



Meilleurs vœux 2013

SIEG/ Haut débit : Commission, encore un effort

Dans le cadre de la modification des règles relatives aux aides d'Etat entreprise en mai dernier, la Commission européenne a adopté le 19 décembre 2012 de nouvelles lignes directrices pour le secteur du haut débit.

Les nouvelles dispositions différencient les zones urbaines, où il existe des opérateurs privés fournissant le service, pour lesquelles la Commission entend soumettre les aides d'Etat à des conditions très strictes qui pour être autorisées doivent favoriser la concurrence, et les zones rurales où les pouvoirs publics afin de réduire la fracture numérique peuvent qualifier le déploiement d'un réseau de service d'intérêt économique général.

Certes cette possibilité représente une légère avancée de la Commission par rapport à sa première communication du 20 septembre 2010 sur ce sujet (voir bulletin n° 279). Cependant, au moins trois observations s'imposent : 1) Les SIEG ne sont admis qu'en cas de défaillance du marché et financés sur les deniers publics. Une conception résiduelle des SIEG en somme selon le principe « les bénéficiaires au privé et les charges au public ». Une conception plus ouverte des SIEG, plus proche des territoires, permettrait d'articuler zones rentables et zones déficitaires et de financer les SIEG par la péréquation (oui, le traité le permet !), sans intervention d'aides d'Etat, c'est-à-dire sans deniers publics, ce qui dans une situation de forts déficits publics à combler serait économiquement plus acceptable. 2) La possibilité de qualifier de SIEG ne concerne que les infrastructures et pas les services et encore moins l'accès pour tous au haut débit, comme le réclament pourtant les utilisateurs et certains Etats membres et que la Commission refuse sous la pression des opérateurs. 3) Les compensations de service public qui ne sont pas des aides d'Etat, sont toujours considérées par la Commission comme des exceptions à la politique et au contrôle des aides d'Etat.

La Commission admet donc avec toujours beaucoup de réticences et de tergiversations la possibilité de SIEG quand il y a défaillance du marché. Nous plaçons pour des objectifs plus larges en matière de service d'intérêt économique général pour des raisons de fond (cohésion sociale et territoriale, développement d'un marché intérieur équilibré, exercice des droits fondamentaux, donner du sens à la construction européenne...) et pour une politique de développement des SIEG et SIG sur tout le territoire de l'UE.

Un arrêt qui ne simplifie pas les choses

Le Tribunal a pris le 7 novembre 2012 un arrêt (T-137/10) concernant des aides d'Etat à des hôpitaux publics de Bruxelles qui pose autant de questions qu'il en résout. Cet arrêt annule une décision de la Commission considérant que les aides dont avaient bénéficié les hôpitaux publics de Bruxelles, au cours de la période 1996-2007 « constituent des aides d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1 [CE] eu égard à .../...

Best wishes for the year 2013

SGEI /Broadband: The Commission, more effort still needed

As part of the amendments to rules on State aid undertaken last May, on 19th December 2012 the European Commission adopted new guidelines for the broadband sector.

The new provisions differentiate, on the one hand, urban areas where there are private operators providing services and towards which the Commission intends to subject State aid to very strict conditions that, in order to be authorised such aid must promote competition and, on the other hand, rural areas within which, in order to reduce the digital divide, public authorities may consider the deployment of a network of services of general economic interest.

Undoubtedly this provision marks a slight improvement made by the Commission over its first report of 20th September 2010 on this issue (see Newsletter n° 279). However, there are at least three observations that need to be made: 1) The SGEI are authorized only in the event of market failure and are financed by public funds. In effect, it is a residual concept of SGEI, based on the following principle "profits to the private sector and expenses to the public." A broader conception of SGEI, which is much closer to territories would render it possible to link together profitable areas and loss making areas and would enable the financing of SGEI through equalisation (yes, the Treaty allows it!), without the involvement of State aid, in other words, without public funds which, in the current rising public deficits to look into, would be economically more acceptable. 2) The possibility to consider SGEI concerns infrastructures only and not the services and less still the access to the broadband for all, as requested by users and some Member States and to which the Commission is opposed under pressure from operators. 3) Public service compensations that are not State aid, are still regarded by the Commission as an exception to State aid policy and control.

