandat qu'elle couvrira les pertes opérationnelles encourus pour chaque période définie sans définir d'autres paramètres de calcul de la compensation ?*

Aux fins de compatibilité avec la Décision et l'Encadrement, les Etats membres doivent définir dans le mandat les paramètres sur la base desquels la compensation est définie, afin de permettre aux institutions européennes d'exercer leur contrôle.

Les Etats membres ont tout de même une marge de manœuvre dans la définition des paramètres de leur choix, afin de faciliter leur planning financier, dans la mesure où la méthode choisie permet un calcul transparent et vérifiable de la compensation. Ce qui est important pour la compatibilité avec les règles d'aides d'Etat est qu'à la fin ils ne surcompensent pas les opérateurs de SIEG. Les Etats membres sont libres de décider la manière et le niveau de financement de leur SIEG, aussi longtemps qu'ils respectent les règles européennes. Ils peuvent donc en principe aussi définir les paramètres de la compensation en se référant à la couverture des pertes opérationnelles à condition que les paramètres de calcul permettent de déterminer qu'il n'y a pas de surcompensation.

3.5.10. *Dans le cas où plusieurs entités publiques, parmi lesquelles une collectivité locale, et des entités privées se mettent ensemble dans une entité juridique afin d'exercer en commun des SIEG, comment faut-il prendre en compte dans le calcul de la compensation, la présence de membres de l'entité qui ne sont pas des autorités publiques ?*

Dans l'hypothèse où les membres qui ne sont pas des autorités publiques octroient à l'opérateur une contribution financière ou un autre type de soutien, il convient de

déterminer si cette contribution doit être qualifiée d'aide d'Etat au sens de l'article 107(1) TFUE. La contribution accordée par une entité de droit privé peut en effet être qualifiée d'aide d'Etat si elle est accordée au moyen de "ressources d'Etat". Cela est le cas notamment si l'entité de droit privé en question est une entreprise publique au sens de la directive transparence⁹⁶ et qu'en outre la décision d'octroyer l'aide est imputable à une autorité publique⁹⁷. Si la contribution en question est qualifiée d'aide d'Etat, elle doit être ajoutée aux autres aides d'Etat et il doit être vérifié que la somme totale des aides d'Etat n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que, le cas échéant, d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Par ailleurs, si la contribution octroyée est une aide d'Etat au sens de l'article 107(1) TFUE, elle doit se conformer aux conditions de la Décision ou bien de l'Encadrement, notamment qu'elle respecte les dispositions d'un mandat. L'entité en question peut financer le SIEG sur la base de ce mandat (en se référant aux obligations de service public instituées par des autorités publiques).

Si la contribution octroyée pour les obligations de service public n'est pas qualifiée d'aide d'Etat au sens de l'article 107(1) TFUE, elle n'entre pas dans le calcul de la somme des aides d'Etat ; elle s'ajoute néanmoins aux recettes relatives aux obligations de service public et diminue ainsi les coûts nets liés au SIEG et donc sa base de compensation potentielle. Par contre, elle n'a pas besoin de respecter les conditions de la Décision ou de l'Encadrement.

3.5.11. *Est-il nécessaire d'établir une comptabilité séparée pour une entreprise fournissant un SIEG, tout en exerçant d'autres activités commerciales ?*

Oui, il y a un besoin spécifique et une obligation pour les entreprises fournissant un SIEG tout en effectuant d'autres activités commerciales, d'établir une comptabilité séparée pour chaque activité distincte. C'est la meilleure manière pour ces entreprises de prouver que la compensation allouée ne dépasse pas les coûts nets précis du SIEG fourni et qu'ainsi aucune surcompensation n'existe. En même temps, une comptabilité séparée des activités dans et en dehors du champ d'application des SIEG permet à la Commission d'évaluer si les critères fixés par la Décision et l'Encadrement sont bien remplis⁹⁸.

3.5.12. *Est-il nécessaire d'établir une comptabilité séparée pour une entité chargée de la prestation d'un SIEG et qui réalise également des activités non économiques ?*

Dans cette situation, il n'y a pas d'obligation légale d'établir une comptabilité séparée. Néanmoins, les comptes internes devraient permettre l'identification des coûts liés à la fourniture du SIEG ; dans le cas contraire, le montant de la compensation ne peut pas être établi. En outre, en cas de plainte, l'entreprise chargée d'un SIEG devrait pouvoir démontrer l'absence de surcompensation.

⁹⁶ Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JO L 318, du 17.11.2006, p.17

⁹⁷ CJCE, arrêt du 13 mars 2001, aff. C-379/98, Preussen Elektra AG, Rec. p. I-2009, para. 58.

⁹⁸ Voir article 5.5 de la Décision, ainsi que paragraphe 19 de l'Encadrement.

3.5.13. *Quels coûts peuvent être compensés quand une entreprise utilise la même infrastructure pour fournir à la fois des SIEG et des activités économiques qui ne sont pas qualifiés comme SIEG ?*

L'entreprise doit attribuer des coûts aux deux activités. Les coûts attribués au SIEG peuvent couvrir tous les coûts variables occasionnés par la fourniture du SIEG, une contribution proportionnelle aux coûts fixes communs aux activités SIEG et non SIEG, et un bénéfice raisonnable.

3.5.14. *Des avantages fiscaux résultant du statut social d'une entité doivent-ils être comptés parmi les recettes au sens de l'article 5.3 de la Décision ?*

La compensation peut couvrir la différence entre les coûts effectivement supportés pour la fourniture du SIEG et les recettes y afférant. Un avantage fiscal peut consister en des recettes ou en une réduction de coûts. Indépendamment de sa nature, il doit être pris en considération lors de la détermination du montant de la compensation qui est nécessaire pour fournir le SIEG.

Quand l'avantage fiscal consiste en une réduction de coûts, cela signifie qu'aucune compensation ne peut être attribuée pour le montant correspondant à cette réduction. Quand l'avantage fiscal consiste en une recette pour le prestataire de services, cela signifie qu'elle devra être déduite de la compensation à attribuer.

3.5.15. *Les paiements effectués lors d'un accord de compensation des résultats au sein d'un groupe à participation publique devraient-ils être comptés parmi les recettes au sens de l'article 5.3 de la Décision ?*

Dans plusieurs États membres, les entreprises à participation publique sont liées par des accords de compensation des résultats, conformément auxquels une filiale rentable doit transférer ses bénéfices à la holding, qui utilise alors ces profits pour couvrir des pertes produites par une filiale déficitaire, qui fournit de SIEG.

Ces paiements reçus pour couvrir des pertes de SIEG doivent être comptés parmi les recettes au sens de l'article 5.3 de la Décision et réduiront en conséquence les coûts nets éligibles à la compensation.

3.5.16. *Quel est le sens du terme "bénéfice raisonnable" dans le calcul de la compensation compatible ?*

Selon l'article 5.4 de la Décision, il convient d'entendre comme "bénéfice raisonnable" un taux de rémunération des capitaux propres qui tient compte du risque, ou de l'absence de risque, encouru par l'entreprise du fait de l'intervention de l'Etat membre⁹⁹.

⁹⁹ Dans le secteur des transports terrestres, le Règlement 1370/2007 définit le terme "bénéfice raisonnable" comme un taux de rémunération du capital habituel pour le secteur dans un Etat membre donné, et qui prend en compte le risque ou l'absence de risque encouru par l'opérateur de service public du fait de l'intervention de l'autorité publique.

Normalement ce taux ne dépasse pas le taux moyen constaté dans le secteur concerné au cours de dernières années¹⁰⁰.

3.5.17. Aux fins du calcul du bénéfice raisonnable, la Décision et l'Encadrement se réfèrent au taux de rémunération des capitaux propres. Est-il possible d'utiliser des méthodes différentes de calcul du bénéfice raisonnable ?

Le sens primaire des dispositions en question de la Décision et de l'Encadrement est que la compensation peut aussi inclure une rémunération appropriée des capitaux propres (RCP) utilisés pour la fourniture du SIEG concerné. Cette rémunération devrait ne pas dépasser le taux moyen du marché en tenant en compte la position de risque du prestataire du SIEG.

Il est vrai, qu'à part la rémunération des capitaux propres, dans la pratique il y a divers méthodes différentes de calcul du bénéfice raisonnable.

Ces méthodes diffèrent à la fois en ce qui concerne la définition du bénéfice et la base de son calcul :

- Pour des comparaisons de bénéfices à l'intérieur et entre des secteurs, le "bénéfice avant impôts, intérêts et amortissements (EBITA)" est une définition largement utilisée. Le EBITA fournit une mesure fiable des profits opérationnels d'une entreprise et peut être aisément comparé à d'autres entreprises ;
- Le ratio EBITA peut être exprimé de manières différentes (p.ex. en pourcentage de ventes, d'actifs, capital engagé ou fonds propres). Le retour sur les ventes est souvent utilisé pour des comparaisons à l'intérieur du secteur. Pour des évaluations comparatives intersectorielles, le rendement des actifs (RDA) ou le rendement des capitaux engagés (RCE) sont plus souvent utilisés.

Même si tant la Décision que l'Encadrement expriment le bénéfice raisonnable en fonction d'une rémunération des capitaux propres, il se peut que dans un cas concret ces données ne sont pas disponibles ou appropriés, alors que d'autres données, comme par exemple le rendement sur les ventes, sont disponibles et plus appropriées.

Dans de tels cas, il est toujours possible d'utiliser d'autres taux, comme ceux indiqués ci-dessus, afin de fournir des références solides et fiables pour le calcul du bénéfice raisonnable. Cependant, dans de tels cas une notification est nécessaire ainsi qu'une explication pourquoi le RCP n'est pas pertinent et pourquoi une méthode alternative de calcul est justifiée sur la base de la spécificité du cas d'espèce.

¹⁰⁰

Selon l'article 5.4 de la Décision : "Aux fins de la présente décision, il convient d'entendre par "bénéfice raisonnable" un taux de rémunération des capitaux propres qui tient compte du risque, ou de l'absence de risque, encouru par l'entreprise du fait de l'intervention de l'État membre, notamment si celui-ci octroie des droits exclusifs ou spéciaux. Normalement, ce taux ne dépasse pas le taux moyen constaté dans le secteur concerné au cours des dernières années. Dans les secteurs où il n'existe aucune entreprise comparable à celle à laquelle a été confiée la gestion du service d'intérêt économique général, une comparaison peut être effectuée avec des entreprises établies dans d'autres États membres ou, au besoin, appartenant à d'autres secteurs. Pour déterminer ce qui constitue un bénéfice raisonnable, les États membres peuvent introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains de productivité".

3.5.18. *Quand les paramètres de la compensation sont définis pour une entité donnée, devrait-il y avoir une comparaison avec d'autres entités ? Devrait-il y avoir un jugement sur l'efficacité ? Comment la valeur des soins pastoraux, du soutien spirituel, du temps supplémentaire consacré, peut-elle être comparée ?*

Il appartient à l'autorité publique de définir l'étendue de la mission concernée et si des tâches non-mesurables (par exemple pour les personnes âgées ou les handicapés...) ont comme conséquence la génération de davantage de coûts, par exemple en termes de temps passé par les personnes fournissant le service. Ces coûts peuvent être évidemment pris en considération et être compensés. La Décision n'exige aucun jugement d'efficacité, de même qu'elle laisse aux autorités publiques concernées les jugements sur la qualité du service demandée.

Par exemple, quand deux entités fournissent des SIEG pour lesquels un niveau différent de qualité est défini dans le mandat, chacun des prestataires de services recevra la compensation correspondant à ses propres coûts encourus, différents afin d'atteindre le niveau de qualité exigé.

3.5.19. *La Décision et l'Encadrement exigent-ils la sélection de l'entreprise la moins coûteuse pour la fourniture des SIEG ?*

Non, cela n'est pas exigé par la Décision ou l'Encadrement. Les États membres sont responsables de définir les SIEG qu'ils veulent et notamment la qualité de ces services. Lorsque la qualité est plus élevée, les coûts pour fournir le service peuvent être plus élevés et la compensation peut couvrir tous les coûts effectivement supportés par l'entreprise.

3.5.20. *La Décision et l'Encadrement autorisent l'octroi des compensations de service public mais interdisent les surcompensations ; que signifie le terme "surcompensation" ?*

La Décision et l'Encadrement autorisent des compensations qui correspondent à 100 % des coûts net réels de l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG, y incluant un bénéfice raisonnable, si les autorités publiques le souhaitent. Le terme surcompensation correspond à une compensation excédant les coûts effectivement supportés par l'entreprise. La notion de surcompensation n'est pas liée à l'efficacité de l'entreprise concernée.

3.6. *Contrôle de la surcompensation*

3.6.1. *Quelle incidence la mise en place d'un mécanisme visant à éviter toute surcompensation aurait-elle sur l'obligation de l'autorité publique de procéder à un contrôle de la surcompensation ?*

Vu l'importance de s'assurer que la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts supportés par l'entreprise du fait de l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable, un mécanisme visant à éviter une telle surcompensation pourrait s'avérer salutaire. Cependant, l'existence d'un tel mécanisme ne pourrait pas déroger à l'obligation des Etats membres de s'assurer que l'entreprise ne bénéficie réellement pas d'une surcompensation, conformément à l'article 6 de la Décision et au paragraphe 20 de l'Encadrement.

3.6.2. *Au cas où un SIEG est cofinancé par deux ou plusieurs autorités publiques (p.ex. par l'Etat central et/ou une région et/ou un département et/ou une collectivité locale), comment doit s'opérer le contrôle d'une éventuelle surcompensation ?*

Quand un SIEG est cofinancé par deux ou plusieurs autorités publiques, le montant de compensation à prendre en compte pour l'évaluation de l'absence de surcompensation est le montant total correspondant à toutes les différentes compensations reçues de toutes les autorités publiques concernées.

