

DIGITHÈQUE

Université libre de Bruxelles

DONY Marianne, SMITS Catherine, *Aides d'Etat*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005.

Cette œuvre littéraire est soumise à la législation belge en matière de droit d'auteur.

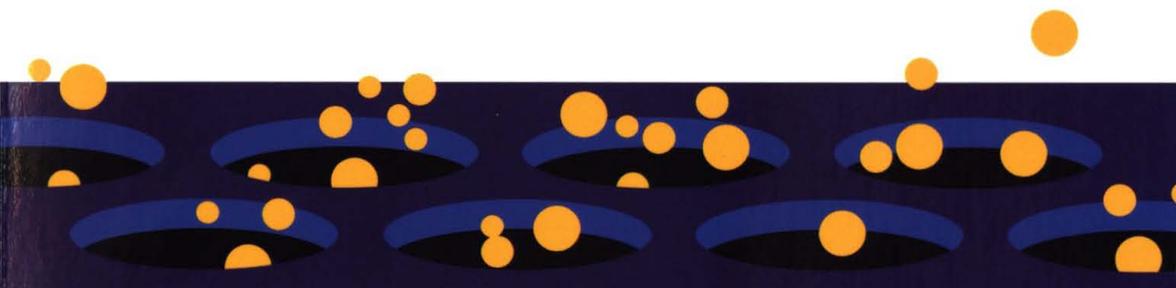
Elle a été publiée par les
Editions de l'Université de Bruxelles
<http://www.editions-universite-bruxelles.be/>

Les règles d'utilisation de la présente copie numérique de cette œuvre sont visibles sur la dernière page de ce document.

L'ensemble des documents numérisés mis à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB sont accessibles à partir du site
<http://digitheque.ulb.ac.be/>

Aides d'Etat

EDITE PAR MARIANNE DONY ET CATHERINE SMITS



Jean De Ruyt. L'Acte unique européen. Commentaire. 2^e édition. 1989, XVI + 392 pages.

Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle. Publié sous la direction de Jean-Victor Louis et de Denis Waelbroeck. 2^e tirage. 1989, 408 pages.

Mário Marques Mendes. Antitrust in a World of Interrelated Economies. The Interplay between Antitrust and Trade Policies in the US and the EEC. 1991, XII + 286 pages.

L'espace audiovisuel européen. Publié sous la direction de Georges Vandersanden. 1991, 224 pages.

Vers une nouvelle Europe ? Towards a New Europe ? Publié sous la direction de Mario Telò. 1992, XIV + 561 pages.

L'Union européenne et les défis de l'élargissement. Publié sous la direction de Mario Telò. Préface de William Wallace. 1994, XII + 368 pages.

La réforme du système juridictionnel communautaire. Publié sous la direction de Georges Vandersanden. 1994, 104 pages.

Quelle Union sociale européenne ? Acquis institutionnels, acteurs et défis. Publié sous la direction de Mario Telò et de Corinne Gobin. Préface d'Emilio Gabaglio. 1994, 320 pages.

Laurence Burgogue-Larsen. L'Espagne et la Communauté européenne. L'Etat des autonomies et le processus d'intégration européenne. Avant-propos de Luis Aguiar de Luque. Préface de Marie-Françoise Labouz. 1995, XVIII + 472 pages.

Banking Supervision in the European Community. Institutional Aspects. Report of a Working Group of the ECU Institute under the Chairmanship of Jean-Victor Louis. 1995, 304 pages.

Pascal Delwit. Les partis socialistes et l'intégration européenne. France, Grande-Bretagne, Belgique. 1995, 302 pages.

Démocratie et construction européenne. Publié sous la direction de Mario Telò. 1995, XII + 368 pages.

Jörg Gerkrath. L'émergence d'un droit constitutionnel européen. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne. 1997, 426 pages.

L'Europe et les régions. Aspects juridiques. Publié sous la direction de Georges Vandersanden, 1997, 186 pages.

L'Union européenne et le monde après Amsterdam. Publié sous la direction de Marianne Dony. Préface de Jean-Victor Louis. 1999, 352 pages.

Paul Magnette. La citoyenneté européenne. Droits, politiques, institutions. 1999, 252 pages.

Le nouveau modèle européen. II. Les politiques internes et externes. Publié sous la direction de Paul Magnette et Eric Remacle. 2000, 244 pages.

Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards a European Judicial Criminal Area. Publié sous la direction de Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh. Préface d'Elisabeth Guigou. Introduction de Marc Verwilghen. Postface d'Antonio Vitorino. 2000, XIV + 374 pages.

Olivier Costa. Le Parlement européen, assemblée délibérante. 2001, 508 pages.

Marianne Dony, Droit de la Communauté et de l'Union européenne. 2001, 340 pages.

La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne. Publié sous la direction de Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh. Préface de Koen Lenaerts. Introduction de Marc Verwilghen. Postface de Giuseppe di Lello Finuoli. 2001, 256 pages.

L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne. Publié sous la direction de Marianne Dony et Emmanuelle Bribosia. Préface de Bo Vesterdorf. Introduction de Marc Verwilghen. 2002, XII + 290 pages.

Quelles réformes pour l'espace pénal européen ? Publié sous la direction de Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh. 2003, 172 pages.

Paul Magnette, Contrôler l'Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne. 2003, 176 pages.

Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne. Publié sous la direction de Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh. Préface de Marc Verwilghen. Postface d'Antonio Vitorino. 2003, XII + 326 pages.

L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions. Anne Weyembergh. Préface de Gilles de Kerchove. 2004, X + 406 pages.

La Grande Europe. Publié sous la direction de Paul Magnette. 2004, 404 pages.

Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010). Publié sous la direction de Maria João Rodrigues. Préface de Mario Telò. 2004, XVIII + 310 pages.

Commentaire de la Constitution de l'Union européenne. Publié sous la direction de Marianne Dony et Emmanuelle Bribosia. Préface de Jean-Victor Louis. 2005, 460 pages.

Aides d'Etat

EDITE PAR MARIANNE DONY ET CATHERINE SMITS

C O M M E N T A I R E J . M E G R E T .
L E D R O I T D E L A C E T E T D E L ' U N I O N E U R O P E E N N E

Deuxième édition

Volume 1 : Préambule. Principes. Libre circulation des marchandises, 1992, VIII + 512 pages.

Volume 2 : Politique agricole commune, 1991, 396 pages.

Volume 3 : Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports, 1990, 408 pages.

Volume 4 : Concurrence, 1997, XII + 1100 pages.

Volume 5 : Dispositions fiscales. Rapprochement des législations, 1993, VIII + 428 pages.

Volume 6 : Union économique et monétaire. Cohésion économique et sociale. Politique industrielle et technologique, 1995, VIII + 340 pages.

Volume 7 : Politique sociale. Education et jeunesse, 1998, 392 pages.

Volume 8 : Culture. Santé. Consommateurs. Réseaux transeuropéens. Recherche et développement technologique. Environnement. Energie, 1996, VIII + 428 pages.

Volume 9 : Le Parlement européen. Le Conseil. La Commission. La Cour des comptes. Le Comité économique et social. Le Comité des régions. La Banque européenne d'investissement. Le Fonds européen d'investissement, 2000, 640 pages.

Volume 10 : La Cour de justice. Les actes des institutions, 1993, VIII + 666 pages.

Volume 11 : Les finances de l'Union européenne, 1999, 478 pages.

Volume 12 : Relations extérieures, 2005, 648 pages.

Volume 13 : La coopération au développement de la Communauté européenne, 2005 (en préparation).

Première édition

Volume 9 : L'Assemblée. Le Conseil. La Commission. Le Comité économique et social, 1979, 480 pages.

Volume 13 : La convention de Lomé, 1990, 942 pages.

Volume 14 : L'aide au développement, 1986, 561 pages.

Volume 15 : Dispositions générales et finales, 1987, 780 pages.

Aides d'Etat

EDITE PAR MARIANNE DONY ET CATHERINE SMITS

Remerciements

Cet ouvrage fait suite à un colloque international organisé le 13 octobre 2004 par la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles, intitulé « Les Aides d'Etat ».

Ce colloque, organisé en collaboration avec la Représentation permanente de la Belgique auprès de l'Union européenne, a bénéficié du soutien du Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale ainsi que du programme Pôles d'attraction interuniversitaires P4/04 (Etat belge, services du Premier ministre – Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles).

Les éditeurs tiennent à témoigner leur plus vive reconnaissance à Madame Jeanne De Ligne pour le précieux soutien logistique qu'elle a apporté tout au long de la mise en œuvre de ce colloque. Ils remercient également Monsieur Gustave Debeys pour son assistance à l'organisation du colloque.

Préface

Anne HOUTMAN ¹

L'importance du contrôle des aides d'Etat dans la politique de concurrence n'est plus à redire. Les aides d'Etat n'occupent cependant pas – ou pas encore –, dans la littérature et en particulier dans l'étude du droit de la concurrence, une place correspondante. Parmi les raisons de ce retard, il y a sans doute l'absence de règles similaires dans le droit des Etats membres, l'adoption tardive d'une codification claire des règles de procédure et l'intérêt limité des économistes pour un sujet perçu comme politisé. J'ai cherché en vain, dans la littérature de langues française et anglaise, un ouvrage entièrement consacré aux aides d'Etat antérieur à celui de Despina Schina en 1987 ², avec lequel j'ai fait mes premiers pas.

L'initiative de Mesdames Marianne Dony et Catherine Smits est donc à saluer particulièrement. Une telle publication vient utilement compléter une littérature qui, relativement à l'importance du sujet, reste limitée même si elle s'est considérablement étoffée au cours des quinze dernières années. Il faut remercier aussi les auteurs des contributions, issues de leurs communications au colloque du 13 octobre 2004, qui nous permettent de progresser dans cette matière passionnante mais difficile. Après plus de quarante ans d'application des règles en matière d'aides d'Etat, on est en effet frappé par la grande incertitude juridique qui règne encore aujourd'hui tant sur la notion d'aide que sur la question de la compatibilité de celle-ci.

L'incertitude juridique autour de la notion d'aide est aussi étonnante que préoccupante. En effet, d'une part, la Commission ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour interpréter l'article 87, par. 1, du traité et les critères de

¹ Chef de cabinet adjoint de Romano Prodi.

