

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Toutes les collectivités territoriales sont concernées par le financement des services publics locaux indispensables à la cohésion sociale et territoriale. Chaque fois qu'une subvention est accordée à une association, que la gestion d'un service public est déléguée à un opérateur ou qu'un marché public de services est conclu, les collectivités territoriales ou toute autre autorité publique sont susceptibles de relever de la législation communautaire en matière de concurrence, et plus particulièrement d'aides d'Etat.

Trois questions résument les enjeux :

Dans quelles conditions les pouvoirs publics peuvent-ils aider à la fourniture de services publics relevant d'une activité économique ? A partir de quel moment cette aide est constitutive d'une aide d'Etat ? A quelles conditions une telle aide d'Etat peut-elle être autorisée par les traités européens ?

Ces trois questions sont actuellement réglées par la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier l'arrêt Altmark du 24 juillet 2003, et ce que l'on appelle dans le jargon européen le paquet « Monti-Kroes » de 2005. La Commission européenne a présenté le 16 septembre dernier un paquet législatif composé de quatre textes tendant à réviser le paquet « Monti-Kroes ». C'est sur ces propositions que notre assemblée doit prendre position. Le calendrier est serré puisque la Commission européenne s'est fixée pour objectif leur adoption définitive avant la fin du mois de janvier 2012, le paquet en vigueur expirant le 29 novembre 2011. Détail important, la Commission européenne statue seule dans cette affaire, les Etats membres et le Parlement européen étant simplement consultés.

Un rapide retour sur l'état du droit est nécessaire.

La prise en compte de la spécificité des services publics par rapport aux lois du marché intérieur est un débat très ancien, la France ayant toujours été à la pointe. Chaque révision des traités a permis de faire avancer la reconnaissance de cette spécificité.

L'adoption du traité de Lisbonne contient de nouvelles avancées. Le protocole n° 26 annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne affirme ainsi le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques pour fournir et organiser les services d'intérêt économique général (SIEG).

Toutefois, malgré les progrès réalisés pour affirmer la place singulière des services publics au sein du marché intérieur, une grande confusion et des incertitudes perdurent pour savoir quelles sont les règles applicables.

Pourquoi de telles difficultés ?

Tout d'abord, il y a la terminologie communautaire qui ne colle pas aux notions françaises habituelles. Quelques exemples parlent d'eux-mêmes.

Une « entreprise » au sens communautaire n'est pas une entreprise, mais un opérateur, public ou privé, à but lucratif ou non, qui gère un service public.

Un « service d'intérêt économique général » -SIEG- est une activité économique sur un marché potentiel confiée à un opérateur chargé d'obligations de service public.

