

## **Annexe 5 – La compensation non qualifiable d'aide d'Etat**

### **Certaines compensations de SIEG ne remplissent pas l'un des critères constitutifs d'une aide d'Etat**

---

Lorsqu'une collectivité territoriale compense le coût d'un service qu'elle confie à un tiers agissant sur un secteur concurrentiel, cette compensation est susceptible d'être qualifiée d'aide d'Etat.

Sont considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises<sup>1</sup> ou qui constituent un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché<sup>2</sup>. La qualification d'aide suppose que les quatre conditions citées à l'article 87§1 du traité CE soient remplies :

- l'aide doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres ;
- il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État ;
- elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence ;
- l'aide doit accorder un avantage à son bénéficiaire.

Dès lors qu'elles ne remplissent pas l'un de ces critères, les compensations de SIEG échappent à la qualification d'aide d'Etat.

Si une compensation de SIEG constitue par nature un avantage octroyé par la collectivité et sélectif car elle ne s'applique pas à l'ensemble des entreprises, elle peut, néanmoins, ne pas répondre à l'ensemble des critères constitutifs d'une aide d'Etat. C'est le cas lorsque la compensation n'affecte pas la concurrence et les échanges entre Etats (1) ou lorsqu'elle ne fausse pas la concurrence car les critères de la jurisprudence Altmark sont tous respectés (2).

#### **1. LES COMPENSATIONS DE SIEG NON SUSCEPTIBLES D'AFECTER LES ECHANGES ENTRE ETATS-MEMBRES**

Selon la jurisprudence de la CJCE<sup>3</sup>, il n'existe pas de seuil ou de pourcentage en-dessous duquel on peut considérer que les échanges entre États membres ne sont pas, effectivement ou potentiellement, affectés. En effet, l'importance relativement faible d'une aide, ou encore la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire n'excluent pas *a priori* l'éventualité que les échanges entre États membres soient affectés<sup>4</sup>. Néanmoins, la Commission admet que certaines aides de ce type n'affectent pas les échanges entre les Etats membres.

##### 1.1. Les aides *de minimis*

D'une part, la Commission exclut d'office du champ des aides d'Etat les subventions de faibles montants qui sont conformes au règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux *aides de minimis*. Ce règlement établit un plafond au-dessous duquel l'aide ne relève pas du champ d'application de l'article 87.1 du traité CE car elles ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence.

Certaines catégories d'aides sont exclues du champ d'application de ce règlement, notamment les aides accordées aux entreprises en difficulté ou dans le secteur agricole primaire.

Par ailleurs, une aide *de minimis* doit être transparente, c'est-à-dire qu'il doit être possible d'en déterminer par avance le montant précis (« aide dont il est possible de calculer précisément et préalablement l'équivalent-subvention brut, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une analyse du risque »).

Dans le cadre du règlement d'exemption n° 1998/2006 *de minimis*, la Commission a établi que des aides n'excédant pas un plafond de 200 000 € octroyés à une même entreprise sur une période de trois ans sont compatibles avec le traité CE. En ce qui concerne les entreprises actives dans le secteur du transport routier, ce seuil doit être établi à 100 000 €. Il est, en revanche, majoré dans le cadre d'un régime de garantie relatif

---

<sup>1</sup> Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa*, 6/64

<sup>2</sup> Arrêts du 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, point 60, et du 29 avril 1999, *Espagne/Commission*, C-342/96, point 41

<sup>3</sup> Voir arrêts précités *Tubemeuse*, point 43, et *Espagne/Commission*, point 42

<sup>4</sup> Arrêts du 17 septembre 1980, *Philip Morris* (730/79) et du 11 novembre 1987, *France/Commission* (259/85)

à des prêts. Le plafond spécifique est alors fixé sur la base d'une garantie correspondant à 1 500 000 € qui peut être considérée comme ayant un équivalent-subvention brut équivalent au seuil *de minimis* général. Ce montant doit être réduit à 750 000 € en ce qui concerne les entreprises actives dans le transport routier.

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

Enfin, les aides qui remplissent les critères du règlement d'exemption *de minimis* ne sont pas cumulables avec d'autres aides d'État pour les mêmes dépenses admissibles, si ce cumul conduit à une intensité d'aide dépassant les plafonds fixés par les décisions d'exemption et encadrements adoptés par la Commission. Ce règlement ne pourra donc pas être mis en avant pour mettre en conformité une surcompensation de SIEG allant au-delà d'une compensation compatible avec la décision d'exemption du 28 novembre 2005.

## 1.2. Les aides dont l'affection des échanges est analysée au cas par cas

D'autre part, après analyse du marché économique en cause, la CJCE et la Commission ont considéré que certains financements de services publics n'affectent pas les échanges<sup>5</sup>. Par exemple, une subvention annuelle octroyée pour la construction et le fonctionnement d'une piscine publique<sup>6</sup> utilisée uniquement par la population locale ne pourrait pas affecter les échanges.