Pour le reste, le contrôle d'une éventuelle surcompensation se base sur les mêmes principes que si le SIEG avait été financé par une seule autorité. Une appréciation/vérification de l'absence de surcompensation peut seulement être effectuée ex post et ce sur la base des coûts réels supportés pour le SIEG. Un récapitulatif complet des justificatifs de ces derniers est le seul moyen susceptible de déterminer et prouver s'il y a éventuellement sur- ou sous-compensation. L'article 6 de la Décision prévoit à ce titre les modalités de contrôle par l'Etat membre et le niveau de surcompensation qui peut être maintenu pour une période transitoire d'un an, soit 10 % de la compensation annuelle au cas général voire 20 % pour le logement social à condition que les entreprises de logement social en question ne gèrent que des SIEG. Ce contrôle est indépendant du fait que le SIEG est cofinancé par plusieurs entités publiques.

3.6.3. *En cas de surcompensation liée à un cofinancement du SIEG de plusieurs niveaux d'autorités publiques, comment doit s'opérer le remboursement de la surcompensation entre les différents niveaux impliqués ?*

La répartition du remboursement de surcompensations éventuelles lorsqu'il y a diverses entités publiques n'est pas du ressort de l'Union mais de l'Etat membre concerné ; au titre des aides d'Etat, seule la disparition de cette surcompensation et de l'avantage indu en résultant est pertinent.

3.7. *Sous-compensation*

3.7.1. *Les règles en matière d'aides d'Etat interdisent-elles de sous-compenser un prestataire de SSIG/SIEG, c'est-à-dire que le montant de la compensation soit inférieur aux coûts liés à la fourniture du SIEG ? Une sous-compensation accordée à un prestataire n'induit-elle pas un avantage économique pour son concurrent qui n'a pas à assumer la charge financière de cette sous-compensation ?*

Selon les règles des aides d'Etat, les prestataires des SIEG/SSIG ne doivent pas recevoir de surcompensations, c'est-à-dire des compensations allant au delà de ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de leurs missions. Ces règles n'interdisent pas la sous-compensation ou l'absence de compensation des prestataires de SIEG. Il appartient aux Etats membres de décider de la façon et du niveau de financement des SIEG qu'ils mettent en place dans le respect des règles de l'Union.

3.7.2. *Aux fins de l'application de l'Encadrement, au cas où une entreprise chargée d'un SIEG est sous-compensée, peut-elle transférer la surcompensation qu'elle a éventuellement eu pendant la même période concernant un autre SIEG dont elle est en charge ?*

En ayant comme prémisse que l'ultime seuil du financement d'un SIEG au sens des règles des aides d'Etat est la surcompensation, les Etats membres peuvent financer les SIEG qu'ils mettent en place à travers une compensation, mais aussi à travers tout autre type de financement qui n'amène pas à une surcompensation.

Dans le cas où une entreprise est sous-compensée pour la fourniture d'un SIEG pendant une période spécifique, le transfert éventuel d'une surcompensation payée durant la même période concernant un autre SIEG presté par la même entreprise, est possible selon l'article 3 de l'Encadrement¹⁰¹. Celui-ci prévoit que le transfert en question doit apparaître dans la comptabilité de l'entreprise en cause et être réalisée conformément aux règles et principes énoncés dans l'Encadrement, notamment en ce qui concerne la notification préalable, mais aussi faire l'objet d'un contrôle adéquat. Par ailleurs, une surcompensation ne peut pas être laissée à la disposition d'une entreprise au motif qu'il s'agirait d'une aide compatible avec le TFUE ; une telle aide devrait être notifiée et autorisée par la Commission ou exemptée de notification selon les conditions de règles applicables.

3.7.3. *Une entreprise chargée d'un SIEG qui est sous-compensée, peut-elle recevoir une compensation prévisionnelle avant la fin de l'année financière, si après cette année elle recevra la compensation nécessaire pour l'accomplissement de sa mission ?*

C'est seulement la surcompensation qui est prohibée selon les règles en matière d'aides d'Etat. Dans le cas de sous-compensation, c'est aux Etats membres de décider les modalités d'une correction possible du montant de la compensation, pour autant que cette correction ne résulte pas à une surcompensation. Concernant les possibilités d'adaptation du mandat et des paramètres du calcul de la compensation (voir réponses aux questions 3.4.11 et 3.5.2).

3.7.4. *Une compensation attribuée pour couvrir les coûts de maintenance d'équipements nécessaires pour l'accomplissement de la mission SIEG, peut-elle couvrir des coûts opérationnels liés au même SIEG, quand ceux-ci sont sous-compensés ?*

Quand une compensation est prévue pour couvrir les coûts opérationnels stricts mais aussi ceux de maintenance ou de dépréciation liés aux investissements faits pour le SIEG, ce qui est important, du point de vue des aides d'Etat, est que tous ces coûts soient effectivement enregistrés dans les comptes de profits et de pertes de l'entreprise et qu'il soit démontré que le montant total de la compensation n'amène pas à une surcompensation et que ceci est en conformité avec la décision individuelle prise par la Commission quand elle a autorisé cette compensation, ou le mandat de l'autorité publique ayant attribué le SIEG en question dans des cas qui sont exemptés de notification en vertu de la Décision.

Ceci n'empêche pas les Etats membres de définir des règles plus strictes. Un Etat membre pourrait p.ex. prévoir qu'un excédent partiel de surcompensation pour des coûts de maintenance spécifiques d'un SIEG soit remboursé et qu'il ne soit pas retenu

¹⁰¹ Voir paragraphes 22 et 23 de l'Encadrement.

par l'entreprise chargée du SIEG pour couvrir d'autres coûts opérationnels du même SIEG.

3.7.5. *Au cas où tous les opérateurs du marché sont chargés du même SIEG, devraient-ils recevoir le même montant de compensation pour la fourniture de ce SIEG au sens des règles en matière d'aides d'Etat ?*

Les Etats membres ont une grande marge de manœuvre dans l'organisation et le financement de ce qu'ils considèrent comme un SIEG. Les règles en matière d'aides d'Etat permettent aux Etats membres de financer les prestataires de SIEG à hauteur de 100 % des coûts nets encourus pour la fourniture du SIEG, mais elles ne les obligent pas de le faire. Les Etats membres peuvent, s'ils le souhaitent, décider d'une compensation forfaitaire égale pour tous pourvu qu'une telle compensation ne conduise pas à surcompenser les opérateurs concernés. Ils sont aussi libres de sous-compenser ou de ne pas compenser du tout les prestataires des SIEG. Dans la mesure où la compensation de service public accordée aux prestataires SIEG est calculée sur la base de leurs coûts actuels et recettes y relatives et n'excède pas ce qui est nécessaire pour la fourniture du SIEG, une telle compensation peut être considérée comme compatible au sens des règles en matière d'aides d'Etat.

3.8. Règlement "de minimis" et GBER

3.8.1. *Un prestataire de services aimerait créer un service d'accompagnement pour jeunes chômeurs qui nécessite un soutien financier de 150 000 EUR : les règles en matière d'aides d'Etat s'appliquent-elles à cette subvention accordée par une autorité publique ?*

Un financement de ce type peut être accordé sans que les critères spécifiés dans la Décision soient remplis si le montant total de ressources d'Etat octroyées sur une période de trois ans est de moins de 200 000 EUR. En effet, si les conditions du Règlement de minimis¹⁰² sont réunies, un tel soutien ne constitue pas une aide d'Etat, au sens de l'article 107, paragraphe 1 TFUE et ne devrait pas être notifiée à la Commission.

Par conséquent, une autorité publique peut accorder une telle subvention d'une somme limitée sans d'autres préoccupations concernant l'application des règles en matière d'aides d'Etat, même lorsque l'activité à financer est considérée comme économique.

Pour tous les autres cas, la mesure restera compatible si les critères de la Décision sont remplis.

3.8.2. *Une autorité publique peut-elle financer une initiative pilote afin de définir le contenu des missions SIEG ?*

Oui, les autorités publiques peuvent lancer une initiative pilote afin de définir la mission d'un SIEG qu'elles veulent mettre en place. Afin de financer ces initiatives pilotes, les autorités publiques peuvent compter sur les possibilités offertes par le Règlement de minimis, qui stipule que l'article 107, paragraphe 1, n'est pas

¹⁰² Règlement n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité aux aides de minimis, JO L 379/5 du 28.12.2006.

applicable à des aides accordées jusqu'à un montant de 200 000 EUR sur une durée de trois ans.

3.8.3. *Dans le cas du financement d'un SIEG selon le Règlement de minimis, le montant maximal de 200 000 EUR se réfère au SIEG ou à l'entreprise chargée du SIEG tenant en compte d'autres activités pour lesquelles l'entreprise recevrait des ressources d'Etat ?*

Selon l'article 2.2 du Règlement de minimis¹⁰³, le montant total des aides de minimis octroyées à une même entreprise ne peut pas excéder 200 000 EUR sur une période de trois exercices fiscaux. Ce seuil s'applique à l'entreprise et non pas à chacune des activités pour lesquelles l'entreprise recevrait des ressources d'Etat. Ce qui est important est que la même entreprise ne reçoive pas plus de 200 000 EUR sur une période de trois exercices fiscaux.

3.8.4. *Dans le cas où l'entité chargée de la prestation de plusieurs SIEG, établit une comptabilité séparée pour chaque SIEG, est-il possible d'appliquer la règle de minimis à chaque SIEG séparément ?*

Pour que la règle de minimis s'applique, le montant total des ressources d'Etat, indépendamment de leur objectif, octroyées à une même entreprise ne peut pas excéder 200 000 EUR. Par conséquent, quand une entreprise a plusieurs missions d'intérêt général à caractère économique, le montant total qu'elle peut recevoir en fonction de la règle de minimis est 200 000 EUR cumulés sur une période de trois ans. Le fait qu'au niveau comptable le budget de ces missions soit individualisé est sans importance pour l'application de la règle de minimis.

3.8.5. *Dans le cas où une entité chargée de la prestation d'un SIEG réalise également des activités non économiques, aux fins de l'application du Règlement de minimis est-il nécessaire de déduire le montant de la compensation affecté aux SIG non économiques ?*

Le financement des services d'intérêt général de nature non économique ne tombe pas dans le champ d'application des règles sur les aides d'Etat, qui s'appliquent uniquement à des activités de nature économique. Par conséquent, le financement des missions d'intérêt général non économique n'est pas considéré comme un financement au sens du Règlement de minimis et il ne doit pas être pris en compte lorsque le montant globale est calculé pour les besoins de l'application de ce Règlement.

3.8.6. *Le budget de la charge d'investissements liés à un SSIG peut être affecté à une période qui peut s'étaler entre une et plusieurs années. Dans ce cas, est-ce possible d'appliquer le Règlement de minimis ?*

La charge d'investissement d'un SSIG peut être financée par des ressources publiques dans le cadre du Règlement de minimis à condition toutefois que ces ressources n'excèdent jamais 200 000 EUR sur une période de trois ans, quelles que soient les trois années considérées, ainsi que prévu par ce Règlement.

¹⁰³ Règlement n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité aux aides de minimis, JO L 379/5 du 28.12.2006.

Au cas où les ressources publiques excéderaient 200 000 EUR sur trois ans, elles peuvent bénéficier de l'application de la Décision ou de l'Encadrement, à condition néanmoins de respecter leurs conditions de compatibilité (pour ces conditions voir réponse à la question 3.2.9).

3.8.7. *Des SIEG d'insertion sociale et professionnelle de chômeurs, ainsi que de formation professionnelle entrent-ils dans le champ d'application de la Décision du 28 novembre 2005 ou du Règlement général d'exemption par catégorie No 800/2008¹⁰⁴ ?*

Un SIEG d'insertion sociale et professionnelle ou de formation professionnelle défini comme tel par l'Etat et confié à une entreprise par celui-ci, peut entrer dans le champ d'application de la Décision, pour autant que les conditions y prévues soient remplies. Par conséquent des compensations accordées à une entreprise ayant été chargée de mission de service public d'insertion ou de formation professionnelle, peuvent être exemptées de notification, pour autant que l'entreprise en cause ait été véritablement chargée de cette mission de service public ; ceci implique l'établissement d'un mandat qui définit clairement cette mission et les paramètres de calcul de cette compensation dans le but d'éviter d'éventuelles surcompensations (voir plus spécifiquement les conditions dans les articles 2, 4 à 6 de la Décision, ainsi que les réponses aux questions des chapitres 3.4, 3.5 et 3.6)

En revanche, les aides qui sont destinées aux entreprises qui recrutent des employés désavantagés au sens de l'article 2 point 18 du Règlement No 800/2008 peuvent bénéficier de l'exemption de notification prévue par ce Règlement, pour autant qu'elles remplissent les conditions prévues dans le premier chapitre de ce Règlement, ainsi que celles prévues dans l'article 40 du même Règlement.

En ce qui concerne les aides destinées aux entreprises qui investissent dans la formation des travailleurs, au sens de l'article 38 du Règlement No 800/2008 peuvent quant à elles bénéficier de l'exemption de notification prévue par ce Règlement, pour autant qu'elles remplissent les conditions prévues dans le premier chapitre de ce Règlement, ainsi que celles prévues dans l'article 39 du même Règlement.

3.9. *Paquet SIEG et règles relatives au FSE et au FEDER*

3.9.1. *Le financement des SIEG par le FSE et le FEDER est-il une aide d'Etat ? Cet exercice relève-t-il de la compétence des Etats membres ou de la Commission ?*

En ce qui concerne l'application des règles en matière d'aides d'Etat, les financements accordés par les Etats membres en utilisant des ressources provenant du FSE et du FEDER constituent des ressources d'Etat. Par conséquent, les règles en matière d'aides d'Etat s'appliquent aux financements accordés par les Etats membres en utilisant ces ressources de la même manière que quand le financement est accordé directement par le budget des Etats membres lui-même.

¹⁰⁴ JO L 214, du 9.8.2008, p. 3.

3.9.2. *Les financements des SIEG par le biais des ressources provenant du FSE et du FEDER doivent-ils être octroyés en conformité avec le Paquet SIEG ? Cet exercice relève-t-il de la compétence des Etats membres ou de la Commission ?*

Les subventions publiques accordées par les Etats membres en utilisant des ressources du FSE et du FEDER font partie, comme tout autre financement public ayant comme but de permettre la fourniture par une entreprise de services d'intérêt économique général, du calcul de la compensation pour la fourniture de ces services et elles doivent être octroyées en conformité avec le Paquet SIEG. La définition des paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation dans l'acte de mandatement relève de la compétence de l'autorité nationale, régionale ou locale qui met en place le service d'intérêt économique général, et ce quelle que soit l'origine du financement public alloué par cette autorité à ce service. La compétence relative à l'adoption des règlements relatifs aux FSE et au FEDER ne porte aucunement sur la mise en place des missions de service public par les Etats membres, laquelle est en tout état de cause de leur compétence.

