



Newsflash - Europe - 10/30/2008

Règles européennes sur le financement des entreprises chargées de missions de service public

Introduction

En novembre 2005, la Commission a adopté une décision (J.O., L 312, 29.11.2005, p. 67) et un encadrement (J.O., C 297, 29.11.2005, p. 4) concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyée à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (ci-après « SIEG »).

Cette réglementation méconnue contient des principes fondamentaux pour assurer la légalité des financements publics octroyés à des entreprises pour les missions de service public qui leur sont confiées. Elle a toutefois été peu utilisée par les Etats membres.

Trois ans après son entrée en vigueur, cette réglementation revient à l'ordre du jour car les Etats membres doivent communiquer à la Commission européenne un rapport sur sa mise en œuvre.

Il nous a semblé dès lors opportun de vous rappeler les principes de base de cette réglementation et les conditions à respecter pour assurer la régularité du financement public des SIEG au regard de cette réglementation.

1. La notion d'aide d'Etat

En vertu de l'article 87, paragraphe 1er, du traité CE, « Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelle que forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

Constitue dès lors une aide d'Etat :

- une intervention publique qui octroie un avantage économique anormal, quelle que soit sa forme (subside, exonération fiscale, prêt à des conditions non conformes au marché, etc.) ;
- accordée par une autorité publique, au sens large, au moyen de ressources publiques ;
- en faveur d'une ou plusieurs entreprises (caractère sélectif de la mesure);

qui affecte la concurrence et les échanges entre Etats membres.

Toute intervention publique répondant à cette définition doit être préalablement notifiée à la Commission européenne en vertu de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE et ne peut être mise en oeuvre avant son autorisation, sous réserve de l'application d'un règlement d'exemption de la Commission (aides aux PME, à la recherche, à la formation, etc.).

A défaut, elle est illégale et peut faire l'objet d'un remboursement par l'entreprise bénéficiaire sur ordre de la Commission ou d'un juge national en vertu de l'effet direct de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE.

2. Distinction entre les activités économiques et non économiques

Les dispositions du traité CE relatives aux aides d'Etat ainsi que la décision de la Commission du 28 novembre 2005 ne s'appliquent qu'aux financements publics d'activités économiques.

Ces activités économiques ne sont pas définies telles quelles par la réglementation européenne.

Selon la Cour de justice des CE, l'activité économique constitue « toute activité consistant à l'offre des biens et/ou des services sur un marché donné » (CJCE, arrêts du 16 juin 1987, Commission c. Italie, Aff. 118/85, Rec., 1987, p. 2599, point 7, et du 18 juin 1998, Commission c. Italie, Aff. 35/96, Rec., 1998, p. I-3851, point 36). Cette offre de biens ou de services implique en principe une rémunération mais celle-ci peut être en partie ou totalement prise en charge par des autorités publiques.

La notion d'activité économique est évolutive notamment en raison de la libéralisation de secteurs bénéficiant antérieurement d'un monopole de droit (énergie, télécom, poste, etc.) ou en raison de leur privatisation en raison de l'intérêt d'entreprises privées (aéroports, ports, hôpitaux, logements sociaux, etc.).

L'activité concernée doit en effet être susceptible d'être exercée, du moins en principe, par une entreprise privée et dans un but lucratif (notion de marché).

Avant d'examiner l'impact de la décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur la gestion des SIEG, il est donc fondamental d'établir le caractère économique des activités en cause.

Parmi les activités économiques qualifiées comme telles par la Commission européenne et par la Cour de Justice des CE, l'on peut citer :

- L'activité de placement exercée par des offices publics pour l'emploi ;
- Les régimes d'assurance facultatifs fonctionnant selon le principe de capitalisation ;
- Les services de transport d'urgence et de transport de malades ;
- Les conseils aux entreprises (assistance dans la préparation d'un plan d'affaires, conseils financiers et comptables, etc.) ;
- La gestion des infrastructures de transport (notamment les aéroports et les ports) ;
- Les services de la poste ;
- Le secteur audiovisuel ;
-

Le traitement et le recyclage des déchets ;

- La construction et la gestion d'un réseau internet à haut débit ;
- Les services médicaux dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors de ce cadre ;
- La recherche industrielle et le développement expérimental menées par les organismes de recherche tels que les universités dans le cadre de contrats de sous-traitance ;
- Les logements sociaux et la fourniture d'infrastructures auxiliaires aux logements sociaux (routes, magasins, espaces de jeux et de récréation, parcs, jardins ouvriers, espaces ouverts, usines, écoles, etc.).

