

LE FINANCEMENT DU SERVICE PUBLIC ET LA NOTION D'AIDE D'ETAT EN DROIT COMMUNAUTAIRE

SOMMAIRE

« INTRODUCTION »	3
CHAPITRE 1 : DE L'AIDE D'ETAT A LA COMPENSATION D'OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC	6
SECTION 1 : LA NOTION D'AIDE D'ETAT DE L'ARTICLE 107 DU TFUE	6
SECTION 2 : LA THEORIE DE LA COMPENSATION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC : UN MOYEN DE FAIRE ECHAPPER LE SOUTIEN PUBLIC A LA QUALIFICATION D'AIDE D'ETAT	10
CHAPITRE 2 : DU RECOURS A L'ARTICLE 107§1 A L'ARTICLE 106§2 DU TFUE	15
SECTION 1 : LE RECOURS A L'ARTICLE 106§2 DU TFUE : UNE SECONDE POSSIBILITE DE DEROGER A L'INCOMPATIBILITE DE L'AIDE AVEC LES REGLES DE LA CONCURRENCE	15
SECTION 2 : DES CONSEQUENCES BUDGETAIRES ET PROCEDURALES : TRANSPARENCE DES COMPTES ET PROCEDURES DE NOTIFICATION	20

TABLE DES ABREVIATIONS

AJDA :	Actualité Juridique du Droit Administratif
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
RGEC :	Règlement Général d'Exemption par Catégorie
SIEG :	Service d'Intérêt Economique Général
TCE:	Traité des Communautés Européennes
TFUE :	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TPICE :	Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes

INTRODUCTION

« *Le droit communautaire ne pose pas d'interdiction de principe aux aides publiques, mais prévoit une large incompatibilité assortie de dérogations. En tant qu'instrument économique aux mains des Etats, les aides publiques demeurent légitimes. Mais en tant que sources de distorsion de la concurrence, elles font l'objet d'un contrôle attentif.* ¹ » La qualification d'une mesure étatique en aide d'Etat peut néanmoins parfois être influencée lorsqu'elle sert principalement à financer un service public.

Si l'on cherche la mention d'un quelconque « service public » dans le TFUE, on remarquera que cette expression est manquante. En effet, il s'agit plutôt d'une expression utilisée en droit interne, le droit français affirmant la spécificité d'un « service public à la française », révélateur d'une tendance à la sacralisation de cette notion en droit administratif, bien que, comme le souligne Didier TRUCHET², « personne n'a jamais réussi à donner au service public une définition incontestable : le législateur ne s'en est pas soucié, le juge ne l'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu ». Toujours est-il que certains de ses caractères sont reconnaissables : un intérêt général et un étroit lien avec l'Etat. Enfin, en droit français, l'applicabilité des règles de concurrence aux services publics n'est pas affirmée avec force. Le droit communautaire, à la différence du droit français, pensera le service public dans une sphère concurrentielle et concevra non pas le service public selon une conception organique, mais d'après une conception matérielle et objective, raison pour laquelle la dénomination de « service public » en tant que telle n'apparaît pas. Il s'agira plutôt d'un « service d'intérêt économique général ³ ». En ce sens, la notion d'intérêt économique général est désignée par « *des activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public* ⁴ ». Néanmoins, rien ne

¹ Nicinski (S.), « *Droit public des affaires* », Montchrestien, Paris, 2009, p.471

² Truchet (D.), « *Label de service public* », AJDA 1982, p.427

³ Cf. Article 106§2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

⁴ Communication de la Commission du 11 septembre 1996.

sépare les notions de SIEG et de service public, du moins si on les envisage d'une manière exclusivement fonctionnelle⁵.

A défaut d'utiliser la notion de service public, la Cour de Justice des Communautés Européennes emploiera le terme « d'obligations de service public » lorsqu'il s'agira d'étudier le financement d'un SIEG. Or, on ne peut ignorer que dans cet état d'esprit, le financement d'un tel service est rattaché à la notion d'aide d'Etat. Néanmoins, deux autres modes de financement restent possibles⁶ qui eux, échappent à la qualification d'aide d'Etat. Il s'agira d'une part de la théorie de l'indemnisation selon laquelle une entreprise chargée d'une mission d'intérêt général a droit à une rémunération raisonnable, pour ne pas voir sa propriété remise en cause et d'autre part de la théorie de la rémunération en vertu de laquelle l'autorité publique achète un service public en contre partie d'un prix. L'enjeu du financement d'un SIEG est marqué par un contexte communautaire concurrentiel, raison pour laquelle le droit des aides d'Etat lui est applicable. De cette manière, il convient d'opérer une distinction entre l'aide d'Etat « nette », reposant sur la théorie de la rémunération et qui est en ce sens contraire à l'esprit du Traité, et l'aide d'Etat « brute »⁷, bien que cette distinction n'apparaisse pas non plus aux *articles 107 à 109 du TFUE* régissant le droit des aides d'Etat.

Toute la question a été de connaître les possibilités de financement d'activités qualifiées « d'intérêt économique général » dans la mesure où la politique communautaire est centrée sur les intérêts d'un marché intérieur, en favorisant quatre grandes libertés de circulation : celles des capitaux, des services, des marchandises et des personnes. Dans cette optique, le marché ne doit être entravé d'aucune manière que ce soit. Cette approche économique des échanges se trouve alors pleinement confrontée à la qualification juridique d'aide d'Etat qui peut être apportée à une mesure. En effet, l'aide d'Etat se révèle être « incompatible avec les règles du Traité » dans la mesure où elle affecte la concurrence entre Etats membres et produit des effets sur le marché intérieur. Néanmoins, certaines aides pourront être déclarées compatibles sous certaines conditions et après l'examen de

⁵ Kovar (R.), « *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée* », Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1^{ère} partie : n°2/1996, avril-juin 1996, pages 215 à 242 ; 2^{nde} partie : n°3/1996, juillet-septembre 1996, pages 493 à 533.

⁶ Triantafyllou (D.) « *L'encadrement communautaire du financement du service public* », Revue Trimestrielle de Droit Européen, janvier-mars 1999, pages 21 à 41.

⁷ Triantafyllou (D.), article précité.

celles-ci par la Commission. D'autres fois, elles perdront la qualité « d'aide d'Etat » et se verront qualifiées de « compensations d'obligations de service public », ce qui leur fera perdre toute incompatibilité de principe avec les règles du Traité.

Deux acteurs sont importants dans ce domaine, le juge communautaire, à qui il revient d'interpréter les dispositions du Traité relatives au droit des aides d'Etat, et la Commission, qui exerce un contrôle permanent sur les aides qui lui sont soumises après leur notification. Dans certains cas, l'Etat se verra laisser une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation du soutien financier qu'il compte apporter à un opérateur en charge d'un SIEG, d'autant plus que le financement que celui-ci peut apporter répond à des considérations d'organisation, culturelles et politiques nationales propres.

Tout l'enjeu est alors celui de la qualification juridique apportée au soutien public octroyé par l'Etat à une entreprise en charge de la gestion d'un SIEG. En effet, cette qualification peut varier en fonction de l'objet du soutien en cause, bien que le droit communautaire ne s'intéresse principalement qu'à ses effets⁸. Il pourra s'agir d'une aide d'Etat, présumée comme incompatible avec les règles du Traité en vertu de *l'article 107§1 du TFUE*. Mais au stade de sa justification, celle-ci pourra *a contrario* être vue comme une mesure compensant strictement les charges de service public imposées à une entreprise. En ce sens, le régime juridique applicable à la mesure en cause sera influencé par la qualification retenue.