3.9.3. *Le contrôle en matière d'aides d'Etat et le contrôle des crédits FSE de l'Union sont-ils compatibles ?*

Le contrôle des aides d'Etat et celui des crédits FSE de l'Union poursuivent des objectifs différents: d'un côté éviter que les Etats membres n'accordent des aides qui fausseraient la concurrence, de l'autre s'assurer que les financements de l'Union alloués à certains projets sont bien utilisés dans le respect des conditions qui en régissent l'octroi.

Il est possible que le financement d'un même projet doive être examiné sous ces deux angles. En effet, un des principes sur lequel repose le FSE est celui du cofinancement, ce qui signifie que le soutien financier apporté par l'UE accompagne systématiquement le financement public ou privé à l'échelle nationale. Le degré d'intervention de l'UE est lié à la situation sur le terrain. En fonction de plusieurs critères socio-économiques, le cofinancement peut varier de 50 à 80 % du coût total des interventions.

3.9.4. *Selon les règles de gestion des fonds du FSE ne sont éligibles que les dépenses et recettes strictement affectées au projet cofinancé, ce qui n'inclut pas de bénéfice raisonnable. Dans le cas du financement d'un SSIG par des fonds du FSE, est-il possible d'inclure un bénéfice raisonnable comme prévu par la Décision ?*

Les règles relatives aux aides d'Etat permettent en effet à l'autorité publique qui finance un projet de couvrir 100 % des coûts du prestataire de service mais également "un bénéfice raisonnable". Le bénéfice raisonnable ne fait pas partie de l'assiette éligible au titre du FSE. Dans la pratique, l'interaction entre les deux corps de règles ne pose pas de véritable problème, puisque en vertu du Paquet SIEG, l'autorité publique reste quant à elle en mesure de couvrir le bénéfice raisonnable avec ses propres ressources, si elle le souhaite.

3.9.5. *Quelle est la relation entre le mécanisme de contrôle de projets cofinancés par le FSE et le contrôle de surcompensation imposé par le Paquet SIEG ?*

Les projets financés par le FSE font l'objet d'un contrôle systématique par les autorités en charge de la gestion des programmes opérationnels FSE. Ces contrôles

sont généralement basés sur des déclarations d'audit, exigées par les autorités de gestion. C'est sur cette base que les autorités de gestion, qui avancent le financement, seront remboursées par le FSE.

Le Paquet SIEG implique quant à lui qu'un mécanisme de contrôle soit en place, tout en laissant aux Etats membres le soin d'en définir les modalités. Le but de ce mécanisme est de vérifier qu'il n'y a pas eu de surcompensation, ce que les vérifications effectuées au titre du FSE ne permettront pas nécessairement d'établir puisqu'elles porteront sur les coûts éligibles au titre du FSE (la question du bénéfice raisonnable, par exemple, ne sera donc pas examinée). Si ces deux mécanismes de contrôle peuvent se recouper sur certains points et même le cas échéant, être intégrés, ils conservent cependant une logique propre qu'il convient de respecter.

3.10. Paquet SIEG et règles en matière de communications électroniques

3.10.1. *Si un Etat membre attribue un avantage à une entreprise chargée avec des obligations de service public de communications électroniques allant en dehors du champ d'application de la directive 2002/22/CE¹⁰⁵, est-il toujours possible d'évaluer la compensation en question au regard des règles en matière d'aides d'Etat ?*

La directive 2002/22/CE prévoit que les Etats membres restent libre d'imposer des mesures additionnelles dans leur territoire, qui ne relèvent pas des obligations de service universel prévues par la directive, et de les financer conformément au droit Européen (voir Article 32 et considérants 25 et 46 de la directive).

Par conséquent, quand un Etat membre attribue un avantage à une entité chargée avec la prestation de services téléphoniques accessibles au public qui ne relèvent pas des obligations de service universel, telles que définies dans le chapitre II de la directive, il devrait toujours évaluer si les conditions Altmark et les autres conditions des aides d'Etat (c'est-à-dire transfert de ressources d'Etat et imputabilité, distorsion de concurrence et affectation des échanges interétatiques, sélectivité de la mesure en question), afin de conclure à l'existence d'une aide d'Etat.

4. QUESTIONS RELATIVES A L'APPLICATION AUX SSIG DES REGLES "MARCHES PUBLICS"

4.1. Le SSIG est presté par l'autorité publique elle-même

4.1.1. *Dans quelle mesure une autorité publique peut-elle décider de prester elle-même un service social d'intérêt général (SSIG) ? En d'autres termes, quelle est la marge de manœuvre dont dispose une autorité publique pour décider si un service doit être presté directement par elle-même ou confié à un tiers ? Cette décision lui revient-elle entièrement ?*

Il appartient entièrement aux autorités publiques de décider de prester un service elles-mêmes ou de le confier à un tiers (externalisation). Les règles relatives aux

¹⁰⁵ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), JO L 108 du 24.4.2002, p. 51.

marchés publics ne s'appliquent que si une autorité publique décide de confier une prestation de service à un tiers à titre onéreux.

4.1.2. Les règles de l'Union relatives à la sélection du prestataire ne s'appliquent normalement pas lorsque des autorités publiques prestent un service elles-mêmes ou à travers un prestataire interne (ce que l'on qualifie de situation d'"opération interne", ("in-house" dans la terminologie anglaise). Quelles sont la portée et les limites de l'exception d'"opération interne" ?

L'exception dite d'"opération interne" ("in-house" dans la terminologie anglaise) vise à couvrir les cas où une autorité publique preste un service elle-même, mais au moyen d'une entité juridiquement distincte. Dans ce cas spécifique, tant l'autorité publique que l'entité qui preste le service sont considérées comme formant un seul tout. Une telle relation n'est couverte ni par les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination qui découlent du Traité, ni par la directive "marchés publics" 2004/18/CE (ci-après la "**directive**")¹⁰⁶.

Les conditions d'applicabilité du principe de l'exception d'"opération interne" sont les suivantes:

A) le contrôle qui est exercé par l'autorité publique, seule ou avec d'autres autorités publiques, sur l'entité juridiquement distincte doit être analogue à celui que cette première exerce sur ses propres services

La question de savoir si une autorité publique exerce ou non sur une entité juridiquement distincte un "contrôle analogue" à celui qu'elle exerce sur ses propres services ne peut être résolue qu'au cas par cas compte tenu de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes (loi, statuts de l'entité concernée, accord d'actionnaires, etc.). En effet, ladite collectivité publique doit, en tout état de cause, exercer sur l'entité concernée un contrôle lui permettant d'avoir une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette dernière.

La Cour de Justice a clairement exclu qu'une autorité publique puisse exercer sur une entité tierce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services si une entreprise privée détient une participation, soit-elle minoritaire, dans le capital de ladite entité¹⁰⁷.

et

B) l'essentiel de l'activité de l'entité juridiquement distincte est réalisé avec l'autorité publique ou les autorités publiques qui la contrôlent¹⁰⁸.

Quant au premier critère (contrôle analogue), la Cour a reconnu qu'il n'est pas indispensable que le contrôle analogue soit individuel et que donc le contrôle analogue peut être exercé conjointement par plusieurs autorités publiques¹⁰⁹. Elle a également

¹⁰⁶ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134, 30.4.2004, p 114.

¹⁰⁷ CJCE, arrêt Stadt Halle, affaire C-26/03 [2005], REC p. I-00001, points 49-50.

¹⁰⁸ CJCE, arrêt Teckal [1999], C-107/98 REC I-8121, paragraphe 50.

¹⁰⁹ CJCE, arrêts Coditel Brabant [2008], affaire C-324/07, REC I-08457 et Sea, affaire C-573/07.

confirmé que, dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité juridiquement distincte, le deuxième critère (activité essentielle) peut lui-aussi être rempli en prenant en compte l'activité que l'entité juridiquement distincte réalise avec l'ensemble des autorités publiques¹¹⁰. En conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer des procédures de marchés publics lorsque plusieurs autorités publiques coopèrent dans le cadre d'une entité publique séparée, soumise à un contrôle conjoint des entités publiques qui la détiennent, et dont l'essentiel de l'activité est réalisée avec ces mêmes entités publiques. Pour des renseignements complémentaires sur la coopération entre autorités publiques, voir la réponse à la question 4.2.12.

Pour des informations concernant le respect des règles en matière d'aide d'Etat lorsque le prestataire de SSIG est lié à l'autorité publique par une relation "in-house" voir réponse à la question 5.4.

4.2. La prestation du SSIG est confiée à un tiers contre rémunération

4.2.1. *Quel est le cadre juridique pertinent lorsqu'une autorité publique décide d'externaliser la gestion d'un SSIG contre rémunération ?*

Si l'autorité publique décide d'externaliser la gestion d'un service contre rémunération, elle doit suivre les règles du droit de l'Union sur la passation de marchés publics de services ou de concessions de services.

On doit distinguer deux cas :

A) L'autorité publique conclut un marché public de services. Dans ce cas, l'autorité publique paie au prestataire de service une rémunération déterminée. Deux situations peuvent être distinguées:

(a) la valeur du marché est supérieure aux seuils d'application de la directive 2004/18/CE

Si les seuils pertinents sont atteints¹¹¹, les marchés publics de services rentrent dans le champ d'application de la directive. Cependant, les marchés de services sociaux et de santé ne sont pas soumis à l'ensemble des règles détaillées de la directive¹¹², mais uniquement à un nombre très limité d'articles de la directive, ainsi qu'il résulte de l'article 21 de celle-ci. Les spécifications techniques¹¹³ doivent être notamment définies au début de la procédure de passation de marché (voir réponse à la question 4.2.4), et le résultat de la procédure¹¹⁴ doit être publié. En plus, lors de l'attribution des marchés de services de santé et sociaux, les autorités publiques doivent respecter également les principes essentiels du TFUE, tels que l'obligation de transparence ainsi que celle de traiter les opérateurs économiques d'une manière égale et non-

¹¹⁰ CJCE, arrêts Carbotermo, affaire C-340/04, point 70 et Asemfo, affaire C-295/05, Rec. p. I - 2999, point 62.

¹¹¹ Art. 7 de la directive 2004/18/CE.

¹¹² Les services sociaux et de santé figurent parmi les services énumérés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Les marchés pour de tels services sont uniquement soumis à un nombre restreint de dispositions de la directive (sur la distinction entre les services énumérés aux annexes II A et II B, voir les art. 20 et 21 de la directive 2004/18/CE). Les codes qui y sont indiqués peuvent être consultés sur le site de la DG Marché Intérieur www.simap.europa.eu.

¹¹³ Art. 21 lu avec l'art. 23 de la directive 2004/18/CE.

¹¹⁴ Art. 21 lu avec l'art. 35 (4) de la directive 2004/18/CE.

discriminatoire si et dans la mesure où lesdits services présentent un intérêt transfrontalier¹¹⁵. Pour plus d'informations sur la notion d'intérêt transfrontalier, voir la réponse à la question 4.2.2.

Ces principes ne requièrent en tout état de cause de se conformer qu'aux données fondamentales de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et non pas de respecter strictement le jeu complet des dispositions de la directive 2004/18/CE. Par conséquent, lorsque des autorités publiques externalisent des services sociaux par un marché public de services, elles bénéficient déjà d'une plus grande marge de manœuvre que dans d'autres domaines.

On doit noter cependant que, pour les marchés de services mixtes comprenant à la fois un service social et un autre service entièrement couvert par les dispositions de la directive précitée¹¹⁶ (tel qu'un service de transport, de recherche scientifique, de conseil ou de maintenance), la directive ne s'appliquera que partiellement, ainsi qu'il a été ci-dessus expliqué, si la valeur du service social¹¹⁷ l'emporte sur celle de l'autre service.

Les services ambulanciers comportent, par exemple, à la fois des composantes de service sanitaire et de service de transport. Si la valeur du service de transport est supérieure à celle du service de santé, toutes les dispositions de la directive s'appliqueront. Si la valeur du service médical est supérieure, la directive ne s'appliquera que partiellement, comme expliqué ci-dessus¹¹⁸.

(b) la valeur du marché est inférieure aux seuils d'application de la directive 2004/18/CE

Si la valeur du marché à attribuer est inférieure au seuil d'application de la directive, l'autorité publique doit néanmoins se conformer aux règles et principes essentiels du droit de l'Union, tels que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, si le marché respectif présente un intérêt transfrontalier¹¹⁹. Pour des informations complémentaires sur le contenu exact de ces principes, on se reportera à la réponse à la question 4.2.3.

B) L'autorité publique octroie une concession de services. Dans ce cas, la rémunération consiste principalement dans le droit d'exploiter économiquement le service¹²⁰. Le concessionnaire assume le risque opérationnel résultant de l'exploitation du service en question¹²¹. Dans tous les cas, les autorités publiques passant une concession de services doivent se conformer aux règles et principes essentiels du droit de l'Union et notamment, aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de

¹¹⁵ C'est-à-dire présentant un intérêt pour les opérateurs économiques situés dans d'autres États membres de l'Espace Economique Européen. Voir l'arrêt du 13 novembre 2007 dans l'affaire Commission/Irlande, C-507/03, points 29 et ss.

¹¹⁶ Les services qui sont énumérés à l'annexe II A de la directive 2004/18/CE.

¹¹⁷ Art. 22 de la directive 2004/18/CE.

¹¹⁸ Voir arrêt CJCE Tögel [1998], affaire C-76/97 REC I-5357, points 29-40.

¹¹⁹ Pour plus d'informations sur la notion d'intérêt transfrontalier voir la réponse à la question 4.2.2.

¹²⁰ Voir art. 1 (4) de la directive 2004/18/CE.

¹²¹ Voir art. 17 de la directive 2004/18/CE, ainsi que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE, notamment l'arrêt Helmut Mueller, affaire (C-451/08), [2010] REC.

non-discrimination¹²². Pour plus d'informations sur le contenu exact de ces principes, il convient de se reporter à la réponse à la question 4.2.3.

