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

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2012/C 8/02)

1. OBJET ET CHAMP D'APPLICATION DE LA COMMUNICATION

1. Fermement ancrés dans les valeurs communes de l'Union, les services d'intérêt économique général (SIEG) jouent un rôle fondamental dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale. L'Union 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.

2. Certains SIEG peuvent être assurés par des entreprises publiques ou privées ([1]) sans soutien financier spécifique des autorités des États membres. D'autres services ne peuvent être fournis que si l'autorité concernée offre une compensation financière au prestataire de services. En l'absence de règles spécifiques au niveau de l'Union, les États membres sont généralement libres de déterminer la façon dont il convient d'organiser et de financer leurs SIEG.

3. La présente communication a pour objet de clarifier les notions fondamentales sur lesquelles repose l'application des règles en matière d'aides d'État aux compensations de service public ([2]). Elle s'intéresse donc principalement aux exigences en matière d'aides d'État qui sont les plus pertinentes pour les compensations de service public.

4. Parallèlement à la présente communication, la Commission envisage d'adopter un règlement *de minimis* spécifique aux SIEG précisant que certaines mesures de compensation ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107 du traité ([3]) et elle s'apprête à publier une décision ([4]) déclarant certains types de compensation de SIEG constituant des aides d'État comme compatibles avec le traité en vertu de l'article 106, paragraphe 2, du traité et les exemptant de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, du traité, ainsi qu'un encadrement ([5]) qui définit les conditions auxquelles doivent satisfaire les aides d'État en faveur des SIEG non couvertes par la décision pour être déclarées compatibles avec le marché intérieur en vertu de l'article 106, paragraphe 2, du traité.

5. La présente communication ne porte nullement atteinte à l'application d'autres dispositions du droit de l'Union, notamment celles relatives aux marchés publics et celles résultant du traité et de la législation sectorielle de l'Union. Lorsqu'une autorité publique choisit de confier la prestation d'un service à un tiers, elle est tenue de respecter les dispositions du droit de l'Union régissant les marchés publics, qui découlent des articles 49 à 56 du traité, les directives de l'Union concernant les marchés publics [directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ([6]) et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ([7])] et des règles sectorielles ([8]). Y compris dans les cas où les directives concernant les marchés publics sont totalement ou partiellement inapplicables (par exemple, pour les concessions de services et marchés de services énumérés à l'annexe IIB de la directive 2004/18/CE, et notamment différents types de services sociaux), le choix du prestataire peut avoir à respecter les exigences du traité en matière de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle ([9]).

6. En complément des éléments abordés dans la présente communication, la décision 2012/21/UE et la communication de la Commission relative à l'encadrement de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011), la Commission répondra aux questions individuelles suscitées par l'application des règles en matière d'aides d'État aux SIEG, et ce notamment par l'intermédiaire de son service d'information interactif concernant les services d'intérêt général, qui est accessible sur le site internet de la Commission ([10]).

([1]) Conformément à l'article 345 du traité, les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres. En conséquence, les règles de concurrence s'appliquent de la même façon à toutes les entreprises, qu'elles soient de propriété publique ou de propriété privée.

([2]) Le guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de «marchés publics» et de «marché intérieur» [SEC(2010) 1545 final du 7 décembre 2010] contient d'autres orientations à cet égard.

([3]) Voir page 23 du présent Journal officiel.

([4]) Décision 2012/21/UE de la Commission du 21 décembre 2011 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 (JO L 7 du 11.1.2012, p. 3).

([5]) Voir page 15 du présent Journal officiel.

([6]) JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

([7]) JO L 134 du 30.4.2004, p. 114.

([8]) Voir, par exemple, le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1).

([9]) Arrêt du 7 décembre 2000 dans l'affaire C-324/98, Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG (Recueil 2000, p. I-10745, point 60) et communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics (JO C 179 du 1.8.2006, p. 2).

([10]) http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_fr.html

7. La présente communication ne porte nullement atteinte à la jurisprudence correspondante de la Cour de justice de l'Union européenne.

2. DISPOSITIONS GÉNÉRALES RELATIVES À LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

2.1. Notions d'entreprise et d'activité économique

8. Conformément à l'article 107, paragraphe 1, du traité, les règles en matière d'aides d'État ne s'appliquent généralement que lorsque le bénéficiaire est une «entreprise». La question de savoir si le prestataire d'un service d'intérêt général doit être considéré comme une entreprise est donc fondamentale pour l'application des règles relatives aux aides d'État.

2.1.1. *Principes généraux*

9. La Cour de justice a, de façon constante, défini les entreprises comme des entités exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de ces entités et de leur mode de financement ([1]). La question de savoir si une entité particulière constitue une entreprise ou non dépend donc entièrement de la nature de ses activités. Ce principe général emporte les trois conséquences précisées ci-après.

Premièrement, le statut d'une entité en droit interne n'est pas déterminant. À titre d'exemple, une entité qualifiée d'association ou de club sportif en droit interne peut très bien être considérée comme une entreprise au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité. Le seul critère pertinent à cet égard est le fait qu'elle exerce ou non une activité économique.

Deuxièmement, la question de savoir si l'entité a été créée à des fins lucratives ou non ne conditionne pas l'application des règles en matière d'aides d'État en tant que telles. Selon la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal, des entités sans but lucratif peuvent très bien également offrir des biens et des services sur un marché donné ([2]). Lorsque ce n'est pas le cas, les entités sans but lucratif restent bien entendu entièrement hors du champ d'application du contrôle des aides d'État.

Troisièmement, la qualification d'entreprise est toujours liée à une activité bien précise. Une entité exerçant à la fois des activités économiques et des activités qui ne le sont pas doit être considérée comme une entreprise uniquement en ce qui concerne les premières.

10. Deux entités juridiques distinctes peuvent être jugées former une seule unité économique aux fins de l'application des règles en matière d'aides d'État. Cette unité économique est alors considérée comme l'entreprise en cause. Pour ce faire, la Cour de justice s'intéresse à l'existence de participations de contrôle de l'une des entités dans l'autre ou à l'existence de liens fonctionnels, économiques et organiques entre elles ([3]). Par contre, une entité ne fournissant pas elle-même des biens ou des services sur un marché n'est pas considérée comme une entreprise du fait de la simple détention de participations, même de contrôle, lorsque cette détention de participations ne donne lieu qu'à l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé, ainsi que, le cas échéant, à la perception de dividendes, simples fruits de la propriété d'un bien ([4]).

11. Pour clarifier la distinction entre activités économiques et activités non économiques, la Cour de justice a jugé de façon constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné ([5]).