A l'inverse, la Cour et la Commission ont estimé que les subventions accordées à des stations de service néerlandaises situées à proximité de la frontière allemande affectaient les échanges entre Etats<sup>7</sup>.

## **2. LA CONCURRENCE EST NON FAUSSEE OU NON MENACEE DE L'ETRE : LES CRITERES DE LA JURISPRUDENCE ALTMARK**

En l'absence de marché, il n'y a pas de distorsion de concurrence et la qualification d'aide d'Etat pour la compensation publique est alors écartée. Toutefois, s'agissant de services *économiques* d'intérêt général, la compensation qui prend en charge les coûts correspondant à ce service s'inscrit nécessairement sur un marché concurrentiel ou susceptible de l'être.

Consolidant les conclusions des arrêts *ADBHU*<sup>8</sup> et *Ferring*<sup>9</sup>, l'arrêt « *Altmark* » (CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00) en particulier, décrit précisément les 4 critères à remplir pour qu'une compensation de service public ne crée pas une distorsion de concurrence.

L'arrêt *Altmark* précise ainsi que des compensations de service public ne sont pas des aides d'État<sup>10</sup> lorsqu'elles satisfont aux quatre critères suivants :

① **Exigence d'un acte officiel** (ou mandat). « *L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'OSP et ces obligations doivent être clairement définies* » ;

② **Exigence de transparence**. « *Les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement<sup>11</sup> établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes* » ;

③ **Exigence de nécessité et de proportionnalité**. « *La compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire*

<sup>5</sup> Sur ce dernier critère, la Commission souligne que, quand bien même les compensations de SIEG sont fournies dans un contexte local, elles peuvent affecter le commerce entre les Etats membres. *L'affectation des échanges ne dépend pas du caractère local ou régional du service fourni, ou du niveau de l'activité concernée. Il n'y a aucun seuil ou pourcentage au-dessous duquel il peut être considéré que les échanges entre les Etats membres ne sont pas affectés. 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 Etats membres soient affectés*» (Point 2.9. du document de travail de la Commission recensant les questions fréquemment posées sur le paquet « Monti-Kroes » du 20 novembre 2007, SEC (2007) 1516 final)

<sup>6</sup> Dans un cas comparable, le Conseil d'Etat a assimilé à un service public administratif une piscine municipale gérée en régie directe sous forme d'établissement public, chargé de développer la pratique sportive, dont les produits d'exploitation sont imputés au chapitre des sports et beaux-arts du budget de la collectivité territoriale (TC., n° C3346 piscine Armand Massard, 22 mai 2003)

<sup>7</sup> Décision 1999/705/CE de la Commission du 20 juillet 1999, confirmée par la CJCE, arrêt du 13 juin 2002, Pays-Bas c/Commission, aff. C-382/99.

<sup>8</sup> CJCE, 7 février 1985, *ADBHU*, 240/83 relatif à une indemnité publique versée à certaines entreprises en contrepartie de l'obligation de collecte et/ou d'élimination d'huiles usagées.

<sup>9</sup> L'arrêt du 22 novembre 2001, *Ferring* (C-53/00, Rec. p. I-9067 sur le non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments des grossistes répartiteurs compte tenu de leur obligation d'approvisionnement des officines de médicament en France

<sup>10</sup> La distinction entre les compensations de SIEG qualifiables d'aides d'Etat et celles qui ne le sont pas sera exposée plus loin.

<sup>11</sup> « *Aussi, la compensation par un Etat membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide* »

*pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des OSP, en tenant compte des recettes qui y sont liées ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Le respect d'une telle condition est indispensable afin de garantir que n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise » ;*

**④ Exigence de concurrence non faussée garantie par des coûts de financement du SIEG correspondant à ceux du marché.** *« L'entreprise est choisie dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, ou, le niveau de la compensation est fixée sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes correspondantes ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ».*

Echappent à la qualification d'aide d'Etat les compensations de services publics qui répondent de façon certaine aux quatre critères Altmark ci-dessus. En effet, dans ces conditions, la concurrence n'est pas faussée puisque chaque entreprise peut bénéficier de la subvention publique à condition d'avoir été choisie pour sa capacité à répondre au mieux aux OSP définies par l'autorité publique.

Le paquet « Monti-Kroes », relatif aux aides d'Etat octroyées sous forme de compensations de SIEG, interprète et précise les trois premiers critères Altmark (cf. annexes 3 et 4). Il encadre les cas dans lesquels, lorsque le 4<sup>ème</sup> critère Altmark n'est pas rempli, ces compensations qualifiées d'aides d'Etat sont néanmoins compatibles avec le traité CE (cf. annexe 7). Le 4<sup>ème</sup> critère jurisprudentiel qui permet aux compensations de SIEG d'échapper à la qualification d'aide d'Etat, est seulement rappelé pour mémoire par le paquet « Monti-Kroes ».

Ce quatrième critère comporte une alternative : la première option relative au recours à un marché public est objective, la seconde dite de « l'entreprise bien gérée » est subjective et donc plus délicate à manier.

