

ANNEXE 6

Les notions de service d'intérêt économique général (SIEG) et de compensation pour mission de service public

I- RAPPEL SUR LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT DÉFINIE A L'ARTICLE 107, PARAGRAPHE 1 DU TRAITE SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPEENNE (TFUE)

L'article 107, § 1 du Traité pose un principe général d'interdiction des aides des autorités publiques en faveur des entreprises qui vise à préserver des conditions de concurrence équitable au sein du marché intérieur et garantir la libre-circulation des biens et services. Cette disposition cible, plus précisément, les financements répondant à la qualification d'« aides d'Etat », c'est-à-dire ceux impliquant un transfert de ressources publiques quelle qu'en soit la forme (i), conférant à leur(s) bénéficiaire(s) un avantage sélectif et (ii) affectant ou menaçant d'affecter la concurrence (iii) et les échanges intra-communautaires (iv).

Le Traité admet cependant *certaines dérogations à ce principe général d'incompatibilité* et reconnaît la compatibilité de certaines aides ou leur compatibilité potentielle sous conditions. Les SIEG bénéficient, à cet égard, d'un régime dérogatoire fondé sur l'article 106, § 2, TFUE qui permet aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG) d'échapper aux règles communes des aides d'Etat **dès lors que cette dérogation est nécessaire à l'accomplissement de la mission d'intérêt général qui leur a été confiée.**

II- LA QUALIFICATION DE SIEG

En l'absence d'harmonisation et considérant que « *la notion de service d'intérêt économique général est évolutive et dépend, entre autres choses, des besoins des citoyens, des évolutions techniques et commerciales et des préférences sociales et politiques propres à chaque Etat membre¹* », les instances européennes ont préféré ne pas définir précisément le SIEG, cette définition restant en pratique de la compétence des Etats membres, en vertu du principe de subsidiarité.

Le contrôle du juge européen et de la Commission se limite donc à vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation au cas par cas. Toutefois, bien qu'il n'existe pas de liste exhaustive ou préétablie des services relevant de la qualification de SIEG, la jurisprudence de la CJUE a précisé que trois conditions doivent être remplies pour qu'une activité puisse être qualifiée de SIEG.

¹ Communication de la Commission du 20 décembre 2011 n° 2012/C 8/02 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, point 45.

1. L'activité de l'entreprise doit revêtir un caractère économique

La jurisprudence européenne qualifie d'économique l'activité qui consiste à **offrir des biens ou des services sur un marché donné**, cette notion étant elle-même définie comme la confrontation d'une offre et d'une demande². En outre, selon la CJUE, l'un des critères déterminants pour qualifier une activité d'économique est **l'existence d'une rémunération**, correspondant à la contrepartie économique du service fourni et qui révèle l'existence d'un marché.

Dans cette logique, la définition européenne de l'« entreprise » est très large puisque constitue une « entreprise » au sens du droit de l'Union européenne **toute entité exerçant une activité économique, quels que soient son statut juridique, son mode de financement et sa finalité** (lucrative ou non lucrative)³. C'est la nature de l'activité qui détermine la qualification d'entreprise, le statut juridique de l'entité en droit interne n'étant aucunement décisif.

A titre d'exemple, une association à but non lucratif ou un établissement public administratif exerçant une activité économique peut constituer une entreprise au sens du droit de l'Union européenne. L'absence de but lucratif n'est donc pas de nature à écarter la qualification d'activité économique, seuls de rares critères relatifs à l'absence totale de contrepartie économique, à des prérogatives de puissance publique ou à des obligations de solidarité permettant d'y échapper. Ainsi, selon la jurisprudence européenne, deux catégories d'activités ne relèvent pas du champ économique (et constituent donc la catégorie des services non économiques d'intérêt général – SNEIG) :

- celles impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique⁴, qui correspondent globalement aux services publics régaliens français ;
- celles à caractère exclusivement social, dépourvues de tout but lucratif et répondant à des exigences de solidarité nationale⁵.

Enfin, la qualification d'entreprise est toujours liée à une activité bien précise : une entité exerçant à la fois une activité économique et une activité non économique doit n'être considérée comme une entreprise qu'en ce qui concerne son activité économique.

² CJCE, 18 juin 1998, *Commission contre Italie*, n° C-35/96.

³ Cette définition jurisprudentielle est rappelée au point 9 de la Communication du 20 décembre 2011. Elle figure par ailleurs à l'annexe I du règlement UE n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (dit RGEC).

⁴ CJCE, 19 janvier 1999, *SAT contre Eurocontrol*, n° C-364/92.

⁵ CJCE, 17 février 2003, *Poucet et Pistre*, n°C-159/91 et C-160/91.