12. La question de savoir s'il existe un marché pour des services déterminés peut dépendre de la manière dont ces services sont organisés dans l'État membre concerné ([6]). Les règles en matière d'aides d'État ne s'appliquent que lorsqu'une activité donnée est réalisée dans un environnement commercial. La nature économique de services déterminés peut donc varier d'un État membre à un autre. En outre, la qualification d'un service donné peut varier dans le temps en fonction de choix politiques ou d'une évolution économique. Ce qui ne constitue pas une activité marchande aujourd'hui peut le devenir et inversement.

13. La décision d'une autorité de ne pas permettre à des tiers de fournir un service donné (par exemple, parce qu'elle souhaite le fournir elle-même) ne signifie pas qu'aucune activité économique n'est exercée. En dépit d'une telle fermeture du marché, il est possible de conclure à l'existence d'une activité économique lorsque d'autres opérateurs sont désireux et capables de fournir le service en question

([1]) Affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Pavlov e.a. (Recueil 2000, p. I-6451).

([2]) Arrêt du 29 octobre 1980 dans les affaires jointes 209/78 à 215/78 et 218/78, Van Landewyck e.a./Commission (Recueil 1980, p. 3125, point 21); arrêt du 16 novembre 1995 dans l'affaire C-244/94, FFSA e.a. (Recueil 1995, p. I-4013) et arrêt du 1er juillet 2008 dans l'affaire C-49/07, MOTOE (Recueil 2008, p. I-4863, points 27 et 28).

([3]) Arrêt du 16 décembre 2010 dans l'affaire C-480/09 P, AceaElectrabel Produzione SpA/Commission (Recueil 2010, points 47 à 55) et arrêt du 10 janvier 2006 dans l'affaire C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a. (Recueil 2006, p. I-289, point 112).

([4]) Arrêt du 10 janvier 2006 dans l'affaire C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a. (Recueil 2006, p. I-289, points 107 à 118 et 125).

([5]) Arrêt du 16 juin 1987 dans l'affaire 118/85, Commission/Italie (Recueil 1987, p. 2599, point 7); Arrêt du 18 juin 1998 dans l'affaire C-35/96, Commission/Italie (Recueil 1998, p. I-3851, point 36); affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Pavlov e.a., point 75.

([6]) Arrêt du 17 février 1993 dans les affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre (Recueil 1993, p. I-637).

sur le marché concerné. Plus généralement, le fait qu'un service donné soit fourni par l'autorité elle-même [1] n'a aucune incidence sur la nature économique de l'activité [2].

14. Étant donné que la distinction entre services économiques et services non économiques est fonction des spécificités politiques et économiques de l'État membre considéré, il est impossible de dresser une liste exhaustive d'activités qui ne seraient, a priori, jamais de nature économique. Une telle liste n'apporterait pas de véritable sécurité juridique et serait donc d'une utilité limitée. Aussi les points suivants ont-ils plutôt pour objet de clarifier cette distinction en ce qui concerne un certain nombre de domaines importants.

15. Les traités ne définissant pas ce que l'on entend par activité économique, la jurisprudence fixe apparemment des critères différents pour l'application des règles du marché intérieur et pour celle du droit de la concurrence [3].

2.1.2. *Exercice de l'autorité publique*

16. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que l'article 107 du traité ne s'applique pas lorsque l'État agit «en exerçant l'autorité publique» [4] ou lorsque des autorités émanant de l'État agissent «dans leur qualité d'autorités publiques» [5]. Une entité peut être considérée comme agissant en exerçant l'autorité publique lorsque l'activité en question constitue une mission qui relève des fonctions essentielles de l'État ou qui est rattachée à ces fonctions par sa nature, par son objet et par les règles auxquelles elle est soumise [6]. En règle générale, à moins que l'État membre concerné ait décidé d'introduire des mécanismes de marché, les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et qui sont exercées par l'État ne constituent pas des activités économiques. Il en est par exemple ainsi des activités liées:

a) à l'armée ou à la police;

b) à la sécurité et au contrôle de la navigation aérienne [7];

c) au contrôle et à la sécurité du trafic maritime [8];

d) à la surveillance antipollution [9]; et

e) à l'organisation, au financement et à l'exécution des peines d'emprisonnement [10].

2.1.3. *Sécurité sociale*

17. La qualification des régimes de sécurité sociale comme relevant d'une activité économique dépend de la manière dont ils sont établis et structurés. En substance, la Cour de justice et le Tribunal opèrent une distinction entre les régimes fondés sur le principe de solidarité et les régimes économiques.

18. La Cour de justice et le Tribunal recourent à une série de critères pour déterminer si un régime de sécurité sociale est fondé sur le principe de solidarité, auquel cas il ne relève pas d'une activité économique. Un ensemble de facteurs peuvent entrer en ligne de compte à cet égard:

a) le caractère obligatoire ou non de l'affiliation au régime [11];

b) l'objectif exclusivement social ou non du régime [12];

c) le but lucratif ou non du régime [13];

---

[1] Voir les conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 28 septembre 2006 dans l'affaire C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado (Recueil 2007, p. I-2999, points 110 à 116); le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1, article 5, paragraphe 2, et article 6, paragraphe 1); la décision 2011/501/UE de la Commission du 23 février 2011 concernant l'aide d'État C 58/06 (ex NN 98/05) accordée par l'Allemagne aux entreprises Bahnen der Stadt Monheim (BSM) et Rheinische Bahngesellschaft (RBG) réunies au sein du Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (JO L 210 du 17.8.2011, p. 1, points 208 et 209).

[2] Il n'a aucune incidence non plus sur la définition éventuelle du service en tant que SIEG; voir la section 3.2.

[3] Arrêt du 18 juillet 2006 dans l'affaire C-519/04 P, David Meca-Medina et Igor Majcen/Commission (Recueil 2006, p. I-6991, points 30 à 33); arrêt du 5 mars 2009 dans l'affaire C-350/07, Kattner Stahlbau (Recueil 2009, p. I-1513, points 66, 72, 74 et 75); et conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 10 novembre 2005 dans l'affaire C-205/03 P, FENIN (Recueil 2006, p. I-6295, points 50 et 51).

[4] Arrêt du 16 juin 1987 dans l'affaire C-118/85, Commission/Italie (Recueil 1987, p. 2599, points 7 et 8).

[5] Arrêt du 4 mai 1988 dans l'affaire C-30/87, Bodson/Pompes funèbres des régions libérées (Recueil 1988, p. I-2479, point 18).

[6] Voir, en particulier, l'arrêt du 19 janvier 1994 dans l'affaire C-364/92, SAT/Eurocontrol (Recueil 1994, p. I-43, point 30).