### 2.1. La première option du 4<sup>ème</sup> critère Altmark : la passation d'un marché public

La mise en concurrence du SIEG dans le cadre d'une procédure de marché public est la première option du 4<sup>ème</sup> critère de la jurisprudence Altmark.

Sont ainsi exclues de la réglementation relative aux aides d'Etat les compensations de SIEG qui respectent les critères du paquet « Monti-Kroes », c'est à dire les trois premiers critères Altmark, lorsqu'elles sont octroyées à des entreprises chargées de la gestion d'un SIEG à la suite d'une procédure de marché public de service. La conformité avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics constitue une garantie excluant les distorsions de concurrence puisque toute entreprise communautaire peut postuler pour se voir confier le SIEG. Il y a donc logiquement absence d'aide d'Etat<sup>12</sup>.

### 2.2. La seconde option du 4<sup>ème</sup> critère Altmark : le calcul sur la base des coûts d'une entreprise bien géré et adéquatement équipée

L'estimation de la compensation sur la base des coûts théoriques d'une entreprise bien gérée et adéquatement équipée constitue la seconde option du 4<sup>ème</sup> critère Altmark.

Là encore, une compensation de SIEG, respectant les critères du paquet « Monti-Kroes », c'est à dire les trois premiers critères Altmark, qui remplirait ce critère n'affecterait pas les échanges et ne serait donc pas une aide d'Etat.

Toutefois, en énonçant que *« lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'OSP n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement*

<sup>12</sup> Cette adéquation au 4<sup>ème</sup> critère *Altmark* peut être considérée acquise lorsque l'autorité publique désigne l'entreprise chargée d'un SIEG à l'issue d'une procédure respectant l'un des trois textes suivants :

- La directive 2004/17/CE et la directive 2004/18/CE du PE et du conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés respectivement dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ainsi de travaux, de fournitures et de services ;
- L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

Les compensations octroyées aux autres entreprises bénéficiaires d'une compensation de SIEG, notamment dans le cadre des exclusions au champ des exclusions du code des marchés publics (article 3) sont, en revanche, susceptibles d'être des aides d'Etat.

*équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* », la CJCE se montre imprécise sur la nature de cette seconde condition. En effet, rien n'est précisé sur le mode envisageable de comparaison des coûts ni sur l'exigence d'efficacité économique de l'entreprise qu'elle suppose.

La notion d'efficacité économique semble avoir été introduite pour éviter qu'une entreprise qui perçoit une compensation n'obéisse à aucune contrainte de productivité. Le Parlement européen a proposé l'introduction d'une procédure de *benchmarking* sur la définition d'une entreprise moyenne bien gérée<sup>13</sup>.

Dans le secteur des infrastructures de télécommunication à haut débit, la Commission a par exemple reconnu qu'une « analyse comparative approfondie du besoin spécifique du projet et des offres des candidats avait été conduite »<sup>14</sup>.

Ce critère demeure néanmoins d'un maniement délicat pour garantir le fait que la concurrence n'est pas faussée. Les collectivités territoriales sont invitées à en faire un usage parcimonieux, en laissant à la Commission le soin d'en vérifier l'accomplissement par voie de notification préalable.

Il convient de noter que ce critère complexe a, dans chaque cas, été considéré rempli par la Commission dans des circonstances spécifiques :

- liées au fait qu'il s'agit de SIEG fournis en réseaux et objet de réglementations spécifiques (La Poste en Italie, l'électricité en Irlande, etc.)<sup>15</sup>;
- à la suite d'une notification préalable transmise à la Commission ;
- pour des compensations octroyées après une procédure de concurrence ouverte, transparente et non discriminatoire ;
- où la compensation est en outre dans une large mesure constituée par la « *redevance de marché* » dans le cadre de concession ou l'entreprise en charge du SIEG assume le risque lié à l'exécution du SIEG.

Le terme de « redevance » employé par la Commission pour qualifier la compensation octroyée dans ce cadre par un organisme financier d'Etat à *Poste Italiane*<sup>16</sup> n'est pas neutre. L'idée de redevance suppose que le « client » paye pour le service rendu, sans fausser ainsi la concurrence, voire écarte la notion de compensation au moyen d'une ressource imputable à la collectivité publique.

---

<sup>13</sup> Il est probable que la Commission propose ultérieurement la définition de ratios comptables de bonne gestion.

<sup>14</sup> Aide notifiée N 381/2004 –France-Haut débit au Limousin (Dorsal) JO C 162/05 du 2 juillet 2005.

<sup>15</sup> Il s'agit de SIEG où la Commission européenne surveille attentivement l'évolution de la concurrence, au moyen d'agences notamment, et impose souvent la définition par les Etats membres d'un service universel. Les SIEG ainsi validés à l'échelle européenne participent d'une politique d'aménagement du territoire à l'échelle communautaire.

<sup>16</sup> Aide C 49/06 Poste Italiane-Banco Posta, JO C31 du 13 février 2007, cité par le document de travail sur les questions fréquemment posées précité