C'est en ce sens que dans le cadre de *l'article 107§1 du TFUE*, cette mesure pourra être soit qualifiée d'aide d'Etat soit de compensation d'obligations de service public (Chapitre 1). Mais cette même phase de qualification pourra aussi et toujours intervenir par le biais de *l'article 107§1 du TFUE*, et l'aide ainsi identifiée pourra être déclarée comme compatible avec les règles du Traité dès lors qu'elle ne vise en fait, que la compensation des obligations de service public, obligations

⁸ A ce sujet, l'avocat général Antonio Tizzano écrivait dans ses conclusions sur CJCE, 22 novembre 2000, « *Ferring* » que « *la nécessité de compensation des charges extraordinaires ne se limite pas à représenter la cause ou l'objectif des mesures visées, mais se répercute nécessairement aussi sur les effets de celles-ci puisqu'elle rend économiquement neutre l'intervention publique et évite que celle-ci puisse produire des distorsions de concurrence injustifiées* ».

imposées par un Etat membre à une entreprise en charge de la gestion d'un SIEG ; la justification de la compensation sera ici fondée sur *l'article 106§2 du TFUE* (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : DE L'AIDE D'ETAT A LA COMPENSATION D'OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

SECTION 1 : La notion d'aide d'Etat de l'article 107 du TFUE

En même temps que le juge développait l'interprétation de la notion d'aide d'Etat en étendant le champ d'application de *l'article 107§1 du TFUE* énonçant leur incompatibilité avec les règles du Traité (A), ce même Traité prévoyait lui-même des cas où les aides seraient légales de plein droit ou pourraient être déclarées compatibles (B).

A. Une qualification juridique de l'aide d'Etat élargie par le juge en raison de son incompatibilité avec les règles du Traité :

Devant le principe énoncé à *l'article 107§1 du TFUE*⁹, la Cour est venue préciser que quatre conditions cumulatives étaient nécessaires pour qualifier une mesure d'aide d'Etat. Ainsi, la mesure doit provenir d'une ressource d'Etat ou au moyen de ressources d'Etat, doit procurer un avantage au bénéficiaire, son intervention est susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres, et elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence¹⁰. On remarquera d'emblée que le droit communautaire ne prend pas en considération la forme de la mesure et ne s'attache pas non plus à ses objectifs. Il convient par ailleurs de préciser à titre liminaire que la mesure ne peut être qualifiée

⁹ Article 107§1 TFUE : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur, 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 quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.* »

¹⁰ CJCE, 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, (Aff. C-142/87).

d'aide si elle ne bénéficie pas à un opérateur qualifiable d'entreprise¹¹, critère d'applicabilité du droit de la concurrence.

Concernant la première condition selon laquelle la mesure doit avoir une origine publique, on remarquera une interprétation large de la part de la Cour. En effet, soit l'aide doit avoir été consentie directement par l'Etat, soit indirectement par le biais d'organismes liés à celui-ci ou institués par lui pour gérer l'aide. Devant ce laconisme, la Cour est intervenue pour poser deux conditions cumulatives : la mesure en cause doit apparaître comme le résultat d'un comportement imputable à l'Etat et doit être octroyée au moyen de ressources d'Etat¹² (en ce sens, la mesure doit être une charge financière pour l'Etat). Dans l'affaire *Sloman Neptun*, la Cour a donné une interprétation restrictive de cette dernière condition dans la mesure où les aides devaient obligatoirement être financées par des fonds publics¹³. S'agissant de l'imputation à l'Etat, la notion d'Etat est appréciée dans un sens très large en ce qu'il peut s'agir d'une aide octroyée par le pouvoir législatif¹⁴, ou que la mesure a été accordée par une collectivité territoriale ou infra-étatique¹⁵, ou encore lorsque des organismes indépendants, qu'ils soient privés ou publics, ont été institués par l'Etat et ce, même lorsqu'il n'y a pas eu d'instructions précises de sa part¹⁶. Concernant la nature des ressources, il doit s'agir expressément d'une ressource d'Etat, qui peut être constituée par des fonds budgétaires, des taxes parafiscales ou encore des fonds privés à disposition d'un organisme public¹⁷ du moment qu'il y a un manque à gagner pour l'Etat. La Cour utilisera ici le critère des *ressources normales* afin d'estimer si elles devaient revenir à l'Etat¹⁸.

S'agissant de l'avantage économique, il peut s'agir d'un avantage consenti par l'autorité publique, sous diverses formes, que ce soit une prestation positive ou une prestation négative. Toujours est-il

¹¹ CJCE, 22 mars 1977, « *Steinike et Weindling* », (Aff. 78/76).

¹² CJCE, 16 mai 2002, *République Française c/ Commission*, affaire dite « Stardust Marine », (Aff. C-482/99)

¹³ CJCE, 17 mars 1993, « *Sloman Neptun* », (Aff. C-72 et 73/91)

¹⁴ TPICE, 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission*, (Aff. T-358/94).

¹⁵ CJCE, 14 octobre 1987, *RFA c/ Commission*, (Aff. C-284/84).

¹⁶ Jurisprudence *Steinike* précitée.

¹⁷ Jurisprudence *Steinike* précitée.

¹⁸ CJCE, 16 mai 2000, *France c/ Ladbrooke et Commission*, (Aff. C-83/98).

que la mesure doit alléger les charges d'une entreprise qui grèvent normalement son budget¹⁹. L'avantage sera ainsi qualifié « d'anormal » et sera considéré comme une aide²⁰. La Cour aura alors recours au critère des *conditions normales du marché*. Ce critère se déclinera en plusieurs théories²¹ dont fait notamment partie celle de *l'opérateur normal en économie de marché*²², afin de distinguer d'une part si l'Etat agit en tant qu'opérateur économique sur le marché lorsqu'il transige avec des entreprises ou d'autre part comme autorité publique, lorsqu'il impose une mission d'intérêt général à une entreprise et compense financièrement le coût de cette obligation. Dans ce dernier cas, il serait normalement soumis à *l'article 107§1 du TFUE*, mais il a été établi par la Cour que lorsque la mesure incriminée accordant un avantage à l'entreprise ne servait en fait qu'à la compensation de charges de service public, elle ne pouvait être qualifiée d'aide d'Etat, sous réserve que la mesure remplisse quatre critères pour échapper à la qualification d'aide²³.

L'aide doit aussi revêtir un caractère sélectif, critère qui pose quelques difficultés quant à son appréciation²⁴. Celui-ci s'entend d'une mesure spécifique accordant une somme d'argent présente seulement dans la comptabilité de certaines entreprises, « *destinée à exempter partiellement les entreprises d'un secteur particulier dans les charges découlant de l'application normale d'un système* »²⁵. Son appréciation peut se faire au niveau régional par rapport à un taux d'imposition national²⁶, ou encore si leur octroi est décidé discrétionnairement par les autorités nationales bien que la mesure participe à un mécanisme général²⁷. La sélectivité de la mesure produit alors une

¹⁹ Les charges normales sont définies par J.Y. Chérot comme étant « celles de toutes les entreprises placées dans une situation objectivement identique », dans son article « *Financement des obligations de service public et aides d'Etat* », Europe, n°5, mai 2000, pages 4 à 8.

²⁰ CJCE, 5 octobre 1999, *Commission c/ France*, (Aff. C-251/97).

²¹ Théorie de l'investisseur privé en économie de marché ou existe encore la théorie du prêteur/vendeur privé agissant dans les conditions normales du marché.

²² Théorie de l'Avocat Général Fennely dans ses concl. sur CJCE, 5 oct. 1999, *Commission c/ France*, préc.

²³ CJCE, 24 juillet 2003, « *Altmark Trans GmbH* », (Aff. C-280/00).

²⁴ Comme le souligne L. Vogel dans son article « *Les nouveaux critères de définition des aides d'Etat en droit de la concurrence* », Revue de la concurrence et de la consommation, n°133, mai-juin 2003, page 7.

²⁵ Définition de la mesure sélective in Rapport sur les aides d'Etat dans la Communauté Européenne, 1989.