² *State aids under the EEC treaty articles 92 to 94*, Oxford, 1987.

définition qu'il fixe. On ne devrait donc normalement pas s'attendre à des évolutions importantes de la notion d'aide. Et de fait, la jurisprudence semble ces derniers temps, certes avec quelques hésitations, vouloir délimiter la notion d'aide d'Etat. Mais face à l'imagination illimitée des Etats membres pour aider leurs entreprises et aux pressions de plaignants de plus en plus nombreux, la tentation est forte pour la Commission, dans ses décisions sur des cas individuels, d'élargir le champ de l'article 87, par. 1. Le résultat est sans doute une approche qui relève plus de la casuistique que d'un effort coordonné pour établir un cadre d'analyse stable des différents éléments constitutifs de la notion d'aide. D'autre part, l'appréciation des critères qui définissent la notion d'aide a des conséquences importantes pour toutes les parties, à commencer par l'Etat membre pour qui cette appréciation détermine, sauf indication contraire, l'obligation de notification à la Commission et l'interdiction de mise à exécution de la mesure. Une erreur d'appréciation peut entraîner l'illégalité de l'aide. Enfin, contrairement aux dispositions du traité relatives à la compatibilité, il existe en matière de définition, une compétence des juges nationaux, parallèle à celle de la Commission, pour interpréter l'article 88, par. 3, et la notion d'aide visée. Et ces juges ont l'obligation de tirer toutes les conséquences de l'illégalité qui résulte du non-respect de cette disposition. Il est donc essentiel que la définition soit la plus claire possible.

En matière de compatibilité des aides avec le marché commun, on serait tenté d'expliquer la situation de relative incertitude actuelle par le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission et qui doit logiquement lui permettre d'adapter son approche à l'évolution du contexte, en particulier l'intégration croissante des marchés européens, et par la politique de la Commission, telle qu'elle s'est développée notamment suite aux objectifs fixés au Conseil européen de Lisbonne. En réalité, l'incertitude résulte ici au contraire – et paradoxalement – d'un effort entamé dès le début des années 1970 pour améliorer la transparence et la sécurité juridique et qui, au cours des années, a donné lieu à une multiplication de règles, pas toujours cohérentes entre elles, souvent de nature sectorielle, et en majorité de « *soft law* ». Ces communications, encadrements et lignes directrices sont progressivement devenus quasi réglementaires, à la fois dans leur formulation de plus en plus précise et dans leur caractère contraignant pour la Commission.

L'aboutissement logique d'une telle tendance est l'adoption de règlements d'exemptions par catégories. Et, de fait, le règlement d'habilitation de 1998 et les règlements *de minimis* et d'exemptions par catégories qui l'ont suivi constituent, avec le règlement de procédure adopté en 1999, les principaux piliers de l'effort de modernisation entamé par la Commission à la fin des années 1990.

Cette modernisation se poursuit actuellement, avec notamment le règlement d'application du règlement de procédure paru en avril dernier et le projet de décision visant à exempter certaines compensations de service public de l'obligation de notification, adopté en février. L'objectif de la modernisation est de permettre à la Commission de se concentrer sur l'essentiel, plutôt sur le contrôle *ex post* que sur l'examen *ex ante*, d'améliorer l'efficacité des procédures de contrôle et d'augmenter la transparence et la sécurité juridique.

La modernisation s'entend aussi, en matière antitrust, comme un effort de décentralisation du pouvoir vers des autorités nationales et de mise en réseau

de ces autorités pour assurer la cohérence des approches. On voit évidemment immédiatement les limites de la décentralisation dans le domaine des aides où ce sont les comportements des Etats eux-mêmes qu'il s'agit de contrôler. De ce point de vue, la situation est comparable à celle qui existe en matière d'infraction au droit communautaire, où il devient de plus en plus clair, surtout après le dernier élargissement, que la Commission ne peut pas résoudre elle-même tous les cas qui lui sont soumis et souhaite encourager la mise en place de structures nationales qui peuvent dans certains cas faciliter l'accomplissement de sa tâche de gardienne des traités.

Dans le domaine des aides, ce souci s'était exprimé dans la proposition de règlement de procédure que la Commission avait soumise en 1998, qui contenait une disposition, non reprise dans le règlement finalement adopté par le Conseil, prévoyant la création d'autorités indépendantes dans les Etats membres sur lesquelles la Commission aurait pu s'appuyer pour obtenir certaines informations. On pensait alors, par exemple, aux autorités nationales de la concurrence ou aux Cours des comptes. Cette idée ne devrait pas être abandonnée. Entre-temps, on aura pu bénéficier pour la développer, d'une part, de l'expérience des autorités compétentes des nouveaux Etats membres durant la période de « pré-adhésion » et, d'autre part, de la bonne pratique d'un pays comme le Danemark qui a investi son autorité de la concurrence de pouvoirs de contrôle et de surveillance en matière d'aides d'Etat.

Le potentiel d'évolution de la matière des aides d'Etat est donc loin d'être épuisé. Les règles de compatibilité ne sont pas encore complètement alignées sur les priorités de la stratégie de Lisbonne. La politique d'amélioration de l'environnement réglementaire mise en œuvre par la Commission dans la foulée du livre blanc sur la gouvernance encourage la réduction du nombre de textes et leur simplification en faveur de textes centrés sur des principes clairs et donc plus adaptés pour faire face à des situations inédites. L'objectif de réduction de la charge administrative plaide en faveur d'un recours plus large aux règlements d'exemption. Enfin la politique des aides semble mûre pour une implication accrue de relais nationaux.

PREMIÈRE PARTIE

Conditions d'application de l'article 87,
par. 1^{er}, du traité CE

Le critère de l'utilisation des ressources publiques

Massimo MEROLA ¹

1. Introduction

1. La réforme de la réglementation sur les aides d'Etat s'inscrit dans le cadre de la modernisation des règles de concurrence communautaires et reflète entre autres les exigences découlant de l'application de l'acquis communautaire aux nouveaux Etats membres comme conséquence de l'élargissement. Ce processus, qui s'est déroulé progressivement sur plus d'un lustre (1998-2004), a comporté de très nombreux changements aussi bien dans la réglementation que dans la pratique de la Commission, telle qu'elle se reflète dans les décisions, lignes directrices et encadrements adoptés par celle-ci et touchant à des aspects très divers des règles de concurrence concernant les aides. C'est cependant surtout l'évolution du droit positif (droit dérivé et, dans une moindre mesure, droit primaire, en connexion avec l'élargissement) qui a représenté l'élément le plus apparent de cette phase de développement de la discipline communautaire dans la matière des aides, matière régie auparavant de façon prépondérante par le droit d'origine prétorienne et par une pratique de la Commission fondée pour l'essentiel sur l'étude des décisions individuelles antérieures.

Le point de départ de ce développement est le consensus atteint en 1998 entre la Commission et les Etats membres sur la nécessité d'un progrès substantiel du

¹ Associé, Bonelli Erede Pappalardo et professeur au Collège d'Europe de Bruges. L'auteur remercie ses confrères (et collègues au bureau de Bruxelles de Bonelli Erede Pappalardo), Maria Cristina Santacroce et Federica Martin, qui ont apporté une contribution précieuse à l'élaboration de cet article. Il remercie également Isabelle van Schendel pour la révision linguistique du texte et Riccardo Gotti Tedeschi pour les recherches de jurisprudence réalisées.

cadre juridique et, partant, de la sécurité juridique en la matière, qui a permis pour la première fois, après quarante ans d'application du traité, d'exploiter réellement les pouvoirs normatifs attribués à la Commission et au Conseil par l'article 94 du traité CEE (devenu article 89 CE). En même temps, la Commission s'engageait aussi dans un travail de codification de sa pratique décisionnelle par le biais de communications non contraignantes.

Une fois définitivement acquis le principe (autrefois controversé ²), selon lequel la création du marché intérieur n'enlève rien à l'importance d'un contrôle centralisé des aides, mais au contraire requiert une plus grande sévérité dans ce contrôle ³, et après avoir vérifié que la formalisation du principe de subsidiarité n'aurait pas eu d'incidence majeure, du moins dans l'immédiat, sur la compétence exclusive d'appréciation de la Commission dans le domaine en cause, la Commission s'est livrée à une véritable œuvre de modernisation et de réorganisation du système.

2. Dans l'accomplissement de cette tâche, la Commission n'a pas empiété sur l'interprétation des dispositions du traité qui est confiée aux juridictions communautaires et a dû, au contraire, tenir compte d'un certain nombre de nouveautés survenues dans la jurisprudence, qui dans certains cas sont allées à l'encontre de la position exprimée par la Commission elle-même et ont obligé cette dernière à revoir sa pratique. Parmi ces cas, l'évolution jurisprudentielle concernant le critère de l'utilisation de ressources publiques (auquel on se réfère habituellement comme à la deuxième condition constitutive d'une aide) occupe une place toute particulière, non seulement pour son importance pratique, mais également pour la longueur de ce processus d'adaptation interprétative et la complexité du débat qui l'a entouré.

Certes, l'adoption d'un premier règlement d'application des articles 87 et 88 CE, l'aboutissement longuement attendu de la réforme complète des aides régionales, de même que l'adoption par la Commission, sur la base de l'habilitation reçue par le Conseil, de nombreux règlements d'exemption par catégorie, constituent probablement les étapes les plus marquantes de la réorganisation du système législatif de contrôle des aides. Il ne faut cependant pas oublier que la réforme et la modernisation des règles juridiques y afférentes comptent également sur certains jalons jurisprudentiels qui revêtent une importance non moindre dans la pratique. Si l'ensemble du dispositif juridique qui régit la politique des aides peut finalement être considéré à la hauteur de l'importance de cette politique, c'est grâce non seulement à l'existence d'un *corpus* législatif désormais raisonnablement complet et capable de s'adapter de façon endogène aux exigences de changement posées par l'évolution économique, mais également à une contribution jurisprudentielle innovatrice et

² Voy. à cet égard les pages 78-85 du rapport Padoa Schioppa, « Efficacité, Stabilité, Équité », édité à Bruxelles par l'Office des publications des Communautés européennes en 1987.

³ En effet, le développement de l'intégration a pour conséquence de renforcer les effets perturbateurs du bon fonctionnement du marché commun qui se rattachent à certains comportements étatiques et notamment aux aides publiques. Voy. le rapport Padoa Schioppa, *op. cit.*

souvent inattendue, comme c'est le cas notamment dans le domaine du critère des ressources publiques.