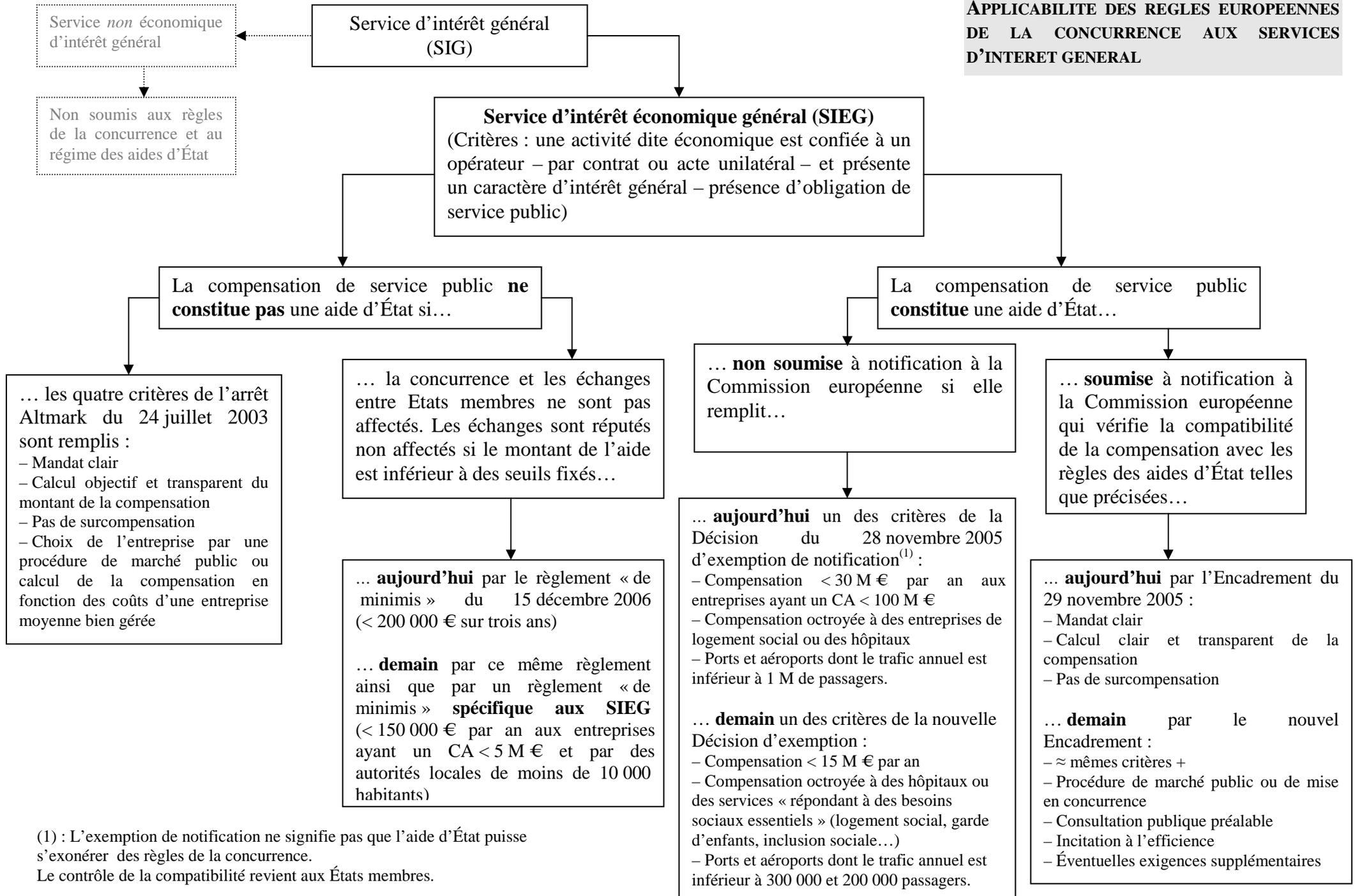
Ensuite, ces notions ont des contours flous. La Commission européenne se refuse à définir précisément ce que sont les SIEG. Selon l'environnement économique, les traditions des Etats membres ou le contexte juridique, une prestation de services sera considérée ou non comme un SIEG.

Enfin, les SIEG sont soumis à un régime mixte. Les dispositions des traités en matière de concurrence s'appliquent aux SIEG, mais seulement dans la mesure où elles ne font pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie (article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

Cette architecture a abouti à une construction excessivement complexe, d'autant plus que sa mise en œuvre est à la charge de milliers d'autorités locales qui ne possèdent pas toujours les moyens de la maîtriser.

Bien qu'incomplet, le schéma ci-après présente l'état du droit ainsi que les principales modifications proposées par la Commission européenne.

APPLICABILITE DES REGLES EUROPEENNES DE LA CONCURRENCE AUX SERVICES D'INTERET GENERAL



(1) : L'exemption de notification ne signifie pas que l'aide d'État puisse s'exonérer des règles de la concurrence. Le contrôle de la compatibilité revient aux États membres.

Adopté en 2005, le paquet dit « Monti-Kroes » a représenté sur le plan politique une véritable avancée en donnant une base juridique aux interventions économiques des collectivités territoriales au regard du droit communautaire de la concurrence.