[7] Arrêt du 19 janvier 1994 dans l'affaire C-364/92, SAT/Eurocontrol (Recueil 1994, p. I-43, point 27) et arrêt du 26 mars 2009 dans l'affaire C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/Commission (Recueil 2009, p. I-2207, point 71).

[8] Décision de la Commission du 16 octobre 2002 dans l'affaire N 438/02 — Belgique — Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique (JO C 284 du 21.11.2002).

[9] Arrêt du 18 mars 1997 dans l'affaire C-343/95, Calì & Figli (Recueil 1997, p. I-1547, point 22).

[10] Décision de la Commission dans l'affaire N 140/06 — Lituanie — Subventions aux entreprises publiques opérant dans les établissements pénitentiaires (JO C 244 du 11.10.2006).

[11] Arrêt du 17 février 1993 dans les affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre (Recueil 1993, p. I-637, point 13).

[12] Arrêt du 22 janvier 2002 dans l'affaire C-218/00, Cisal et INAIL (Recueil 2002, p. I-691, point 45).

[13] Arrêt du 16 mars 2004 dans les affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, AOK Bundesverband (Recueil 2004, p. I-2493, points 47 à 55).

d) le fait que les prestations versées soient ou non indépendantes du montant des cotisations [1];

e) le fait que le montant des prestations versées soit ou non nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré [2]; et

f) le fait que le régime soit ou non soumis au contrôle de l'État [3].

19. Il convient de distinguer les régimes fondés sur la solidarité des régimes économiques [4]. Contrairement aux régimes fondés sur la solidarité, les régimes économiques sont fréquemment caractérisés par les éléments suivants:

a) le caractère facultatif de l'affiliation [5];

b) le principe de la capitalisation (les prestations auxquelles le bénéficiaire a droit dépendent des cotisations versées ainsi que des résultats financiers du régime) [6];

c) l'existence d'un but lucratif [7]; et

d) le versement de prestations destinées à compléter celles d'un régime de base [8].

20. Certains régimes combinent des caractéristiques des deux catégories. En pareil cas, la qualification du régime dépend d'une analyse des différents éléments en question et de leur importance respective [9].

(1) Arrêt du 17 février 1993 dans les affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre (Recueil 1993, p. I-637, points 15 à 18).
(2) Arrêt du 22 janvier 2002 dans l'affaire C-218/00, Cisal et INAIL (Recueil 2002, p. I-691, point 40).
(3) Arrêt du 17 février 1993 dans les affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre (Recueil 1993, p. I-637, point 14); arrêt du 22 janvier 2002 dans l'affaire C-218/00, Cisal et INAIL (Recueil 2002, p. I-691, points 43 à 48); et arrêt du 16 mars 2004 dans les affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, AOK Bundesverband (Recueil 2004, p. I-2493, points 51 à 55)
(4) Voir, en particulier, l'arrêt du 16 novembre 1995 dans l'affaire C-244/94, FFSA e.a. (Recueil 1995, p. I-4013, point 19).
(5) Arrêt du 21 septembre 1999 dans l'affaire C-67/96, Albany (Recueil 1999, p. I-5751, points 80 à 87).
(6) Affaire C-244/94, FFSA e.a., points 9 et 17 à 20; et affaire C-67/96, Albany, points 81 à 85. Voir aussi l'arrêt du 21 septembre 1999 dans les affaires jointes C-115/97 à C-117/97, Brentjens' (Recueil 1999, p. I-6025, points 81 à 85), l'arrêt du 21 septembre 1999 dans l'affaire C-219/97, Drijvende Bokken, (Recueil 1999, p. I-6121, points 71 à 75) et l'arrêt du 12 septembre 2000 dans les affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Pavlov e.a., points 114 et 115.
(7) Affaires jointes C-115/97 à C-117/97, Brentjens'.
(8) Affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Pavlov e.a.
(9) Arrêt du 5 mars 2009 dans l'affaire C-350/07, Kattner Stahlbau (Recueil 2009, p. I-1513).

2.1.4. *Soins de santé*

21. Dans l'Union, les systèmes de soins de santé sont très différents d'un État membre à un autre. Le degré de concurrence existant sur le marché entre les différents prestataires de soins de santé dépend en grande partie des spécificités nationales.

22. Dans certains États membres, les hôpitaux publics font partie intégrante d'un service de santé national et leur fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité [10]. Ces hôpitaux sont financés directement par les cotisations de sécurité sociale et d'autres ressources d'État et fournissent leurs services gratuitement à leurs affiliés sur la base d'une couverture universelle [11]. La Cour de justice et le Tribunal ont confirmé que lorsqu'une telle structure existe, les organismes en question n'agissent pas en qualité d'entreprises [12].

23. Lorsque cette structure existe, même les activités qui, en soi, pourraient être de nature économique mais sont exercées dans l'unique but de fournir un autre service non économique ne sont pas de nature économique. Une organisation qui achète des biens — même en grande quantité — aux fins de la prestation d'un service non économique n'agit pas en qualité d'entreprise par le seul fait qu'elle se comporte en acheteur sur un marché donné [13].

24. Dans de nombreux autres États membres, les hôpitaux et les autres prestataires de soins de santé offrent leurs services contre une rémunération perçue soit directement auprès des patients soit auprès de leur assurance [14]. Dans de tels systèmes, un certain degré de concurrence existe entre les hôpitaux en ce qui concerne la prestation des services de soins de santé. En pareil cas, le fait qu'un service médical soit fourni par un hôpital public ne suffit pas pour que l'activité soit qualifiée de non économique.

25. La Cour de justice et le Tribunal ont aussi précisé que les services médicaux que les médecins indépendants et autres praticiens privés fournissent contre rémunération à leurs propres risques sont considérés comme une activité économique [15]. Les mêmes principes s'appliquent aux pharmacies indépendantes.

(10) Selon la jurisprudence des juridictions européennes, un exemple frappant en est le système de santé national espagnol (voir l'arrêt du 4 mars 2003 dans l'affaire T-319/99, FENIN (Recueil 2003, p. II-357).
(11) En fonction des caractéristiques générales du système, la perception de montants ne couvrant qu'une fraction limitée du coût réel du service peut ne pas affecter sa qualification en tant que régime non économique.
(12) Arrêt du 4 mars 2003 dans l'affaire T-319/99, FENIN (Recueil 2003, p. II-357, point 39).
(13) Affaire T-319/99, FENIN, point 40.
(14) Voir notamment les affaires C-244/94, FFSA et C-67/96, Albany; les affaires jointes C-115/97 à C-117/97, Brentjens', et l'affaire C-219/97, Drijvende Bokken.
(15) Affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Pavlov e.a., points 75 et 77.