4.2.2. *Qu'entend-on par la notion d'intérêt transfrontalier ?*

Un contrat de marché public ou de concessions a un intérêt transfrontalier, s'il présente un intérêt pour les opérateurs économiques situés dans d'autres États membres de l'Espace Economique Européen¹²³.

C'est à l'autorité publique qu'il revient d'estimer au cas par cas l'intérêt potentiel du marché du point de vue des opérateurs économiques établis dans d'autres États membres, à moins que la loi nationale ne fournisse d'indications spécifiques.

Lorsqu'un marché public ou une concessions présente un intérêt transfrontalier, l'autorité publique doit se conformer aux principes du TFUE (non-discrimination, transparence etc.)¹²⁴ lors de la passation de ces contrats. Les marchés publics ou concessions dépourvus d'intérêt transfrontalier ne sont pas soumis aux principes du TFUE.

Ainsi, sous certaines conditions, de petits marchés de services à dimension locale peuvent être attribués même sans se conformer aux principes susmentionnés, si les services en question n'ont pas d'intérêt transfrontalier pour les opérateurs des autres États membres et ne présentent donc pas d'incidence sur le fonctionnement du marché intérieur. Cela peut être le cas lorsque, en considération de la valeur particulièrement modeste¹²⁵ (bien en dessous du seuil d'application de la directive, qui s'élève actuellement à 193 000 EUR¹²⁶) et des caractéristiques du service social, comme du segment de marché concerné, il ne peut pas être présumé que les opérateurs économiques des autres États membres ont un intérêt potentiel à réaliser la prestation de services en question¹²⁷.

¹²² Voir les arrêts suivants : *Telaustria*, affaire C-324/98 [2000] REC I-10745, paragraphe 62; *Coname*, affaire C-231/03 [2005] REC I-7287, paragraphes 16-19 et *Parking Brixen*, affaire C-458/03 [2005] REC I-8585, paragraphe 49.

¹²³ Voir l'arrêt du 13 novembre 2007 dans l'affaire *Commission/Irlande*, C-507/03, points 29 et ss.¹²⁴ CJCE, arrêt *Bent Moustén Vestergaard*, affaire C-59/00 [2001] REC I-9505, paragraphe 20, arrêt *Commission/France*, affaire C-264/03, REC [2005] I-8831, paragraphes 32 -33, arrêt *Commission/Grèce* du 14 juin 2007, affaire C-6/05, paragraphe 3.

¹²⁵ Le critère de la valeur ne peut pas suffire à lui seul pour indiquer qu'un marché est dépourvu d'intérêt transfrontalier. Ainsi que la Cour l'a précisé dans les affaires conjointes C-146/2006 et C-148/2006 (*Secap*), point 31 " il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'États membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain. "

¹²⁶ Après indexation par le Règlement (CE) No 1177/2009 de la Commission du 30 novembre 2009 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés.

¹²⁷ Voir l'arrêt *Coname*, affaire C-231/03 [2005] REC I-7287, paragraphe 20, s'agissant des concessions de services.

Par exemple, dans des affaires relatives à des marchés de services juridiques d'une valeur moyenne d'environ 5 000 EUR¹²⁸ ou des services d'aménagement urbain entre 6 000 EUR et 26 500 EUR¹²⁹, compte tenu de leur faible montant (moins ou près de 10 % du seuil d'application de la directive) et des circonstances propres à ces affaires, la Commission a estimé que les marchés en cause n'avaient pas de pertinence pour le marché intérieur.

L'existence d'une plainte en relation avec le marché en cause ne saurait pas non plus suffire à démontrer que ledit marché présente un intérêt transfrontalier.¹³⁰

Pour évaluer la pertinence du service pour le marché intérieur, les autorités publiques peuvent se reporter à la Communication interprétative de la Commission relative au droit de l'Union applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»¹³¹. Cette communication appréhende les marchés qui sont seulement partiellement soumis aux dispositions des directives "marchés publics", tels que les marchés de services de santé et sociaux¹³². Dans la mesure où la Communication comporte une interprétation générale de la notion d'intérêt pour le marché intérieur en application du traité, elle peut également servir d'orientation pour les concessions.

4.2.3. *Quelles obligations découlent des principes de transparence et de non-discrimination ?*

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination imposent une publicité appropriée de l'intention de l'autorité publique de conclure un marché public ou une concession. La publicité peut être limitée à une courte description des caractéristiques essentielles du marché à passer et de la procédure de passation envisagées, accompagnée d'une invitation à contacter l'autorité publique. Il est essentiel que tous les prestataires de services potentiellement intéressés aient la possibilité d'exprimer leur intérêt à soumissionner pour le marché.

L'autorité publique peut alors sélectionner d'une manière non discriminatoire et impartiale les participants invités à soumettre une offre et, le cas échéant, à négocier les termes du marché ou de la concession. Pendant ces négociations, tous les opérateurs économiques devraient être placés sur un pied d'égalité et recevoir les mêmes informations de l'autorité publique.

Conformément à la jurisprudence de la CJUE sur la protection juridictionnelle effective¹³³, au moins les décisions affectant de manière défavorable une personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le contrat, telle qu'une décision d'éliminer un soumissionnaire, devraient faire l'objet d'un examen pour violation éventuelle des normes de base dérivant du droit primaire de l'Union.

¹²⁸ Voir communiqué de presse IP/07/357 du 21 mars 2007.

¹²⁹ Voir communiqué de presse IP/06/1786 du 13 décembre 2006.

¹³⁰ Voir CJCE, arrêt du 13 novembre 2007 Commission/Irlande, dans l'affaire C-507/03, point 34.

¹³¹ JO 2006, C 179, p. 2.

¹³² Mentionnés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE.

¹³³ Voir CJCE arrêt P Union de Pequeños Agricultores, dans l'affaire C-50/00, REC. p. I-6677, paragraphe 39, et arrêt Heylens, dans l'affaire 222/86, REC. p. 4097, paragraphe 14.

Pour l'application de ces principes, les autorités publiques peuvent s'inspirer de la Communication interprétative de la Commission relative au droit de l'Union applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics». Ainsi qu'il a été susmentionné, cette Communication traite également de marchés qui sont uniquement partiellement couverts par les directives marchés publics (ci-après les "directives")¹³⁴, tels que les marchés pour les services de l'annexe IIB de la directive 2004/18/CE, dont font partie les services de santé et les services sociaux¹³⁵. Comme mentionné à 2.1 et ainsi qu'il résulte de l'art. 21 de la directive 2004/18/CE, les marchés pour ces services sont soumis uniquement à certaines règles de la directive 2004/18/CE, (à savoir l'obligation de définir les spécifications techniques dans le cahier de charges et de publier ex-post le résultat de la procédure), étant pour le reste régis par les principes généraux du TFUE (non-discrimination, transparence etc.) s'ils présentent un intérêt transfrontalier.

Compte tenu du fait que la Communication contient une interprétation générale des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, elle peut également servir d'orientation pour l'attribution de concessions, tout en conservant à l'esprit que les contrats de concession ont généralement une valeur bien au dessus des seuils des directives "marchés publics" et donc, bien que ces directives ne soient pas applicables aux concessions de services, conformément aux principes du TFUE ces contrats exigent néanmoins une publicité dans un media doté d'une large couverture européenne.

4.2.4. *Comment rédiger des spécifications appropriées pour la passation d'un marché de services (i) afin de répondre de manière holistique aux besoins divers des usagers et (ii) afin de permettre une adaptation du service en fonction des situations évolutives en termes d'intensité, de nombre d'utilisateurs, etc.*

La directive offre un large éventail de possibilités pour déterminer les spécifications¹³⁶. Il appartient aux autorités publiques de tirer tout le parti de ces possibilités en exigeant des candidats de mettre au point un concept de service sur mesure, de manière à offrir la meilleure prestation possible, avec le niveau de qualité requis. Les autorités publiques peuvent par exemple préciser que les candidats doivent répondre aux besoins spécifiques de groupes déterminés d'usagers, ou bien exiger, que le service proposé doit être compatible avec les structures qu'elles ont déjà mises en place. On peut également concevoir que l'autorité publique exige que le service soit exécuté et évalué d'une façon qui implique la participation des usagers.

Dans tous les cas, la règle de base est que les spécifications doivent être définies d'une manière qui n'entraîne pas de discrimination et ne prédétermine pas l'attribution du service dès le début de la procédure.

¹³⁴ directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

¹³⁵ Mentionné à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE.

¹³⁶ Art. 23 de la directive 2004/18/CE, lequel s'applique également aux services énumérés à l'annexe II B de cette directive, tels que les services sociaux.

4.2.5. *Quelles autres exigences de qualité peuvent être intégrées dans la passation d'un marché public ou d'une concession de SSIG ?*

Lors de la passation d'un marché public ou d'une concession de SSIG, les autorités publiques peuvent prendre en compte toutes les exigences de qualité qui leur semblent nécessaires, afin d'offrir aux usagers une prestation de haute qualité, au meilleur rapport qualité-prix. En fonction de leur nature, ces exigences peuvent être reflétées aux différentes phases de la procédure :

Ainsi, lors de la **définition des spécifications techniques**¹³⁷, l'autorité publique peut définir toutes les caractéristiques du service qui lui semblent utiles pour une prestation de qualité (ex. exigences permettant de garantir la continuité du service, le respect des besoins spécifiques des différentes catégories d'usagers, l'accessibilité pour les personnes à mobilité réduite des infrastructures d'accueil, ainsi que plus généralement des exigences relatives à la qualité de ces infrastructures etc.). Les spécifications techniques du service peuvent être définies soit sous forme des caractéristiques très détaillées (ce qui dans certains cas peut contribuer à une trop grande standardisation des services proposés), soit en termes d'exigences de performance fonctionnelle. Cette deuxième approche laisse en général aux candidats plus de marge de manœuvre en leur donnant la possibilité de proposer à l'autorité publique des solutions/méthodes de travail plus innovantes permettant d'atteindre les objectifs de qualité fixés.

L'expérience et la qualité du personnel du prestataire sont également des éléments qui contribuent de manière déterminante à la qualité du service fourni. Lors de la **définition des critères de sélection**¹³⁸, l'autorité publique peut définir des exigences adaptées de capacité professionnelle (ex. expérience professionnelle, qualification du personnel, infrastructures techniques disponibles), afin de s'assurer que le contractant choisi dispose d'une capacité adéquate pour exécuter le service aux paramètres de qualité définis par le marché.

Les exigences de qualité peuvent également être prises en compte dans les **critères d'attribution**¹³⁹. L'autorité publique n'est pas obligée d'attribuer le contrat sur la base du prix le plus bas. Bien au contraire, elle peut attribuer le contrat sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui lui permet de prendre en compte dans les critères d'attribution tous les éléments qualitatifs qui lui semblent importants. L'autorité publique est également libre de refléter dans la pondération des différents critères d'attribution, l'importance qu'elle attache aux différents aspects qualitatifs du service.

Les **clauses d'exécution du contrat**¹⁴⁰ offrent une autre opportunité de se préoccuper de la qualité du service. Sous réserve du respect des autres dispositions pertinentes du droit européen, l'autorité publique peut introduire dans les clauses d'exécution¹⁴¹ des exigences imposant au contractant de garantir par exemple un niveau de formation et de rémunération adéquat au personnel participant à l'exécution du contrat. De telles

¹³⁷ Voir art. 23 de la directive 2004/18/CE.

¹³⁸ Voir art. 44 et 48 de la directive 2004/18/CE.

¹³⁹ Voir art. 53 de la directive 2004/18/CE.

¹⁴⁰ Voir art. 26 de la directive 2004/18/CE.

¹⁴¹ Pour des raisons de transparence, les clauses d'exécution doivent être publiées à l'avance dans la documentation de marché. Le respect des clauses d'exécution ne peut pas être vérifié avant l'attribution du contrat, mais uniquement pendant son exécution. Pour en garantir le respect, l'autorité publique peut prévoir des sanctions contractuelles dissuasives.

clauses permettent d'éviter que le contractant soit tenté de réduire ses coûts de personnel, ce qui pourrait démotiver le personnel en cause, accroître sa fluctuation et entraîner *in fine* des répercussions négatives sur la qualité du service presté.

Enfin, lors de la passation d'un marché public/concession de SSIG, les autorités publiques peuvent adopter une approche intégrée pour la prestation de services complexes, lesquels n'ont pas besoin d'être scindés en plusieurs contrats, mais peuvent être attribués dans un seul lot, pour que l'utilisateur puisse s'adresser, s'il le souhaite, à un seul prestataire prenant en charge des multiples besoins connexes. Elles sont également libres de choisir une durée adéquate pour le contrat en question, afin d'assurer la stabilité et la continuité du/des service(s) concerné(s).

4.2.6. *Est-il possible d'apporter des adaptations au contrat pendant son exécution ?*

Des adaptations sont possibles durant toute la phase d'exécution du contrat, pour autant qu'elles ne remettent pas en cause de manière substantielle les termes de la mise en concurrence initiale¹⁴². En particulier, ces adaptations ne doivent pas être d'une importance telle que la procédure de mise en concurrence aurait pu connaître une issue différente si elles avaient été connues dès le début. Le cas se présente lorsque des candidats potentiels qui n'ont pas soumis d'offre auraient pu trouver un intérêt à participer à la mise en concurrence, s'ils avaient su que de tels changements interviendraient.

4.2.7. *Comment éviter de faire peser une charge trop lourde sur les petits prestataires de services, qui sont souvent les mieux placés à comprendre les particularités d'un SSIG dans un contexte à dimension locale marquée ?*

C'est à l'autorité publique qu'il revient d'organiser la mise en concurrence d'une manière qui laisse aux petits opérateurs économiques une chance de participer et de remporter le contrat. Plus l'ampleur du service demandé est large, et par conséquent les exigences de capacité économique et financière élevées, plus il sera difficile aux petits prestataires de services de participer au marché. Dans le cas des plus gros marchés (par exemple pour une gamme variée de services, ou bien pour des services à exécuter dans plusieurs zones géographiques), le pouvoir adjudicateur peut envisager de diviser le marché en lots distincts qui seront plus accessibles aux PME. D'une manière générale, il est recommandé aux autorités publiques de rédiger les spécifications techniques en ayant les PME à l'esprit, et en limitant les conditions formelles au strict minimum.