Toutefois, cet ensemble de trois textes n'a pas résolu toutes les difficultés loin de là. En réalité, depuis son adoption, la Commission européenne a multiplié les communications ou guide pratique pour mieux faire connaître et comprendre les règles du jeu. Elle a même ouvert un service d'information interactif pour répondre aux questions des acteurs de terrain. On pourrait être tenté de dire en vain, car le ressenti ne s'est pas amélioré. Du côté français, un effort similaire de pédagogie a été fait via des circulaires ou des guides élaborés par les associations d'élus.

Mais le problème ne se réduit pas à un déficit de clarté et de communication. Des difficultés de fond existent, la Commission européenne ne parvenant pas à abandonner son mode de raisonnement habituel en matière de concurrence. Elle calque ses concepts sur des services publics locaux qui n'ont pas grand-chose à voir avec des entreprises actives sur le marché intérieur... Ainsi, la notion clé de l'affectation des échanges entre Etats membres ne dépend pas, selon les termes de la Commission, du « caractère local ou régional du service fourni ou du niveau de l'activité concernée ». Cette approche indifférenciée, ou si peu, constitue le véritable point d'achoppement. S'il n'est pas dépassé, les progrès resteront marginaux.

Enfin, il existe un fort aléa moral. En cas de non-application de ces règles par les autorités publiques, le risque financier pèse quasi-exclusivement sur les opérateurs qui risquent de voir leurs compensations de service public requalifiées en aides d'Etat incompatibles. Et par conséquent être dans l'obligation de rembourser le trop-perçu.

Consciente de ces imperfections, la Commission européenne a annoncé le 3 mars 2011 sa volonté de réviser le paquet Monti-Kroes. La « clarification », la « simplification » et « une approche différenciée et proportionnée » étaient les objectifs affichés.

La Commission a donc présenté le 16 septembre 2011 un nouveau paquet soumis à consultation. Il se compose de quatre documents : une communication, une proposition de règlement *de minimis* spécifique aux SIEG, une nouvelle proposition de

Décision d'exemption de notification et un projet d'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public.

Quelles seraient les modifications introduites par ces textes ?

Premier changement : l'adoption d'un règlement de minimis spécifique aux SIEG

Jusqu'à présent, le règlement n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 dit règlement « *de minimis* » est applicable à l'ensemble des aides octroyés par une entité publique à une entreprise, les entreprises chargées d'un SIEG n'étant qu'une catégorie parmi d'autres. Schématiquement, selon ce règlement, les aides octroyées à une entreprise ne sont pas considérées comme des aides d'Etat dès lors que leur montant brut total n'excède pas 200.000 euros sur une période de trois exercices fiscaux. Le raisonnement est qu'en dessous de ce seuil, les aides ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce intra-communautaire.

La Commission européenne propose l'adoption d'un règlement *de minimis* spécifique aux entreprises chargées d'un SIEG. Ce texte ne se substituerait pas au règlement *de minimis* du 15 décembre 2006 qui demeurerait invocable pour des SIEG n'entrant pas dans les critères du règlement *de minimis* spécifique aux SIEG. En revanche, une entreprise chargée d'un SIEG ne pourrait pas invoquer simultanément les deux règlements et cumuler les aides *de minimis*.

La Commission européenne propose **trois critères cumulatifs** pour considérer qu'une aide à un SIEG n'est pas une aide d'Etat :

– l'aide doit être octroyée par des autorités locales représentant une population de moins de 10.000 habitants ;

– son montant total ne doit pas excéder 150.000 euros par exercice fiscal (ce qui porte à 450.000 euros sur trois ans le seuil *de minimis* contre 200.000 euros aujourd'hui) ;

– le chiffre d'affaires annuel moyen avant impôts de l'entreprise bénéficiaire, toutes activités confondues (SIEG et hors SIEG), n'a pas dépassé 5 millions d'euros au cours des deux exercices fiscaux précédant celui de l'octroi de l'aide.