La notion d'entreprise est interprétée de manière large en droit européen : toute entité exerçant une activité économique, telle que définie ci-dessus, est une entreprise, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. Dès lors tant une administration qu'une A.S.B.L. ou une intercommunale peuvent être qualifiées d'entreprise pour les activités de nature économique.

Par contre, ont été considérées comme des activités non économiques parce qu'elles sont liées à l'exercice des prérogatives de puissance publique, les activités suivantes :

- Les activités relatives à l'armée, à la police ou à la diplomatie ;
- La navigation aérienne, la sûreté, les douanes, le contrôle de la circulation maritime et la sécurité maritime ;
- La surveillance anti-pollution en matière de protection de l'environnement du domaine maritime ;
- Les activités de normalisation et les activités de recherche et de développement connexes ;
- L'organisation et l'exécution des mesures pénitentiaires.

En outre, certaines activités purement sociales et caractérisées par le principe de la solidarité sont également exclues du champ d'application de la décision de la Commission du 28 novembre 2005 en raison de leur nature :

- La sécurité sociale ;
- L'enseignement public.

Dès lors, les activités des entreprises publiques qui sont susceptibles d'être soumises à la décision de la Commission du 28 novembre 2005 doivent faire l'objet d'un examen rigoureux afin de déterminer son application éventuelle.

L'existence ou non d'une concurrence est sans pertinence à ce stade puisque dans le cadre de missions de service public, l'absence d'entreprises privées sur le marché concerné peut découler de l'existence de droits exclusifs confiés à l'entreprise chargée des SIEG.

L'octroi de tels droits exclusifs n'est pas illégal s'il répond à certaines conditions notamment l'existence d'un intérêt général, la proportionnalité de la mesure et la nécessité d'accorder de tels droits exclusifs pour

garantir l'accomplissement des missions de service public confiées.

3. Les compensations de service public : aides d'Etat ou pas ?

Jusqu'à l'arrêt du 24 juillet 2003 de la Cour de justice des CE dans l'affaire Altmark (arrêt du 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rec. 2003 p. I-07747), il existait une incertitude quant à la nature de la compensation publique octroyée pour le financement de SIEG.

Auparavant, ni la réglementation européenne ni la jurisprudence de la Cour n'avaient clairement précisé si les compensations de service public constituaient ou non une aide d'Etat au sens de l'article 87, § 1, du traité CE, avec les conséquences procédurales (notification et autorisation de la Commission) et les risques financiers (remboursement en cas d'aides illégales) exposés ci-avant.

Dans son arrêt du 24 juillet 2003, la Cour de justice a adopté une position claire : les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat au sens du traité pour autant que quatre conditions cumulatives soient remplies.

Ces conditions sont les suivantes :

1. l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;
2. les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation financière doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente ;
3. la compensation ne peut dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir toute ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public compte tenu des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable ;
4. soit le choix de l'entreprise qui sera chargée de l'exécution d'obligations de service public est effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, soit 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 pour le type de mission à confier, aurait encourus.

Selon la Cour, lorsque ces quatre conditions sont remplies, les compensations ne sont pas des aides d'Etat et ne doivent dès lors pas être notifiées à la Commission européenne.

A contrario, si ces conditions ne sont pas remplies, les compensations de service public peuvent être qualifiées d'aides d'Etat et sont donc soumises aux articles 87 et 88 du traité CE.

4. La décision de la Commission du 28 novembre 2005

a) Nature supplétive de la décision de la Commission du 28 novembre 2005

La décision du 28 novembre 2005 n'est applicable aux compensations financières de service public que lorsque la jurisprudence Altmark ne peut être invoquée car les quatre conditions cumulatives précisées par la Cour de justice ne sont pas remplies. En pratique, c'est la quatrième condition (organisation d'un marché

public ou analyse des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée) qui soulève le plus de difficultés.