²⁶ CJCE, 6 septembre 2006, *République portugaise c/ Commission*, (Aff. C- 88/03).

²⁷ CJCE, 26 septembre 1996, *France c/ Commission*, (Aff. C-241/94).

distorsion de la concurrence : une mesure est de nature à fausser la concurrence dès lors qu'elle accorde un avantage sélectif sur un marché concurrentiel²⁸.

Enfin, quant à l'affectation du commerce entre Etats membres, la mesure doit produire un effet sur le commerce. Récemment la Cour a eu à examiner cette condition de l'affectation des échanges, qui constitue un critère d'applicabilité du droit de la concurrence. Après avoir rappelé les quatre conditions permettant d'identifier une aide, la Cour conclue que ce critère précis manque; le transfert de clientèle dont il s'agit n'est donc pas constitutif d'une aide d'Etat²⁹.

Les cas dans lesquels les mesures en cause seront qualifiées d'aides d'Etat, et par conséquent incompatibles avec le marché commun sont nombreux, le juge ayant du prendre de plus en plus en compte des considérations économiques dans la qualification de l'aide. Cependant le Traité prévoit lui-même quelques dérogations à cette incompatibilité, notamment en ses *articles 107§§ 2 et 3*.

B. Des dérogations expressément prévues par le Traité pour certaines aides : entre aides légales de plein droit et aides pouvant être déclarées compatibles.

L'article 107§1 du TFUE après avoir énoncé que les aides d'Etats étaient incompatibles avec les règles du Traité, introduit lui-même deux sortes de dérogations.

D'une part, au *paragraphe 2*, il est dit que sont compatibles avec le marché intérieur trois sortes d'aides. Celles-ci seront dès lors considérées comme légales de plein droit. Il s'agit surtout d'aides en faveur de populations vulnérables ou de mesures à caractère indemnitaire. Tel est le cas des « *aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits* », des aides visant à « *remédier aux dommages causés par des calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires* » ou encore des aides octroyées à l'économie de certaines régions. Pour ce dernier type d'aide est expressément visé le cas de la République Fédérale d'Allemagne car affectée de la division de l'Allemagne. Mais cette disposition est aujourd'hui caduque.

D'autre part, au *paragraphe 3*, il s'agit de quatre aides pouvant être déclarées comme compatibles après leur notification par l'Etat membre ayant prévu de les octroyer. La Commission se prononcera sur leur compatibilité au terme de sa procédure de contrôle. Ces aides sont essentiellement axées sur le développement économique de certaines régions dont le niveau de vie est anormalement bas et où

²⁸ CJCE, 7 mars 2002, *Italie c/ Commission*, (Aff. C-310/99).

²⁹ CJCE, 1^{er} juillet 2008, « *Chronopost* », (Aff. C-341/06P).

il sévit un grave sous emploi, elles peuvent par ailleurs promouvoir la réalisation d'un projet européen d'intérêt communautaire aux fins de remédier à une perturbation grave de l'économie ou encore promouvoir la culture ou la conservation du patrimoine. De nombreuses conditions sont alors nécessaires pour que cette dérogation puisse être mise en œuvre. Ainsi, l'aide doit être destinée à un projet intéressant l'ensemble des Etats membres, doit contribuer à la réalisation d'un des objectifs de *l'article 107§3 du TFUE* et doit être établie avec transparence. En ce sens, l'Etat devra détailler clairement les modalités de l'aide: il s'agira d'établir qu'elle est bien nécessaire et proportionnée au but poursuivi.

Ce fondement textuel a alors inspiré la Commission afin de guider l'action des Etats membres. Ainsi, elle a pu adopter des règlements d'exemption ainsi que des encadrements et lignes directrices. On remarquera par ailleurs qu'aucun de ces cas ne mentionne l'existence d'un SIEG. Aucune dérogation n'est donc expressément prévue à cet article pour le financement d'un service public. L'Etat a seulement ici une fonction d'assistance et de solidarité, et n'intervient pas selon une logique économique sur un marché concurrentiel. D'autres dérogations seront alors possibles, dérogations spécifiquement applicables au financement d'un service public.

SECTION 2 : La théorie de la compensation des obligations de service public : un moyen de faire échapper le soutien public à la qualification d'aide d'Etat.

On ne peut nier le rôle de la jurisprudence en droit communautaire des aides d'Etat. Celle-ci a entre autres permis de développer une théorie de la compensation, d'application délicate (A), raison pour laquelle la Commission a pris le relai pour clarifier cette approche par le biais d'une réglementation (B).

A. L'approche compensatoire d'origine prétorienne : une opportunité manquée du juge ?

Ce cas est lié à la condition de l'avantage économique, critère initialement utile à la qualification d'une mesure étatique en aide publique conformément à *l'article 107§1 du TFUE*. Néanmoins, le juge s'en est servi dans un sens inverse pour faire échapper la mesure à la qualification d'aide d'Etat, en la qualifiant de « compensation d'obligations de service public ³⁰ ». Mais cette innovation prétorienne est le fruit d'un long tâtonnement.

³⁰ Jurisprudence *Altmark* précitée.

En effet, il est évident que si des charges supplémentaires sont imposées à une entreprise pour l'exécution d'un service public dont elle a la charge, elles ne peuvent pas être considérées comme grevant normalement son budget. Lorsque l'Etat octroie une subvention à l'entreprise dans ce cas là, il ne peut visiblement s'agir d'une aide d'Etat mais bien d'une compensation des obligations supplémentaires qui lui sont imposées : il s'agira alors d'une « compensation des obligations de service public ».

Le juge communautaire avait timidement amorcé cette analyse en 1997³¹ en estimant qu'une subvention dont bénéficie une entreprise au titre de ses obligations de service public est une aide d'Etat. Cette dernière est en principe interdite mais peut néanmoins être autorisée par la Commission dans la mesure où elle ne fait que « compenser strictement le coût de ces obligations ». L'approche compensatoire a depuis lors été reprise par la Cour qui affirmera ce principe sans donner de réels critères pour identifier une compensation : le financement étatique de services publics ne constitue pas une aide tant que les avantages conférés n'excèdent pas le coût engendré par la prestation des obligations de service public. Ainsi, le non assujettissement à une taxe est une contrepartie des prestations effectuées correspondant à des surcoûts supportés pour des obligations de service public³².

En 2003, la jurisprudence *Altmark*³³ marquera un vrai coup d'éclat des juges communautaires en établissant quatre critères cumulatifs, qui, s'ils sont remplis font échapper la mesure à la qualification d'aide d'Etat de l'article 107§1 du TFUE. Dans le cas contraire, le soutien public dont l'entreprise est bénéficiaire sera qualifié d'aide d'Etat. En premier lieu, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'une mission de service public et ses obligations doivent être clairement définies. En second lieu, les critères et paramètres permettant d'établir cette compensation doivent préalablement être établis de manière objective et transparente. En troisième lieu, le montant de la compensation doit être proportionnel aux coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public. Il peut néanmoins y avoir un bénéfice raisonnable dans l'exécution de l'activité. Enfin, on se base sur le standard d'une entreprise efficace : le montant de la compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne et correctement gérée devrait supporter pour remplir des missions analogues.

³¹ TPICE, 27 février 1997, *Fédération Française des sociétés d'assurance c/ Commission*, (Aff. T-106/95).

³² CJCE, 22 novembre 2001, « *Ferring* », (Aff. C-53/00).

³³ Jurisprudence *Altmark* précitée.

Ces conditions ont beaucoup fait réagir la doctrine. A ce titre, S. BRACQ a estimé qu'on assistait à une « *déconstruction du droit communautaire* ». En effet, la qualification de « compensation d'obligations de service public » par le biais d'*Altmark* intervient avant même le stade de qualification d'aide : on fait échapper d'emblée le soutien public au régime des aides d'Etat. Toujours selon S. BRACQ, il y aurait « *confusion entre qualification d'aide et justification, qui se conjugue avec une confusion entre qualification d'aide et qualification d'obligation de service public* »³⁴. Pour S. RODRIGUES³⁵, les critères posés par la jurisprudence *Altmark* sont trop vagues et le dernier en particulier est d'évaluation délicate.