4.2.8. *Comment concilier des procédures de marchés publics, qui limitent le nombre de prestataires sélectionnés, avec le maintien d'une liberté de choix suffisante pour les usagers d'un SSIG ?*

Les procédures de marchés publics ne visent pas à limiter le nombre de prestataires de services sélectionnés. Les pouvoirs adjudicateurs ont la liberté pleine et entière de choisir un ou plusieurs opérateurs pour satisfaire leurs besoins. Les autorités publiques peuvent, par exemple, confier la même concession de services à plusieurs opérateurs, si cela est faisable pratiquement, en garantissant ainsi un éventail de choix plus vaste aux usagers dudit service.

¹⁴² CJCE, arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta SpA, affaire C-496/99 [2004] REC I-3801, paragraphe 116.

4.2.9. Est-il possible d'introduire comme critère pour la sélection d'un prestataire de services sa connaissance du contexte local, cet aspect étant souvent essentiel pour la réussite de la prestation d'un SSIG ?

Les règles "marchés publics" de l'Union visent à assurer une concurrence loyale entre les opérateurs, et ce à travers l'Europe, afin d'assurer un meilleur rapport qualité/prix aux pouvoirs publics. Une exigence de connaissance du contexte local pourrait conduire à une discrimination illégale à l'encontre de prestataires de services étrangers. En même temps, une telle exigence risque de réduire le choix de l'autorité publique à un petit nombre d'opérateurs locaux, et donc de diminuer l'effet bénéfique d'une concurrence à l'échelle européenne.

Néanmoins, certaines exigences liées au contexte local peuvent être acceptables si elles peuvent être justifiées par les particularités du service à fournir (le type de service et/ou des catégories d'utilisateurs) et sont strictement liées à l'exécution du contrat.

Exemples:

- Une autorité publique peut, par exemple, exiger au titre des clauses d'exécution du contrat que l'attributaire établisse une structure locale telle qu'un bureau ou un atelier ou installe un équipement spécifique sur le lieu d'exécution si cela est nécessaire à la prestation du service.
- Une municipalité souhaitant mettre en place un refuge pour les femmes en difficulté, notamment pour des femmes d'une minorité culturelle spécifique, peut spécifier dans l'appel d'offres que le prestataire de services doit avoir une expérience préalable de ce type de services dans un environnement présentant des caractéristiques sociales et économiques similaires, et que les employés qui seront en contact avec et/ou répondront aux besoins des femmes en difficulté doivent être suffisamment familiarisés avec le contexte culturel et linguistique de ces personnes en difficulté.
- Une autorité publique qui entend mettre en place un service d'aide à l'emploi à destination de jeunes adultes au chômage provenant de zones défavorisées et traitant de manière intégrée les difficultés spécifiques rencontrées par les utilisateurs de ce service (par exemple des problèmes de santé mentale, de toxicomanie ou d'abus d'alcool, de logement social et d'endettement) pourrait spécifier que le prestataire de services doit avoir une expérience préalable de ce type de services pour le même type de cibles. L'autorité publique peut également indiquer que le prestataire de services doit veiller à ce que, dès le début de la prestation de service, les employés s'occupant des utilisateurs aient une connaissance des réseaux existants d'acteurs sociaux avec lesquels ils devront communiquer pour répondre de manière intégrée aux besoins des jeunes adultes au chômage.

En tout état de cause, une restriction de ce type ne doit pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour assurer une prestation appropriée du service. La CJUE a jugé, par exemple, que dans le cadre de l'attribution d'un marché public de services sanitaires de traitements respiratoires à domicile, un pouvoir public ne peut pas exiger

que le soumissionnaire potentiel ait, au moment de la soumission de l'offre, un bureau ouvert dans la capitale de la province où le service doit être presté.¹⁴³

Il appartient à l'autorité publique de s'assurer que de telles conditions sont justifiées de manière objective et n'aboutissent pas à un traitement discriminatoire en favorisant indûment certaines catégories de soumissionnaires, notamment les entreprises locales ou les prestataires de services en exercice.

La question de l'attribution directe de marchés d'un faible montant à des petits prestataires locaux de services a déjà été évoquée au point 4.2.7.

4.2.10. Est-il possible de limiter la mise en concurrence aux seuls prestataires de services à but non-lucratif ?

Deux situations doivent être distinguées:

- Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas décider d'eux-mêmes de limiter la participation à une procédure de passation de marchés aux seuls prestataires de services à but non-lucratif. La directive "marchés publics" est basée sur les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques¹⁴⁴. Il n'est pas donc possible en vertu de la directive de réserver des marchés à des catégories spécifiques d'entreprises¹⁴⁵ telles que des organismes à but non-lucratif et cela, quelque soit le type de services - relevant de l'annexe IIA ou bien, de l'annexe IIB de la directive (tels que les services sociaux)¹⁴⁶.
- Néanmoins, le droit national¹⁴⁷ réglementant une activité particulière pourrait, dans des cas exceptionnels, prévoir un accès restreint à certains services au profit des organismes à but non-lucratif. Dans ce cas, les autorités publiques seraient autorisées à limiter la participation à une procédure de passation de marchés à de tels organismes à but non-lucratif, pour autant que le droit interne soit conforme au droit de l'Union. Néanmoins, ce droit interne constituerait une restriction aux articles 49 et 56 TFUE, relatifs à la liberté d'établissement et la libre circulation de services, et cette restriction devrait être justifiée au cas par cas. Sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice, cette restriction pourrait être justifiée, notamment, si elle est nécessaire et proportionnée en raison par rapport au besoin d'accomplir certains objectifs sociaux poursuivis par le système national de sécurité sociale.¹⁴⁸

¹⁴³ CJCE, arrêt Contse, dans l'affaire C-234/03, [2005] REC I-9315, paragraphe 79.

¹⁴⁴ Art. 2 de la directive 2004/18/CE.

¹⁴⁵ C'est pourquoi une exception spécifique a dû être introduite dans la directive pour permettre aux États membres de réserver des contrats à une catégorie particulière d'entreprises, à savoir les ateliers protégés où la plupart des employés concernés sont des personnes handicapées, voir art. 19 de la directive 2004/18/CE.

¹⁴⁶ La distinction entre les services de l'annexe IIA ou IIB est seulement appropriée à partir de l'article 20 de la directive.

¹⁴⁷ Le terme "droit national" se réfère à une réglementation nationale à caractère général et abstrait, par opposition à une décision du pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché concret. Par contre, le niveau législatif (au niveau national ou régional) n'est pas décisif à cet égard, du moment où cette réglementation a une portée générale et abstraite.

¹⁴⁸ Voir CJCE, arrêt Sodemare, dans l'affaire C-70/95, [1997], REC I-3395.

4.2.11. Les autorités publiques ont-elles encore la possibilité de négocier avec les prestataires de services durant la phase de sélection ? Ceci est particulièrement important pour les SSIG dans la mesure où les autorités publiques ne sont pas toujours en mesure de définir précisément leurs besoins au début du processus. Une discussion avec les prestataires potentiels de services est parfois nécessaire pour les autorités publiques.

Ainsi qu'il a été mentionné dans la réponse à la question 4.2.3, les autorités publiques peuvent utiliser des procédures négociées en vue de l'achat par voie de marchés publics ou des concessions des services de santé ou des services sociaux. Les autorités publiques en question ne seront pas soumises aux règles spécifiques concernant les procédures négociées de la directive 2004/18/CE, puisque cette directive n'est pas applicable aux concessions de services et ne contient que très peu de règles applicables aux services de son annexe IIB (tels que les SSIG).¹⁴⁹ Pour cette raison, lors de la passation d'un marché public ou d'une concession de SSIG, les autorités publiques sont libres d'organiser une procédure négociée ad hoc, dans la mesure où le droit national ne prévoit pas des règles spécifiques. En tout état de cause, les principes généraux de transparence et de non-discrimination prévus par le TFUE, imposant notamment de traiter de la même manière tous les opérateurs économiques invités à participer à la procédure négociée, restent applicables aux services ayant une dimension transfrontalière.

4.2.12. Dans quelle mesure les règles relatives aux marchés publics s'appliquent-elles à la coopération intercommunale ? Cette coopération peut prendre différentes formes, par exemple une commune achetant un service auprès d'une autre, ou bien deux communes lançant ensemble un marché public ou créant une entité en vue de la prestation d'un SSIG, etc.

Les règles relatives aux marchés publics s'appliquent dès lors qu'une autorité publique a l'intention de conclure un marché public de services avec un tiers¹⁵⁰ contre rémunération. Que le tiers soit un opérateur privé ou une autorité publique ne fait aucune différence.

Toutefois, comme les exemples suivants le démontrent, il existe des situations où des autorités publiques confient des activités économiques à d'autres autorités publiques, ou exercent conjointement ces activités avec d'autres autorités publiques sans être tenues d'appliquer les règles de l'Union en matière de marchés publics.

- Ainsi, la Cour a récemment estimé que les autorités publiques pouvaient accomplir les activités de service public dont elles ont la responsabilité en recourant à leurs propres moyens, en coopération avec d'autres autorités publiques, sans qu'aucune forme particulière d'organisation ne soit requise et

¹⁴⁹ Comme précisé à la réponse 2.2. et ainsi qu'il résulte de l'art. 21 de la directive 2004/18/CE, les marchés publics relatifs à ces services sont soumis uniquement à certaines règles de la directive 2004/18/CE, (à savoir l'obligation de définir les spécifications techniques dans le cahier de charges et de publier ex-post le résultat de la procédure), étant pour le reste régis par les principes généraux du TFUE (non-discrimination, transparence etc.).

¹⁵⁰ Voir les arrêts Teckal, affaire C-107/98, [1999] Rec I-8121, paragraphe 51, ARGE, affaire C-94/99, [2000] Rec I-11037, paragraphe 40, Auroux, affaire C-220/05, [2007] I-389, paragraphe 62.

sans qu'il soit nécessaire d'envisager l'application de la législation européenne des marchés publics à la mise en œuvre de ces modalités d'organisation.

- (i.) D'une part, la coopération entre autorités publiques peut être organisée dans le cadre d'une entité publique séparée qui remplit les critères "in-house"¹⁵¹. Sur ce point, voir la question 4.1.2
 - (ii.) D'autre part, la Cour a également précisé¹⁵² que la coopération public/public ne requiert pas nécessairement la création d'entités nouvelles contrôlées conjointement. Selon la Cour, celle-ci peut reposer sur une simple coopération entre entités publiques menée dans le seul but d'assurer conjointement l'exécution des tâches d'intérêt public dont les entités concernées sont responsables. Ceci n'implique pas nécessairement que chaque autorité publique coopère de manière égalitaire pour l'exécution des tâches d'intérêt public, la coopération pouvant être basée sur un partage des tâches et sur la spécialisation. Cependant, il doit y avoir une véritable coopération, par opposition à un marché public où une partie accomplit une tâche contre rémunération. Il ne doit pas y avoir de transferts financiers entre les autorités publiques, autres que le remboursement des coûts. La coopération ne doit être gouvernée que par des considérations et des exigences liées à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, ce qui exclut toute recherche de profit et toute participation d'entités privées ou d'entités à capitale mixte
- Par ailleurs, des autorités publiques comme des communes ont bien sûr la possibilité d'organiser ensemble un marché public. Une autorité publique peut ainsi lancer une procédure pour elle-même et pour une autre autorité publique¹⁵³ à condition de l'annoncer au début de la procédure. Les règles en matière de marchés publics s'appliqueront donc à la procédure lancée par ladite autorité publique pour elle-même et pour la ou les autres autorités publiques, mais elles ne s'appliqueront pas à la coopération entre autorités publiques.
 - De plus, plusieurs autorités publiques peuvent créer une nouvelle entité à et lui transférer complètement une tâche spécifique. Dans ce cas, les autorités publiques ne conservent aucun contrôle sur le service exercé, qui est presté par la nouvelle entité en toute indépendance sous sa seule responsabilité. Dans cette hypothèse, aucun service n'est presté et par conséquent ni le Traité ni les directives ne s'appliquent¹⁵⁴.
 - En outre, lorsque des autorités publiques mettent en place des structures d'assistance mutuelle et de coopération sans rémunération, il n'y a pas de

¹⁵¹ CJCE arrêt Coditel Brabant, affaire C-324/07, [2008] REC I-08457.

¹⁵² CJCE, arrêt Commission c /Allemagne, affaire C--480/06.

¹⁵³ Voir l'article 11 de la directive 2004/18/CE sur les centrales d'achats.

¹⁵⁴ Voir le communiqué de presse de la Commission IP/07/357 du 21.3.2007, qui déclare que le transfert complet d'une tâche à caractère public par un pouvoir public à un autre ne constitue pas une fourniture de service contre rémunération au sens de l'article 49 du Traité, si le pouvoir public auquel la tâche a été transférée exécute cette tâche en toute indépendance et sous sa seule responsabilité. Un tel transfert de tâche à caractère public relève de l'organisation interne de l'administration publique de l'Etat Membre en question. En tant que tel, il n'est pas soumis au Traité et à ses libertés fondamentales.

prestation de services au sens du Traité et le droit de l'Union n'est pas applicable.

4.2.13. Dans quelle mesure les règles "marchés publics" s'appliquent-elles aux partenariats public-privé (PPP) ?

A titre général, la création d'un PPP constitue une attribution d'un marché public ou d'une concession. Cette attribution reste pleinement soumise aux règles de "marchés publics" applicables dans le cas d'espèce, selon le type et la valeur du contrat concerné.

En ce qui concerne les PPP institutionnalisés (impliquant l'existence d'une entité à capital mixte), il est important de rappeler qu'ainsi qu'indiqué dans la réponse à la question 4.1.2, il n'y a pas de relation "opération interne" entre une autorité publique et une entité publique-privée dans laquelle une autorité publique participe conjointement avec une entité privée. Il en résulte que des services confiés à une entité publique-privée doivent être attribués conformément aux règles de "marchés publics" du Traité ou des directives "marchés publics". Il en résulte également que l'entrée d'un opérateur privé dans le capital d'une entité exécutant des tâches publiques attribuées dans le cadre d'une relation d'"opération interne"¹⁵⁵, met fin à cette relation et impose de remettre en concurrence le marché ou la concession concernée, à moins que l'opérateur privé ait été sélectionné conformément aux règles de marchés publics.