Afin d'éviter des notifications systématiques de certaines compensations de service public ou leur illégalité inévitable en cas d'absence de notification et d'autorisation de la Commission, celle-ci a décidé d'exempter les compensations de faible montant qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte au développement des échanges et à la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté sous réserve du respect de certaines conditions décrites ci-après.

b) Compensations de service public pouvant bénéficier de l'exemption de notification préalable

Seules les compensations suivantes peuvent être considérées d'office compatibles avec le marché commun et peuvent donc être exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 88 § 3 du traité CE :

1. les compensations de service public octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxe, toute activité confondue, n'a pas atteint 100 millions d'euros au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général et dont le montant annuel de compensation pour le service en cause est inférieur à 30 millions d'euros ;
2. les compensations de service public octroyées aux hôpitaux et aux entreprises de logement social qui exercent des activités qualifiées de service d'intérêt économique général par l'Etat membre concerné ;
3. les compensations de service public accordées aux liaisons aériennes ou maritimes avec les îles dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 300.000 passagers au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général ;
4. les compensations de service public accordées aux aéroports et aux ports dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 1 million de passagers pour les aéroports et 300.000 passagers pour les ports au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général.

Par contre, sont exclues du bénéfice de l'exemption, les entreprises actives dans le domaine du transport terrestre car elles sont soumises à une réglementation européenne particulière.

c) Conditions pour l'exemption de notification

Pour pouvoir bénéficier de l'exemption de notification et de la légalité des compensations financières en cause, la responsabilité de la gestion du service d'intérêt économique général doit être confiée à l'entreprise concernée en vertu d'au moins un ou plusieurs actes officiels qui doivent indiquer :

- la nature et la durée des obligations de service public ;
- les entreprises et le territoire concerné ;
- la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise ;
- les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

La définition des missions de service public confiées aux entreprises chargées de les exécuter est donc une tâche délicate mais fondamentale. Il y a lieu de noter que la Commission n'impose pas une définition détaillée de chaque activité qui est concernée dans la prestation d'un SIEG. Toutefois, plus le mandat spécifie précisément la mission assignée, plus son financement bénéficie de sécurité juridique, notamment en cas de plaintes de concurrents réels ou potentiels.

Relevons enfin que la forme du mandat est laissée à la libre appréciation de chaque Etat membre. La Commission exige seulement que la gestion d'un service d'intérêt économique général soit confié par un acte officiel ayant une valeur juridique contraignante en droit national.

d) La compensation financière

Afin d'éviter les subventions croisées qui permettraient à des entreprises d'affecter une partie des compensations de service public à leurs activités purement concurrentielles, la Commission impose 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.

La compensation doit tenir compte des recettes relatives à l'exécution de ces obligations de service public ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution de ces obligations.

Toute surcompensation dépassant de 10% la compensation adéquate devra être remboursée par l'entreprise bénéficiaire. Une surcompensation inférieure à 10% pourra être reportée sur la période suivante et sera déduite du montant de la compensation due pour cette période.

La Commission européenne admet qu'il est souvent impossible de connaître tous les détails des coûts lorsque le mandat est confié à une entreprise.

Dès lors, il n'est pas exigé de fournir un calcul détaillé établi à l'avance quand ce calcul est impossible.

Toutefois, il est nécessaire que le mandat inclue la base pour le calcul futur de la compensation (par exemple : compensation déterminée sur la base d'un prix par jour, par repas, par soins ou services sur une estimation du nombre de bénéficiaires ou d'usagers potentiels).

Afin de protéger la situation financière des entreprises chargées de SIEG, il est également conseillé de prévoir des mécanismes de correction ex post permettant la révision périodique des paramètres de coûts pour couvrir des situations de changement fondamental ou des situations imprévisibles qui pourraient avoir un impact sur les charges réelles à supporter par ces entreprises.

e) L'information à la Commission

En respectant les conditions précisées ci-dessus, les autorités publiques peuvent éviter les tracasseries administratives d'une notification préalable à la Commission européenne pour chaque compensation de service public.

Toutefois, afin d'assurer la légalité des financements publics des SIEG, toutes les conditions précitées doivent être scrupuleusement respectées et les Etats membres doivent procéder à des vérifications de tous les financements concernés pour en assurer leur respect.

Le 19 décembre 2008 au plus tard, la Belgique doit communiquer à la Commission européenne un rapport

sur l'application de cette décision. La préparation de ce rapport implique bien entendu une prise de position des autorités publiques compétentes sur les compensations de service public visées par cette décision.

En effet, ce rapport doit contenir des informations détaillées sur les entreprises concernées, les mandats leur confiant des SIEG, la forme contractuelle et/ou juridique, le contenu des SIEG, les règles mises en œuvre pour éviter les subventions croisées, la description des mécanismes de contrôle, ainsi que des informations statistiques concernant les SIEG.