En effet, l'arrêt *Altmark* posant ce principe de compensation n'a jamais fait flores, la réunion de toutes les conditions qu'il pose s'avérant trop difficile à réaliser, raison pour laquelle un « *Paquet Monti-Kroes* » fut adopté par la Commission deux ans plus tard.

B. Le renforcement de la théorie par des textes : un effort de précision incluant la notion de SIEG :

Face aux difficultés d'application d'une jurisprudence qui avait ouvert une voie nouvelle, la Commission a adopté un corpus de trois textes en 2005³⁶ afin d'encadrer et de sécuriser le droit communautaire des aides d'Etat et a saisi l'occasion pour fixer de nouvelles règles concernant les compensations d'obligations de service public. Ces textes se livrent à l'examen des financements publics au bénéfice d'entreprises chargées d'un SIEG en compensation des charges du service qui

³⁴ Bracq (S.), « *Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente.* », Revue Trimestrielle de Droit Européen, 2004, page 33.

³⁵ Rodrigues (S.), « *Les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d'Etat* », AJDA, 2003, p.1739.

³⁶ *Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, JOUE n° L 312/67 du 29 novembre 2005.

Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JOUE n° L312/47 du 29 novembre 2005.

Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, JOUE n° C 297/4 du 29 novembre 2005.

pèsent sur elles. Il s'agissait alors de distinguer trois sortes de compensations pour charge de service public.

La Directive de la Commission³⁷ traite des mesures étatiques remplissant les conditions de la jurisprudence *Altmark*. Ces mesures ne seront pas qualifiées d'aides d'Etat mais bien de compensation de service public ; les entreprises chargées de SIEG seront soumises à l'obligation de tenir des comptes séparés lorsqu'elles se livrent à d'autres activités³⁸.

Aussi, l'objet de la décision de la Commission³⁹ est « *d'énoncer les conditions en vertu desquelles les aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG doivent être considérées comme compatibles avec le marché commun et exemptées de l'obligation de notification.* » Il s'agit ici de compensations considérées comme des aides d'Etat néanmoins compatibles avec les règles du Traité. La décision précise toutefois que les compensations de service public du secteur des transports terrestres n'entrent pas dans son champ d'application, bien que ce soit le cas pour les secteurs du transport aérien et maritime⁴⁰.

Enfin, l'Encadrement Communautaire⁴¹ sera quant à lui concerné par « *les aides apportées aux SIEG (...) compatibles avec le marché commun (lorsque) elles sont nécessaires au fonctionnement de ceux-ci et n'affectent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté* ». Il aborde notamment ici les conditions de la compatibilité des compensations qui constituent des aides d'Etat en vertu de l'article 107§1 du TFUE, le rôle des Etats membres dans la définition de l'activité d'intérêt économique général, le calcul du montant des compensations ou encore le cas des surcompensations, considérées comme incompatibles avec les règles du Traité et pour lesquelles il définit les règles applicables, dont notamment l'obligation de remboursement. Néanmoins, certains secteurs sont exclus du champ de cet encadrement, comme par exemple celui des transports ou encore celui de la radiodiffusion.

³⁷ Directive de la Commission du 28 novembre 2005 précitée.

³⁸ Article 1^{er} de la Directive de la Commission du 28 novembre 2005 précitée.

³⁹ Décision de la Commission du 28 novembre 2005 précitée.

⁴⁰ Voir notamment les points 17 et 18 de la Décision.

⁴¹ Encadrement communautaire du 29 novembre 2005 précité.

On remarquera alors la portée pédagogique ainsi que l'effort de clarté que ces textes marquent : ils différencient les types de compensations existants, en leur définissant un régime propre. Mais on remarquera aussi qu'ils emploient le terme de SIEG, et ce dans un souci d'établir un lien entre les *articles 107 et 106§2 du TFUE*.

Si le « *Paquet Monti-Kroes* » a été adopté par la Commission suite à la jurisprudence *Altmark* qui venait d'affirmer la théorie de la compensation des obligations de service public, jurisprudence qui ne se fondait exclusivement que sur *l'article 107§1 du TFUE* pour établir que le soutien public pouvait échapper à la qualification « d'aide d'Etat » et être qualifié de « compensation d'obligations de service public » sous réserve de remplir quatre conditions cumulatives, les textes communautaires marquèrent une évolution. En effet, bien que reprenant cette théorie de la compensation, le fondement ici utilisé n'est plus *l'article 107§1 du TFUE*, mais *l'article 106§2 du TFUE*. En effet, en vertu de *l'Encadrement Communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public*, « *les aides apportées aux entreprises chargées de SIEG sont compatibles avec le marché commun si elles sont nécessaires au fonctionnement de ceux-ci et n'affectent pas les échanges entre Etats membres dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* », principe issu de la lettre de *l'article 106§2 du TFUE*. Aussi, le champ d'application de la *Décision de la Commission*⁴², concerne explicitement les « *dispositions de l'article 86§2 du TCE*⁴³ (applicables) *aux aides d'Etat sous forme de compensations de services public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* ». Néanmoins, les critères utilisés par la Commission pour mener son appréciation de la justification de la mesure ne seront pas les mêmes en fonction de la disposition utilisée.

En fait, S. BRACQ⁴⁴ remarque l'échec de l'utilisation préventive de *l'article 106§2 du TFUE*: il faut déjà qu'il y ait qualification « d'aide d'Etat » pour pouvoir faire jouer cet article. En effet, il

⁴² *Décision de la Commission du 28 novembre 2005* précitée.

⁴³ Aujourd'hui, *article 106§2 du TFUE* suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

⁴⁴ Bracq (S.), article précité.

pourra s'agir d'une compensation financière dans le cadre de la jurisprudence *Altmark* lorsque la condition d'avantage économique sera examinée par le juge. Si ce n'est pas le cas, on examinera la mesure incriminée sous l'empire de *l'article 107 du TFUE* en vertu duquel elle sera déclarée incompatible avec les règles du Traité, sauf si elle rentre dans un des cas énumérés aux *paragraphes 2 et 3*. Enfin, si le soutien public ne rentre dans aucun de ces cas de dérogation, elle doit alors être qualifiée « d'aide d'Etat » ; l'application de *l'article 106§2 du TFUE* restera toujours possible pour la qualifier de « compensation d'obligations de service public ». Néanmoins, l'utilisation de ce dernier article permet uniquement de déroger au principe d'incompatibilité de *l'article 107 du TFUE*, mais nullement aux règles de procédure de *l'article 108 du TFUE*.

CHAPITRE 2 : DU RECOURS A L'ARTICLE 107§1 A L'ARTICLE 106§2 DU TFUE

SECTION 1 : Le recours à l'article 106§2 du TFUE : Une seconde possibilité de déroger à l'incompatibilité de l'aide avec les règles de la concurrence

Normalement l'entreprise est le critère d'application du droit de la concurrence. Cependant, *l'article 106§2 du TFUE* consacre une exception lorsque celle-ci est chargée de la gestion d'un SIEG par l'autorité publique (A) et que l'application de ces règles ferait échec à la mission particulière exercée. Un contrôle de nécessité et de proportionnalité est alors essentiel pour que le financement public octroyé au titre des obligations de service public puisse être clarifié et que soient conciliés dans le même temps l'intérêt général et la concurrence (B).