2.1.5. *Enseignement*

26. La jurisprudence de l'Union a établi que l'enseignement public organisé dans le cadre du système d'éducation nationale financé et supervisé par l'État peut être considéré comme une activité non économique. À cet égard, la Cour de justice a précisé que,

«en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, l'État n'entendait pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplissait sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population» ([1]).

27. Selon la même jurisprudence, la nature non économique de l'enseignement public n'est, en principe, pas affectée par le fait que les élèves ou leurs parents sont parfois obligés de payer certaines redevances ou frais de scolarité en vue de contribuer aux frais de fonctionnement du système. Ces contributions financières ne couvrent souvent qu'une partie des coûts réels du service et ne peuvent donc pas être considérées comme une rémunération pour le service fourni. Elles n'ont donc aucune incidence sur la nature non économique d'un système éducatif général principalement financé par le trésor public ([2]). Ces principes peuvent concerner des services d'enseignement public tels que la formation professionnelle ([3]), les écoles primaires publiques et privées ([4]) et les écoles maternelles ([5]), les activités d'enseignement exercées à titre accessoire dans les universités ([6]) et les cours dispensés dans un établissement d'enseignement supérieur ([7]).

28. Ces prestations publiques de services d'enseignement doivent être distinguées des services qui sont essentiellement financés par les parents ou les élèves ou encore par des recettes commerciales. À titre d'exemple, les entreprises commerciales qui offrent un enseignement supérieur entièrement financé par les étudiants relèvent assurément de cette dernière catégorie. Dans certains États membres, les établissements publics peuvent également proposer des services d'enseignement qui, en raison de leur nature, de leur structure de financement et de l'existence d'une offre privée concurrente, doivent être considérés comme des activités économiques.

29. Dans son encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation ([8]), la Commission a précisé que certaines activités des universités et des organismes de recherche ne relèvent pas des règles en matière d'aides d'État. C'est le cas pour les principales activités des organismes de recherche, à savoir:

a) les activités de formation en vue de ressources humaines accrues et plus qualifiées;

b) les activités de recherche et développement indépendantes en vue de connaissances plus étendues et d'une meilleure compréhension, y compris la recherche et développement en collaboration; et

c) la diffusion des résultats de recherche.

30. La Commission estime en outre que le transfert de technologie (cession de licence, création de produits dérivés ou d'autres formes de gestion de la connaissance produite par l'organisme de recherche) constitue une activité non économique dès lors qu'il est effectué au niveau interne ([9]) et que toutes les recettes qu'il génère sont réinvesties dans les activités principales des organismes de recherche ([10]).

2.2. **Ressources d'État**

31. Seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État peuvent constituer des aides d'État au sens de l'article 107 du traité ([11]). Les avantages financés au moyen de ressources privées peuvent avoir pour effet de renforcer la position de certaines entreprises mais ne relèvent pas des dispositions de l'article 107 du traité.

32. Ce transfert de ressources d'État peut prendre de nombreuses formes, telles que des subventions directes, des crédits d'impôts et des avantages en nature. En particulier, le fait que l'État ne facture pas certains services aux prix du marché constitue un abandon de ressources d'État. Dans

([1]) Voir, entre autres, l'arrêt du 11 septembre 2007 dans l'affaire C-318/05, Commission/Allemagne (Recueil 2007, p. I-6957, point 68). Voir également la décision de la Commission du 25 avril 2001 dans l'affaire N 118/00, Subventions publiques aux clubs sportifs professionnels, et la décision de l'Autorité de surveillance AELE dans l'affaire 681213 — Norvège — Nasjonal digital laeringsarena, 12.10.2011, p. 9.

([2]) Arrêt de la Cour AELE du 21 février 2008 dans l'affaire E-5/07.

([3]) Arrêt du 27 septembre 1988 dans l'affaire 263/86, Humbel (Recueil 1988, p. 5365).

([4]) Affaire C-318/05, Commission/Allemagne (Recueil 2007, p. I-6957) et arrêt du 11 septembre 2007 dans l'affaire C-76/05, Schwartz (Recueil 2007, p. 6849).

([5]) Arrêt de la Cour AELE du 21 février 2008 dans l'affaire E-5/07.

([6]) Arrêt du 18 décembre 2007 dans l'affaire C-281/06, Jundt (Recueil 2007, p. I-12231).

([7]) Arrêt du 7 décembre 1993 dans l'affaire C-109/92, Wirth (Recueil 1993, p. I-6447).

([8]) Voir l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (JO C 323 du 30.12.2006, p. 1).

([9]) La note 25 de l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation précise que par niveau interne, la Commission veut dire une situation où la gestion de la connaissance d'un ou plusieurs organismes de recherche est effectuée ou bien par un département ou une filiale de l'organisme de recherche ou bien conjointement avec d'autres organismes de recherche. Sous-traiter la fourniture de ces services spécifiques à des parties tierces au travers d'appels d'offres publics ne compromet pas le niveau interne de telles activités.

([10]) Voir les points 3.1.1 et 3.1.2 de l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation.

([11]) Arrêt du 7 mai 1998 dans les affaires jointes C-52/97 à C-54/97, Viscido e.a. (Recueil 1998, p. I-2629, point 13) et arrêt du 22 novembre 2001 dans l'affaire C-53/00, Ferring (Recueil 2001, p. I-9067, point 16). Voir aussi l'arrêt du 13 mars 2001 dans l'affaire C-379/98, PreussenElektra/Schleswag (Recueil 2001, p. I-2099).

l'arrêt rendu dans l'affaire C-482/99, France/Commission ([1]), la Cour de justice a aussi confirmé que les ressources dont dispose une entreprise publique constituent des ressources d'État au sens de l'article 107 du traité du fait que les autorités publiques sont à même de contrôler ces ressources. Il en résulte que lorsqu'une entreprise chargée de la gestion d'un SIEG est financée par des ressources mises à disposition par une entreprise publique et que ce financement est imputable à l'État, le financement en question est susceptible de constituer une aide d'État.

33. L'octroi, sans appels d'offres, de licences équivalant à des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public ou d'autres droits spéciaux ou exclusifs ayant une valeur économique peut supposer un abandon de ressources d'État et procurer un avantage aux bénéficiaires ([2]).