Lorsqu'une autorité publique suit une procédure d'attribution conforme au droit européen des marchés publics afin de sélectionner un partenaire privé qui va exécuter le contrat de service ou va bénéficier de la concession de service conjointement avec une autorité publique dans le cadre d'une entité mixte publique-privée, il n'est plus nécessaire d'organiser une deuxième procédure d'attribution pour la prestation de ce service. Toutefois, tout changement substantiel dans les paramètres concernant la prestation du service non prévu dans la procédure de marché d'origine exigerait le lancement d'une nouvelle procédure. Pour de plus amples informations, il convient de se référer à la Communication de la Commission sur les PPP institutionnalisés¹⁵⁶ qui explique concrètement comment organiser une telle procédure.

4.2.14. Dans quelle mesure est-il possible de prévoir dans le cadre de la passation d'un marché public ou d'une concession visant l'attribution d'un service social d'intérêt général, une obligation concernant le respect de certaines règles de gouvernance d'entreprise (telles que par exemple, le contrôle de l'entreprise à parité égale par des représentants du patronat et des syndicats ou l'intégration des représentants des usagers dans le conseil d'administration) ?

Les directives relatives aux marchés publics permettent aux acheteurs publics de prendre en compte aux différentes étapes de la passation d'un marché public des exigences particulières (qui peuvent être aussi de nature sociale), pour autant que ces considérations soient compatibles avec le droit de l'Union (notamment en termes de respect des principes du Traité – non-discrimination, transparence etc.) et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou le cahier des charges. En outre, ainsi qu'il résulte des directives susmentionnées, les exigences prévues dans les spécifications

¹⁵⁵ "in-house" dans la terminologie anglaise.

¹⁵⁶ Communication interprétative de la Commission C(2007)6661 concernant l'application du droit de l'Union des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI).

techniques, les critères de sélection ou les critères d'attribution doivent être liées à l'objet du marché (c'est-à-dire aptes à caractériser les produits/prestations recherchées). Par contre, les exigences faisant partie des clauses d'exécution ne doivent pas forcément être liées à l'objet du marché, mais uniquement à l'exécution du marché (c'est-à-dire, aux tâches permettant la production ou la prestation des biens ou services achetés).

Si le contrat en question ne relève pas des directives précitées, comme c'est le cas, par exemple, des concessions de services ou des marchés publics dont la valeur est inférieure aux seuils d'application des directives susmentionnées, les règles et principes du TFUE, tels qu'interprétés par la CJUE restent d'application si les contrats présentent un intérêt transfrontalier certain¹⁵⁷. A cet égard, l'obligation de respecter les principes du TFUE, et en particulier le principe de non-discrimination, fait également obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur impose des conditions qui ne seraient pas liées à l'objet du contrat ou à son exécution, dans le cadre de la passation des contrats non-soumis aux directives "marchés publics".

Or, les obligations de gouvernance d'entreprise, relatives notamment au contrôle de l'entreprise ou à la présence de certains groupes de personnes dans le conseil d'administration du prestataire de services, concernent l'organisation de l'entreprise en général, et ne peuvent donc être considérées ni comme liées à l'objet du marché concerné (car elles ne sont pas aptes à caractériser les services recherchés, en termes des caractéristiques techniques ou de meilleur rapport qualité-prix), ni comme liées à l'exécution du marché (car, elles ne sont pas liées aux tâches nécessaires pour la prestation des services recherchés).

Par contre, comme le mentionne la réponse à la question 4.2.4 ci-dessus, on peut concevoir que l'autorité publique exige que le service concret soit exécuté et évalué d'une façon qui implique la participation des usagers, à condition de ne pas entraîner des discriminations ni prédéterminer l'attribution dès le début de la procédure.

Il existe plusieurs manières d'associer les usagers, qui reflètent différents degrés d'implication de ceux-ci (organisation de sondages, recueil de suggestions, etc.). Il est possible que l'autorité publique ait des idées précises sur le degré de participation des usagers qu'elle souhaite. Elle pourrait aussi exiger, par exemple, que le fournisseur de services qui obtient le marché dispose ou mette en place une structure ou un mécanisme permettant aux représentants des usagers d'être associés à la prise de décisions dans la phase d'exécution du contrat, pour autant que ces décisions ne changent pas le contrat et ne soient pas discriminatoires. Si l'autorité publique ne dispose pas d'idées précises sur ce point, elle peut également demander aux candidats de lui suggérer des approches pour assurer une telle participation.

4.2.15. Comment peut-on concilier les règles de marchés publics avec le besoin des autorités publiques de stimuler les solutions innovantes répondant aux besoins complexes des usagers de SSIG ?

Les règles de marchés publics offrent aux autorités publiques de nombreux outils pour stimuler l'innovation.

¹⁵⁷ CJCE, arrêt du 07.12.2000 "Telaustria", dans l'affaire C-324/98.

Ainsi, les autorités publiques sont libres de définir les spécifications techniques¹⁵⁸ soit par des caractéristiques techniques détaillées, soit par des exigences ou des performances fonctionnelles¹⁵⁹. Dans ce dernier cas, l'autorité publique peut indiquer les résultats à atteindre sans en prescrire en détail les moyens, ce qui permet de stimuler la créativité des candidats, qui peuvent identifier et proposer des solutions plus innovantes permettant de satisfaire les besoins complexes des usagers.

L'utilisation des variantes¹⁶⁰ est un autre moyen par lequel l'innovation peut être encouragée. Les autorités publiques qui autorisent les variantes peuvent ainsi comparer les avantages et inconvénients d'une solution alternative plus innovante, par rapport à une solution standard.

Compte tenu du fait que les SSIG ne sont soumis qu'à un nombre très limité de règles de la directive 2004/18/CE, les autorités publiques peuvent choisir la procédure qui leur semble la plus adaptée par rapport aux particularités du service, pour autant que la procédure choisie respecte les principes du TFUE (transparence, non-discrimination). Par exemple, lorsqu'il s'agit des SSIG complexes pour lesquels l'autorité publique n'est pas en mesure d'identifier la manière la plus adaptée de répondre aux besoins spécifiques des usagers, elle peut utiliser une procédure similaire à la procédure de dialogue compétitif¹⁶¹.

4.2.16. *Quelles sont les obligations de publicité en matière de concessions de SSIG ? Est-ce qu'une publication au Journal Officiel de l'UE est possible ?*

Les concessions de services, contrairement aux concessions de travaux et aux marchés publics, ne sont pas soumises aux dispositions de la directive 2004/18/CE, et en particulier à l'obligation de publication d'un avis au Journal Officiel de l'UE. C'est la raison pour laquelle à présent il n'y a aucun formulaire spécifique pour la publication des concessions de services au Journal Officiel de l'UE. Néanmoins, les concessions de services sont régies par les principes du TFUE, y compris ceux de transparence et d'égalité de traitement. Conformément à ces principes et à l'instar de l'interprétation de la Cour de Justice de l'UE dans l'arrêt C-324/98 *Telaustria*, les pouvoirs concédants (ou les entités concédantes) sont obligés à garantir aux soumissionnaires potentiels, un «degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication», et donc à publier un avis approprié, compte tenu, entre autres, de l'objet et de la valeur économique de la concession en question.

- Il s'ensuit que dans les limites posées par la jurisprudence de la CJUE, les Etats Membres/pouvoirs adjudicateurs sont libres de définir les règles de publicité adéquates pour assurer la transparence des concessions de services. Les pouvoirs adjudicateurs ont bien sûr la possibilité de publier au JOUE les avis

¹⁵⁸ Art. 23 de la directive 2004/18/CE ;

¹⁵⁹ Ainsi que prévu à l'art. 23.3 de la directive 2004/18/CE, lorsque les spécifications techniques sont définies en en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, « *elles doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer le marché* »;

¹⁶⁰ voir art. 24 de la directive 2004/18/CE. Même si les services sociaux d'intérêt général ne sont soumis qu'à un nombre limité de règles de la directive 2004/18/CE, les autorités publiques peuvent bien sûr utiliser les dispositions facultatives de la directive, lorsque celles-ci leur semblent utiles.

¹⁶¹ prévue à l'article 29 de la directive 2004/18/CE pour les marchés soumis à l'ensemble des règles de la directive;

relatifs aux concessions de services, même si cela n'est pas exigé par le droit européen.

4.2.17. *Existe-t-il des modalités d'externalisation de SSIG autres que les marchés publics et les concessions qui seraient compatibles avec les principes de transparence et non discrimination et offrirait un large choix de prestataires ?*

Oui. L'autorité publique compétente peut par exemple définir au préalable les conditions dans lesquelles un service social doit être presté et, après une publicité adéquate, dans le respect des principes de transparence et non discrimination (voir réponse à la question 4.2.3), octroyer des licences ou autorisations à tous les prestataires qui remplissent ces conditions. Un système pareil ne prévoit pas de limites ou de quota quant au nombre des prestataires de services ; tous ceux qui remplissent les conditions peuvent y participer.

Les prestataires ayant obtenu une licence / autorisation devront fournir le service à la demande de l'utilisateur, qui aura ainsi le choix parmi différents prestataires, et à un prix qui aura été fixé auparavant par l'autorité publique.

5. APPLICATION CONCOMITANTE DES REGLES EN MATIERE D'AIDES D'ETAT ET DES REGLES RELATIVES AUX MARCHES PUBLICS ET AUX CONCESSIONS DE SERVICE AUX SIEG

5.1. Le droit de l'Union impose-t-il un mode spécifique de gestion de SIEG ?

Selon une jurisprudence constante, les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG et quant à l'organisation de ces services. Par conséquent, les autorités publiques sont libres de choisir le mode de gestion des SIEG qu'ils mettent en place.

Au sens des règles en matière d'aides d'Etat, les autorités publiques peuvent organiser et financer leur SIEG comme ils le souhaitent, aussi longtemps que les compensations qu'ils accordent à ce titre ne dépassent pas ce qui est nécessaire afin de permettre l'accomplissement de la mission de SIEG dans des conditions économiquement acceptables en application de l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

Lorsque la mise en place d'un SIEG donne lieu à l'attribution d'un marché public ou d'une concession (c'est-à-dire quand il s'agit d'une prestation de service contre rémunération représentée par le paiement d'un prix ou par l'attribution d'un droit d'exploiter le service rémunéré par une redevance due par les usagers), les autorités publiques doivent respecter non seulement les règles en matière d'aides d'Etat, mais également les règles relatives aux marchés publics et aux concessions. Pour plus de précisions, voir réponses aux questions 3.1.15 et 4.2.1.

Dans le cas où la gestion d'un SIEG est attribuée dans le cadre d'une procédure de marché public permettant la sélection du candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, et si les autres conditions de l'arrêt Altmark sont remplies (pour ces conditions voir réponse à la question 3.2.1), les compensations accordées à ce titre ne constituent pas des aides d'Etat au sens de la jurisprudence Altmark.

5.2. Quand une autorité publique finance en conformité avec les règles des aides d'Etat un prestataire de SIEG, doit-elle appliquer également les règles de l'Union concernant la passation des marchés publics de services ou des concessions de services ?

Les règles en matière d'aides d'Etat et les règles en matière de marchés publics et de concessions visent des objectifs différents et ont des champs d'application distincts. Les règles en matière d'aides d'Etat concernent les conditions de financement des SIEG et par conséquent des SSIG de nature économique, et visent à empêcher des distorsions de concurrence causées par des financements ou des avantages similaires accordés par l'Etat et ses émanations, tandis que les règles en matière de marchés publics et de concessions concernent les conditions d'attribution de ces services aux opérateurs et ont notamment comme objectif d'éviter des distorsions de concurrence pouvant découler de la gestion de l'argent public par les pouvoirs adjudicateurs lors de l'attribution de ces services, ainsi que d'assurer la concurrence la plus large en Europe et de permettre d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix, notamment au bénéfice de l'utilisateur du service.

C'est la raison pour laquelle les autorités publiques qui souhaitent mettre en place un SIEG ne doivent pas seulement respecter les règles en matière d'aides d'Etat, mais également celles relatives à l'attribution des marchés publics ou des concessions.

En ce qui concerne les règles en matière de marchés publics, celles-ci sont applicables à partir du moment où il y a une obligation de fournir un service spécifique contre rémunération et cela indépendamment de l'objectif d'intérêt général du service. En revanche, le simple financement d'une activité, normalement lié à une obligation de rembourser les montants perçus, s'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, ne relève normalement pas du droit des marchés publics.

La qualification juridique d'un contrat comme marché public en droit de l'Union doit être établie sur la base de la notion de marché public définie par les directives en la matière (et notamment par la directive 2004/18/CE), indépendamment de la qualification juridique donnée au contrat par le droit national.

Un contrat est susceptible de rentrer dans le champ d'application des définitions de marché public de services ou de concession lorsque:

- a) le contrat a pour objet la réalisation de besoins préalablement définis par l'autorité publique dans le cadre de ses compétences
- b) les caractéristiques et les modalités d'exécution du service sont déterminées en détail par l'autorité publique
- c) le contrat prévoit une rémunération du service (paiement d'un prix ou attribution d'un droit d'exploiter le service rémunéré par une redevance due par les usagers)
- d) l'autorité publique prend l'initiative de rechercher un prestataire à qui confier le service

- e) le contrat sanctionne l'inexécution des obligations contractuelles, afin de garantir que le service confié au tiers est presté correctement de manière à répondre aux exigences de l'autorité publique (pénalités, dédommagement, etc.)

Les critères ci-dessus servent d'indices afin de déterminer si l'objet du contrat réside bien dans la prestation d'un service contre rémunération.

5.3. Est-il possible pour un concessionnaire d'un SIEG de recevoir une aide d'Etat sous forme de compensation de service public afin de couvrir les coûts effectifs de la mission de service public dont il est chargé ?

Au regard des articles 106, 107 et 108 TFUE, il appartient aux Etats membres de désigner leurs services de SIEG conformément aux conditions précisées dans la Décision. Si l'Etat membre décide qu'une entité est en charge d'un service d'intérêt économique général, celle-ci peut bénéficier d'une compensation de service public, si les recettes qu'elle reçoit de l'exploitation du SIEG sont insuffisantes pour couvrir les coûts. Cette compensation ne peut dépasser les coûts nets effectivement supportés y compris un bénéfice raisonnable.