Cela n'empêche que l'une ou l'autre nouveauté soit juridiquement discutable et que, comme nous le verrons par la suite, l'on puisse parfois estimer qu'un aboutissement analogue, du point de vue de la politique des aides, aurait pu être atteint par des solutions plus rigoureuses sous l'angle exégétique par rapport au critère énoncé.

Prenant ces considérations comme point de départ de notre étude, l'objectif que nous nous proposons ici est double : en premier lieu, amener le lecteur, à travers une analyse chronologique de l'élaboration jurisprudentielle, à découvrir la manière avec laquelle les problèmes se sont posés et les motivations qui ont amené la Cour à privilégier à chaque moment une solution déterminée, en perdant parfois de vue une cohérence d'ensemble ; en deuxième lieu, vérifier s'il existait réellement des alternatives exégétiques pour résoudre les problèmes auxquels la Cour était confrontée dans la pratique et si des adaptations de la solution choisie devraient encore être envisagées.

3. Avant d'aborder le vif du sujet, une clarification terminologique peut, à notre sens, s'avérer utile. En effet, à la lumière de l'évolution jurisprudentielle, il serait tentant d'affirmer que la qualification de la deuxième condition constitutive de l'aide comme le critère des ressources publiques est toujours appropriée mais est devenue incomplète. Pour se référer, par une formule unique, à la problématique en question, qui est celle de l'interprétation de l'expression « aides octroyées par l'Etat ou au moyen de ressources de l'Etat » contenue à l'article 87, par. 1, CE il conviendrait de faire référence à un critère général de l'origine étatique des aides, critère qui présente deux volets : celui des ressources financières utilisées (ou, en d'autres termes, de la charge pour le budget de l'Etat) et celui de l'imputabilité à l'Etat des mesures qualifiées comme aides. Cette condition constitutive, formulée de cette manière, est assurément l'élément essentiel de l'analyse visant à déterminer si une mesure étatique peut être qualifiée d'aide au titre de l'article 87, par. 1, CE.

Tout en étant traditionnellement identifiée comme la deuxième condition d'existence de l'aide, la clause de l'origine publique est désormais très fréquemment abordée en premier lieu dans la pratique et dans la jurisprudence récentes, ce qui souligne justement l'importance que ce critère revêt de nos jours dans l'analyse de l'existence de l'aide. Ce désordre, en réalité seulement apparent, dans l'analyse des conditions d'existence de l'aide, est révélateur du fait qu'en élaborant de manière plus approfondie les différentes conditions, celles-ci finissent souvent par s'entremêler et même par se confondre, ce qui révèle la nature évolutive et pragmatique de la notion d'aide, telle qu'elle a été clarifiée et développée au fil des années d'application du traité.

La vérification de l'existence des conditions pour qu'une mesure étatique soit bien qualifiée d'aide d'Etat est en tout état de cause un problème afférent à la notion d'aide. Il s'agit donc d'un problème de qualification de la nature juridique de l'acte étatique, mais en aucun cas d'une question d'appréciation des effets de la mesure, ni encore moins de sa conformité à l'intérêt communautaire. De ce fait, l'examen de la question doit se situer, en ce qui concerne la procédure devant la Commission, dans

le cadre de la phase préliminaire avant l'ouverture de la procédure formelle (selon l'enseignement, souvent oublié, de l'arrêt *Italgrani II* de 1994 ⁴), et qui d'ailleurs peut être apprécié par les juges nationaux lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur le respect de l'obligation de notification, conformément à la jurisprudence *Steinike* ⁵ et, plus récemment, *La Poste* ⁶. Une raison de plus pour que les critères à utiliser pour déterminer si la condition en cause est remplie soient définis de manière objective et précise, afin d'accroître la sécurité juridique pour les entreprises.

4. Venons-en maintenant à l'exégèse de la disposition du traité. Chacun sait que, hormis les aspects inhérents aux effets de l'aide, l'article 87, par. 1, CE n'apporte aucune définition de la notion même d'aide à laquelle il se réfère, pas plus qu'il ne fournit une liste des mesures visées ⁷. La seule précision fournie par cette disposition concerne précisément l'origine des aides, les contours de ce critère ayant ensuite été précisés par la Commission et par les juridictions communautaires. Comme la notion d'Etat n'a jamais posé de problème, la Commission et les juges communautaires l'ayant constamment interprétée de manière large, en incluant toute l'organisation territoriale de l'Etat (conformément à l'arrêt *Allemagne c. Commission* ⁸) et les entités n'appartenant pas à l'Administration publique mais instituées ou désignées par l'Etat pour gérer des fonds publics (arrêt *Italie c. Commission* ⁹), les questions d'interprétation ont visé essentiellement la notion de « ressources publiques » et plus précisément encore la préposition disjonctive « ou », utilisée dans l'expression « aides octroyées par l'Etat ou au moyen de ressources de l'Etat ».

En d'autres termes, l'aspect le plus controversé de l'analyse visant à qualifier une mesure d'aide d'Etat a été pendant longtemps la nature publique du soutien alloué à une entreprise ou un secteur.

Le débat auquel cet élément a donné lieu ne pourrait être convenablement évoqué que moyennant un certain ordre chronologique dans l'exposé des solutions

⁴ Arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-47/91, *Italie c. Commission*, *Rec.*, p. I-4635.

⁵ Arrêt du 22 mars 1977, aff. 78/76, *Steinike & Weinlig c. Allemagne*, *Rec.*, p. 595.

⁶ Arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) et autres c. La Poste et autres*, *Rec.*, p. I-3547.

⁷ Par conséquent, les mesures visées par l'article 87, par. 1, CE ne sont identifiées ni par leur forme (acte législatif ou administratif, ou simple pratique, même de pure omission, de la part d'un organe faisant partie, même *lato sensu*, de l'Administration publique), ni par leurs objectifs, ni par la typologie d'activité ou d'investissement auxquelles celle-ci se rattache.

⁸ Arrêt du 14 octobre 1987, aff. 248/84, *Allemagne c. Commission*, *Rec.*, p. 4013, point 17.

⁹ Arrêt du 2 juillet 1974, aff. 173/73, *Italie c. Commission*, *Rec.*, p. 709, point 35. Voy. aussi à cet égard : arrêts du 22 mars 1977, aff. 78/76, *Steinike & Weinlig*, *Rec.*, p. 595, point 21 ; du 2 février 1988, aff. 67/85, 68/85 et 70/85, *Rec.*, p. 219, point 35 et du 7 juin 1988, aff. 57/86, *Grèce c. Commission*, *Rec.*, p. 2855, point 12.

jurisprudentielles étalées par les juges communautaires. Face à la définition très large du concept d'Etat, la référence à l'utilisation de ressources publiques dans la disposition que nous analysons, compte tenu de l'emploi de la formule disjonctive dans le texte de l'article, a été considérée initialement comme purement pléonastique. Son importance a commencé à apparaître lorsque la Commission, et ensuite la Cour, ont été confrontées aux premières affaires d'aide relatives à une taxe de nature parafiscale. A partir de ce moment-là, selon nous, quatre phases peuvent être identifiées dans l'élaboration jurisprudentielle.

2. La première phase : l'approche alternative

5. Dans la première phase, qui couvre les années soixante-dix et le début des années quatre-vingt, plusieurs indices, sans qu'il y ait d'affirmations explicites, laissent entendre que la Commission et les juridictions communautaires donnaient à l'expression en question, le sens alternatif plus conforme à une exégèse basée sur la lettre de la norme.

6. Un premier élément dans ce sens se trouve dans la jurisprudence relative aux taxes parafiscales. Dans certains cas, des doutes auraient pu surgir quant au caractère étatique du soutien en cause, dans la mesure où l'organisme intermédiaire chargé de la collecte était clairement institué par l'Etat et/ou délégué par celui-ci à exercer certaines fonctions en utilisant les recettes tirées de la taxe, tandis que ses décisions concernant les projets concrets à subventionner pouvaient, dans certains cas, s'avérer largement, voire totalement, déliées de l'ingérence des pouvoirs publics. Dans des situations de ce genre, le financement de l'activité dudit organisme par une taxe imposée par l'Etat, et donc moyennant des fonds publics, rendait superflu l'examen du lien avec l'Etat des mesures spécifiques de soutien, et ce, en vertu du caractère alternatif du test contenu dans le critère de l'origine étatique. Un exemple de cette jurisprudence est le cas du régime de subventions bénéficiant aux opérateurs français du secteur textile, financé par une taxe parafiscale prélevée sur toute livraison de produits nationaux de ce secteur ¹⁰. Dans ce cas, la Cour n'aborde même pas le problème du mécanisme de prise de décision au sein des organismes de gestion des fonds impliqués, se contentant de noter que les contributions étaient imposées par la loi, tant sur la production nationale que sur les produits importés. En somme, l'application de l'article 87, par. 1, CE, (article 92, par. 1, du traité CEE à l'époque) était supportée par le raisonnement suivant : les recettes gérées par les organismes sectoriels institués par l'Etat étant retirées des contributions imposées par la loi à tous les opérateurs du secteur, la condition de l'origine étatique est remplie sans besoin de vérifier si concrètement l'Etat a participé à la prise de décision. Si cette conclusion était probablement facilitée par la constatation que les activités des fonds pouvaient bénéficier seulement à une partie des entreprises assujetties à la taxe (à

¹⁰ Arrêt du 11 novembre 1987, aff. 259/85, *France c. Commission*, *Rec.*, p. 4393. Il s'agit d'un arrêt bien connu dans lequel la Cour utilise pour la première fois certains concepts que l'on retrouve souvent par la suite, comme celui d'aide indirecte ou d'effet perturbateur.

l'exclusion notamment des fabricants étrangers), l'appréciation restait inchangée même lorsque la taxe ou contribution était perçue uniquement du groupe ou secteur d'entreprise pouvant théoriquement bénéficier du soutien et le financement de l'organisme intermédiaire par l'Etat en dehors de la taxe était nul ou négligeable, comme dans l'affaire *Steinike*¹¹. Ainsi, la Cour statua dans cette affaire qu'« une mesure de l'autorité publique favorisant certaines entreprises ou certains produits ne perd pas son caractère d'avantage gratuit par le fait qu'elle serait partiellement ou totalement financée par des contributions imposées par l'autorité publique et prélevées sur les entreprises concernées ». Ce problème regardait d'ailleurs surtout la première condition constitutive de l'aide, à savoir l'existence d'un avantage gratuit. S'agissant de la deuxième condition, celle de l'origine étatique, cet élément n'était pas considéré de nature à remettre en question l'analyse développée dans les autres cas de taxes parafiscales. En pratique, un élément d'aide était décelé même dans un système en théorie parfaitement solidaire, en raison du fait qu'il ne s'agissait pas d'une contribution versée sur une base purement volontaire.

