

## Premières remarques sur le projet de « paquet Almunia »

Cette première analyse n'aborde que le contenu des 4 projets du paquet publié par la Commission européenne le 16 septembre 2011. Elle ne revient pas sur leur procédure d'adoption, qui pour la Commission s'appuie sur le seul article 106-3 TFUE qui lui donne la possibilité de décider seule, alors que l'article 14 TFUE, qui insiste sur les conditions « notamment économiques et financières », repose sur la « procédure législative ordinaire », donc sur la co-décision Conseil – Parlement européen. Pour des mesures qui vont avoir des effets sur des centaines de milliers d'autorités publiques nationales et infranationales, cette base juridique permettrait une légitimité bien supérieure aux nouvelles dispositions.

La Communication du 23 mars 2011 définissant les orientations que la Commission européenne retenait pour préparer la révision du « paquet Almark ou Monti-Kroes » de 2005 précisait les objectifs de clarification, simplification, allègement des procédures, en particulier pour les autorités publiques locales et les SSIG, approche différenciée et proportionnée.

Le présent document se livre à une première analyse du paquet de 4 projets qu'a présenté le Commissaire Joaquin Almunia le 16 septembre 2011. Nous les appellerons « Communication » pour la Communication 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, « Encadrement » pour la Communication Encadrement de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, « Décision » pour la Décision relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général et « De minimis » pour le Règlement relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général.

### **1/ Les projets prennent des libertés qui ne sont pas acceptables par rapport aux traités**

La Communication commence par un rappel de ce que sont les SIEG : « Fermement ancrés dans les valeurs communes de l'Union européenne, les services d'intérêt économique général (SIEG) jouent un rôle fondamental dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale. L'UE et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives, doivent veiller à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

**Cette phrase est copiée de l'article 14 TFUE. Pourquoi ne pas faire explicitement référence à cet article ? Pourquoi couper la phrase et ne pas mentionner les conditions « notamment économiques et financières » qui font l'objet du paquet ?**

De son côté, la Décision fait référence à l'article 14 : « L'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose que l'Union européenne, sans préjudice des articles 93, 106 et 107 du TFUE, utilise les pouvoirs qui lui sont conférés afin de veiller à ce que les services d'intérêt économique général (SIEG) fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

**Comme dans la Communication, la phrase est coupée et ne mentionne pas les conditions « notamment économiques et financières ».**

L'article 106 est évidemment évoqué. L'Encadrement précise : « L'appréciation de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État accordées pour des SIEG trouve son fondement juridique dans l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, qui dispose que les entreprises chargées de la gestion de SIEG ou présentant le

caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence. L'article 106, paragraphe 2, du TFUE prévoit toutefois une exception aux règles du traité, dans le cas où l'application de ces règles ferait échec à l'accomplissement en droit ou en fait des missions imparties. Cette exception ne s'applique que lorsque le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

**Pourquoi mettre un point après règles de concurrence ? L'article 106-2 ajoute : « , dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Ces éléments sont repris, mais en parlant d'« exception », alors qu'il s'agit d'une « exemption » possible, ce qui n'est en rien identique. Pourquoi ne pas faire référence à la mission « particulière » ?**

Le même détournement est repris dans les mêmes termes par la Décision : « L'article 106, paragraphe 2, du TFUE dispose à cet égard que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence. L'article 106, paragraphe 2, du TFUE prévoit toutefois une exception aux règles du traité, dans le cas où leur application ferait échec à l'accomplissement en droit ou en fait des missions imparties. Cette exception ne s'applique que lorsque le développement des échanges n'en est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

L'encadrement ajoute qu'« Au stade actuel de développement du marché intérieur, les aides d'État n'entrant pas dans le champ d'application de la décision xxx peuvent être déclarées compatibles avec l'article 106, paragraphe 2, du TFUE si elles sont nécessaires au fonctionnement des services d'intérêt économique général concernés et n'affectent pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. Un tel équilibre n'est possible que lorsque les conditions ci-après sont satisfaites ».

**Là encore des confusions : l'article 106-2 ne parle pas de « nécessaire au fonctionnement », mais de « l'accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie ». Quant à la notion d'« équilibre », c'est une invention.**

Dans le même esprit, la Décision précise qu'« En vue d'assurer le respect des critères énoncés à l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, il convient de définir plus précisément les conditions à remplir en ce qui concerne la gestion des services d'intérêt économique général confiés.