34. Les États membres peuvent parfois prévoir le financement d'un SIEG au moyen de taxes ou cotisations versées par certaines entreprises ou usagers, et dont le produit est transféré aux entreprises chargées d'exploiter ledit SIEG. De telles modalités de financement ont été examinées par la Cour de justice, notamment dans l'arrêt rendu dans l'affaire 173/73, Italie/Commission ([3]), dans lequel elle a précisé:

«Les fonds dont il s'agit étant alimentés par des contributions obligatoires imposées par la législation de l'État et étant, ainsi que l'espèce le démontre, gérés et répartis conformément à cette législation, il y a lieu de les considérer comme des ressources d'État au sens de l'article (107 du traité), même s'ils étaient administrés par des institutions distinctes de l'autorité publique.»

35. De même, dans l'arrêt rendu dans les affaires jointes C-78/90 à C-83/90, Compagnie Commerciale de l'Ouest ([4]), la Cour de justice a confirmé que des mesures financées par des taxes parafiscales constituent des mesures financées au moyen de ressources d'État.

36. Il en résulte que les compensations de SIEG qui sont financées par des taxes parafiscales ou des contributions obligatoires imposées par l'État, et gérées et réparties conformément à la législation, constituent des compensations octroyées au moyen de ressources d'État.

2.3. **Effet sur le commerce**

37. Pour tomber sous le coup de l'article 107 du traité, une compensation de service public doit affecter ou menacer d'affecter les échanges entre États membres. Un tel effet présuppose généralement l'existence d'un marché ouvert à la concurrence. Par conséquent, si les marchés ont été ouverts à la concurrence, par la législation de l'Union, par la législation nationale ou de facto par l'évolution économique, les règles en matière d'aides d'État s'appliquent. Dans de telles situations, les États membres conservent leur marge d'appréciation quant à la manière de définir, d'organiser et de financer les SIEG, sous réserve d'un contrôle des aides d'État si une compensation est accordée au prestataire du SIEG, qu'il soit privé ou public (y compris les prestataires internes). Si le marché a été réservé à une seule entreprise (y compris un prestataire interne), la compensation accordée à cette entreprise fait également l'objet d'un contrôle des aides d'État. En réalité, si l'activité économique est ouverte à la concurrence, la décision de fournir le SIEG par des méthodes autres qu'une procédure de marché public qui garantit le moindre coût pour la collectivité peut conduire à des distorsions se traduisant par l'impossibilité faite aux concurrents d'entrer sur le marché ou par la facilité donnée au bénéficiaire de se développer sur d'autres marchés. Des distorsions peuvent aussi survenir sur les marchés des facteurs de production. Une aide octroyée à une entreprise opérant sur un marché non libéralisé peut entraîner des effets sur les échanges si l'entreprise bénéficiaire est également active sur des marchés libéralisés ([5]).

38. Une aide peut aussi affecter les échanges lorsque l'entreprise bénéficiaire ne participe pas elle-même à des activités transnationales. Dans pareil cas, l'offre intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres d'offrir leurs services dans celui qui a accordé l'aide sont diminuées ([6]).

39. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il n'existe pas de seuil ou de pourcentage en dessous duquel on peut considérer que les échanges entre États membres ne sont pas affectés ([7]). L'importance relativement faible d'une aide ou la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire n'excluent pas a priori l'éventualité que les échanges entre États membres soient affectés.

([1]) Recueil 2002, p. I-4397.

([2]) Arrêt du 22 mai 2003 dans l'affaire C-462/99, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH/Telekom-Control-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG (Recueil 2003, p. I-5197, points 92 et 93) et arrêt du 4 juillet 2007 dans l'affaire T-475/04, Bouygues et Bouygues Télécom SA/Commission (Recueil 2007, p. II-2097, points 101, 104, 105 et 111).

([3]) Arrêt du 2 juillet 1974 dans l'affaire 173/73, Italie/Commission (Recueil 1974, p. 709, point 16). Voir également l'arrêt du 22 mars 1977 dans l'affaire 78/76, Steinike (Recueil 1977, p. 595, point 21) et l'arrêt du 17 juillet 2008 dans l'affaire C-206/06, Essent Netwerk (Recueil 2008, p. 54797, points 47, 57 et 96).

([4]) Compagnie Commerciale de l'Ouest e.a./Receveur principal des douanes de La Pallice Port (Recueil 1992, p. I-1847, point 35). Voir aussi l'arrêt du 27 novembre 2003 dans les affaires jointes C-34/01 à C-38/01, Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze (Recueil 2003, p. I-14243, point 26).

([5]) Arrêt du 15 juin 2000 dans les affaires jointes T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, Alzetta Mauro e.a./Commission (Recueil 2000, p. II-2319, points 143 à 147).

([6]) Voir, en particulier, l'arrêt du 24 juillet 2003 dans l'affaire C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Recueil 2003, p. I-7747).

([7]) Affaire C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehersgesellschaft Altmark GmbH, point 81.

40. Cela étant, la Commission a, dans plusieurs cas, conclu que les activités en cause avaient un caractère purement local et qu'elles n'affectaient donc pas les échanges entre États membres. Il s'agit, par exemple:

a) des piscines destinées à l'usage principal de la population locale ([1]);

b) des hôpitaux locaux destinés exclusivement à la population locale ([2]);

c) des musées locaux peu susceptibles d'attirer les visiteurs étrangers ([3]); et

d) des événements culturels locaux dont le public potentiel se limite à la population locale ([4]).

41. Enfin, la Commission n'est pas tenue d'examiner toutes les aides financières accordées par les États membres. Le 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* ([5]) dispose que les aides n'excédant pas un plafond de 200 000 EUR par entreprise sur une période de trois ans ne tombent pas sous le coup de l'article 107, paragraphe 1, du traité. Des seuils *de minimis* spécifiques s'appliquent dans les secteurs des transports, de la pêche et de l'agriculture ([6]) et la Commission envisage d'adopter un règlement prévoyant un seuil *de minimis* spécifique pour les services d'intérêt économique général locaux.

3. CONDITIONS AUXQUELLES LES COMPENSATIONS DE SERVICE PUBLIC NE CONSTITUENT PAS DES AIDES D'ÉTAT

3.1. Critères établis par la Cour de justice

42. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire Altmark ([7]), la Cour de justice a apporté de nouvelles clarifications concernant les conditions auxquelles les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État du fait de l'absence de tout avantage.

43. Selon la Cour de justice:

«Dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article (107, paragraphe 1, du traité). Cependant, pour que, dans un cas concret, une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'État, un certain nombre de conditions doivent être réunies.

— … Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. …

— … Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement 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. … Aussi, la compensation par un État 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 d'État au sens de l'article (107, paragraphe 1, du traité).

— … Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable. …

— … Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué 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, 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 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» ([8]).