7. Un élément supplémentaire dans le sens que nous avons indiqué, découle de l'approche suivie dans des cas de mesures de soutien sous forme de garanties de l'Etat. La Commission estimait que l'octroi par l'Etat d'une garantie, quelle qu'en soit la nature, constituait en soi une aide, sans qu'il soit nécessaire de vérifier par une analyse *ex post* si la garantie était effectivement utilisée pour couvrir un sinistre¹². En outre, la provenance étatique de la mesure était considérée comme condition suffisante pour lui attribuer la nature d'aide, sans qu'il eût été utile de vérifier, moyennant une analyse des conditions financières du bénéficiaire, si la garantie en question pouvait amener à une utilisation effective des ressources d'Etat. En d'autres termes, si la garantie publique comportait un avantage pour l'assuré lui permettant, par exemple, d'obtenir un emprunt qui ne lui aurait pas été octroyé à défaut d'une garantie publique, on considérait que la mesure comportait un élément d'aide même en l'absence d'une charge, directe ou indirecte, pour l'Etat. Il est vrai qu'une charge indirecte aurait pu être identifiée de toute façon car dans un tel cas, le risque était probablement trop

¹¹ Arrêt du 22 mars 1977, cité *supra*, note 9. La juridiction allemande avait demandé à la Cour de se prononcer sur différentes questions tendant, entre autres, à l'interprétation de l'article 87 du traité. Les questions étaient soulevées dans le cadre d'un litige qui opposait une firme allemande à la République fédérale d'Allemagne, représentée par l'Office fédéral allemand de l'alimentation et des forêts et mettait en cause la conformité avec le droit communautaire d'une redevance de 20 000 DEM prélevée à l'occasion de la transformation, par la firme allemande, de jus d'agrumes importés d'Italie et de différents pays tiers. Cette redevance était destinée, avec d'autres ressources de nature différente, à alimenter un fonds de promotion des ventes des produits de l'agriculture, de la sylviculture et de l'industrie de l'alimentation allemande, créé par une loi fédérale du 26 juin 1969.

¹² Voy., à titre d'exemple, la décision de la Commission du 18 mai 1979, relative au régime spécial de financement des investissements destinés à accroître les capacités de production des entreprises d'exportation françaises, *JO*, n° L 138, 6 juin 1979, p. 30.

élevé par rapport à la prime, étant donné les conditions économiques et financières de l'assuré, mais la Commission ne se livrait pas à une telle analyse ¹³, l'origine publique de la mesure ne faisant pas l'objet de doutes ¹⁴.

Un raisonnement similaire se retrouve également dans les décisions de la même période concernant des mesures de réduction du taux d'escompte, qui étaient qualifiées comme des aides à cause de leur imputabilité directe à l'Etat sans se poser la question de savoir si elles comportaient une véritable charge pour le budget de l'Etat ou plutôt pour l'économie du pays dans son ensemble (et notamment pour l'épargne ou le pouvoir d'achat de la collectivité) ¹⁵.

3. La deuxième phase : hésitations entre approche alternative et cumulative

8. L'orientation jurisprudentielle n'a cependant pas toujours été univoque, comme il ressort d'une deuxième phase de la jurisprudence, qui couvre une dizaine d'années, entre 1983 et 1993, et qui est caractérisée par l'absence de clarté sur le point en question et même par des contradictions ou du moins un mouvement oscillant entre une conception et l'autre. Des affaires plus complexes se présentent à la Cour, qui hésite à affirmer une thèse ou l'autre de manière tranchante et semble ne pas vouloir abandonner l'enseignement traditionnel, tout en s'éloignant parfois de celui-ci (approche alternative), lorsque son application risque de conduire à une interférence inacceptable de l'article 87 CE (article 92 du traité CEE à l'époque) avec des domaines réservés à la souveraineté des Etats.

La Cour semble même encline à remettre en discussion la doctrine des effets, même si elle ne le fait jamais ouvertement. En effet, comme nous allons le voir, son analyse change dès qu'elle se rend compte que l'approche alternative risque de donner à la disposition sur les aides une portée « déroutante », au regard de l'équilibre des compétences entre la Commission et les Etats membres.

9. D'un côté, la manière avec laquelle la Cour (et bien entendu la Commission) continue à aborder l'examen de situations factuelles caractérisées par l'intervention d'un organisme intermédiaire institué ou désigné par l'Etat, semble confirmer le choix d'une solution respectueuse de la lettre de la norme, et notamment de la formulation alternative de la deuxième condition. Il semble même que cette approche soit

¹³ Dans la lettre SG(89) D/4328 du 5 avril 1989, la Commission informait les Etats membres « que toutes les garanties accordées par l'Etat directement ou par l'intermédiaire d'établissements financiers délégués par l'Etat relèvent de l'article 92, par. 1, du traité CE ».

¹⁴ Lorsque l'avantage prenait la forme d'une prime zéro ou trop basse, au contraire, la charge pour l'Etat était immédiatement évidente. Pour mémoire, dans la communication en vigueur à ce jour, l'application des articles 87 et 88 aux aides d'Etat sous forme de garantie (*JO*, n° C 71, 11 novembre 2000), la Commission explique qu'une garantie publique ne contient pas un élément d'aide si le bénéficiaire n'est pas en difficulté financière et si la garantie est octroyée aux conditions du marché.

¹⁵ Voy. arrêt du 10 décembre 1969, aff. jtes 6 et 11/69, *Commission c. France, Rec.*, p. 523.

renforcée par l'analyse de certaines affaires dans lesquelles le problème de l'origine étatique par rapport à l'activité de l'organisme intermédiaire se posait de façon tout à fait inverse par rapport aux taxes parafiscales, dans la mesure où c'était l'utilisation des fonds étatiques qui faisait défaut, et où l'analyse se concentrait plutôt sur le rattachement à l'Etat de la décision d'octroyer une aide. Dans de telles circonstances, la Cour vérifiait la provenance de la mesure de l'Etat par une analyse du mécanisme de prise de décision au sein de l'organisme ou de l'entreprise publique concernée.

10. Dans l'affaire célèbre *Commission c. France (Crédit agricole)*¹⁶, par exemple, l'argument principal du gouvernement français consistait à faire valoir l'origine privée des fonds employés, découlant de l'activité de gestion financière de la Caisse nationale de crédit agricole. La Cour devança même la Commission dans la rigueur de son analyse du critère en question. La Commission, en effet, ayant reconnu que les fonds étaient d'origine privée et que la décision d'octroi des subventions avait été prise par les organes de gestion de la Caisse, dans lesquels le gouvernement ne disposait que d'une représentation minoritaire¹⁷, avait entamé une action en manquement sur la base de l'article 169 du traité CEE (actuellement, article 226 CE) au lieu de l'article 93, par. 2, du traité CEE (article 88, par. 2, CE). Elle avait en effet considéré que la deuxième condition de la notion d'aide n'était pas remplie, mais que l'Etat français avait néanmoins mis en œuvre une mesure d'effet équivalent à une aide d'Etat et avait ainsi violé les obligations découlant du traité. La Cour, en revanche, estima qu'une simple analyse des dispositions pertinentes de droit français, et notamment des dispositions concernant le contrôle des entreprises et des entités publiques ayant des objectifs économiques ou sociaux, indiquait clairement qu'une décision quelconque portant sur l'allocation des bénéficiaires du fonds ne devenait définitive qu'après avoir été approuvée par les autorités publiques. Comme élément de fait, la Cour, se référant aux dispositions précitées et aux autres éléments mis en évidence par l'avocat général, se rallia à la position de celui-ci, en considérant que la décision de destiner le surplus de l'activité de gestion du fonds au financement des subventions en cause était imputable à l'Etat. Partant de ce constat, la Cour n'hésita guère à conclure que la deuxième condition constitutive de l'aide était remplie en l'espèce, l'origine privée

¹⁶ Arrêt du 30 janvier 1985, aff. 290/83, *Rec.*, 1985, p. 439, point 5. Dans cette affaire, la Commission avait essayé de mettre en question les mesures de soutien en faveur des petits agriculteurs. Sur la base d'un accord intervenu entre le gouvernement et les organisations des agriculteurs en décembre 1981, toute une série de mesures de soutien avait été mise en œuvre, y compris une subvention de solidarité en faveur des agriculteurs les plus pauvres. Cette subvention était financée par les surplus de gestion accumulés au cours des années précédentes par la Caisse nationale de crédit agricole. Le soutien prenait la forme d'une subvention forfaitaire accordée à tous les agriculteurs dont le chiffre d'affaires ne dépassait pas un seuil déterminé.

¹⁷ A noter que l'avocat général Mancini avait exprimé des doutes quant à la véracité de cette affirmation, en considérant que la majorité des membres de l'organe d'administration étaient en réalité liés à l'Etat. Il avait également souligné que la Caisse se définissait, techniquement parlant, comme une « institution publique de nature industrielle ou commerciale ». Voy. ses conclusions du 5 décembre 1984, point 443.

éventuelle des ressources financières utilisées n'étant pas de nature à modifier cette conclusion ¹⁸.

En résumé, d'après cette jurisprudence, lorsque l'Etat impose le paiement d'une contribution ou taxe, mais n'intervient pas pour diriger l'activité de l'organisme intermédiaire qui gère les recettes y afférentes, les mesures prises par l'organe de gestion du fonds sont qualifiées comme aide d'Etat à cause de l'utilisation de fonds étatiques. En revanche, lorsque le fonds n'est pas financé par des contributions imposées par la loi, comme dans l'affaire *Crédit agricole*, mais que la décision d'allocation des fonds peut être attribuée à l'Etat, les mesures sont également qualifiées comme aides sur la base de cet élément de rattachement à l'Etat dans la prise de décision.