2. La mission doit être confiée à une entreprise au moyen d'un acte exprès de la puissance publique

La mission de service public doit être dévolue à l'entreprise par un **acte exprès et explicite de la puissance publique**. Cet acte, lorsqu'il établit les obligations de service public mises à charge de l'opérateur, peut être qualifié de mandat au sens de la réglementation relative aux SIEG et constitue l'une des conditions de la compatibilité avec le marché intérieur des financements de services publics,

3. L'activité constitue une mission d'intérêt général

L'activité doit présenter des **caractéristiques spécifiques** par rapport à celles que revêtent d'autres activités de la vie économique. Elle doit également revêtir un **caractère obligatoire**. En effet, le caractère d'intérêt général est défini à titre principal par les obligations de service public que fait peser la puissance publique sur l'opérateur s'étant vu confier le SIEG⁶. La Commission précise par ailleurs que « *pour être qualifiés de SIEG, les services doivent être destinés aux citoyens ou être fournis dans l'intérêt de la société dans son ensemble* »⁷.

☞ **La collectivité publique organisatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour qualifier une activité de SIEG, le rôle du juge, national ou communautaire, se limitant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Les trois critères précités permettent de vérifier la qualification de SIEG. Aussi, il convient donc de ne pas opérer une totale assimilation du SIEG au service public industriel et commercial (SPIC) au sens du droit interne, dans la mesure où certains services publics administratifs (SPA) sont susceptibles de remplir les critères de l'activité économique au sens du droit européen.**

III- LE MANDAT ET L'ORGANISATION DU SIEG

Le mandat est la traduction de la mission de service public confiée par la collectivité publique à une entreprise. Il fixe les obligations de service public mises à la charge de l'opérateur, et la compensation qui lui est versée en contrepartie.

Il doit **impérativement** indiquer :

- la nature et la durée des obligations de service public ;
- l'entreprise concernée ;
- le territoire concerné ;

⁶ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, n° C-393/92.

⁷ Communication de la Commission du 20 décembre 2011 n° 2012/C 8/02 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, point 50.

- la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés à l'entreprise ;
- la description du mécanisme de compensation et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

La décision et l'encadrement « Almunia » laissent aux Etats membres la liberté de déterminer les formes que peut prendre le mandat en droit interne (de nature législative, réglementaire ou conventionnelle), pourvu qu'il contienne les informations listées ci-avant.

Pour l'exécution de SIEG locaux, plusieurs modes de gestion s'offrent aux collectivités territoriales :

La collectivité organisatrice peut ainsi décider de gérer elle-même un SIEG **en régie ou en quasi-régie**⁸.

Elle peut également décider de faire appel à un prestataire extérieur dans un **cadre contractuel** :

- en achetant la prestation de SIEG en contrepartie d'un prix dans le cadre d'un **marché public**, passé conformément aux règles de droit interne applicables en la matière ;

en transférant le risque d'exploitation du SIEG à une entreprise dans le cadre d'un contrat de concession tel que défini dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et passé dans le cadre de la procédure prévue aux articles L.1410-1 et suivants du CGCT ;

- en attribuant une subvention conformément aux règles de droit national et répondant au cadre fixé par les dispositions du CGCT⁹.

Une **convention pluriannuelle d'objectifs** s'avère le **plus souvent nécessaire**. Les collectivités publiques peuvent en effet approuver et financer des actions émanant du secteur associatif dont elles reconnaissent qu'elles répondent à une finalité d'intérêt général¹⁰.

IV- LA COMPENSATION POUR MISSION DE SERVICE PUBLIC

⁸ C'est-à-dire le confier à un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle analogue à celui qu'elle assure sur ses propres services, et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle.

⁹ Il s'agit des articles L.2121-29, L.2251-3, L.2251-3-1 et L.2311-7 pour les communes, L.3211-1, L.3231-3-1 et L.3312-7 pour les départements, L.4221-1, L.4253-5 et L.4311-2 pour les régions.

¹⁰ La circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations, n° NOR : PRMX1523174C, précise, notamment en son annexe 1, les règles encadrant les relations financières entre collectivités publiques et associations.

La compensation de service public est **l'aide versée par une collectivité publique à une entreprise qui vise à couvrir les coûts encourus par cette dernière du fait des obligations de service public qu'elle assume au titre d'une mission de SIEG**. Lorsque la condition d'équivalence entre les financements accordés et les coûts exposés est remplie, la compensation représente la contrepartie des prestations nécessaires pour exécuter les obligations de service public.

Il s'agit donc d'une mise à disposition de ressources publiques, **effectuée soit directement par les pouvoirs publics, soit par l'intermédiaire d'entreprises publiques**, et qui peut prendre de nombreuses formes : subventions directes, crédits d'impôts ou allègements fiscaux, avantages en nature, abandons de ressources d'Etat (fait pour une collectivité de facturer un service à un prix inférieur à celui du marché), octrois sans mise en concurrence préalable de licences équivalant à des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public, produits de taxes parafiscales ou cotisations obligatoires¹¹.