Les autorités publiques doivent dès lors se prononcer au cas par cas sur l'application de cette décision sur les financements publics accordés par tous les niveaux de pouvoir pour la prestation de SIEG.

Par ailleurs, la Belgique doit également tenir à la disposition de la Commission tous les éléments nécessaires afin de lui démontrer que les compensations attribuées respectent la décision de la Commission.

5. L'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public

Certaines compensations de service public n'entrent pas dans le champ d'application de la décision du 28 novembre 2005 et ne peuvent donc pas bénéficier de l'exemption de notification. Ainsi, les compensations excédant 30 millions d'euros ou accordées à des entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros par an doivent être notifiées à la Commission avant leur octroi.

La Commission a prévu un encadrement communautaire qui précise les conditions permettant l'autorisation de ces compensations.

Les conditions prévues sont identiques à celles établies dans la décision du 28 novembre 2005 et décrites ci-avant.

6. Les obligations de transparence et de comptabilité séparée

La directive de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises modifiée en 2000, impose, au sein des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, la séparation comptable en fonction des différentes activités.

Cette séparation comptable vise à faciliter le contrôle des flux financiers de l'Etat vers ces entreprises et ainsi à éviter toute surcompensation ou subvention croisée vers des activités purement concurrentielles qui doivent être gérées sans aides publiques.

CONCLUSION

En raison de l'évolution constante de la notion d'activité économique en droit européen, la décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005 a un impact considérable sur la manière de financer et de gérer les SIEG.

Cette décision a le mérite de prévoir des conditions précises permettant à de nombreuses compensations qualifiables d'aides d'Etat d'être exemptées de la notification à la Commission européenne.

L'objet de cette décision, souvent mal perçu par les autorités nationales, est d'assurer la légalité de ces

compensations publiques et donc d'en garantir la sécurité juridique.

Néanmoins, pour pouvoir invoquer le bénéfice de cette exemption sur la base de la décision ou obtenir l'autorisation de la Commission en vertu de l'encadrement, toutes les conditions posées par la Commission européenne doivent être respectées. Le respect de ces conditions permet d'éviter tout désagrément lié à une procédure intentée par la Commission européenne ou par un tiers devant une juridiction nationale en raison d'une contrariété avec la réglementation européenne en matière d'aides d'Etat.

Le délai de grâce accordé par la Commission pour permettre aux Etats membres de se conformer à cette nouvelle réglementation vient à expiration et ce notamment en raison de la nécessité pour les Etats membres de décrire la manière dont ils appliquent la décision de la Commission du 28 novembre 2005 dans le rapport qu'ils doivent lui communiquer au plus tard le 19 décembre 2008.

Dès lors, les autorités publiques belges, à tous les niveaux, doivent s'assurer de la conformité des financements qu'elles accordent pour les SIEG avec cette réglementation européenne pour en assurer leur légalité.

Nous sommes bien entendu à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Annabelle Lepièce

Chaussée de La Hulpe / Terhulpsesteenweg, 178, 1170 Brussels, Belgium

T +32 2 743 69 00 – F +32 2 743 69 01

CMS DeBacker, Amerikalei, 92, 2000 Antwerp, Belgium

T +32 3 206 01 40 – F +32 3 206 01 50

CMS DeBacker is a member of CMS, the organisation of independent European law and tax firms of choice for organisations based in, or looking to move into, Europe. CMS provides a deep local understanding of legal, tax and business issues and delivers client-focused services through a joint strategy executed locally across 28 jurisdictions with 56 offices in Western and Central Europe and beyond. CMS was established in 1999 and today comprises nine CMS firms, employing over 2,200 lawyers and is headquartered in Frankfurt, Germany.

CMS nine member firms are: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italy); CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Spain); CMS Bureau Francis Lefebvre (France); CMS Cameron McKenna LLP (UK); CMS DeBacker (Belgium); CMS Derks Star Busmann (Netherlands); CMS von Erlach Henrici (Switzerland); CMS Hasche Sigle (Germany); and CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria).

The information contained in this Newsletter does not constitute legal advice.

Privacy statement

Any personal data collected via this website will be processed by CMS DeBacker in accordance with applicable data protection legislation. No personal data will be communicated to third parties.

Wish to unsubscribe [click here](#).