([1]) Décision de la Commission dans l'affaire N 258/00 — Allemagne — Piscine Dorsten (JO C 172 du 16.6.2001, p. 16).
([2]) Décision de la Commission dans l'affaire N 543/01 — Irlande — Amortissement fiscal pour les hôpitaux (JO C 154 du 28.6.2002, p. 4).
([3]) Décision de la Commission dans l'affaire N 630/03 — Italie — Aide en faveur des musées locaux de la Région Sardaigne (JO C 275 du 8.12.2005, p. 3).
([4]) Décision de la Commission dans l'affaire N 257/07 — Espagne — Subventions en faveur des productions théâtrales au Pays basque (JO C 173 du 26.7.2007, p. 2).
([5]) 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* (JO L 379 du 28.12.2006, p. 5).
([6]) Voir l'article 2, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1998/2006 pour les transports; le règlement (CE) n° 875/2007 de la Commission du 24 juillet 2007 relatif à l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides *de minimis* dans le secteur de la pêche et modifiant le règlement (CE) n° 1860/2004 (JO L 193 du 25.7.2007, p. 6) et le règlement (CE) n° 1535/2007 de la Commission du 20 décembre 2007 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides *de minimis* dans le secteur de la production de produits agricoles (JO L 337 du 21.12.2007, p. 35).
([7]) Affaire C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.
([8]) Affaire C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, points 87 à 93.

44. Les sections 3.2 à 3.6 abordent les différentes exigences établies dans la jurisprudence Altmark, à savoir la notion de service d'intérêt économique général aux fins de l'article 106 du traité ([1]), la nécessité d'un mandat ([2]), l'obligation de définir les paramètres de la compensation ([3]), les principes relatifs à la nécessité d'éviter toute surcompensation ([4]) et les principes concernant la sélection du prestataire ([5]).

3.2. **Existence d'un service d'intérêt économique général**

45. 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 État membre. La Cour de justice a établi que les SIEG sont des services qui présentent des caractères spécifiques par rapport à ceux des autres activités de la vie économique ([6]).

46. En l'absence de réglementation spécifique définissant à l'échelle de l'Union le champ d'existence d'un SIEG, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme un SIEG, ainsi qu'en ce qui concerne la compensation à accorder au prestataire de ce service. La compétence de la Commission en la matière se limite à vérifier que l'État membre n'a pas commis d'erreur manifeste en qualifiant un service de SIEG ([7]) et à apprécier toute aide d'État relevant de la compensation. Lorsque des règles spécifiques existent au niveau de l'Union, celles-ci lient le pouvoir d'appréciation des États membres, sans préjudice de l'appréciation effectuée par la Commission afin de savoir si le SIEG a été correctement défini aux fins du contrôle des aides d'État.

47. La première condition établie par l'arrêt Altmark prévoit la définition de la mission d'un SIEG. Cette exigence coïncide avec celle de l'article 106, paragraphe 2, du traité ([8]). Il résulte de l'article 106, paragraphe 2, du traité que les entreprises qui assument la gestion de SIEG sont des entreprises chargées d'une «mission particulière» ([9]). En règle générale, une «mission de service public particulière» implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions ([10]). Les États membres ou l'Union peuvent soumettre ce type de services à des obligations spécifiques en vertu d'un critère d'intérêt général.

48. La Commission considère ainsi qu'il ne serait pas opportun d'assortir d'obligations de service public spécifiques une activité qui est déjà fournie ou peut l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, caractéristiques de qualité objectives, continuité et accès au service) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'État, par des entreprises exerçant leurs activités dans des conditions commerciales normales ([11]). Quant à la question de savoir si un service peut être fourni par le marché, l'appréciation de la Commission se limite à vérifier que l'État membre n'a pas commis d'erreur manifeste.

49. Ce principe est parfaitement illustré par 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 ([12]).

50. La Commission 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.

([1]) Voir la section 3.2.
([2]) Voir la section 3.3.
([3]) Voir la section 3.4.
([4]) Voir la section 3.5.
([5]) Voir la section 3.6.
([6]) Arrêt du 10 décembre 1991 dans l'affaire C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova (Recueil 1991, p. I-5889, point 27); arrêt du 17 juillet 1997 dans l'affaire C-242/95, GT-Link A/S (Recueil 1997, p. I-4449, point 53); et arrêt du 18 juin 1998 dans l'affaire C-266/96, Corsica Ferries France SA (Recueil 1998, p. I-3949, point 45).
([7]) Arrêt du 12 février 2008 dans l'affaire T-289/03, BUPA e.a./Commission (Recueil 2008, p. II-81, points 166 à 169 et 172); Arrêt du 15 juin 2005 dans l'affaire T-17/02, Fred Olsen, Recueil 2005, p. II-2031, point 216.
([8]) Arrêt du 12 février 2008 dans l'affaire T-289/03, BUPA e.a./Commission (Recueil 2008, p. II-81, points 171 et 224).
([9]) Voir, notamment, l'arrêt du (27) 21 mars 1974 dans l'affaire C-127/73, BRT/SABAM (Recueil 1974, p. 313).
([10]) Voir, en particulier, l'article 2 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1).
([11]) Arrêt du 20 février 2001 dans l'affaire C-205/99, Analir (Recueil 2001, p. I-1271, point 71).
([12]) Pour des dispositions plus détaillées, consulter les points 24 à 30 de la communication de la Commission — Lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit (JO C 235 du 30.9.2009, p. 7).

3.3. **Mandat**

51. Pour que l'article 106, paragraphe 2, du traité puisse s'appliquer, la gestion d'un SIEG doit être confiée à une ou plusieurs entreprises. Les entreprises en cause doivent donc avoir été chargées d'une mission particulière par l'État [1]. La première condition établie par l'arrêt Altmark exige également que l'entreprise soit chargée de l'exécution d'obligations de service public. Il en résulte que si l'on veut se conformer à la jurisprudence Altmark, une attribution de service public est nécessaire pour définir les obligations des entreprises en cause et de l'autorité.

52. La mission de service public doit être confiée au moyen d'un acte qui, selon la législation des États membres, peut prendre la forme d'un acte législatif ou réglementaire, ou d'un contrat. Cette mission peut aussi être définie dans plusieurs actes. Dans de tels cas, la Commission a pour habitude d'exiger que l'acte ou la série d'actes précisent au minimum:

a) le contenu et la durée des obligations de service public;

b) l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concernés;

c) la nature de tout droit exclusif ou spécial octroyé à l'entreprise par l'autorité en cause;

d) les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation; et

e) les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières.