Au regard des règles en matière de marchés publics et de concessions, la notion de concession de service ne s'oppose pas à l'octroi d'une aide d'Etat dès lors que le concessionnaire continue à assumer une partie significative du risque lié à l'exploitation du service. En revanche, si l'aide élimine le risque lié à l'exploitation du service ou le rend négligeable, le contrat en question serait qualifiable en tant que marché public de service. Dans ce cas, les dispositions détaillées de la directive sont en principe applicables.

Néanmoins, en ce qui concerne les services indiqués dans l'annexe II B de la directive, comme les services sociaux, il n'y a que quelques dispositions de la directive qui seront d'application (voir réponse aux questions 4.2.1 et 4.2.3). Le régime applicable aux services sociaux ayant un intérêt transfrontalier reste donc similaire, peu importe s'il s'agit d'une concession de service ou d'un marché public de service.

5.4. L'exception dite d'"opération interne" ("in-house" dans la terminologie anglaise) qui exclut l'application des règles des marchés publics, entraîne-t-elle aussi l'exclusion de l'application des règles des aides d'Etat ?

Si une situation n'est pas couverte par le droit européen des marchés publics, ceci ne signifie pas automatiquement qu'elle est aussi exclue du droit européen des aides d'Etat.

Pour ce qui est du droit européen des aides d'Etat voir réponse à la question 3.1.19.

Pour ce qui est du droit européen de marchés publics, voir réponse à la question 4.1.2.

5.5. Quels sont les critères objectifs permettant d'établir qu'un certain niveau de compensation conduit à neutraliser le risque d'exploitation ?

La notion de risque est un élément essentiel du concept de concession. En effet, selon les définitions de la concession de travaux et de services prévues à l'article 1er, paragraphes 3 et 4 de la directive 2004/18/CE, la concession est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux/de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage/le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Le critère de l'exploitation, impliquant l'existence d'un risque, constitue donc une caractéristique indispensable pour déterminer si l'on est en présence d'une concession. Ainsi, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice (en particulier les arrêts dans l'aff. C-300/07 "Oymanns" et dans l'aff. C-206/08 "Eurawasser"), on n'est en présence d'une concession que si une partie importante du risque d'exploitation est transférée à l'opérateur.

La vérification de l'existence d'un risque significatif ne peut se faire qu'au cas par cas. Les risques à prendre en compte sont ceux liés à la prestation du service ou à la mise à disposition et à l'usage de l'ouvrage, notamment le risque lié à la demande. On peut considérer en principe que l'opérateur prend en charge une partie importante des risques, dès qu'il y a une incertitude quant au retour sur l'investissement.

L'absence de risque significatif, parce que la compensation a atteint des montants qui ont neutralisé ou rendu négligeable le risque d'exploitation, implique la requalification du contrat de concession de services en marché de services avec les conséquences légales qui en découlent (à savoir possibilité d'annulation du contrat en cas d'infraction au droit des marchés publics).

6. QUESTIONS GENERALES SUR L'APPLICABILITE AUX SIEG, ET LES SSIG EN PARTICULIER, DES REGLES DU TRAITE SUR LE "MARCHE INTERIEUR" (LIBERTE D'ETABLISSEMENT ET LIBRE PRESTATION DES SERVICES)

On entend ici par "règles du traité sur le marché intérieur" les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) en matière de liberté d'établissement (article 49 du traité) et de libre prestation de services (article 56 du traité). Pour ce qui est des règles sur les marchés publics, se reporter à la partie du document consacrée aux marchés publics (Voir chapitre 4).

6.1. Quand les règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) s'appliquent-elles aux SSIG ?

Les SSIG tombent dans le champ d'application des règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) lorsqu'ils constituent une "activité économique" au sens de la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de ces articles. Certains de ces services peuvent également tomber dans le champ d'application de la directive "services".. En revanche, les activités "non-économiques" n'entrent pas dans le

champ d'application de ces règles. Pour en savoir plus sur la notion d'activité "non économique" au sens des règles du traité sur le marché intérieur, voir question 6.3.

La notion d'"activité économique" est une notion du droit de l'Union qui a été développée progressivement par la Cour sur la base des articles 49 et 56 TFUE. Dans la mesure où cette notion sert à délimiter le champ d'application de deux des libertés fondamentales garanties par le traité, elle ne peut pas être interprétée de façon restrictive¹⁶². Pour en savoir plus sur la notion d'activité économique au sens des règles du traité sur le marché intérieur, voir question 6.2.

6.2. Quand une activité est-elle qualifiée d' "économique" au sens des règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) et de la directive "services" ?

De manière générale, ne relèvent des règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) et de la directive "services" que des services constituant des "activités économiques".

Selon les règles du Traité sur le marché intérieur, toute prestation de service rémunérée doit être regardée comme une activité économique. Selon la Cour, le service ne doit pas nécessairement être payé par ceux qui en bénéficient¹⁶³ mais la prestation de ce service implique l'existence d'une contrepartie économique.

La Cour a aussi eu l'occasion de préciser que le caractère "économique" d'une activité ne dépend pas du statut juridique de l'opérateur ou de l'organisme (qui peut être à caractère public ou non lucratif¹⁶⁴), ni de la nature du service (par exemple, le fait qu'une prestation relève du domaine de la sécurité sociale ou de la santé n'a pas en soi comme conséquence d'exclure l'application des règles du traité¹⁶⁵). Les activités des membres d'une communauté religieuse ou d'une association de sport amateur peuvent ainsi être considérées comme économiques¹⁶⁶. Le caractère "économique" d'une activité ne dépend pas non plus de sa qualification en droit national. Un service qualifié en droit interne de "non marchand" pourra s'analyser comme une "activité économique" au regard des règles précitées du Traité. De même, le fait qu'une activité soit poursuivie dans un but d'intérêt général ne saurait nécessairement affecter la nature économique de cette activité.

Pour déterminer si un service donné doit être qualifié d'"activité économique" soumise aux règles du traité sur le marché intérieur, et le cas échéant à la directive "services", il convient donc de procéder à un examen au cas par cas, au regard de toutes les caractéristiques de l'activité en question, notamment la manière dont elle est effectivement exercée, organisée et financée dans l'Etat membre concerné.

¹⁶² C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, par. 52.

¹⁶³ La Cour a estimé par exemple que des services hospitaliers dispensés gratuitement en nature en vertu du régime d'assurance maladie applicable pouvaient constituer une activité économique au sens du traité.

¹⁶⁴ C-172/98 *Commission contre Belgique*. Dans C-157/99 *Smits et Peerbooms* (par. 50), la Cour a rejeté l'argument selon lequel la recherche d'un bénéfice dans le chef du prestataire constituerait une condition supplémentaire pour qu'une prestation puisse constituer une activité économique au sens de l'article 60 du traité.

¹⁶⁵ Arrêt *Smits et Peerbooms* précité.

¹⁶⁶ C-196/87 *Steymann* et C-51/96 et C-191/97 *Deliège*.

La directive "services" s'applique à tous les services qui ne sont pas explicitement exclus de son champ d'application (certains services sociaux sont exclus: pour en savoir plus sur l'application de la directive "services" aux services sociaux, voir réponse à la question 7.2). Seules les activités de nature économique tel que définies ci-dessus relèvent de la notion de "service" visés par la directive.

Pour en savoir plus sur ce que le fait d'être qualifié d' "activité économique" au sens des règles du traité sur le marché intérieur implique pour les services sociaux concernés, voir aussi les réponses aux questions 6.5 et 6.6.

6.3. Quand une activité est-elle qualifiée de "non économique" au sens des règles du traité sur le marché intérieur (articles 49 et 56 TFUE) et de la directive "services" ?

Il découle de la jurisprudence de la Cour que les activités qui sont accomplies sans contrepartie économique, par l'Etat ou pour le compte de l'Etat, dans le cadre de ses missions dans le domaine social, par exemple, ne constituent pas une activité économique au sens des règles du traité sur le marché intérieur et de la directive "services"¹⁶⁷.

Exemples

- des prestations fournies par un organisme au titre d'un régime d'assurance obligatoire (par exemple le paiement d'indemnités en cas de survenance de sinistres naturels)¹⁶⁸.
- les cours dispensés dans le cadre du système d'éducation nationale¹⁶⁹ ou les cours dispensés dans un institut d'enseignement supérieur dont le financement était assuré, pour l'essentiel, par des fonds publics¹⁷⁰.

6.4. Les services sociaux exclus de la directive "services" restent-ils néanmoins soumis aux règles du traité sur le marché intérieur ?

Ont été exclus de la directive "services" (article 2.2.j de la directive) 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 et ce, dès lors qu'ils sont fournis par l'Etat lui-même (au niveau national,

¹⁶⁷ C-109/92 Wirth.

¹⁶⁸ Dans son arrêt dans l'affaire C-355/00 Freskot, la Cour a jugé que les cotisations versées à cet organisme ne revêtaient pas le caractère d'une contrepartie économique dans la mesure, notamment, où ces cotisations revêtaient essentiellement le caractère d'une charge imposée par le législateur et que le niveau et les modalités des prestations de l'organisme d'assurance étaient fixés par le législateur.

¹⁶⁹ Dans son arrêt dans l'affaire C-263/86 Humbel, la Cour met en avant, d'une part, le fait qu'en établissant et en maintenant un système d'éducation nationale, l'Etat n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population. D'autre part, le système en cause est, en règle générale, financé par le budget public et non par les élèves ou leurs parents. La Cour a ajouté que la nature de cette activité n'est pas affectée par le fait que les élèves ou leurs parents sont parfois obligés de payer certaines redevances ou frais de scolarité en vue de contribuer dans une certaine mesure aux frais de fonctionnement du système.

¹⁷⁰ Dans l'arrêt Wirth précité, la Cour a en effet estimé que les considérations qu'elle avait développées dans son arrêt Humbel précité valaient également pour les cours dispensés dans un institut d'enseignement supérieur dont le financement était assuré, pour l'essentiel, par des fonds publics.

régional ou local), par un prestataire mandaté par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat.

Les services exclus de la directive "services" continuent, dans la mesure où ils constituent des activités économiques, de relever de l'application des règles du Traité, notamment celles de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (articles 49 et 56 du TFUE). Les mesures nationales visant à encadrer les services exclus de la directive "services" restent donc susceptibles de faire l'objet d'une évaluation de leur compatibilité avec le droit communautaire par le juge national ou par la Cour de justice, notamment au regard des articles 49 et 56 du traité précités. Des objectifs en matière de politique sociale peuvent justifier l'application de mesures destinées à réglementer le secteur des services sociaux, dès lors que ces mesures sont proportionnées aux objectifs poursuivis. Voir également la réponse aux questions 6.5 et 6.6.

6.5. Des objectifs en matière de politique sociale peuvent-ils justifier l'application de mesures destinées à réglementer le secteur des services sociaux ?

Selon la Cour, les États membres sont libres de fixer les objectifs de leur politique en matière sociale et, le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché. Toutefois, les règles qu'ils imposent doivent satisfaire aux conditions qui ressortent de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne leur justification et leur proportionnalité. Les restrictions aux libertés du marché intérieur doivent être appréciées au regard des objectifs poursuivis par les autorités compétentes de l'État membre concerné et du niveau de protection qu'elles entendent assurer.

La jurisprudence a identifié un certain nombre de "raisons impérieuses d'intérêt général" qui constituent des objectifs permettant aux États membres de justifier des restrictions aux libertés du marché intérieur (par exemple des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, etc.). De manière générale, la jurisprudence actuelle de la Cour révèle que des considérations d'ordre social peuvent justifier des restrictions aux libertés fondamentales, par exemple dans la mesure où il pourrait être considéré comme inacceptable de permettre que des profits privés soient tirés de la faiblesse des destinataires de services¹⁷¹. Toute mesure doit toutefois être propre à garantir la réalisation d'un ou de plusieurs objectifs légitimes invoqués par cet État membre et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif.

Ainsi, par exemple, selon le traité et (pour les services qui y sont inclus) la directive "services", les régimes d'autorisation préalable à l'exercice d'une activité peuvent être maintenus à condition qu'ils soient non-discriminatoires, qu'ils poursuivent un objectif d'intérêt général, qu'ils soient effectivement adaptés pour atteindre cet objectif et enfin que l'objectif qu'ils poursuivent ne puisse être atteint par d'autres mesures moins contraignantes. Dans le secteur social, la Cour a jugé que les objectifs en matière de politique sociale constituent des "raisons impérieuses d'intérêt général" qui peuvent justifier l'application de régime d'autorisations ou d'autres mesures destinées à réguler les marchés dès lors que ces régimes ou mesures sont proportionnées aux objectifs poursuivis.

¹⁷¹ Voir en ce sens l'arrêt dans les affaires C-447/08 et C-448/08 s'agissant de jeux de hasards sur internet.

6.6. Les Etats membres peuvent-ils décider de réserver la prestation de certains services sociaux à des prestataires à caractère non lucratif ?

Il découle de la jurisprudence de la Cour que, selon l'échelle des valeurs propre à chacun des États membres, et eu égard au pouvoir d'appréciation dont ceux-ci disposent, il est loisible à un État membre de confier l'exercice de certaines activités à des organismes publics ou caritatifs par exemple¹⁷². Toute mesure dans ce sens doit toutefois être propre à garantir la réalisation d'un ou de plusieurs objectifs légitimes invoqués par cet État membre et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif. Une législation nationale n'est par ailleurs propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique. En tout état de cause, ces restrictions doivent être appliquées de manière non discriminatoire.

7. QUESTIONS SUR L'APPLICABILITE AUX SIEG ET EN PARTICULIER AUX SSIG DE LA DIRECTIVE "SERVICES"

7.1. Quels Services d'intérêt économique général entrent dans le champ d'application de la Directive "services"?

Les services d'intérêt économique général (SIEG) sont couverts par la directive "services" tant qu'ils n'ont pas été explicitement exclus de son champ (par exemple les services de transport, les services de santé, certains services sociaux, les services et réseaux de communications électroniques et les services audiovisuels ont été exclus). Les services sociaux ont été partiellement exclus : ils sont couverts par la directive lorsqu'ils sont fournis par des opérateurs privés qui n'ont pas été mandatés par l'État, mais ils en sont exclus lorsqu'ils sont fournis par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État.