A. La nécessaire reconnaissance d'un SIEG et d'une investiture publique :

L'article 106§2 du TFUE fait référence à des « *entreprises chargées de la gestion de SIEG ou présentant le caractère d'un monopole fiscal*⁴⁵ (...) *soumises aux règles des Traités, notamment aux règles de la concurrence* ». Une mission particulière doit de plus leur avoir été impartie. Pour que cette disposition soit applicable, il faut donc qu'il y ait une entreprise, que celle-ci soit chargée de la gestion d'un SIEG, et qu'une mission particulière, caractérisée, lui ait été impartie par l'autorité publique.

⁴⁵ La notion de « monopole fiscal » ne sera pas ici développée, dans la mesure où la présente étude ne s'attache uniquement qu'à analyser le financement du service public et son influence sur la notion d'aide d'Etat. Seule la notion de SIEG sera examinée.

En ce sens, s'il est nécessaire qu'une entreprise soit présente⁴⁶ afin d'assurer la gestion d'un SIEG, aucun critère organique n'est retenu par la Cour : l'entreprise peut être publique comme privée⁴⁷. Néanmoins, l'appréciation de ce qu'est un SIEG a été plus délicate à mener, à la manière de la définition d'un service public en droit français, bien que « *la notion de SIEG (soit) plus fonctionnelle que la notion française de service public* »⁴⁸. En effet, comme le remarque R. KOVAR⁴⁹, deux difficultés seront à surmonter au stade de la qualification de SIEG : d'une part, concernant la notion même de SIEG, la difficulté tenant aux imprécisions de la notion, et d'autre part, « *s'y ajoutent des incertitudes relatives à la détermination des autorités compétentes pour apprécier si une activité économique est d'intérêt général* ».

La Cour a ainsi traditionnellement défini le SIEG comme « *toute activité d'intérêt général exercée par une entité publique ou privée à qui l'exercice d'une telle activité a été confié par un acte de puissance publique* »⁵⁰. Pour leur part, les communications de la Commission feront expressément mention d'obligations de service public. Ainsi, il s'agit « *d'activités de services marchands remplissant des missions d'intérêt général et soumises de ce fait, par les Etats membres à des obligations de service public* »⁵¹ ou encore de « *services de nature économique que les Etats membres de la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général* »⁵². Toujours est-il que l'activité en cause doit avoir une nature économique, consistant à « *offrir des biens ou des services sur un marché donné* »⁵³.

Mais cette seule nature économique ne peut suffire à elle seule à la définition d'un SIEG ; la définition d'un intérêt général est elle-même essentielle. En ce sens, il a été déterminé qu'il était de la responsabilité des Etats membres de définir ce qu'ils entendaient par « missions d'intérêt

⁴⁶ A cet égard, la Cour estime que la gestion d'un SIEG est exercée par une entreprise : voir CJCE, 23 avril 1991, « *Höfner* », (Aff. C-41/90), Rec. p.I-1979.

⁴⁷ CJCE, 21 mars 1974, « *BRT c/ SABAM* », (Aff. 127/73)

⁴⁸ Constat mené par Chérot (J-Y.), in « *Droit public économique* », Economica, Paris, 2007, p. 269.

⁴⁹ Kovar (R.), article précité.

⁵⁰ CJCE, 21 mars 1974, « *BRT c/ SABAM* » (Aff. 127/73)

⁵¹ Communication de la Commission sur les SIEG, JOCE n° C 17, 19 janvier 2001, p. 4.

⁵² Livre blanc sur les SIEG, COM (2004) 374 final, 12 mai 2004.

⁵³ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, (Aff. 118/85)

général » et « SIEG », ceux-ci disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière⁵⁴. La Cour avait déjà opté en faveur de ce raisonnement, mais d'une manière plus implicite⁵⁵. Il convient par ailleurs de préciser que cette position a pour conséquence que le droit communautaire ne peut définir lui-même l'intérêt général à la place du droit national : une activité pourra être considérée d'intérêt économique général dans certains Etats membres, mais ce ne sera pas forcément le cas dans d'autres. En raison de cette marge de manœuvre laissée aux Etats membres, et pour que l'unité du droit communautaire ne soit pas affectée, la Commission ainsi que le juge communautaire puisse opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, le juge vérifie les caractères d'intérêt général ou d'intérêt public de la mission impartie par l'Etat au sens de *l'article 106§2 du TFUE*⁵⁶, mais il vérifiera dans le même temps la réalité des obligations spécifiques imposées par l'Etat à l'entreprise ; une « mission particulière » devant être impartie par l'Etat à l'entreprise en vertu de cette même disposition. L'existence de cette mission particulière impartie exigée par *l'article 106§2 du TFUE* est le moyen de distinguer les activités d'intérêt économique général des activités économiques « ordinaires » dans la mesure elle marque une caractéristique spécifique de la mission exercée.

La Cour apprécie alors *in concreto* les obligations particulières imposées par l'Etat, et non plus en se basant sur la seule nature de l'activité elle-même (appréciation *in abstracto*) pour établir si la mission dont il s'agit est bien d'intérêt général. Il est exigé de cette manière d'étroits liens entre l'entreprise et l'Etat, qui, s'ils peuvent se manifester au stade de la définition de la mission d'intérêt général donnée par l'Etat, doivent aussi s'exprimer par un acte émanant de la puissance publique investissant l'entité de cette mission. En effet, le juge communautaire exige un acte de dévolution exprès du SIEG⁵⁷, qui peut être un acte unilatéral de la puissance publique, comme un décret ou une loi, ou encore une convention de concession de service public. Par ailleurs, « *l'absence d'investiture*

⁵⁴ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM (2000) 580 final, 20 septembre 2000.

⁵⁵ Voir en ce sens les arrêts : CJCE, 13 mai 1993, « *Paul Corbeau* », (Aff. C-230/91), Rec. I p. 2533 et CJCE, 27 avril 1994, « *Commune d'Almelo* », (Aff. C-393/92), Rec. I p. 1477.

⁵⁶ Voir pour exemple : CJCE, 14 juillet 1971, *Merci*, « *Port de Mertert* », (Aff. 10/71), Rec. p. 723 et CJCE, 10 décembre 1991, *Muller*, « *Porto di Genova* », (Aff. C-179/90), Rec. I, p. 5889.

⁵⁷ CJCE, 21 mars 1974, « *BRT c/ SABAM* » (Aff. 127/73)

par un acte formel de puissance publique ne peut être supplée par le caractère de l'activité exercée »⁵⁸.

Mais après avoir identifié le SIEG et le rôle de l'Etat en la matière, l'interprétation de l'exception portée par *l'article 106§2 du TFUE* se fera autour de deux autres questions : celles du calcul de la compensation octroyée et de la non affectation du développement des échanges entre Etats membres dans un intérêt contraire à celui de l'Union.

B. *Le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la compensation : entre une clarification du financement et une conciliation de l'intérêt général et de la concurrence :*

Une fois l'existence d'un SIEG et d'une mission impartie par la puissance publique démontrées, *l'article 106§2 du TFUE* autorise que les règles du Traité, notamment celles de la concurrence, puissent ne pas être applicables à ces entreprises en charge de la gestion d'un SIEG dans la mesure où elles feraient « *échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». Il convient de préciser sur ce point que la jurisprudence estime qu'il « *n'est pas nécessaire pour que les conditions d'application de l'article 86§2 soient remplies que l'équilibre financier ou la viabilité de l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG soit menacée. Il suffit qu'il soit fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise (...) dans des conditions économiquement acceptables* »⁵⁹. En ce sens, « *une dérogation au jeu de la concurrence est exclue, lorsque la situation financière de l'entreprise se révèle parfaitement saine, ou (...) lorsqu'elle se révèle incapable de satisfaire les besoins du public* »⁶⁰. C'est alors à l'entreprise de se prévaloir de cette disposition en faisant valoir qu'elle est dans l'impossibilité de réaliser sa mission - la nécessité pour une entreprise d'accomplir la mission qui lui a été impartie étant le fondement déduit de cette disposition - d'autant plus ce se sont les sujétions particulières, c'est-à-dire les obligations de service public qui pèsent sur cette entreprise qui peuvent justifier une

⁵⁸ CJCE, 14 juillet 1981, « *Zuckner* », Rec. p. 2021.