En première analyse, il faut accueillir favorablement cette initiative qui témoigne d'une approche différenciée des SIEG. Toutefois, plusieurs difficultés sont pointées :

– la coexistence de deux régimes *de minimis* ne simplifie pas la lisibilité des règles pour les acteurs locaux et leur articulation sera délicate ;

– les trois critères cumulatifs sont complexes et restreignent le champ d'application des règles *de minimis* (en particulier le seuil des communes de 10.000 habitants, alors même que le développement de l'intercommunalité rend ce seuil de moins en moins effectif).

Deuxième changement : une nouvelle décision d'exemption de notification

La décision de la Commission du 28 novembre 2005 définit les cas dans lesquels une compensation de service public constitutive d'une aide d'Etat peut être malgré tout exemptée d'une notification préalable à la Commission européenne. Les principaux cas visés sont :

– les compensations d'un montant annuel inférieur à 30 millions d'euros lorsque l'entreprise a un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions d'euros ;

– les entreprises chargées de la gestion de logements sociaux, de certains hôpitaux et de certains ports ou aéroports.

Le raisonnement est que dans certains secteurs ou en deçà d'un certain montant, une aide d'Etat octroyée à un SIEG ne porte pas atteinte au développement des échanges et à la **concurrence dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt de l'Union**. Les échanges intra-communautaires sont affectées, mais dans une mesure admissible compte tenu de l'enjeu de service public.

Cette exemption de notification ne signifie pas absence de contrôle. Les Etats membres doivent procéder à des contrôles réguliers afin de s'assurer que les entreprises ne bénéficient pas de surcompensation.

La Commission européenne propose l'adoption d'une nouvelle décision qui se substituerait à la décision du 28 novembre 2005. Les cas d'exemption seraient désormais les suivants :

– la compensation est d'un montant annuel inférieur à 15 millions d'euros (contre 30 millions aujourd'hui, mais sans condition de chiffre d'affaires) ;

– la compensation est octroyée à des hôpitaux fournissant des soins médicaux ou à **des services répondant à des besoins sociaux essentiels**, tels que les soins de santé, la garde d'enfants, l'accès au marché du travail, le logement social et l'inclusion sociale des groupes vulnérables ;

– la compensation est octroyée aux aéroports et ports dont le trafic n'a pas dépassé respectivement 200.000 et 300.000 passagers (contre un seuil actuel de 1 million de passagers).

En outre, la décision d'exemption ne serait applicable que si l'entreprise s'est vue confier le SIEG pour une durée n'excédant pas dix ans. Les mandats de plus longue durée ne seraient couverts que dans le cas où l'entreprise doit consentir un investissement important nécessitant un long amortissement.

Enfin, la méthode de calcul de la juste compensation est modifiée et les Etats membres seraient obligés de procéder à des contrôles réguliers au minimum tous les trois ans. Cette périodicité imposée est une nouveauté.

Là encore, cette décision laisse un goût très mitigé.

L'abaissement du seuil de 30 millions à 15 millions d'euros n'est pas justifié par la Commission européenne. Il en va de même pour l'abaissement du seuil de trafic des aéroports et ports. Une simple note de bas de page évoque des difficultés dans certains secteurs comme les déchets ou l'assainissement. C'est très léger.

En outre, la proposition ne simplifie pas les règles en matière de calcul de la compensation et alourdit la charge administrative en instaurant une obligation de contrôle des surcompensations tous les trois ans. Surtout, en changeant à nouveau les règles de calcul, les autorités locales devront fournir un effort important d'apprentissage alors même que les règles actuelles, déjà complexes, commencent seulement à être maîtrisées correctement.

En revanche, un point positif est l'exemption dont bénéficieraient tous les services sociaux d'intérêt général. On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité de recourir au qualificatif de

« services répondant à des besoins sociaux essentiels ». Cette expression est inédite et sa plus-value par rapport à celle bien connue de services sociaux d'intérêt général (SSIG) n'est pas évidente. Une autre interrogation est de savoir si la liste de SSIG doit être considérée comme exhaustive.