11. Trois ans après l'arrêt *Crédit agricole* de 1985, et donc vers la fin des années quatre-vingt, des solutions jurisprudentielles proches de l'orientation traditionnelle continuent encore à voir le jour. C'est le cas de l'arrêt *Van der Kooy* ¹⁹, qui offre un soutien non équivoque aux partisans d'une interprétation fidèle à la formulation littérale de l'article 87 CE. S'agissant de la fixation du tarif d'une source d'énergie dans les relations commerciales avec un groupe déterminé d'utilisateurs à un niveau

¹⁸ Cette position est exprimée de manière non équivoque au point 14 de l'arrêt, qu'il convient de rappeler ici : « ainsi qu'il ressort du libellé même de l'article 92, par. 1, une aide ne doit pas nécessairement être financée par les ressources de l'Etat pour être qualifiée d'aide étatique. En outre, comme la Cour l'a dit pour droit dans son arrêt du 22 mars 1977 (aff. 78/76, *Steinike & Weinlig, Rec.*, p. 595), l'article 92 englobe l'ensemble des aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que l'aide est accordée directement par l'Etat ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide ».

¹⁹ Arrêt du 2 février 1988, aff. jtes 67, 68 et 70/85, *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV et autres c. Commission, Rec.*, p. 219.

²⁰ Plus concrètement, l'affaire *Van der Kooy* soulevait le problème de savoir si le tarif d'une source d'énergie, le gaz naturel, à un niveau inférieur à celui qui aurait été normalement choisi et uniquement applicable aux entreprises engagées dans l'horticulture sous serres chauffées, pouvait être qualifié d'aide lorsque sa fixation était imputable à l'Etat et que les autres conditions de l'article 87 CE étaient réunies. La Cour devait se prononcer sur la demande en annulation, introduite par la société Van der Kooy, de la décision de la Commission qui avait jugé incompatible avec le marché commun l'aide en question. La Commission avait constaté qu'aux Pays-Bas, les tarifs du gaz naturel pour les horticulteurs sous serres faisaient l'objet d'accords entre, d'une part, Gasunie, entreprise de droit privé dont le capital était détenu à 50 %, directement ou indirectement, par l'Etat néerlandais et, pour le reste, par deux compagnies pétrolières privées, et, d'autre part, l'organisme de droit public institué pour assurer dans le secteur agricole la protection des intérêts communs des opérateurs dans le respect de l'intérêt général. Les tarifs ainsi négociés, comme tous les tarifs pratiqués par Gasunie, étaient soumis, depuis 1963, à l'approbation du ministre des Affaires économiques. La Commission avait déjà constaté par une décision du 5 décembre 1981 que le tarif horticole en vigueur à l'époque constituait un tarif préférentiel (en prévoyant des conditions particulièrement avantageuses pour les horticulteurs établis aux Pays-Bas) et devait donc être considéré comme aide incompatible.

inférieur à celui du marché ²⁰, la Cour, se basant sur une analyse détaillée des faits, statua que la fixation du tarif litigieux était le résultat d'un comportement imputable à l'Etat néerlandais, vu notamment la structure de l'actionnariat de Gasunie ²¹ et compte tenu du pouvoir d'approbation des tarifs appliqués par Gasunie dont disposait le ministre des Affaires économiques. Cette simple constatation, à savoir que Gasunie ne disposait nullement d'une pleine autonomie dans la fixation des tarifs du gaz à ses clients, mais agissait plutôt sous le contrôle et les directives des pouvoirs publics, suffit à la Cour pour conclure que la fixation du tarif litigieux résultait d'un comportement de l'Etat néerlandais et était donc susceptible d'être appréhendé par l'article 87, par. 1, CE, en rentrant dans la notion d'aide au sens de cette disposition.

12. C'est également pendant cette période que se situent les *leading cases* en matière de prise de participation publique, qui s'inscrivent selon nous clairement dans la veine de l'approche alternative. Un premier élément dans le sens indiqué est contenu dans l'évaluation des aides octroyées par des holdings publics à des sociétés du groupe, souvent sous forme d'augmentation de capital ou du quota de participation publique au capital. Chacun sait que les premières affaires de prises de participation concernaient en effet des apports en capital de holdings publics dans leurs filiales, comme dans les affaires *ENI-Lanerossi* ²² ou *Alfa Romeo* ²³, plutôt qu'une prise de participation directe de l'Etat.

L'examen se déroule alors en deux étapes, quelque peu entremêlées dans l'analyse de la Commission, mais bien distinctes dans celle de la Cour. Dans une première étape, se pose la question de savoir si le holding public agit pour le compte

²¹ 50% des actions de Gasunie étaient détenues directement ou indirectement par l'Etat néerlandais, qui disposait ainsi du pouvoir de nommer la moitié des commissaires siégeant au Conseil des commissaires, organe qui était compétent pour fixer les tarifs applicables au public.

²² Arrêt du 21 mars 1991, aff. C-303/88, *Italie c. Commission, Rec.*, p. I-1433. L'Italie avait introduit un recours pour demander l'annulation de la décision de la Commission du 26 juillet 1988 qui avait jugé que les aides accordées, de 1983 à 1987, au groupe ENI-Lanerossi sous forme d'injections de capitaux dans ses filiales fabriquant des vêtements pour hommes, enfreignaient les dispositions de l'article 88, par. 3, CE, et étaient incompatibles avec le marché commun au sens de l'article 87 CE (article 92 du traité CEE à l'époque des faits). L'ENI (Ente nazionale idrocarburi), un holding d'Etat, avait repris la société Lanerossi en 1962.

²³ Arrêt du 21 mars 1991, aff. C-305/89, *Italie c. Commission, Rec.*, p. I-1603. L'Italie avait introduit un recours pour l'annulation de la décision de la Commission du 31 mai 1989 qui avait déclaré illégales et incompatibles avec le marché commun, les aides octroyées au groupe Alfa Romeo par le gouvernement italien sous forme d'apports de capitaux d'un montant total de 615,1 milliards de LIT par l'intermédiaire des holdings publics IRI et Finmeccanica. Alfa Romeo, deuxième constructeur automobile italien, faisant partie du holding public IRI (Istituto per la ricostruzione industriale), avait régulièrement accumulé des pertes au cours des quatorze années suivant la première crise pétrolière en 1973-1974.

de l'Etat. L'argument selon lequel l'Etat n'intervient financièrement que par la mise à disposition du holding d'un fonds de dotation initial qui ne peut pas être utilisé pour des opérations courantes (la preuve que l'argent utilisé est retiré du fonds de dotation serait d'ailleurs une preuve diabolique) est rejeté en raison des pouvoirs détenus par l'Etat dans le holding, qui lui permettent d'exercer une influence déterminante dans la gestion de celui-ci²⁴. Ceci permet d'appréhender les apports de capital des holdings publics comme s'ils provenaient directement de l'Etat. On voit bien que la question de l'utilisation de ressources étatiques est dépassée et en quelque sorte neutralisée par l'élément de lien avec l'Etat représenté par les pouvoirs de celui-ci dans la gestion du holding.

L'étape suivante du raisonnement, basée sur le critère de l'investisseur privé en conditions d'économie de marché, s'avère nécessaire uniquement pour la forme de l'aide, consistant en une prise de participation dans le capital. Comme le traité établit le principe de neutralité du régime de propriété et par là, d'égalité de traitement entre mesures publiques et mesures privées, il fallait encore vérifier que l'Etat n'ait pas agi en tant qu'investisseur normal dans la recherche d'un profit, auquel cas l'élément de l'avantage gratuit ferait défaut²⁵. Il s'ensuit que, si l'aide avait pris la forme d'une subvention ou d'un financement ou autre, cette question n'aurait pas été examinée et l'analyse sur la notion d'aide aurait été considérée comme achevée par la preuve du lien avec l'Etat.

13. De l'autre côté, dans cette deuxième phase de la jurisprudence, la Cour semble s'éloigner de son approche traditionnelle dans certaines affaires qui mettent en question le pouvoir souverain des Etats dans des domaines tels que, par exemple,

²⁴ Dans l'arrêt *ENI-Lanerossi*, la Cour observe que l'ENI est « un organisme public contrôlé par l'Etat italien et dont les membres du conseil et du comité exécutif sont nommés par décret du président du Conseil des ministres. En outre, si l'ENI est tenu d'opérer selon des critères économiques, il ne dispose pas d'une autonomie pleine et entière, étant donné qu'il doit tenir compte des directives émanant du Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE). Ces éléments, considérés dans leur ensemble, démontrent que l'ENI agit sous le contrôle de l'Etat italien. En outre, l'ENI peut, avec l'autorisation du ministre des Participations étatiques, émettre des obligations dont le remboursement en capital et intérêts est garanti par l'Etat. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur le point de savoir si cette garantie constitue en elle-même une aide d'Etat, son existence distingue les emprunts effectués par l'ENI des emprunts effectués normalement par une entreprise privée. Dans ces conditions, la Commission pouvait, à juste titre, qualifier les fonds fournis par l'ENI aux quatre filiales, par l'intermédiaire de la société Lanerossi, comme des interventions étatiques pouvant constituer des aides » (points 12 à 14). Voy. aussi points 14 et 15 de l'arrêt *Alfa Romeo*, *op. cit.*

²⁵ La Cour observe que les interventions de l'ENI constituaient des aides d'Etat au sens du traité, compte tenu de la durée de la période pendant laquelle l'ENI-Lanerossi a maintenu son appui financier : « (...) la Commission a pu, à juste titre, estimer que la compensation des pertes s'était faite dans des conditions qui auraient été inacceptables pour un investisseur privé travaillant dans les conditions normales du marché (...) La Commission a donc pu constater qu'aucun investisseur privé n'aurait couvert des pertes de capitaux d'une telle ampleur pendant une aussi longue période » (point 24). Voy. aussi les points 19 à 21 de l'arrêt *Alfa Romeo*, *op. cit.*

la fiscalité, la sécurité sociale, la fixation de prix réglementés dans des secteurs d'intérêt social ou stratégique. En d'autres termes, cette phase est marquée, comme nous l'avons déjà indiqué, par un manque d'uniformité dans la jurisprudence, qui semble soucieuse d'éviter un glissement de la notion d'aide, susceptible de créer une interférence avec la politique des Etats membres dans des domaines réservés à leur souveraineté.