Pour le restant des SIEG qui ne sont pas exclus du champ d'application de la directive "services", cette dernière contient tout un ensemble de "sauvegardes" visant à permettre aux États membres de tenir pleinement compte, lors des travaux de transposition de la directive, des spécificités de ces secteurs. Les États membres doivent ainsi pouvoir maintenir en vigueur les règles nationales qui encadrent ces secteurs, par exemple pour garantir des services de haute qualité.

Premièrement, les dispositions de la directive sur la liberté d'établissement permettent aux États membres de tenir compte des spécificités des SIEG. En particulier, l'examen et l'évaluation de certaines exigences de droit national, auxquels les États membres ont dû procéder en vertu de la directive, ne doit pas faire échec à l'accomplissement de la mission particulière qui a été confiée aux SIEG (article 15.4). En outre, conformément aux articles 9 à 13, les États membres peuvent maintenir en vigueur des régimes d'autorisation régissant l'accès aux activités de service (y compris les SIEG) ou leur exercice dans tous les cas où ces autorisations sont non-discriminatoires, justifiées au regard d'une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées.

¹⁷² Voir arrêt précité dans les affaires C-447/08 et 448/08, par. 43. Voir également l'affaire précitée C-70/95 Sodemare [1997], REC I-3395.

Deuxièmement, la directive dispose que la clause de libre prestation des services prévus à l'article 16 ne s'applique pas aux SIEG (en vertu d'une dérogation explicite figurant à l'article 17).

En général, les travaux de transposition menés par les Etats membres montrent que la directive bénéficie à la modernisation de nos économies, aux prestataires de services et aux consommateurs. Durant la phase de transposition, la Commission n'a pas eu connaissance de problèmes particuliers liés à l'application de la directive aux SIEG.

Vous trouverez sur le site indiqué ci-dessous des informations sur les législations que les États membres ont adopté en vue de mettre en œuvre la directive "services" et des liens vers les différents textes législatifs lorsqu'ils sont disponibles: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/news_fr.htm.

7.2. Quels services sociaux ont-été exclus de la directive "services" et quand les dispositions de ladite directive s'appliquent-elles à ces services sociaux ?

Certains services sociaux ont été exclus du champ d'application de la directive "services". L'exclusion visée à l'article 2.2.j de la directive "services" ne couvre pas tous les services sociaux mais seulement 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 et ce, dès lors qu'ils sont fournis par l'Etat lui-même (au niveau national, régional ou local), par un prestataire mandaté par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat. En effet, s'agissant d'une disposition dérogatoire à une règle générale, cette exclusion doit, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice européenne, être interprétée de manière stricte.

A contrario, les services sociaux qui ne sont pas visés à l'article 2.2.j de la directive (par exemple les services à l'aide à l'enfance qui ne sont pas fournis par l'un ou l'autre des prestataires précités) sont soumis au cadre réglementaire établi par la directive "services".

A cet égard, il convient de souligner qu'il y a, dans la directive, tout un ensemble de dispositions qui reconnaissent et tiennent compte de la spécificité des services sociaux qui n'auraient pas été exclus de son champ. Par exemple, la directive ne remet pas en cause la possibilité pour les Etats membres d'encadrer l'accès et l'exercice de ces services afin de garantir leur qualité. En vertu des articles 9 à 13 de la directive, les Etats membres peuvent maintenir leurs régimes d'autorisation qui régissent l'accès et l'exercice d'activités dès lors que ces régimes sont non-discriminatoires, justifiés et proportionnés. Pour les services sociaux couverts par la directive qui seraient des SIEG, ceux-ci sont exclus (en vertu de l'article 17 de la directive) de la clause sur la libre prestation des services visée à l'article 16 de la directive. Enfin, il convient de préciser que la directive ne porte pas sur le financement des services sociaux. La directive ne traite pas des aides accordées par les Etats membres, qui relèvent des règles de concurrence (voir partie sur les aides d'Etat). En particulier, elle ne porte pas sur les critères d'accès aux fonds publics, ni sur les normes de qualité auxquelles est subordonnée la réception de fonds publics (voir à cet égard les considérants 10, 17 et 28 de la directive).

7.3. Les Etats membres peuvent-ils maintenir, dans le cadre de la transposition de la directive "services", des régimes d'autorisation dans le domaine des services sociaux ?

L'article 9 de la directive "services" impose aux Etats membres de passer en revue leur législation afin d'identifier les régimes d'autorisation relatifs à l'accès et à l'exercice d'une activité de services. Dès lors qu'une législation requiert une décision de l'autorité compétente avant que le prestataire ne puisse exercer une activité tombant dans le champ d'application de la directive, il s'agira d'un régime d'autorisation devant faire l'objet d'une évaluation au regard de la directive. Pour chaque régime (et ses procédures) identifié(s), l'Etat membre devait, pendant la période de transposition, procéder à une évaluation au regard des règles établies par les articles 9-13 de la directive. Ainsi, tous les régimes d'autorisation relatifs à l'accès ou l'exercice d'une activité de services relevant du champ d'application de la directive "services" devaient faire l'objet, dans le cadre de la transposition de ladite directive, d'une évaluation au regard du principe de non-discrimination, de l'existence ou non de raisons impérieuses d'intérêt général et, le cas échéant, de la proportionnalité des mesures sous examen.

En fonction du résultat de l'évaluation, les Etats membres étaient tenus de supprimer les régimes d'autorisation non conformes à l'article 9 ou de les remplacer par des mesures moins contraignantes et compatibles avec les dispositions de la directive.

Il convient en outre de noter que les régimes d'autorisation exclus de la directive "services" continuent de relever de l'application des règles du traité, notamment celles de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (articles 49 et 56 du TFUE). Ils restent donc susceptibles de faire l'objet d'une évaluation de leur compatibilité avec le droit de l'Union par le juge national ou par la Cour de justice, notamment au regard des articles 49 et 56 du traité précités. Voir également la réponse aux questions 6.5 et 7.4.

7.4. Quand un même régime d'autorisation s'applique à la fois à des services exclus du champ d'application de la directive et à des services qui y sont inclus, ce régime relève-t-il des dispositions de la directive? Si oui, l'Etat membre doit-il établir des régimes d'autorisation distincts et propres aux services exclus et inclus ?

Oui, lorsqu'un même régime d'autorisation s'applique à la fois à des services exclus du champ d'application de la directive et à des services qui y sont inclus, ce régime relève bien des dispositions de la directive.

Toutefois, la directive n'impose pas à l'Etat membre d'établir des régimes d'autorisation distincts selon qu'il s'agit d'un service tombant ou non dans le champ d'application de la directive, de même qu'elle n'interdit pas à un Etat membre de prévoir des régimes distincts. L'essentiel, du point de vue de la directive, est que l'Etat membre s'assure que les régimes d'autorisation concernant des services relevant du champ de la directive soient mis en conformité avec cette dernière (pour plus de détail voir réponse à la question 7.3).

7.5. L'article 2.2.j de la directive "services" s'applique-t-il aux services sociaux relatifs aux crèches et halte-garderie d'enfants fournis par des prestataires

mandatés par l'Etat ou les collectivités territoriales ou par toute entité mandatée à cet effet ?

Les services sociaux relatifs aux crèches et aux haltes-garderies sont visés par l'exclusion visée à l'article 2.2.j de la directive "services" dans la mesure où ils sont fournis par l'Etat lui-même (au niveau national, régional ou local), par un prestataire mandaté par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat

Les services sociaux relatifs aux crèches et haltes-garderies fournis par des opérateurs non mandatés par l'Etat ne sont pas exclus du champ d'application de la directive. Voir également la réponse à la question 7.2.

7.6. Que recouvre la notion d' "Etat" au sens de l'article 2.2.j de la directive "services" qui prévoit notamment que les services sociaux doivent être fournis par "l'Etat" ou par un "prestataire mandaté par l'Etat" ?

Il convient de rappeler tout d'abord que l'article 2(2j) de la directive "services" a pour objet de délimiter la portée d'une exclusion du champ d'application de la directive pour certains services sociaux. Dès lors, s'agissant d'une disposition dérogatoire à une règle générale, celle-ci doit, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice européenne, être interprétée de manière stricte.

Selon l'article 2(2j) certains services sociaux, aussi bien ceux prestés par l'"Etat" que par les "prestataires mandatés par l'Etat" ont été exclus du champ de la directive. La notion d'Etat, au sens de l'article 2(2j) de la directive "services", comprend, conformément au considérant 27 de la directive, non seulement l'administration centrale de l'Etat mais aussi toutes les collectivités territoriales au niveau régional et local. Dès lors que l'Etat, dans l'acception précisée ci-dessus, décide de confier à un prestataire, que ce soit une personne physique ou morale, de statut public ou privé, l'obligation de prêter un certain service au lieu de le prêter directement, il s'agira d'un prestataire mandaté par l'Etat au sens de la directive. Pour bénéficier de l'exception prévue par la directive, la question de savoir s'il s'agit d'un service social presté par l'Etat ou par un organisme de droit public qui aurait été chargé explicitement, par et pour le compte de l'Etat, de l'obligation de prêter ledit service, par exemple, par le biais d'une loi, n'est donc pas déterminante.

7.7. Que recouvre la notion "prestataire mandaté par l'Etat" visée à l'article 2.2.j de la directive "services" ?

La Commission considère que pour qu'un prestataire puisse être considéré comme "mandaté par l'Etat" au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j), ce prestataire doit avoir l'obligation d'assurer le service dont il a été chargé par l'Etat. Un prestataire chargé de l'obligation de prêter un service, par exemple à l'issue d'un marché public ou par le biais d'une concession de services, peut être considéré comme un prestataire "mandaté par l'Etat" au sens de la directive "services". Ceci est également valable pour tout autre type de mesure prise par l'Etat pour autant qu'une telle mesure implique une obligation de prêter le service pour le prestataire en question. Voir également la réponse à la question 3.4.4.

7.8. La notion de "prestataire mandaté" au sens de la directive "services" (article 2.2.j) est-elle la même que la notion de "mandat" au sens de l'article 106.2 TFUE, ainsi qu'au sens du Paquet SIEG ?

Se reporter à la réponse à la question 3.4.4.

7.9. Une délibération officielle d'une autorité publique régionale définissant un service social d'intérêt général de formation professionnelle et chargeant de sa gestion une ou plusieurs entreprises de formation par concession de services et octroi de compensation de service public constitue-t-elle un acte de mandatement au sens de la directive "services" ?

Une entreprise de formation chargée par délibération officielle d'une autorité publique régionale de la gestion, par concession de services, d'un service social d'intérêt général de formation professionnelle ne pourra être considérée comme un "prestataire mandaté" au sens de l'article 2.2.j précité que dans la mesure où l'entreprise en question a l'obligation de fournir un tel service. Il s'agit d'une analyse qui doit être faite au cas par cas, sur la base des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce.

En outre, au titre de l'article 2.2.j de la directive, lu à la lumière du considérant 27 de ladite directive, le service de formation professionnelle presté par un prestataire mandaté par l'Etat ne pourra être considéré comme étant un service exclu du champ d'application de la directive "services" que s'il satisfait aux conditions précisées au considérant 27 de la directive, c'est-à-dire qu'il s'adresse à des personnes " qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d'un manque total ou partiel d'indépendance" ou "qui risquent d'être marginalisées", comme par exemple les chômeurs.

Enfin, il y a lieu de remarquer que les services exclus du champ d'application de la directive "services" continuent, en tout état de cause, de relever de l'application des règles du TFUE, notamment celles de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (articles 49 et 56 TFUE). Voir à cet égard la réponse à la question 6.4. En ce qui concerne l'application des règles en matière d'aides d'Etat à ce type d'acte, voir réponse à la question 3.4.5.

7.10. Que recouvre la notion "d'association caritative reconnue comme telle par l'Etat" visée à l'article 2.2.j de la directive "services" ?

Il doit être tout d'abord souligné que cette notion est propre à la directive "services" et que son interprétation ne dépend donc pas directement des concepts existant dans les droits nationaux des Etats Membres, ni d'autres textes de l'Union. En effet, cette définition vise uniquement à identifier certains opérateurs dont les services peuvent être exclus du champ de la directive "services" au sens de son article 2.2.j). A savoir: 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 qui seraient assurés par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat.

Ainsi, au sens de la directive "services", la notion d'"associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat" implique non seulement l'absence de caractère

lucratif des prestataires de services en question, mais aussi le fait qu'ils effectuent des activités à caractère caritatif (spécifiquement reconnues comme telles par les pouvoirs publics) au profit de tierces personnes (c'est-à-dire en dehors de leurs membres) en situation de besoin. Il s'ensuit, entre autres, que la seule reconnaissance du caractère non lucratif de certaines associations (octroyé par exemple à des fins fiscales) ou encore le caractère d'intérêt général des activités exercées ne constituent pas des critères suffisants en eux-mêmes pour qualifier l'association comme relevant de la notion d'"associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat". De même, un simple agrément reçu de la part de l'Etat ne peut pas non plus être considéré comme un critère suffisant en lui-même pour considérer qu'une association relève de cette notion (et que ces activités sont donc exclues du champ d'application de la directive "services").

En se référant à cette notion dans son manuel de transposition¹⁷³, la Commission a cité, à simple titre d'exemple d'association caritative au sens de la directive, "les églises et les organisations religieuses poursuivant des fins charitables et bénévoles". Le caractère laïc ou religieux d'une telle association n'est toutefois pas déterminant aux fins de délimiter le champ de l'exclusion de la directive "services" pour les services sociaux. Il s'ensuit que les services qui sont prestés par une association dont le caractère caritatif a fait l'objet d'une reconnaissance de l'Etat sont exclus de la directive "services" au titre de son article 2, paragraphe 2, point j), indépendamment du fait que l'organisation dont il est question soit laïque ou religieuse.

¹⁷³ Manuel relatif à la transposition de la directive "services" disponible sur le site: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/documents_fr.htm#info.