Thus, the Commission admits, still with great reluctance and considerable shillyshallying, the capacity of SGEI in the situation where there is market failure. We advocate for much broader goals in issues regarding services of general economic interest with firm substantive reasons (social and territorial cohesion, development of a balanced internal market, application of fundamental rights, giving meaning to the European construction ...) and for a development policy of SGEI and SGI throughout the EU.

A judgment which fails to clarify matters

On 7th November 2012, the Court made a judgment (T-137/10) concerning State aid to public hospitals in Brussels which raises as many questions as it solves. The judgment in question overturns a decision by the Commission considering that a series of aid granted to Brussels public hospitals during the 1996-2007 period "constitute State aid within the meaning of Article 87, paragraph 1 [EC] regarding .../...

leur conformité avec les dispositions du [P]aquet SIEG [...], ces aides bénéficient de la dérogation [à] l'obligation de notification prévue à l'article 88, paragraphe 3, [CE] [à compter du 19 décembre 2005.] tandis que pour la période précédente ces aides non notifiées doivent être considérées comme illégales. Cependant, toutes ces aides sont compatibles avec le marché intérieur, compte tenu de leur conformité aux exigences [...] visées à l'article 86, paragraphe 2, [CE] ». Cette décision était contestée par un groupement de neuf hôpitaux privés.

Le Tribunal annule la décision de la Commission au motif « que la Commission n'a pas examiné de manière approfondie le contenu des actes officiels relatifs aux missions de service public en cause » et que « dans la mesure où la Commission a omis de porter une appréciation distincte des paramètres de financement relatifs au FRBRTC [le FRBRTC est un mode de financement spécifique, NDLR], il convient de constater qu'elle a opéré un examen incomplet de la mesure d'aide concernée » car « même à admettre qu'il s'agisse de compensations qui servent uniquement le retard considérable dans les paiements prévus... et qui doivent être restituées par la suite..., il ne saurait être exclu qu'elles confèrent un avantage aux hôpitaux, quoique temporaire... », et que « ...la nature des appréciations effectuées par la Commission afin d'exclure la présence de la surcompensation constitue un indice supplémentaire des difficultés sérieuses ». En clair, la Commission n'a pas été assez rigoureuse et n'a pas examiné d'assez près les trois premières conditions de l'arrêt Altmark (définition des missions qui pourtant dans ce cas relevaient de la loi et du plan stratégique, calcul de la compensation et vérification de non surcompensation).

En même temps, le Tribunal apporte quelque précision quant aux limites du rôle de la Commission dans le contexte juridique actuel. Il précise que « ainsi, en l'absence d'une réglementation communautaire harmonisée, la Commission n'est pas habilitée à se prononcer sur l'étendue des missions de service public, à savoir le niveau des coûts liés à ce service, ni sur l'opportunité des choix politiques pris, à cet égard, par les autorités nationales, ni sur l'efficacité économique de l'exploitant public » et que « dans l'état actuel du droit de l'Union le critère lié à l'efficacité économique d'une entreprise dans la fourniture du SIEG ne relève pas de l'appréciation de la compatibilité d'une aide d'Etat au regard de l'article 86, paragraphe 2, CE, le choix portant sur l'efficacité économique de l'exploitant public effectué par les autorités nationales ne pouvant donc être critiqué sur ce point ».

Cette jurisprudence n'est pas de nature à rassurer les diverses parties concernées par la mise en application du droit communautaire. D'une part elle, démontre que même la définition des obligations de service public n'est pas aussi évidente et simple que le prétend la Commission dans la *soft law* et sa littérature. D'autre part, elle précise clairement que la Commission, contrairement à ses velléités, n'est pas habilitée à juger de l'efficacité économique de l'entreprise qui fournit le service. Toutefois l'arrêt juge sur le droit tel qu'il était au moment de l'affaire, c'est à dire en 2009, avant les dispositions sur le contrôle des dépenses publiques prises par les instances communautaires suite à la crise de l'euro.