14. Les jugements dans les affaires *Van Tiggele*²⁶ et *Fleischkontor*²⁷ en constituent un exemple évident. Dans les deux cas, le constat que les avantages n'étaient pas accordés directement ou indirectement au moyens de ressources d'Etat amena la Cour à exclure l'existence d'éléments d'aide.

Dans l'affaire *Van Tiggele*, l'Etat avait décidé de faire supporter aux consommateurs, plutôt qu'au budget public, la charge du soutien qu'il entendait accorder aux producteurs de boissons distillées²⁸. Au stade de la jurisprudence à l'époque, le fait que cela suffise pour exclure la nature d'aide de la mesure litigieuse aurait dû surprendre, mais la position de la Cour passa tout à fait inaperçue, car il s'agissait fondamentalement d'un arrêt axé sur l'examen de l'article 30 du traité CEE (article 28 CE). La mesure étatique fut en tout état de cause soumise au contrôle de la Commission²⁹, précisément sous l'angle de l'article 30.

L'affaire *Fleischkontor* posait un problème apparemment plus simple sous l'angle de l'approche traditionnelle. La juridiction nationale interrogeait la Cour sur la nature du système allemand de répartition d'un contingent tarifaire communautaire. Il s'agissait d'un cas de répartition incorrecte des ressources communautaires, le système allemand permettant l'allocation du contingent aux seuls opérateurs basés en Allemagne³⁰. Dans ce cas, il ne s'agissait pas d'une mesure destinée à avoir des

²⁶ Arrêt du 24 janvier 1978, aff. 82/77, *Jacobus Philippus van Tiggele, Rec.*, p. 25.

²⁷ Arrêt du 13 octobre 1982, aff. jtes 213 à 215/81, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will, Trawako, Transit-Warenhandels-Kontor GmbH & Co., et Gedelfi, Großverkauf GmbH & Co., c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Rec.*, p. 3583.

²⁸ Dans l'affaire *Van Tiggele*, il était en effet question de savoir si une réglementation de prix comme celle du « règlement du *produktschap* » que les autorités hollandaises avait adopté en 1975, qui instituait, pour la vente au détail de boissons distillées à l'intérieur du pays, un régime de prix minimum pour chaque catégorie de boisson, constituait une aide d'Etat au sens de l'article 87 CE. La Cour estima que la simple fixation de prix minimum au détail, bien qu'adoptée dans le but de favoriser les distributeurs d'un produit, ne saurait constituer une aide dans la mesure où la charge de l'avantage ainsi concédé aux opérateurs concernés grevait exclusivement les consommateurs.

²⁹ La Cour a estimé que la détermination du prix minimum de vente au détail prévu par le règlement du *produktschap* du 17 décembre 1975, fixé à un montant déterminé et applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, constituait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation, interdite par l'article 30 du traité CEE.

³⁰ Il s'agissait, plus particulièrement, du contingent tarifaire de viande bovine congelée pour l'année 1980, institué par le règlement 56/79. L'article 2 de ce règlement répartissait le volume du contingent (cinquante mille tonnes, exprimé en viande désossée), entre les Etats membres,

répercussions sur des rapports contractuels privés, mais simplement de l'attribution par un Etat de ressources publiques, bien que provenant du budget communautaire ³¹. Malgré cela, la Cour statua que l'expression « aides accordées au moyen de ressources de l'Etat », tout en visant à élargir la notion pure et simple d'aide d'Etat, présuppose néanmoins que lesdites ressources proviennent du budget étatique ³².

15. La jurisprudence que nous venons d'évoquer eut l'effet de créer une confusion, en apportant des réponses différentes à la même question théorique, en fonction des intérêts en jeu dans le cas d'espèce soumis à l'appréciation de la Cour. Elle créa ainsi une situation d'insécurité juridique qu'il fallait résoudre en arrêtant une position interprétative cohérente et définitive. Pour atteindre cet objectif, il existait deux possibilités : soit retourner à la jurisprudence traditionnelle, soit franchir le pas et renoncer clairement à la vision alternative des deux volets de la condition de l'origine publique traditionnellement adoptée par la Commission.

Au moment où l'occasion se présenta de trancher le débat en 1993, grâce à deux renvois préjudiciels émanant de juridictions allemandes, la Commission choisit de maintenir son approche consolidée et plaida la première des solutions indiquées, à savoir le retour à la vision alternative traditionnelle. La Cour opta pourtant pour la

attribuant à la République fédérale d'Allemagne une quote-part de 9 660 tonnes. Alors que la législation allemande en vigueur jusqu'à 1979 avait réservé l'accès aux quotes-parts nationales des contingents ouverts par les règlements communautaires presque entièrement aux importateurs habituels de viande bovine originaire des pays tiers, un nouveau système, instauré par règlement du ministre des Finances du 19 décembre 1979, répartissait la quote-part allemande entre les opérateurs économiques en fonction des importations de viande effectuées en provenance de pays tiers ainsi que de la Communauté.

Les entreprises Will, Trawako et Gedelfi, en tant qu'importatrices habituelles de viande bovine congelée en provenance de pays tiers, avaient vu diminuer leur part suite à l'entrée en vigueur du nouveau système, du fait que le nombre des participants à ladite répartition avait augmenté. Chacune de ces entreprises, considérant ce nouveau système comme non conforme au droit communautaire, avait engagé une action devant la juridiction nationale qui, à son tour, avait posé à la Cour une série de questions préjudicielles pour savoir, entre autres, si le système allemand de répartition du contingent tarifaire communautaire de 1980 violait l'interdiction d'aides d'Etat contenue dans le traité.

³¹ L'avocat général Van Themaat avait souligné que la concession par un Etat d'avantages financiers financés par des ressources autres que celles étatiques rentrait dans le champ d'application de l'article 87 CE. L'attribution de ressources publiques, bien que provenant du budget communautaire, devait donc être considérée comme un élément suffisant pour remplir la condition de l'origine publique d'une aide.

³² La Cour constate donc que « l'avantage financier que les opérateurs économiques tirent de leur participation à la répartition du contingent n'est pas octroyé au moyen de ressources d'Etat, mais au moyen de ressources communautaires, le prélèvement non perçu faisant partie de ces dernières... L'éventuelle application incorrecte du droit communautaire, même sous forme d'une répartition incorrecte d'un contingent tarifaire, ne peut donc être appréciée que sous l'angle de la violation des dispositions correspondantes de ce droit, alors qu'elle ne saurait, par contre, être considérée comme une aide d'Etat ou accordée au moyen de ressources d'Etat » (points 22 et 23).

deuxième solution, en faisant de l'existence d'une charge pour le budget de l'Etat (définie « charge supplémentaire » comme nous le verrons) une condition *sine qua non* de la notion d'aide au titre de l'article 87 CE. C'est ainsi que la troisième phase de l'élaboration jurisprudentielle du critère que nous analysons vit le jour.

4. La troisième phase : vers l'approche cumulative

16. L'affaire qui marque le début de cette troisième phase est *Sloman Neptun* de mars 1993³³. La Cour était appelée à se prononcer, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel³⁴, sur la compatibilité avec l'article 87 CE (article 92 à l'époque des faits) d'une disposition de la loi allemande régissant le registre international de la navigation maritime (ISR) qui prévoyait certains avantages pour les navires qui y étaient enregistrés par voie de dérogation au système général de sécurité sociale³⁵. La Commission, dans ses observations, fit un effort pour défendre sa vision traditionnelle, en considérant que toute mesure, sous quelque forme que ce soit, impliquant pour un secteur déterminé un dégrèvement des charges sociales et qui ne s'inscrit pas dans la logique d'un système global, constitue une aide d'Etat. Par conséquent, d'après la Commission, une loi adoptée en vue de rendre un secteur de l'économie nationale (en l'espèce, le secteur de la navigation maritime allemande) plus compétitif³⁶, en lui

³³ Arrêt du 17 mars 1993, aff. jtes C-72/91 et C-73/91, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, Rec.*, p. I-887. Voy. également les conclusions de l'avocat général Darmon du 17 mars 1992.

³⁴ Le renvoi préjudiciel s'inscrivait dans un litige qui opposait la compagnie de navigation allemande *Sloman Neptun Schiffahrts AG* (« *Sloman Neptun* ») au comité d'entreprise, *Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun* (« *Seebetriebsrat* ») et qui concernait le refus du comité de donner son accord sur l'embauche d'un officier radio de nationalité philippine et de cinq autres marins philippins sur l'un des navires qu'elle exploitait et qu'elle avait fait immatriculer dans le registre international de navigation maritime (« *ISR* »). L'accord du comité avait été sollicité sur le fondement de la loi sur l'organisation des entreprises, mais avait été refusé par le *Seebetriebsrat* en alléguant que la dérogation prévue par la loi instituant le *ISR* par rapport au régime normal de sécurité sociale devait être qualifiée d'aide d'Etat en faveur des entreprises de navigation concernées. Conformément à l'article 21, par. 4, du *Flaggenrechtsgesetz* (loi concernant le droit d'utiliser le pavillon du pays), les marins étrangers (non communautaires) n'ayant pas de domicile ni de résidence fixe en République fédérale d'Allemagne pouvaient être employés sur un navire inscrit au *ISR* et battant un « pavillon de complaisance » avec le régime salarial et la protection sociale du pays d'origine, donc considérablement moins favorables que ceux assurés aux marins allemands se trouvant dans une situation comparable.

³⁵ Le *Seebetriebsrat* avait maintenu devant la juridiction nationale que la disposition litigieuse était contraire, non seulement à la constitution allemande, mais aussi aux articles 92 et 117 du traité CEE dans la mesure où elle permettait que des marins ressortissants de pays non communautaires soient embauchés à des conditions de salaire et de protection sociale moins favorables que celles appliquées aux marins engagés sous le régime allemand.