Enfin, il faut répéter que l'exemption de notification n'est nullement synonyme d'un blanc seing. Certes, beaucoup de services sociaux d'intérêt général ne seraient plus soumis à notification. Ils n'en demeureraient pas moins soumis à toutes les autres règles sur les aides d'Etat aux SIEG. La Commission européenne pourrait d'ailleurs s'en ressaisir en cas de soupçon d'illégalité. En définitive, l'exemption de notification allège un peu les charges pesant sur les collectivités et beaucoup celles de la Commission européenne qui s'épargne ainsi un déluge de notification.

Troisième changement : un Encadrement communautaire remanié

L'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public du 19 novembre 2005 précise à quelles conditions les aides d'Etat à des SIEG notifiés à la Commission européenne peuvent être compatibles avec les traités. Une aide d'Etat est compatible si elle respecte les trois premières conditions posées par l'arrêt Altmark :

- mandatement revêtant la forme d'un acte officiel (convention, règlement...) et précisant la nature des obligations de service public et des avantages ou droits spéciaux octroyés au prestataire en contrepartie ;

- montant de la compensation ne dépassant pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;

- pas de surcompensation.

La Commission européenne propose de modifier l'Encadrement qui expire le 29 novembre 2011. Le nouveau texte révisé assez profondément l'esprit du texte en vigueur en renforçant le contrôle de la Commission européenne sur l'opportunité de la création d'un SIEG et sur les modalités de sa gestion, en contradiction avec les principes de subsidiarité et de

proportionnalité affirmés par le protocole n° 26 au TFUE. L'Encadrement disposerait notamment :

a) qu'un SIEG ne peut être créé si le marché peut répondre aux besoins dans des conditions satisfaisantes pour l'intérêt général ;

b) que la création d'un SIEG devrait être obligatoirement précédée d'une consultation publique afin d'évaluer l'intérêt et les besoins des utilisateurs ;

c) que le recours à une procédure de marché public (quatrième critère Altmark) est désormais un critère de compatibilité de l'aide d'Etat ;

d) qu'un critère d'efficacité des SIEG doit être pris en compte pour évaluer leur compatibilité. En particulier, la méthode de calcul de la compensation devrait contenir des mesures incitatives pour favoriser l'efficacité des SIEG.

Les deux premiers points posent des difficultés importantes au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité, ainsi que du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. En outre, la définition donnée d'un SIEG ne devrait pas figurer dans l'Encadrement, mais dans le projet de Communication qui définit les concepts transversaux. L'articulation de ces deux documents clefs est confuse, alors même que l'objectif recherché devrait être la clarté.

On observe aussi que ce projet d'Encadrement aboutit en définitive à ajouter des conditions et des critères, parfois contradictoires, ce qui devrait compliquer encore l'application quotidienne du régime des aides d'Etat par les collectivités. La complexité des calculs de la juste compensation et le risque corrélatif pour les entreprises de devoir rembourser une éventuelle surcompensation sont contreproductifs.

En outre, la Cour de justice de l'Union a jusqu'à présent estimé que l'efficacité des SIEG ne relevait pas de la compétence de l'Union au titre de la politique de la concurrence. La Commission européenne semble donc s'engager sur un terrain sur lequel elle n'a pas compétence. D'autant que, il faut le rappeler, l'Encadrement fixe la doctrine de la Commission, mais que ce document n'a pas de valeur législative.

Enfin, en demandant le recours à des procédures de marché public, la Commission semble faire du quatrième critère de l'arrêt

Altmark, qui est un critère de qualification d'aide d'Etat, un critère de compatibilité des aides d'Etat. En effet, en toute rigueur, si les quatre critères Altmark sont réunis (mandat, calcul juste de la compensation, pas de surcompensation et sélection par marché public), l'aide n'est pas une aide d'Etat. On ne peut donc pas juger de sa compatibilité avec les règles de concurrence.