Cet arrêt met en évidence la nécessité urgente de produire un droit dérivé positif fondé sur le traité, articles 14, ..., et articulé avec le protocole n° 26 sur les SIG annexé au Traité. La Commission s'y refuse arguant que les Etats membres sont trop divisés sur le sujet pour pouvoir faire une proposition de texte législatif susceptible d'aboutir.

Aujourd'hui, elle doit reconnaître que le droit sur les SIG ne peut plus être soumis à des appréciations susceptibles de varier à tout moment et soumettre des propositions législatives au Parlement et au Conseil comme l'y enjoint le traité.

the compliance of the aid in question with the provisions of the SGEI [P]ackage [...], such type of aid qualifies for the exemption [to] the notification obligation provided for in Article 88, paragraph 3 [EC] [as of 19th December 2005], whereas, prior to this period any non-notified aid of this kind should be considered illegal. However, all such aid is compatible with the internal market, taking into account its conformity with the requirements [...] referred to in Article 86, paragraph 2 [EC].” This decision was challenged by a group of nine private hospitals.

The Court annuls the Commission's decision on the grounds that “the Commission did not thoroughly examine the contents of official documents relating to the public service in question” and that “insofar as the Commission omitted to make a clear assessment of the financing parameters relating to the FRBRTC (Brussels Regional Fund of Communal Refinancing Treasuries). [the FRBRTC is a specific method of financing, Ed], it should be noted that it has made an incomplete examination of the extent of the aid in question” because “even admitting that the aid was a deferral that served only as a compensation for a significant delay of scheduled payments... and which must be reimbursed in the future ... it cannot be excluded that it confers an advantage to the hospitals, albeit temporary ...” and that “... the nature of the assessments made by the Commission so as to exclude the existence of overcompensation is a further indication of serious difficulties.” Clearly, the Commission has not been rigorous enough and did not look closely enough into the first three conditions of the Altmark judgment (definition of tasks, which in this case fell within the law and the strategic plan, calculation of the compensation and verification of non-overcompensation).

At the same time, the Court brings about some indications on the limit of the Commission's role in the current legal environment. It specifies that “thus, in the absence of a harmonized Community regulation, the Commission is not empowered to rule on the scope of public service missions, namely the level of costs associated with this service, neither on the appropriateness of the policy choices made in this regard by the national authorities, nor on the economic efficiency of the public operator” and that “in the present state of the Union law the criterion on the economic efficiency of a company in the provision of SGEI does not concern the assessment of the compatibility of State aid under Article 86, paragraph 2 EC, the choice based on the economic efficiency of the public operator made by the national authorities cannot be criticized on this point.”

This case law is not likely to reassure the various parties involved in the implementation of Community law. On the one hand, it illustrates that even the very definition of public service obligations is not as clear and simple as is being claimed by the Commission in the *soft law* and its published documents. On the other hand, it clearly states that the Commission, contrary to its leanings, is not qualified to judge the economic efficiency of the undertaking providing the service. However, the judgment is in accordance with the law as it stood at the time of the case, in this case in 2009, before the introduction of provisions on the verification of public expenditure undertaken by the Community institutions following the euro crisis.

This decision highlights the urgent need to produce a positive secondary legislation based on the Treaty, Articles 14, ..., and articulated with Protocol n° 26 on SGI annexed to the Treaty. The Commission does not accept this need arguing that Member States are too divided on the issue to be able to make a draft legislation likely to succeed.

Today, the Commission must acknowledge that the law on SGI cannot be subject to assessments that may change at any time and, therefore it should submit legislative proposals to the Parliament and the Council as the treaty enjoins it.