³⁶ Le gouvernement allemand avait en effet expliqué que l'article 21, par. 4, du *Flaggenrechtsgesetz* était orienté de manière à assurer la compétitivité des bateaux marchands allemands dans le cadre international par une réduction des coûts de main-d'œuvre.

accordant des avantages particuliers par rapport aux autres secteurs, comporte tous les éléments d'une aide, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la mesure est financée par des fonds publics. Contrairement à l'opinion de la Commission, la Cour statua que le régime social introduit par le ISR pour les marins étrangers ne constituait pas une aide d'Etat au sens du traité. En évoquant l'arrêt *Van Tiggele*, la Cour expliqua que « les avantages accordés par d'autres moyens que des ressources d'Etat ne tombent pas dans le champ d'application des dispositions en cause »³⁷. En d'autres termes, seule l'existence d'une charge directe ou indirecte pour le budget de l'Etat est de nature à rendre l'article 87 CE applicable à des mesures d'organisation des relations contractuelles dans un secteur déterminé, même si celles-ci sont plus favorables que celles en vigueur dans les autres secteurs de l'économie nationale.

Bien entendu, la Cour comprit la nécessité de proposer une nouvelle lecture du texte de l'article 87, par. 1, CE et poursuivit donc son raisonnement en affirmant qu'il découle du texte de cette disposition et des règles de procédure de l'article 88 CE (article 93 du traité CEE à l'époque des faits) que les avantages accordés par des moyens autres que des ressources d'Etat ne tombent pas dans le champ d'application de la disposition en question. La distinction entre aides octroyées par l'Etat et aides octroyées au moyen de ressources d'Etat n'aurait d'autres objectifs que d'inclure dans la définition d'aide, les mesures de soutien prises par des organismes publics ou privés institués ou désignés par l'Etat. Le régime en cause étant conçu par le législateur allemand uniquement pour modifier, en faveur des entreprises de navigation maritime nationales, le « cadre dans lequel s'établissent les relations contractuelles entre ces entreprises et leurs salariés » et n'étant de ce fait financé ni par l'Etat ni par des fonds gérés par un organisme intermédiaire, la Cour estima qu'il ne donnait pas lieu à une aide³⁸.

17. Quelques mois seulement après la décision dans l'affaire *Sloman Neptun*, un nouvel arrêt rendu par la Cour, toujours sur renvoi préjudiciel, dans le cadre d'une deuxième affaire très similaire à la première concernant la législation sociale allemande, vint dissiper tout doute possible quant à l'intention de la Cour d'entamer un revirement important de sa jurisprudence et de modifier ainsi la pratique suivie jusque-là par la Commission³⁹. Il était question de la possibilité de qualifier comme aide d'Etat l'exclusion des entreprises de petite taille du champ d'application du régime contre les licenciements exclusifs en vigueur en Allemagne⁴⁰. La Cour

³⁷ Point 19 de l'arrêt.

³⁸ Point 21 de l'arrêt.

³⁹ Arrêt du 30 novembre 1993, aff. C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack c. Nurhan Sidal*, *Rec.*, p. 6185.

⁴⁰ Le Tribunal du travail allemand (*Arbeitsgericht*) saisit la Cour dans le cadre d'un litige opposant une étude de dentistes à un employé qui avait été licencié. Il fut demandé à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si l'exonération des petites entreprises en Allemagne, de l'application du régime national de protection des travailleurs contre les licenciements abusifs pouvait être qualifiée d'aide étatique au sens de l'article 87 CE (article 92 du traité CEE à l'époque des faits). Le Tribunal de renvoi avait précisé que les entreprises couvertes

constata que le non-assujettissement d'une catégorie d'entreprises au régime de protection sociale en cause n'entraînait aucun transfert direct ou indirect de ressources d'Etat à ces entreprises mais procédait seulement de la volonté du législateur de prévoir un cadre législatif spécifique pour les relations de travail entre employeurs et salariés dans les petites entreprises. Partant, même si l'exclusion du régime de protection sociale contre les licenciements collectifs garantissait incontestablement un avantage réel aux entreprises appartenant à la catégorie concernée, en évitant de leur imposer des contraintes financières pouvant entraver leur développement, une telle mesure ne constituait pas, selon la Cour, une aide au titre de l'article 87 CE car l'avantage en question n'était pas accordé au moyen de ressources d'Etat. La Cour poursuivit son raisonnement en reprenant l'explication du texte de l'article 87 CE déjà proposée dans *Sloman*. Elle statua que la distinction entre aides octroyées par l'Etat et aides octroyées au moyen de ressources de l'Etat n'impliquait guère que tous les avantages consentis par les pouvoirs publics soient à qualifier comme aides étatiques, même en l'absence d'une charge pour le budget de l'Etat, mais avait pour seul objectif d'inclure dans la notion d'aide les mesures adoptées non pas directement par l'Etat, mais par des organismes privés ou publics institués ou délégués par l'Etat. Dans le cas d'espèce, la Cour constata que la dérogation prévue en faveur de la catégorie des petites entreprises était motivée seulement par la volonté du législateur de mettre en place un régime législatif spécifique pour les relations entre les petites entreprises et leurs employés, en évitant d'imposer aux premières des contraintes financières qui auraient pu entraver leur développement ⁴¹.

18. Tant dans l'affaire *Sloman* que dans l'affaire *Kirsammer*, l'avocat général Darmon avait essayé d'explorer une voie alternative pour sauvegarder une notion large d'aide d'Etat, recouvrant toute mesure favorisant de manière sélective certaines entreprises, même en l'absence d'un transfert de ressources d'Etat, tout en évitant d'interférer avec des domaines caractérisés par le pouvoir souverain des Etats. Il avait ainsi proposé de privilégier une notion d'aide basée sur la *ratio legis* de l'article 87 CE (article 92 du traité CEE à l'époque à laquelle il écrivait), qui est de maintenir des conditions de concurrence égales entre les opérateurs économiques se trouvant dans une situation de compétition entre eux, en préservant le libre jeu économique de l'intervention des pouvoirs publics. D'après l'avocat général, le caractère étatique des mesures visées à l'article 87, par. 1, CE, concerne davantage l'autorité qui est à l'origine de la mesure – l'Etat et ses émanations – et qui vient perturber les conditions normales de marché, que l'organisme ou la personne physique ou morale qui finance l'aide. Au surplus, comme la Cour l'avait déclaré dans l'arrêt *Steinike*, l'avocat général rappelait que « ce sont (...) essentiellement les effets de l'aide en ce qui concerne les entreprises ou producteurs bénéficiaires qu'il y a lieu de prendre en considération ». L'origine

par la dérogation, étant exonérées du paiement de compensations dans le cas de licenciements socialement injustifiés et des coûts d'assistance juridique pour les procédures de licenciement, bénéficiaient de ce fait d'un avantage compétitif important par rapport aux autres.

⁴¹ Point 17 de l'arrêt.

des fonds, et encore moins l'intention du législateur de procurer un avantage à une entreprise ou groupe d'entreprises ou plutôt de réglementer un secteur ou une activité particulière, ne sont pas, d'après l'avocat général Darmon, un élément déterminant du caractère étatique de l'aide, celui-ci étant fonction uniquement de la question de l'imputabilité. Toutes les mesures permettant à certaines entreprises ou secteurs industriels de réduire leurs coûts de production et/ou de commercialisation par rapport à la situation normale, satisfont à la condition de l'origine étatique. Leur qualification comme aide dépend toutefois d'une application rigoureuse du critère de la sélectivité, qui devrait permettre de qualifier comme mesures générales et non pas comme aides, les dérogations qui répondent à la normalité juridique du système ou, pour utiliser la formule que l'on retrouve dans la jurisprudence relative aux mesures fiscales, celles qui sont justifiées par la nature ou l'économie du système ⁴².

Malgré cet effort louable, largement appuyé par la doctrine et de manière quasiment uniforme ⁴³, l'avocat général échoua dans sa tentative de convaincre la Cour, qui opta pour une vision plus étroite de la notion de transfert de ressources

⁴² Arrêt du 8 novembre 2001, aff. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Rec., p. I-8365, point 42 ; arrêt du 17 juin 1999, aff. C-75/97, *Belgique c. Commission*, Rec., p. I-3671, point 33 ; arrêt du 2 juillet 1974, aff. 173/73, *Italie c. Commission*, Rec., p. 709, point 33.

⁴³ On peut citer en particulier les commentaires de W. RODRIGUEZ CURIEL, « Chronique de jurisprudence : quelques réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour en matière d'aides d'Etat », *Revue internationale de droit économique*, 1993, p. 433 ; P.J. SLOT, « Joined Cases C-72/91 and C-73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts A.G. v. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts A.G.*, Judgment of 17 March 1993 », *CMLRev.*, 1994, p. 137 ; M. M. SLOTBOM, « State Aid in Community Law : A Broad or Narrow Definition ? », *ELR*, 1995, p. 289 et J. A. WINTER, « Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty », *CMLRev.*, 2004, p. 475. Tous les auteurs cités critiquent le raisonnement développé par la Cour à l'attendu 21 de l'arrêt et constatent qu'il semble comporter un revirement par rapport à la jurisprudence traditionnelle et notamment un démenti du principe selon lequel l'article 87 CE ne distingue pas entre les finalités ou les objectifs des mesures envisagées mais se rapportent uniquement à leurs effets. Rodriguez Curiel souligne à cet égard qu'il a fallu un an à la Cour, après le dépôt des conclusions de l'avocat général, pour rendre un arrêt particulièrement bref, voire même obscur, sur le point essentiel de la motivation, ce qui prouverait l'existence d'un débat et de positions divergentes au sein de la Cour. Slotboom soutient avec vigueur la position de l'avocat général, en énumérant quatre arguments en faveur de l'interprétation large de l'article 87 CE, apte à comprendre les mesures qui ne comportent pas une charge pour le budget de l'Etat mais qui allègent néanmoins les coûts que certaines entreprises doivent soutenir, et ceci au détriment de la concurrence : (i) il n'y a aucune justification économique en faveur du critère qui requiert une charge supplémentaire pour le budget de l'Etat pour l'application de l'article 87 CE ; (ii) le risque d'une étendue excessive de l'article 87 CE est surestimé ; (iii) rien dans le texte du traité ne s'oppose à une définition de l'aide qui n'englobe pas le critère de la charge supplémentaire ; et (iv) l'interprétation plus large de la notion d'aide ne nuit en aucun cas à la distinction entre l'article 87 CE et d'autres dispositions du traité concernant la libre concurrence ou la libre circulation.