Le quatrième changement porte sur la Communication.

Un effort de pédagogie a été fait pour définir ce qu'est un service d'intérêt économique général, mais la clarification n'est pas évidente pour autant.

L'ensemble de ces éléments conduisent votre commission à adopter une proposition de résolution. Elle tient compte à la fois de l'analyse des documents de la Commission et des positions antérieures du Sénat sur ces questions, en particulier deux résolutions européennes du 23 mars 2005 et du 30 avril 2009 réclamant une proposition d'instrument juridique communautaire relatif aux services d'intérêt général.

Sans contester les compétences claires de la Commission, il faut néanmoins marquer notre désaccord sur cette façon de n'aborder les services publics que sous l'angle d'exceptions aux règles du marché intérieur. Les quelques avancées contenues dans ces propositions ne suffisent pas à masquer les objectifs non tenus.

*

Pour ces raisons, votre commission des Affaires européennes a conclu au dépôt de la proposition de résolution qui suit :

PROPOSITION DE RÉSOLUTION



Le Sénat,



Vu l'article 88-4 de la Constitution,



Vu les articles 14, 106 et 107 ainsi que le protocole n° 26 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE),



Vu l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne rendu le 24 juillet 2003 dans l'affaire *Altmark*, qui définit quatre critères cumulatifs permettant de considérer qu'une compensation financière à un SIEG n'est pas constitutive d'une aide d'État,



Vu les quatre documents de la Commission européenne soumis à consultation publique le 16 septembre 2011, à savoir :



– le projet de Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, qui clarifie les concepts,



– le projet de Communication de la Commission intitulée « Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public », qui définit à quelles conditions une compensation constitutive d'une aide d'État à un SIEG et notifiée à la Commission européenne est compatible avec les règles de la concurrence,



– la proposition de Décision de la Commission tendant à exempter de notification à la Commission certaines compensations de service public constitutives d'aides d'État,



– la proposition de règlement de la Commission établissant un règlement « *de minimis* » spécifique aux services d'intérêt économique général, qui définit les seuils en deçà desquels une compensation à un SIEG est considérée ne pas affecter les échanges entre les États membres et par voie de conséquence ne pas constituer une aide d'État,



Considérant que ces quatre textes doivent se substituer au paquet dit « Monti-Kroes » de 2005 qui expire au 29 novembre 2011 et qui définit dans quelles conditions les opérateurs chargés d'un service d'intérêt économique général par des autorités publiques (État et collectivités territoriales) peuvent recevoir des compensations financières pour faire face à leurs obligations de service public,



Considérant que, conformément aux articles 106 et 107 du TFUE, la Commission européenne statue seule, après une simple consultation des États membres, et qu'elle a annoncé une entrée en vigueur de ce nouveau paquet législatif au plus tard le 31 janvier 2012,



Considérant la demande forte et constante des collectivités territoriales françaises pour des règles plus simples, plus claires et mieux adaptées à la réalité des services publics locaux,



Considérant que le Sénat a plusieurs fois appelé de ses vœux une directive-cadre relative aux services publics, laquelle ne saurait se borner à la seule question de la compatibilité de leur financement au regard des règles de la concurrence,



Sur l'équilibre d'ensemble des propositions :



– déplore que les objectifs annoncés de simplification et de clarification ne soient pas tenus ;



– constate au contraire que la Commission européenne ajoute de nouveaux critères pour juger de la légalité des aides d'État aux SIEG et qu'elle complique la définition de notions qui commençaient seulement à être maîtrisées par les acteurs de terrain,



– regrette que les quelques avancées positives (notamment l'exemption de notification pour certains SIEG) s'arrêtent à mi-chemin, de telle sorte qu'elles sont peu opérationnelles ou source d'incertitude,