**Encore une fois, il n'y a pas de « critères » dans l'article 106.**

La Décision fait ensuite référence à l'article 106-3 : « L'article 106, paragraphe 3, du TFUE autorise la Commission à préciser, au moyen de directives et de décisions, le sens et la portée de l'exception prévue à l'article 106, paragraphe 2, ainsi qu'à établir des règles visant à permettre un contrôle efficace du respect des critères énoncés à l'article 106, paragraphe 2 ».

**L'article 106-3 ne parle pas de « sens et portée de l'exception », mais charge la Commission de « veiller à l'application des dispositions du présent article et d'adresser, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ». Le projet semble outrepasser les compétences que lui donne le traité. Celui-ci n'énonce d'ailleurs aucun « critère ». Comment la Commission pourrait-elle les contrôler ?**

L'encadrement fait référence au 4<sup>ème</sup> critère de l'arrêt Altmark : « Une aide ne pourra être considérée comme compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE que si l'autorité responsable, au moment de confier la prestation du service à l'entreprise concernée, s'est conformée ou s'engage à se conformer aux règles de l'UE applicables dans le domaine des marchés publics. Cela comprend toutes les exigences en matière de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination découlant directement du TFUE et, s'il y a lieu, du droit dérivé de l'UE. Toute aide ne respectant pas ces règles et exigences est réputée affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union, au sens de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE ».

Mais la Communication passe subrepticement de la « procédure de marché public » à la « procédure d'appel d'offres » : « 3.6.1. *Montant de la compensation lorsque le SIEG est attribué dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres appropriée.* Le moyen le plus simple pour les autorités publiques de respecter la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark consiste à organiser une procédure d'appel d'offres transparente, ouverte et non discriminatoire conforme aux règles applicables en matière de marchés publics,

dans la mesure où cette procédure permet de sélectionner le candidat capable de fournir les services au moindre coût pour la collectivité. 3.6.2. *Montant de la compensation lorsque le SIEG n'est pas attribué dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres* ».

**La Cour parle de procédure de marché public. Ce glissement est inacceptable.**

**A aucun moment les 4 textes ne font référence explicitement au Protocole 26 annexé aux deux traités.**

## **2/ Le paquet invente une nouvelle définition des SIG et SIEG**

L'encadrement cherche à définir un « Véritable service d'intérêt économique général au sens de l'article 106 du TFUE ».

**D'où vient ce nouvel adjectif « véritable » ? A quoi fait-il référence ?**

L'encadrement précise que « L'aide octroyée doit concerner un véritable service d'intérêt économique général, au sens de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, auquel il convient de donner une définition correcte ».

**Il n'existe aucune définition dans le droit primaire, sauf la référence au « large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général » (Protocole 26).**

La Communication précise que « La Commission considère ainsi qu'il n'est pas possible d'accorder des compensations pour les services qui sont déjà fournis ou peuvent l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, accès au service) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'État, par des entreprises exerçant leurs activités conformément aux règles du marché. Elle estime également 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. »

**Cette phrase est complètement nouvelle ! et peut avoir plusieurs sens. Est-ce qu'une entreprise qui exerce ses activités « conformément aux règles du marché » se voit interdire toute compensation ?**

L'encadrement ajoute que « Dans sa communication 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, la Commission a fourni des orientations sur les exigences relatives à la définition de ce que l'on entend par service d'intérêt économique général. En particulier, ne peuvent pas être définis comme des services d'intérêt général les services qui sont déjà fournis ou peuvent l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, accès aux services) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'État, par des entreprises exerçant leurs activités conformément aux règles du marché ».

**Depuis quand une communication définit-elle des « exigences » ? Après avoir interdit la possibilité de compensation, le texte en arrive à interdire l'existence même non seulement de SIEG, mais de SIG ! Pourquoi passer du SIEG du titre 2.2 aux SIG ? Est-ce que toute entreprise qui exerce « ses activités conformément aux règles du marché » se voit interdite d'être un SIG ? Quelles dispositions du droit primaire permettent à la Commission d'avancer de telles interdictions ? Cette interdiction réduit à presque rien « le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général ».**

La Communication précise que pour « le secteur du haut débit, pour lequel la Commission a déjà fourni des indications claires quant au type d'activités qu'il est possible de considérer comme des SIEG. La Commission estime essentiellement que dans les zones où les investisseurs privés ont déjà investi dans une infrastructure de réseau haut débit (ou sont en train d'étendre leur réseau d'infrastructure) et fournissent déjà des services compétitifs d'accès au haut débit avec une couverture appropriée, la mise en place d'une infrastructure à haut débit parallèle ne doit pas être considérée comme un SIEG. En revanche, lorsque ces investisseurs ne sont pas en mesure d'assurer une couverture haut débit suffisante, une compensation de SIEG peut être accordée à certaines conditions ».