☛ **Une compensation de SIEG recouvre donc tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui constitue un avantage octroyé à l'entreprise qui fournit le service.**

Quel que soit le cadre dans lequel s'inscrit la compensation (jurisprudence *Altmark* ou paquet « Almunia », développés en annexe 6), la collectivité finançant le SIEG doit respecter les principes inhérents à la notion de compensation de service public :

- **la compensation ne doit couvrir que ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de la mission de service public**, c'est-à-dire qu'elle doit se limiter à la couverture des coûts liés à l'exécution du SIEG, en tenant compte des recettes correspondantes et d'un bénéfice raisonnable ;
- **ex ante, la compensation doit être préalablement établie sur la base d'un paramétrage objectif et transparent** permettant de prévenir toute surcompensation des coûts induits par l'exécution des obligations de service public ;
- **in itinere, la collectivité doit veiller à ce que la compensation accordée n'entraîne pas de surcompensation.**

De ces principes découlent deux obligations pour la collectivité organisatrice.

- 1- La collectivité doit décrire dans le mandat le mécanisme de compensation et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation.**

Il est souvent impossible de connaître tous les détails des coûts lorsqu'une entreprise commence à fournir un SIEG. Par conséquent, il n'est pas exigé que le mandat fournisse le calcul détaillé des coûts mais qu'il précise de façon claire la base sur laquelle la collectivité publique financera le prestataire, c'est-à-dire la base servant à calculer la compensation. Celle-ci ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour

¹¹ Cette liste d'exemples rappelés par la Commission aux points 32 à 36 de la communication « Almunia » n'est pas exhaustive.

couvrir le coût net de l'exécution des obligations de service public, compte tenu d'un bénéfice raisonnable.

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

Lorsque l'entreprise réalise également des activités en dehors du SIEG, **seuls les coûts liés au SIEG peuvent être pris en considération** : dans ce cas, sa comptabilité interne indique séparément les coûts et les recettes liés à ce service et à d'autres services, ainsi que les paramètres de répartition des coûts et des recettes. En effet, une compensation accordée pour le fonctionnement d'un SIEG, mais utilisée en fait pour intervenir sur d'autres marchés, n'est pas justifiée par une obligation de service public et constitue donc une aide d'État.

Les recettes à prendre en considération incluent la **totalité des recettes tirées du SIEG**. L'autorité publique pouvant, en outre, décider d'affecter, en tout ou partie, au financement du SIEG les bénéfices tirés d'autres activités exercées par l'entreprise ne pouvant bénéficier de l'exemption de notification prévue par le paquet « Almunia ».

Aux coûts nets s'ajoute, pour le calcul de la compensation, le **bénéfice raisonnable**. Celui-ci correspond au taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le SIEG pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque. Le taux de rendement du capital¹² est défini comme le taux de rendement interne que l'entreprise obtient sur son capital investi pendant la durée du mandat. Le niveau de risque dépend du secteur concerné, du type de service et des caractéristiques de la compensation. Pour déterminer ce qui constitue un bénéfice raisonnable, les États membres peuvent introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains d'efficacité productive.

2- La collectivité doit également fixer dans le mandat les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

L'**existence d'un mécanisme de récupération dans le mandat** permet de minimiser le risque de surcompensation.

¹² Voir, pour davantage de précisions quant au taux de rendement du capital et à la possibilité de se fonder sur d'autres indicateurs du bénéfice, l'article 5§7 et 8 de la décision *Almunia*.

A titre d'exemple, un contrat de concession prévoyant une subvention permettant de cofinancer la construction de l'infrastructure nécessaire à l'exécution du SIEG peut prévoir un mécanisme de rattrapage, telle une clause de retour à meilleure fortune déclenchée lorsque des seuils de rentabilité fixés par celle-ci sont atteints. Ce mécanisme permettra de limiter *a priori* le risque de surcompensation.

Le modèle de convention pluriannuelle d'objectifs annexé à la circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations prévoit également un **dispositif de contrôle du niveau de contribution publique par la collectivité**¹³, pouvant aboutir au reversement d'une partie de la subvention **s'il est constaté qu'elle excède ce qui est nécessaire à l'exécution des obligations de service public.**

Au-delà de ces mécanismes de contrôle et de récupération d'éventuelles surcompensations fixés dans le mandat, les collectivités publiques doivent procéder à des **contrôles réguliers**. Ainsi la décision et l'encadrement imposent un contrôle tous les trois ans au minimum en cours d'exécution du mandat et à son terme.

¹³ Circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations, n° NOR: PRMX1523174C, précitée. Le modèle de convention annexé à la circulaire précédente du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations prévoyait déjà ce dispositif. Les financements accordés dans ce cadre conventionnel satisfont donc à cette exigence.