⁵⁹ CJCE, 17 mai 2001, « *Poste Italiane* », (Aff. C-340/99)

⁶⁰ Termes de R. Kovar dans son article précité.

restriction de concurrence en vertu d'une compensation. En effet, selon R. KOVAR⁶¹, c'est parce qu' « *obligées de fonctionner dans des conditions commercialement anormales, les entreprises chargées de SIEG peuvent, en cas de nécessité, être libérées de certaines contraintes dues aux règles de concurrence (selon une) logique de compensation* ». Est alors ici fait un test de nécessité pour écarter les règles de la concurrence. Néanmoins, la dérogation portée par *l'article 106§2 du TFUE* ne vaut pas seulement que pour ces règles de concurrence, mais a une portée beaucoup plus large, en ce qu'elle concerne « les règles du Traité ». Cependant, il n'est pas nécessaire pour l'Etat de rechercher si d'autres mesures nationales moins attentatoires aux règles du Traité permettent à l'entreprise d'assurer les missions d'intérêt général imparties⁶². Aussi, un test de proportionnalité sera effectué dans le but d'établir que la mesure est proportionnée à l'objectif poursuivi. Ces principes de nécessité et de proportionnalité servent en fait à clarifier le financement apporté.

L'article 106§2 du TFUE répond aussi à une logique comptable. En effet, si le principe d'une stricte compensation pour charge de service public n'apparaît pas en tant que tel dans *l'article 106§2 du TFUE*, la mesure doit aussi être nécessaire et proportionnée aux obligations imposées à l'entreprise pour la gestion du SIEG dont elle a la charge. En effet, dans le cas où une compensation pour obligations de service public est attribuée, il faut comparer le montant du soutien public apporté par rapport aux charges découlant des obligations : la mesure ne doit seulement viser que la compensation des coûts induits par des charges de service public particulières. A cet égard, pour que la disposition de *l'article 106§2 du TFUE* puisse être appliquée, la compensation implique le calcul du soutien public devant être alloué en fonction du montant du coût d'exécution des missions. Ainsi, d'une part, l'aide ne doit pas excéder les coûts nets induits par la mission de service public et d'autre part, doivent être pris en compte les autres recettes directes ou indirectes tirées de la mission de service public⁶³ pour le calcul du soutien devant être apporté. Les calculs financiers et comptables ainsi opérés démontreront si les obligations de service public ont été ou non surcompensées en se livrant donc à un contrôle de proportionnalité prenant en compte les recettes ainsi qu'un bénéfice raisonnable. Si c'est le cas, il est évident que le soutien public en cause se verra qualifié d'aide d'Etat et sera par conséquent incompatible avec les règles du Traité.

⁶¹ Kovar (R.), article précité

⁶² CJCE, 19 mai 1993, « Paul Corbeau » précité, et CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, précité.

⁶³ Mode de calcul notamment rappelé par la Décision 2009/C 237/06 de la Commission sur les procédures relatives à la mise en œuvre de la politique de la concurrence, JOUE 237/9 du 2/10/2009.

Le TPICE a récemment eu à se prononcer sur le cas des surcompensations⁶⁴. Dans *l'affaire TFI*, le requérant faisant valoir que la redevance dont bénéficiait France Télévisions en compensation de la perte de ces recettes de la publicité, par ce qu'elle irait en croissant durant les années, pourrait mener à une surcompensation des coûts nets du service public audiovisuel. Le TPICE valide alors ce que la Commission avait déjà accepté: les engagements par la France d'une part à ce que d'éventuels bénéfices induisant une surcompensation soient inscrits au budget de l'année suivante, et d'autre part qu'il soit écrit dans la réglementation française le principe de l'absence d'une surcompensation des coûts du service public. Enfin, il sera énoncé par le Tribunal que « *le risque ou l'absence de risque de surcompensation pour l'avenir dépend, en définitive, essentiellement des modalités concrètes du régime de financement lui-même, et non de la circonstance de ce que ce régime aurait, en pratique, occasionné une surcompensation dans le passé* ». A ce titre, « *ce n'est que si la Commission considère que le système de financement en cause présente un risque de surcompensation pour l'avenir qu'elle peut être amenée à proposer des mesures utiles* ».⁶⁵

Enfin, l'application de *l'article 106§2 du TFUE* ne doit pas affecter le développement des échanges « *dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* ».

SECTION 2 : Des conséquences budgétaires et procédurales : transparence des comptes et procédures de notification.

L'application de *l'article 106§2 du TFUE* implique d'une part une transparence financière pour les entreprises bénéficiaires d'une compensation ; elles doivent en ce sens tenir une comptabilité analytique séparée (A). D'autre part, elle ne doit pas influencer la procédure de notification de l'aide octroyée. Aussi, l'obligation de notification à la Commission est dépendante de la qualification juridique apportée à la mesure en cause en fonction de l'application de *l'article 107 du TFUE* et de l'interprétation menée par le juge (B).

⁶⁴ TPICE, 11 mars 2009, « *TFI* », (Aff. T-354/05)

⁶⁵ TPICE, 11 mars 2009, « *TFI* », précité, voir notamment les points 166 et 167.

A. Les conséquences de l'application de l'article 106§2 du TFUE : l'obligation de tenir une comptabilité analytique séparée

Une entreprise se voyant confier la gestion d'un SIEG peut par ailleurs se livrer à des activités autres que celles ayant un intérêt économique général. Or, la compensation dont elle bénéficiera en vertu de *l'article 106§2 du TFUE* ne lui sera attribuée uniquement que pour la mission d'intérêt économique général qui lui est impartie⁶⁶. Elle devra alors séparer sa comptabilité en deux : une partie sera consacrée à ses « activités économiques normales » pour lesquelles elle ne bénéficie d'aucun financement d'origine publique, tandis que l'autre traitera de l'activité d'intérêt économique général au titre de laquelle elle peut recevoir une compensation pour les charges de service public occasionnées. Cela permet notamment de guider la gestion du service.

On peut à cet égard établir un parallèle avec les entreprises chargées d'un service universel et qui exercent à côté de celle-ci, un service réservé. La Commission a alors estimé pour celles-ci que le principe d'une séparation comptable visait à assurer plusieurs autres principes, tels que la transparence, l'objectivité, l'égalité et la non-distorsion de la concurrence⁶⁷. Ce principe de séparation comptable a de même été affirmé par la Commission pour les entreprises chargées de SIEG et bénéficiant d'une compensation pour charges de service public. En effet, *l'article 1^{er} de la Directive de la Commission*⁶⁸ dispose qu'est « *soumise à l'obligation de tenir des comptes séparés toute entreprise (...) chargée de la gestion d'un SIEG (lorsqu'elle) reçoit une compensation de service public, sous quelque forme que se soit, en relation avec ce service, et qui exerce d'autres activités* ».

En ce sens d'une comptabilité séparée, les entreprises doivent indiquer dans leur comptabilité d'une part leurs coûts et leurs recettes séparément et d'autre part les paramètres de répartition des coûts et des recettes. Il s'agit alors d'une comptabilité analytique. Cette séparation de gestion aura un atout :

⁶⁶ En ce sens D. Triantafyllou estime que « *l'application de l'article 106§2 dans le domaine des aides, application nouvelle, implique la mise en examen du financement public des entreprises chargées de missions d'intérêt économique général et la ventilation de leurs coûts, afin de constater si le financement public correspond effectivement aux coûts additionnels occasionnés par lesdites missions, et cela bien entendu, dans la mesure où de telles missions et leur financements sont compatibles avec l'intérêt de la Communauté* », article précité.

⁶⁷ Communication de la Commission, IP/95/276 du 22 mars 1995.