**Pourquoi distinguer les « investisseurs privés » ? Pourquoi limiter la qualification de SIEG aux seules « défaillances » des investisseurs privés ?**

L'encadrement invente une nouvelle obligation pour les Etats membres : « Aux fins de l'application du présent encadrement, les États membres doivent prouver qu'ils ont pris dûment en considération les

besoins en matière de service public concernés, en effectuant une consultation publique ou par d'autres moyens appropriés permettant de tenir compte des intérêts des utilisateurs et des prestataires de services ».

### **D'où vient cette injonction « doivent prouver » ? En quoi est-ce dans les compétences de la Commission d'imposer cela ?**

Dans le même esprit restrictif, l'Encadrement ajoute que « La Commission propose comme mesures utiles aux fins de l'article 108, paragraphe 1, du TFUE que les États membres rendent leurs régimes de compensation de service public compatibles avec le présent encadrement dans un délai de 12 mois à compter de la date de sa publication au *Journal officiel*. Dans un délai d'un mois à compter de la date de publication de l'encadrement au *Journal officiel*, les États membres devront confirmer à la Commission qu'ils acceptent les mesures utiles proposées. En l'absence de réponse, la Commission considérera que l'État membre concerné n'est pas d'accord avec la proposition ».

### **Est-ce une nouvelle procédure législative ? Quelle est la base juridique de cette injonction ?**

### **3/ Une simplification qui semble être un leurre**

De minimis précise qu'« Il convient de considérer, à la lumière de l'expérience de la Commission, que les compensations accordées pour la prestation de services d'intérêt économique général n'affectent pas les échanges entre États membres et/ou ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence si elles sont octroyées par une autorité locale représentant une population de moins de 10 000 habitants, si elles bénéficient à une entreprise dont le chiffre d'affaires annuel n'a pas atteint 5 000 000 EUR au cours des deux exercices fiscaux précédents et si le montant total de la compensation reçue par l'entreprise bénéficiaire pour la prestation de services d'intérêt économique général n'excède pas 150 000 EUR par exercice fiscal. »

### **Quel pourcentage de la population UE représentent les autorités locales de moins de 10 000 habitants ? En tenant compte de l'intercommunalité, quelles compétences de SIEG restent pour les communes de moins de 10 000 habitants ? Le montant de 150 000 EUR n'a pas la même signification dans tous les États Membres.**

La Décision précise que « Les hôpitaux et les entreprises assurant certains services sociaux, qui sont chargés de tâches incluant des services d'intérêt économique général, présentent des spécificités qui doivent être prises en considération. En particulier, il convient de tenir compte du fait qu'au stade actuel de développement du marché intérieur, l'intensité de la distorsion de concurrence dans ces secteurs est relativement faible, même si le montant de la compensation octroyée dépasse le seuil de notification général fixé dans la présente décision. En conséquence, pour autant que leurs activités soient essentiellement limitées à la fourniture de soins de santé et de services sociaux, les entreprises en question devraient aussi bénéficier de l'exemption de notification prévue dans la présente décision, même si le montant de la compensation qu'elles reçoivent dépasse le seuil de notification général fixé dans la présente décision ».

### **Pourquoi « certains services sociaux » ? Pourquoi maintenir le flou ?**

La Décision précise que « Le bénéfice raisonnable doit être déterminé comme le taux de rendement du capital, compte tenu du risque encouru ou de son absence. Un bénéfice n'excédant pas le taux de swap applicable majoré de 100 points de base ne devrait pas être jugé déraisonnable. Dans ce contexte, le taux de swap applicable est considéré comme un rendement adéquat dans le cas d'un investissement dénué de risque. La prime de 100 points de base sert, entre autres, à compenser le risque de liquidité lié au fait qu'une entreprise chargée d'un SIEG qui investit des capitaux dans un contrat portant sur ce SIEG engage ces fonds pour la durée du mandat et ne pourra céder sa participation aussi rapidement et facilement que dans le cas d'un actif largement détenu et dénué de risque de liquidité ».

**Cette définition du bénéfice raisonnable semble inapplicable par un grand nombre d'autorités publiques infranationales.**

Pierre Bauby, 22 septembre 2011