– craint que certains opérateurs soient découragés de continuer à fournir des SIEG compte tenu de l'insécurité juridique accrue,



– rappelle que les traités reconnaissent le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales et locales pour fournir des SIEG, et non un simple « large pouvoir d'appréciation » comme le répète la Commission européenne,



– estime que l'article 106 du TFUE est la base juridique adéquate pour réviser le paquet « Monti-Kroes », mais juge que cet article ne fournit pas la base juridique nécessaire à certaines dispositions qui excèdent manifestement le strict champ du contrôle des aides d'État,



– observe que les projets de décision et d'Encadrement ne sont pas suffisamment motivés,

– formule la demande d’une directive-cadre relative aux SIEG, voire aux seuls services sociaux d’intérêt général, qui pourrait être adoptée sur la base de l’article 14 du TFUE selon la procédure législative ordinaire,

Sur le règlement *de minimis* spécifique aux SIEG :

– accueille favorablement cette initiative qui prend en compte les spécificités des SIEG par rapport aux autres secteurs d’activités,

– estime néanmoins que les critères cumulatifs retenus pour considérer qu’une aide à un SIEG n’est pas une aide d’État réduisent considérablement la portée effective de ce règlement,

– craint également une articulation délicate entre ce règlement et le règlement *de minimis* général du 15 décembre 2006,

– demande le retrait de la condition de taille de la collectivité,

– propose de retenir comme critère unique le montant de l’aide – au moins 450 000 euros – calculé sur trois ans,

Sur la décision d’exemption de notification des aides à la Commission européenne :

– ne comprend pas les raisons qui pourraient justifier l’abaissement du seuil, en deçà duquel les compensations n’ont pas à être notifiées, de 30 millions à 15 millions d’euros,

– se réjouit en revanche de la reconnaissance de la spécificité des services sociaux d’intérêt général qui bénéficieraient de l’exemption de notification,

– s’interroge néanmoins sur le recours à l’expression de « services répondant à des besoins sociaux essentiels » en lieu et place de celle bien connue de services sociaux d’intérêt général ainsi que sur l’opportunité d’énumérer une liste de ces services,

– souhaite à défaut que cette liste soit expressément indicative et non exhaustive,

– constate enfin que, contrairement à l’objectif d’allègement des charges administratives, les États membres seraient contraints de contrôler plus fréquemment l’absence de surcompensation,

Sur la Communication :

– remarque un effort de clarification des concepts, qui reste malgré tout insuffisant et n’atteint pas toujours son objectif,

– demande que soit expressément précisé que le quatrième critère de la jurisprudence *Altmark* du 24 juillet 2003 est satisfait

dès lors que l'opérateur a été sélectionné par tout type de procédure de mise en concurrence conforme aux principes des traités, comme la délégation de service public,

 Sur le projet de communication intitulé « Encadrement communautaire » :

 – souligne que ce document, qui n'a pas de valeur juridique propre, doit se borner à expliciter la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne,

 – considère que toute disposition qui irait au-delà n'y a pas sa place,

 – juge contraire au principe de subsidiarité la proposition de la Commission européenne de subordonner la création d'un SIEG à la preuve de son utilité, notamment par le biais d'une consultation publique préalable,

 – estime que la Commission européenne commet un contresens en érigeant le recours à une procédure de marché public en critère de compatibilité des aides d'État aux SIEG, alors même que la Cour de justice de l'Union européenne dans sa jurisprudence Altmark du 24 juillet 2003 en a fait un critère de qualification d'aide d'État,

 – s'oppose à l'introduction d'un critère d'efficacité et de qualité des SIEG pour juger de la compatibilité d'une aide, cet aspect ne relevant manifestement pas du contrôle des aides d'État,

 – compte tenu de l'ensemble des observations qui précèdent, demande au Gouvernement de marquer fermement son opposition à l'adoption, en l'état, de ces quatre textes et réitère son vœu d'une directive-cadre relative aux services d'intérêt économique général.