⁶⁸ *Directive de la Commission du 28 novembre 2005* précitée.

faire ressortir lisiblement une surcompensation. Ainsi, le montant de sa restitution sera établi de manière efficace.

On peut néanmoins soulever un problème, cependant surmontable. Comme le souligne D. TRIANTAFYLLOU⁶⁹, il existe des cas où « *les obligations de service public ne pourront pas être distinguées des activités « de base » parce que l'ensemble de l'activité d'une entreprise est qualifiée de SIEG* ». Selon lui, il demeure toujours possible de « *comparer les coûts de l'entreprise* » au financement public.

B. La procédure de notification: entre un contrôle différencié de la Commission et l'appréciation des Etats en fonction de la qualification juridique apportée à la mesure en cause

Le principe étant qu'une aide d'Etat est incompatible avec les règles du Traité, celle-ci doit être notifiée à la Commission par l'Etat concédant, lorsqu'elle n'est encore qu'à l'état de projet. En vertu de *l'article 108§1 du TFUE*, la Commission procède à « l'examen permanent des aides d'Etat » avec les Etats membres. Elle dispose alors d'un pouvoir normatif propre pour l'examen préalable du projet d'aide en prenant des mesures utiles. *L'article 108 du TFUE* définit la procédure applicable dans ce domaine et laisse une compétence résiduelle au Conseil des Ministres. *L'article 109 du TFUE* quant à lui, donne au Conseil le soin de fixer les conditions d'application de *l'article 108§3* et d'adopter à majorité qualifiée tout règlement utile dans le cadre de *l'article 107 du TFUE*.

Néanmoins, tout le jeu de la qualification de la mesure contestée influera sur le régime applicable, et sur l'obligation ou non de la notification d'une aide d'Etat.

En effet, pour toutes les aides entrant dans le champ d'application de *l'article 107§1 du TFUE stricto sensu*, il y a une obligation de notification à la Commission. Deux exceptions existent cependant. D'une part, certaines catégories d'aides, notamment en faveur des petites et moyennes entreprises ou octroyées dans certains secteurs, se verront exemptées de notification en vertu d'un

⁶⁹ Triantafyllou (D.), article précité.

*règlement général d'exemption par catégorie*⁷⁰ en raison d'une présomption de compatibilité de ces aides avec les règles du Traité. D'autre part, cette exemption de notification est aussi valide pour les aides dites « de *minimis* » en vertu d'un *règlement d'exemption par catégorie de minimis*⁷¹. Les aides visées sont celles d'un montant maximum de 200 000 euros accordé à la même entreprise sur une période de trois exercices fiscaux consécutifs. On remarquera ici que des règlements doivent être pris pour déroger au principe de la notification. Il convient par ailleurs de préciser que ce sont les Etats membres qui, s'ils estiment que le soutien qu'ils vont apporter à une entreprise est constitutif d'une aide d'Etat, auront la charge de le notifier. En ce sens, une aide incompatible avec les règles du Traité qui n'a pas été notifiée devra intégralement être restituée par l'entreprise à l'Etat. A contrario il n'y a pas d'obligation de restitution d'une aide qui s'avèrera compatible avec le Traité lorsqu'elle n'avait pas été notifiée à la Commission – l'Etat ne l'ayant pas fait car s'était mépris en estimant qu'il ne s'agissait pas d'une aide- , mais seulement une obligation d'intérêt qui court jusqu'à sa régularisation⁷².

Concernant les aides de *l'article 107§2 du TFUE*, en raison de leur présomption de compatibilité, celles-ci n'auront pas à être notifiées. Quant à celles du *paragraphe 3*, la dénomination « *peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur* » laisse bien entendre que la Commission devra ici intervenir afin d'opérer un contrôle.

Néanmoins, si les règles énoncées par les textes sont claires, lorsque la Cour intervient pour qualifier une mesure ou non d'aide d'Etat, le juge devra préciser l'obligation de la notification. En effet, dans le cadre des compensations de service public issues de *l'article 107§1 du TFUE*, il a finalement été tranché à l'occasion de l'affaire *Altmark*⁷³ en faveur d'une exemption de notification⁷⁴. S. RODRIGUES⁷⁵ regrette cette solution : il aurait plutôt préféré une appréciation en aval de la Commission, et ce, dans un souci de sécurité juridique.

⁷⁰ Comm. CE Règlement (CE) n°800/2008 du 6 août 2008 *déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du TCE*, JOUE n° L 214/3 du 9 août 2008.

⁷¹ Règlement (CE) n°1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 *concernant l'application des articles 87 et 88 du TCE aux aides de minimis*, JOUE n° L 379/5 du 28 décembre 2006.

⁷² CJCE, 12 février 2008, « *Centre d'exportation du livre français* » (CELF), (Aff. C-199/06).

⁷³ Jurisprudence *Altmark* précitée.

⁷⁴ Dans le cadre de la jurisprudence *FFSA de 1997*, la subvention devait être notifiée avant son octroi. Les juges de l'arrêt *Ferring* en 2001 ont estimé qu'il n'y avait pas d'obligation de notification (jurisprudences précitées).

S'agissant des compensations de service public attribuées en vertu de *l'article 106§2 du TFUE*, J-Y CHEROT⁷⁶ remarque à juste titre que « *l'article 106 du TFUE ne peut être invoqué par un Etat pour se soustraire à l'obligation de notification de l'aide* ». En effet, les Etats ont l'obligation de notifier le soutien public ayant reçu la qualification d'aide au regard de *l'article 107 du TFUE*, et ensuite *l'article 106§2 du TFUE* peut lui être appliquée pour la rendre compatible. La compensation avait donc été notifiée avant sa qualification fondée sur *l'article 106§2 du TFUE*. En ce sens, *l'Encadrement Communautaire*⁷⁷, véritable guide des autorités publiques, reprend la procédure applicable en réaffirmant un contrôle de la Commission : la notification doit donc lui être faite. Dans le cas où les mesures en causes répondraient bien à toutes les conditions, la Commission pourra les déclarer compatibles avec le marché intérieur. A l'inverse, la *Décision de la Commission du 28 novembre 2005*⁷⁸ énonce quant à elle en son *article 1^{er}* les « *conditions en vertu desquelles les aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG doivent être considérées comme compatibles avec le marché commun et exemptées de l'obligation de notification* ».

⁷⁵ Rodrigues (S.), article précité.

⁷⁶ Chérot (J-Y), article précité.

⁷⁷ *Encadrement communautaire du 29 novembre 2005* précité.

⁷⁸ *Décision de la Commission* précitée.

CONCLUSION

Une mesure étatique pourra donc être qualifiée d'aide d'Etat en vertu de *l'article 107§1 du TFUE*. Toujours est-il que lorsque celle-ci sert à financer un service public au sens large du terme, ou d'un point de vue strictement communautaire un SIEG, elle pourra échapper à la qualification d'aide et son existence sera justifiée soit sur le fondement de *l'article 107 du TFUE* conformément à la jurisprudence *Altmark* soit sur celui de *l'article 106§2 du TFUE* ; dans la mesure où le soutien public répondra aux conditions exigées dans ces deux cas. Elle sera donc une « compensation d'obligations de service public » dans le champ de ces deux articles. Néanmoins, on remarquera que si la mesure en cause est bien qualifiée dans ces deux cas de « compensation d'obligations de service public », la rendant compatible avec le droit de la concurrence, et dans une plus large mesure avec les règles énoncées par le Traité, les incidences ne seront pas les mêmes. Et pour cause, si la compensation est bien établie, on verra deux régimes distincts s'appliquer en fonction de la disposition textuelle de référence applicable.