53. Le fait que le prestataire de services soit associé au processus conduisant à l'attribution de la mission de service public n'implique pas que cette mission ne découle pas d'un acte de la puissance publique, même si le mandat est établi à la demande du prestataire de services [2]. Dans certains États membres, il n'est pas rare que les autorités financent des services développés et proposés par le prestataire lui-même. L'autorité doit cependant décider si elle approuve ou non la proposition du prestataire avant de pouvoir lui accorder une compensation. Les éléments à inclure obligatoirement dans le mandat peuvent, au choix, être intégrés directement dans la décision approuvant la proposition du prestataire de services ou faire l'objet d'un acte légal distinct, par exemple un contrat avec le prestataire.

3.4. **Paramètres de la compensation**

54. Les paramètres de calcul de la compensation doivent être établis au préalable de façon objective et transparente, afin d'éviter que cette compensation ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.

55. L'obligation d'établir les paramètres de la compensation au préalable ne signifie pas que cette dernière doit être calculée au moyen d'une formule spécifique (par exemple, un certain prix par jour, par repas, par passager ou par nombre d'usagers). Ce qui importe véritablement, c'est de savoir exactement, dès le départ, comment la compensation est déterminée.

56. Lorsque l'autorité décide de compenser tous les éléments de coût du prestataire, elle doit établir, dès le départ, la façon dont ces coûts seront déterminés et calculés. Seuls les coûts directement liés à la prestation du SIEG peuvent être pris en compte dans ce contexte. Toutes les recettes de l'entreprise générées par la prestation du SIEG doivent être déduites.

57. Lorsque l'entreprise perçoit un bénéfice raisonnable au titre de sa compensation, le mandat doit aussi clairement établir le mode de calcul de ce bénéfice.

58. Lorsqu'une révision du montant de la compensation au cours de la durée du mandat est prévue, l'acte correspondant doit préciser les modalités de la révision et son incidence éventuelle sur le montant total de la compensation.

59. Si le SIEG est attribué selon une procédure d'appel d'offres, la méthode de calcul de la compensation doit figurer dans les informations fournies à l'ensemble des entreprises souhaitant participer à la procédure.

3.5. **Nécessité d'éviter toute surcompensation**

60. Selon la troisième condition établie par l'arrêt Altmark, la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'accomplissement des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable. Tout mécanisme portant sur la sélection du prestataire de service doit dès lors être choisi de manière à ce que le niveau de compensation soit déterminé sur la base de ces éléments.

61. Par «bénéfice raisonnable», il y a lieu d'entendre le taux de rendement du capital [3] qu'exigerait une entreprise moyenne considérant l'opportunité de fournir le service d'intérêt économique général pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque. Ce dernier dépend du secteur concerné, du type de service et des caractéristiques du mécanisme de compensation. Le taux doit être déterminé, si possible, en prenant comme référence le taux de rendement du capital obtenu pour des contrats de service public similaires exécutés dans des conditions de concurrence (des contrats attribués par appel d'offres, par exemple). Dans les secteurs où il n'existe aucune entreprise comparable à celle qui s'est vu confier la gestion du service d'intérêt économique général, il peut être fait référence à des entreprises comparables établies dans d'autres États membres ou, au besoin, appartenant à d'autres secteurs, pour autant que les caractéristiques propres à chaque secteur soient prises en considération.

[1] Voir, notamment, l'arrêt du (27) 21 mars 1974 dans l'affaire 127/73, BRT/SABAM (Recueil 1974, p. 313).

[2] Arrêt du 15 juin 2005 dans l'affaire T-17/02, Fred Olsen, point 188.

[3] Le taux de rendement du capital est défini ici comme le taux de rendement interne (TRI) que l'entreprise obtient sur la durée de vie du projet, c'est-à-dire le ratio TRI/flux de trésorerie liés au contrat.

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'efficience productive. Les gains d'efficience ne peuvent être réalisés au détriment de la qualité du service fourni.

3.6. **Sélection du prestataire de services**

62. Selon la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark, la compensation accordée doit, soit résulter d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, soit être établie en prenant comme référence une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens nécessaires.

3.6.1. *Montant de la compensation lorsque le SIEG est attribué dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres appropriée*

63. Le moyen le plus simple pour les autorités publiques de respecter la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark consiste à organiser une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire conforme à la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ([1]) et à la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ([2]), comme énoncé ci-dessous ([3]). Comme indiqué au point 5, l'organisation d'une telle procédure de marché public est souvent une exigence impérative imposée par les règles en vigueur de l'Union.

64. Même lorsqu'il ne s'agit pas d'une exigence légale, une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire constitue une méthode appropriée pour comparer différentes offres potentielles et fixer la compensation de manière à exclure la présence d'une aide.

65. Sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice, une procédure de marché public n'exclut l'existence d'une aide d'État que si elle permet de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au «moindre coût pour la collectivité».

66. En ce qui concerne les caractéristiques de l'appel d'offres, une procédure ouverte ([4]) conforme aux règles existant en matière de marchés publics est certainement acceptable mais une procédure restreinte ([5]) peut aussi satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark, sauf si l'on empêche les opérateurs intéressés de soumissionner sans raison valable. Par ailleurs, un dialogue compétitif ([6]) ou une procédure négociée avec publication ([7]) confèrent une large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur et peuvent restreindre la participation des opérateurs intéressés. Ils ne peuvent donc être considérés comme suffisants pour satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark que dans des cas exceptionnels. La procédure négociée sans publication d'un avis de marché ([8]) ne peut garantir la sélection d'un candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité.

67. En ce qui concerne les critères d'attribution, le «prix le plus bas» ([9]) satisfait bien entendu à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark. L'«offre économiquement la plus avantageuse» ([10]) est aussi jugée suffisante, pour autant que les critères d'attribution, y compris les critères environnementaux ([11]) ou sociaux, soient en rapport avec l'objet de la prestation de service et permettent à l'offre économiquement la plus avantageuse de correspondre à la valeur du marché ([12]). En de telles circonstances, il peut être utile de recourir à un mécanisme de rattrapage pour minimiser le risque de surcompensation a priori. Le pouvoir adjudicateur est libre de définir des normes qualitatives dont le respect s'impose à tous les opérateurs économiques ou de prendre en compte des aspects qualitatifs propres aux différentes propositions dans sa décision d'attribution.

68. Enfin, il peut arriver qu'une procédure de passation de marchés ne puisse permettre un moindre coût pour la collectivité du fait qu'elle n'entraîne pas une concurrence ouverte et réelle suffisante. Cela pourrait être le cas, par exemple, en raison des spécificités de la prestation de service en cause ou du fait de la détention de droits de propriété intellectuelle ou de l'infrastructure nécessaire par un prestataire de service particulier. De la même manière,

([1]) JO L 134 du 30.4.2004, p. 114.
([2]) JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.
([3]) La Commission a l'intention de modifier la présente communication une fois que de nouvelles règles de l'Union en matière de marchés publics auront été adoptées afin de préciser la pertinence, aux fins des aides d'État, de l'utilisation des procédures prévues dans ces nouvelles règles.
([4]) Article 1er, paragraphe 11, point a), de la directive 2004/18/CE et article 1er, paragraphe 9, point a), de la directive 2004/17/CE.
([5]) Article 1er, paragraphe 11, point b), de la directive 2004/18/CE et article 1er, paragraphe 9, point b), de la directive 2004/17/CE.
([6]) Article 29 de la directive 2004/18/CE.
([7]) Article 30 de la directive 2004/18/CE et article 1er, paragraphe 9, point a), de la directive 2004/17/CE.
([8]) Article 31 de la directive 2004/18/CE. Voir aussi l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE.
([9]) Article 53, paragraphe 1, point b), de la directive 2004/18/CE et article 55, paragraphe 1, point b), de la directive 2004/17/CE.
([10]) Article 53, paragraphe 1, point a), de la directive 2004/18/CE et article 55, paragraphe 1, point a), de la directive 2004/17/CE; arrêt du 20 septembre 1988 dans l'affaire 31/87, Beentjes (Recueil 1988, p. 4635) et arrêt du 26 septembre 2000 dans l'affaire C-225/98, Commission/France (Recueil 2000, p. I-7445); arrêt du 18 octobre 2001 dans l'affaire C-19/00, SIAC Construction (Recueil 2001, p. I-7725).
([11]) Voir, par exemple, la nouvelle édition de «Buying Green! A Handbook on Green public procurement» (Acheter vert! Les marchés publics écologiques en Europe), disponible à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm
([12]) En d'autres termes, les critères devront être définis de manière à permettre une concurrence effective qui minimise l'avantage dont jouit l'adjudicataire.

dans le cas de procédures dans lesquelles une seule offre est présentée, celle-ci ne peut être considérée comme suffisante pour garantir le 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*

69. Lorsqu'il existe une rémunération communément admise sur le marché pour un service donné, cette rémunération offerte sur le marché constitue le meilleur montant de référence pour déterminer la compensation en l'absence d'appel d'offres ([1]).

70. Lorsqu'une telle rémunération de référence n'existe pas sur le marché, le montant de la compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée de moyens matériels pour pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait supportés pour exécuter ces obligations, compte tenu des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. L'objectif est d'éviter que les coûts élevés d'une entreprise inefficace soient pris comme référence.

71. En ce qui concerne la notion d'«entreprise bien gérée» et faute de définition officielle, les États membres doivent appliquer des critères objectifs qui soient économiquement reconnus comme représentatifs d'une gestion satisfaisante. La Commission estime que le simple fait qu'elle génère des bénéfices ne constitue pas un critère suffisant pour considérer qu'une entreprise est «bien gérée». Il convient de tenir compte aussi du fait que les résultats financiers des entreprises, en particulier dans les secteurs les plus souvent concernés par les SIEG, peuvent être fortement influencés par leur pouvoir de marché ou par les règles sectorielles.

72. Selon la Commission, la notion d'«entreprise bien gérée» suppose le respect des normes comptables nationales, européennes ou internationales en vigueur. Les États membres peuvent fonder leur analyse, entre autres, sur des ratios analytiques représentatifs de la productivité (tels que les ratios chiffre d'affaires/capitaux engagés, coût total/chiffre d'affaires, chiffre d'affaires/salarié, valeur ajoutée/salarié ou coûts de personnel/valeur ajoutée). Ils peuvent aussi utiliser des ratios analytiques mesurant la qualité du service fourni par rapport aux attentes des usagers. Une entreprise chargée de la gestion d'un SIEG qui ne répond pas aux critères qualitatifs définis par l'État membre concerné ne constitue pas une entreprise bien gérée, même si ses coûts sont faibles.

73. Les entreprises pour lesquelles ces ratios analytiques témoignent d'une gestion efficace peuvent être considérées comme des entreprises moyennes représentatives. Cependant, l'analyse et la comparaison des structures de coûts doivent tenir compte de la taille de l'entreprise en cause et du fait que dans certains secteurs, il peut exister des entreprises aux structures de coûts très différentes.

74. La référence aux coûts d'une entreprise «moyenne» dans le secteur considéré suppose qu'il existe un nombre suffisant d'entreprises dont les coûts peuvent être pris en compte. Ces dernières peuvent être établies dans un même État membre ou dans plusieurs. La Commission estime toutefois que l'on ne peut prendre pour référence les coûts d'une entreprise qui jouit d'un monopole ou bénéficie d'une compensation de service public accordée à des conditions contraires au droit de l'Union, étant donné que, dans les deux cas, le niveau des coûts peut être supérieur à la normale. Les coûts à prendre en considération sont tous les coûts liés au SIEG, c'est-à-dire les coûts directs nécessaires à l'exécution du SIEG et une contribution appropriée aux coûts indirects communs au SIEG et à d'autres activités.

75. Si l'État membre peut prouver que la structure des coûts de l'entreprise chargée de la gestion du SIEG correspond à la structure des coûts moyenne des entreprises efficaces comparables du secteur en cause, le montant de la compensation qui permettra à ladite entreprise de couvrir ses coûts, compte tenu d'un bénéfice raisonnable, est considéré comme conforme à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark.

76. Par l'expression «adéquatement équipée de moyens matériels», il y a lieu d'entendre une entreprise qui dispose des ressources nécessaires pour exécuter immédiatement les obligations de service public qui incombent à l'entreprise chargée de la gestion du SIEG.

77. Par «bénéfice raisonnable», il y a lieu d'entendre le taux de rendement du capital ([2]) qu'exigerait une entreprise moyenne considérant l'opportunité de fournir le service d'intérêt économique général pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque, conformément à la section 3.5.

([1]) Voir, par exemple, la décision de la Commission relative à l'aide d'État C 49/06 que l'Italie a mise à exécution aux fins de la rémunération versée à Poste Italiane pour la distribution des bons d'épargne de la poste (buoni fruttiferi postali) (JO L 189 du 21.7.2009, p. 3).

([2]) Le taux de rendement du capital est défini ici comme le taux de rendement interne (TRI) que l'entreprise obtient sur la durée de vie du projet, c'est-à-dire le ratio TRI/flux de trésorerie liés au contrat.