En effet, dans le cadre de la jurisprudence *Altmark*, fondée sur *l'article 107§1 du TFUE*, la mesure échappe d'office à la qualification d'aide et ne sera pas notifiée à la Commission. Elle sera présumée compatible avec les règles du Traité de « plein droit ». Or, la différence majeure avec la

« compensation d'obligations de service public » déduite de *l'article 106§2 du TFUE* est que celle-ci est bien une aide d'Etat, soumise de ce fait aux règles des *articles 107§ 1 et 108 du TFUE*, qui pourra être déclarée compatible avec les règles du Traité après examen de celle-ci par la Commission et qui sera susceptible d'être qualifiée comme telle si elle entre dans le giron de *l'article 106§2 du TFUE*.

Plus encore, on mettra en exergue une autre différence dans le régime de ces deux « types » de compensation : il n'est explicitement exigé que pour les compensations octroyées sur le fondement de *l'article 106§2 du TFUE* que les entreprises bénéficiaires obéissent à des règles comptables particulières, notamment à l'obligation de comptabilité analytique séparée⁷⁹. On constate donc un qualificatif similaire pour deux mesures différentes, répondant chacune à un régime propre : le droit opère une distinction là où l'économie voit une unique mesure dénommée « compensation » provoquant les mêmes effets sur un marché concurrentiel.

Mais aussi, parce que l'aide financière est octroyé par l'Etat - ou a tout le moins une origine publique -, qu'il s'agisse d'une compensation pour charge de service public ou non, et est octroyée au bénéfice d'une entreprise intervenant sur un marché concurrentiel, le soutien en cause devra être contrôlé dans la mesure où celui-ci risquerait de fausser la concurrence. C'est en ce sens, et notamment comme il l'est exigé pour les compensations issues de *l'article 106§2 du TFUE* que certaines règles de transparence devront être respectées, au nombre desquelles figure notamment une exigence de transparence des relations financières entre l'Etat et les entreprises dans lesquelles il peut « intervenir ».

Enfin, la compensation devant répondre à différents critères (qu'il s'agisse de ceux de la jurisprudence *Altmark* ou de *l'article 106§2 du TFUE*), d'appréciation et d'interprétation délicates - et pour preuve, le juge devant régulièrement interpréter les dispositions et notions en jeu ou encore se prononcer sur la nature des mesures en cause - il sera fréquent que le soutien public soit qualifié

⁷⁹ Comme le rappelle la *Directive de la Commission du 28 novembre 2005* précitée.

d'aide d'Etat. Néanmoins, il demeure possible d'affirmer que la présence d'un service public pourra influencer la qualification juridique qui sera apportée au financement de celui-ci.

MANUELS

Decocq (A.), Decocq (G.), « *Droit de la concurrence interne et communautaire* », LGDJ, Paris, 2010

Nicinski (S.), « *Droit public des affaires* », Montchrestien, Paris, 2009

Chérot (J-Y.), « *Droit public économique* », Economica, Paris, 2007.

DOCTRINE

Bracq (S.), « *Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente.* », Revue Trimestrielle de Droit Européen, 2004, page 33.

Chérot (J.-Y.), « *Financement des obligations de service public et aides d'Etat* », Europe, n°5, mai 2000, pages 4 à 8.

Kovar (R.), « *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée* », Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1^{ère} partie : n°2/1996, avril-juin 1996, pages 215 à 242 ; 2^{nde} partie : n°3/1996, juillet-septembre 1996, pages 493 à 533.

Rodrigues (S.), « *Les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d'Etat* », AJDA, 2003, p.1739.

Triantafyllou (D.), « *L'encadrement communautaire du financement du service public* », Revue Trimestrielle de Droit Européen, janvier-mars 1999, pages 21 à 41.

Truchet (D.), « *Label de service public* », AJDA 1982, p.427

Vogel (L.), « *Les nouveaux critères de définition des aides d'Etat en droit de la concurrence* », Revue de la concurrence et de la consommation, n°133, mai-juin 2003, pages 7 à 11.

JURISPRUDENCES DE LA CJCE

CJCE, 14 juillet 1971, *Muller*, « *Port de Mertert* », (Aff. 10/71), Rec. p. 723

CJCE, 21 mars 1974, « *BRT c/ SABAM* » (Aff. 127/73)

CJCE, 23 mars 1977, « *Steinike et Weindling* », (Aff. 78/76)

CJCE, 14 juillet 1981, « *Zuckner* », Rec. p. 2021.

CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, (Aff. 118/85)

CJCE, 14 octobre 1987, *RFA c/ Commission*, (Aff. C-284/84).

CJCE, 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, (Aff. C-142/87).

CJCE, 23 avril 1991, « *Höffner* », (Aff. C-41/90), Rec. p.I-1979.

CJCE, 10 décembre 1991, *Merci*, « *Porto di Genova* », (Aff. C-179/90), Rec. I, p. 5889.

CJCE, 17 mars 1993, « *Sloman Neptun* », (Aff. C-72 et 73/91).

CJCE, 13 mai 1993, « *Paul Corbeau* », (Aff. C-230/91), Rec. I p. 2533.

CJCE, 27 avril 1994, « *Commune d'Almelo* », (Aff. C-393/92), Rec. I p. 1477.

CJCE, 26 septembre 1996, *France c/ Commission*, (Aff. C-241/94)

CJCE, 5 octobre 1999, *Commission c/ France*, (Aff. C-251/97).

CJCE, 16 mai 2000, *France/Ladbroke et Commission*, (Aff. C-83/98).

CJCE, 17 mai 2001, « *Poste Italiane* », (Aff. C-340/99)

CJCE, 22 novembre 2001, « *Ferring* », (Aff. C-53/00).

CJCE, 7 mars 2002, *Italie c/ Commission*, (Aff. C-310/99).

CJCE, 16 mai 2002, *République Française contre Commission*, (Aff. C-482/99).

CJCE, 24 juillet 2003, « *Altmark Trans GmbH* », (Aff. C-280/00).

CJCE, 6 septembre 2006, *République portugaise c/ Commission*, (Aff. C- 88/03).

CJCE, 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, (Aff. C-199/06).

CJCE, 1^{er} juillet 2008, « *Chronopost, La Poste* », (Aff. Jtes. C-341/06 P et C-342/06 P).

JURISPRUDENCES DU TPICE

TPICE, 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission*, (Aff. T-358/94).

TPICE, 27 février 1997, « *Fédération Française des sociétés d'assurance contre Commission* » (FFSA), (Aff. T-106/95).

TPICE, 11 mars 2009, « *TFI* » (Aff. T-354/05)

DOCUMENTS OFFICIELS

Rapport sur les aides d'Etat dans la Communauté Européenne, 1989.

Communication de la Commission, IP/95/276 du 22 mars 1995.

Communication de la Commission du 11 septembre 1996.

Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM (2000) 580 final, 20 septembre 2000.

Communication de la Commission sur les SIEG, JOCE n° C 17, 19 janvier 2001.

Livre blanc sur les SIEG, COM (2004) 374 final, 12 mai 2004.

Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE n° L 312/67 du 29 novembre 2005.

Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JOUE n° L312/47 du 29 novembre 2005.

Règlement (CE) n°1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 *concernant l'application des articles 87 et 88 du TCE aux aides de minimis*, JOUE n° L 379/5 du 28 décembre 2006.

Comm. CE Règlement (CE) n°800/2008 du 6 août 2008 *déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du TCE*, JOUE n° L 214/3 du 9 août 2008.

Décision 2009/C 237/06 de la Commission sur les procédures relatives à la mise en œuvre de la politique de la concurrence, JOUE 237/9 du 2/10/2009.

TABLE DE LA REGLEMENTATION

Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, Titre VII « *Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations* », Chapitre 1 « *Les règles de concurrence* », Section 1 « *Les règles applicables aux entreprises* », Article 106.

Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, Titre VII « *Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations* », Chapitre 1 « *Les règles de concurrence* », Section 2 « *Les aides accordées par les Etats* », Articles 107 à 109.

Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, JOUE n° C 297/4 du 29 novembre 2005.