étatiques ⁴⁴. Il convient également de remarquer que la Cour, voulant imposer de manière non équivoque la solution finalement retenue, introduisit la notion de « charge supplémentaire » pour le budget de l'Etat. Elle entendait répondre de cette manière à un argument qui avait été soulevé au cours de la procédure concernant les effets indirects sur les recettes des impôts, en soulignant que l'élément de la charge pour le budget public ne pouvait pas être identifié à une perte de recettes pour le budget de l'Etat qui aurait pu résulter indirectement du choix de réglementer d'une certaine manière un secteur ou une activité déterminé. Par exemple, dans l'affaire *Sloman*, il avait été suggéré que la réduction de la base salariale engendrée par la dérogation au régime social de droit commun aurait nécessairement comporté une perte de recettes fiscales pour l'Etat ⁴⁵.

19. Après avoir franchi le pas vers une vision plus étroite de la notion d'aide moyennant la conversion de l'élément d'une charge supplémentaire pour le budget de l'Etat en condition *sine qua non* de ladite notion, la Cour eut rapidement l'occasion de consolider la nouvelle approche dans les années suivantes. Plusieurs arrêts qui se situent vers la fin des années quatre-vingt-dix relèvent en effet clairement de la nouvelle veine restrictive de la notion d'aide. Dans les affaires *Ecotrade* ⁴⁶ et *Piaggio* ⁴⁷, par exemple, la Cour s'est prononcée sur le régime italien dérogatoire par rapport au droit commun en matière de faillite dont pouvaient bénéficier les grandes entreprises en crise. Se basant sur le champ d'application de la loi limité aux entreprises qui dépassaient certains seuils et sur le pouvoir d'appréciation discrétionnaire reconnu à l'administration, la Cour avait considéré que le régime en cause, contrairement à des régimes similaires en vigueur dans d'autres Etats membres, satisfaisait au critère

⁴⁴ Il n'est pas invraisemblable, comme nous le verrons par la suite de cette étude, que la Cour aurait pu être plus encline à suivre son avocat général si celui-ci avait réussi à montrer que l'emploi du critère de la sélectivité aurait pu justifier l'exclusion de l'application des dispositions sur les aides dans un plus grand nombre de cas de recours par les Etats à leurs pouvoirs souverains. En revanche, l'avocat général ne fournit que des exemples assez évidents et insuffisants de mesures générales échappant à l'application de l'article 87 CE, à savoir la fixation des cotisations patronales ou l'institution d'un taux de réescompte préférentiel à l'exportation ou encore l'adoption des mesures gouvernementales favorisant l'ensemble de la production nationale par rapport aux produits importés (points 48 et 49 des conclusions de l'avocat général).

⁴⁵ La Cour a en effet fait référence à l'éventuelle perte de ressources fiscales imputable au faible niveau des rémunérations, invoquée par la Commission, mais a aussi précisé que cet élément, ainsi que la différence de base de calcul des cotisations sociales, mentionnée par la juridiction nationale, était inhérent au régime concerné et ne constituait pas un moyen d'accorder aux entreprises concernées un avantage déterminé (point 21 de l'arrêt).

⁴⁶ Arrêt du 1^{er} décembre 1998, aff. C-200/97, *Ecotrade Srl c. Altiforni e Ferriere de Servola SpA, Rec.*, p. I-7907.

⁴⁷ Arrêt du 17 juin 1999, aff. C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA c. International Factors Italia SpA e a., Rec.*, p. I-3735.

de la sélectivité⁴⁸. Partant, le fait qu'une entreprise soit autorisée à poursuivre son activité, bénéficiant ainsi de la protection contre la faillite, ou qu'elle bénéficie d'un ou plusieurs avantages comme mesures définitives ou intérimaires (limitées à la durée du processus de redressement), telles que des garanties d'Etat, des taux réduits d'impôt sur les sociétés, l'exonération de l'obligation de paiement d'amendes ou autres sanctions pécuniaires ou le renoncement total ou partiel aux créances publiques, donnait lieu à une aide si la condition de l'engagement de ressources publiques était remplie. Suivant l'enseignement de la Cour dans les affaires *Sloman* et *Kirsammer*, il s'agissait de vérifier si les bénéfices garantis par le système, auxquels n'aurait pas pu prétendre une autre entreprise insolvable dans le cadre de l'application des règles de droit commun en matière de faillite, comportaient pour l'Etat une charge financière supplémentaire ou si, au contraire, ceux-ci donnaient lieu uniquement à une altération des relations entre les entreprises en difficulté concernées par le régime et leurs créanciers. En abordant la question du financement de la mesure, la Cour ne se prononça pas directement sur la question, se limitant à relever que l'application du régime d'administration extraordinaire pouvait engendrer la perte éventuelle de ressources fiscales pour l'Etat, en raison de l'interdiction absolue des voies d'exécution à titre individuel et la suspension des intérêts sur toutes les dettes de l'entreprise concernée, ainsi que la diminution corrélative des garanties des créanciers. La Cour, conformément à l'arrêt *Sloman*, en tira la conclusion qu'une telle perte devait être considérée comme inhérente à tout régime juridique fixant le cadre dans lequel s'organisent les relations entre une entreprise insolvable et l'ensemble de ses créanciers. La nature d'aide de la mesure en cause fut cependant reconnue sur la base de plusieurs caractéristiques spécifiques du régime italien en cause, en évitant cependant soigneusement d'affirmer qu'une perte de créances ou d'impôts pour l'Etat constitue un financement au moyen de ressources publiques⁴⁹.

⁴⁸ Plus particulièrement, la Cour avait observé que la loi italienne concernée avait pour vocation de s'appliquer de manière sélective en faveur de grandes entreprises industrielles en difficulté ayant une position débitrice particulièrement élevée envers certaines catégories de créanciers, pour la plupart à caractère public, et que les décisions du ministre de l'Industrie de placer l'entreprise en difficulté sous administration extraordinaire et de l'autoriser à poursuivre son activité, étaient également influencées par le souci de préserver l'activité économique de l'entreprise. « Dans ces conditions, compte tenu de la catégorie des entreprises couvertes par la réglementation litigieuse et de l'étendue du pouvoir d'appréciation dont jouit le ministre lorsqu'il autorise, en particulier, une entreprise insolvable sous administration extraordinaire à poursuivre son activité, la réglementation en cause remplit la condition de spécificité qui constitue l'une des caractéristiques de la notion d'aide d'Etat » (point 40 de l'arrêt).

⁴⁹ Voy. point 36 de l'arrêt : « (...) l'éventuelle perte de ressources fiscales qui résulterait pour l'Etat de l'application du régime d'administration extraordinaire, en raison de l'interdiction absolue des voies d'exécution à titre individuel et de la suspension des intérêts sur toutes les dettes de l'entreprise concernée, ainsi que de la diminution corrélative des bénéfices des créanciers, ne saurait en elle-même justifier la qualification d'aide dudit régime. En effet, une telle conséquence est inhérente à tout régime légal fixant le cadre dans lequel s'organisent les relations entre une entreprise insolvable et l'ensemble de ses créanciers, sans pour autant qu'il

20. Deux années après, l'arrêt *PreussenElektra*⁵⁰ nous dévoile une application ultérieure du principe établi par la jurisprudence *Sloman*. Le domaine en cause était celui des mesures de protection de l'environnement prises par l'Etat, tendant à favoriser la consommation d'énergie propre, et plus précisément d'électricité issue de sources renouvelables⁵¹. Les dispositions litigieuses de la loi allemande modifiaient le cadre normal des relations contractuelles entre producteurs et distributeurs d'énergie par la prévision d'une obligation d'achat et la fixation d'un prix minimum (ce qui rapproche ce cas de celui examiné dans l'arrêt *Van Tiggele*, précurseur de la

puisse en être déduit automatiquement l'existence d'une charge financière supplémentaire supportée directement ou indirectement par les pouvoirs publics et destinée à accorder aux entreprises concernées un avantage déterminé ». L'élément des ressources publiques fut considéré comme établi sur la base du raisonnement développé par l'avocat général, selon lequel « il est hautement probable que l'Etat ou des organismes publics figurent parmi les principaux créanciers de l'entreprise concernée » et que « les décisions du ministre de l'Industrie de placer l'entreprise en difficulté sous administration extraordinaire et de l'autoriser à poursuivre son activité (...) sont également influencées (...) par le souci de préserver, au regard de considérations de politique industrielle nationale, l'activité économique de l'entreprise ». On remarquera toutefois encore, dans la motivation de cet arrêt, un certain chevauchement entre l'analyse de la sélectivité et celle consacrée aux ressources publiques engagées.

⁵⁰ Arrêt du 13 mars 2001, aff. C-379/98, *PreussenElektra AG c. Schleswag AG*, Rec., p. I-2099.

⁵¹ Il s'agissait encore une fois d'une question préjudicielle visant une loi allemande de 1998 qui prévoyait une obligation d'achat d'un certain volume d'électricité produite par des sources renouvelables d'énergie accompagnée de la fixation d'un prix minimum qui était plus élevé que le prix à la revente applicable sur le marché et qui garantissait ainsi un avantage certain aux producteurs d'énergie renouvelable. Lesdites obligations étaient mises à charge des entreprises privées de fourniture d'électricité. La question préjudicielle avait été soulevée dans le cadre d'un litige opposant la société *PreussenElektra*, qui exploitait en Allemagne plus de vingt centrales électriques conventionnelles et nucléaires ainsi qu'un réseau de distribution électrique à haute et très haute tension, à *Schleswag*, une entreprise régionale d'approvisionnement en électricité, qui achetait l'électricité dont elle avait besoin pour approvisionner ses clients dans le Land de Schleswig-Holstein presque exclusivement auprès de *PreussenElektra*, au sujet du remboursement de sommes versées par la première à la seconde en application de la loi allemande de 1998 relative à l'arrivée de courant provenant d'énergies renouvelables dans le réseau de service public. Conformément à cette loi, *Schleswag* avait facturé à *PreussenElektra* les surcoûts résultant de l'achat d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables, lui réclamant dans un premier temps des paiements fractionnés de dix millions de DEM par mois. *PreussenElektra* avait versé le paiement réclamé pour le mois de mai 1998, tout en se réservant le droit d'en demander à tout moment la restitution. C'est ce qu'elle a fait en saisissant la juridiction nationale d'une demande en remboursement d'un montant de cinq cent mille DEM, représentant la part de la somme payée à *Schleswag* en compensation des surcoûts occasionnés par l'achat par celle-ci d'électricité d'origine éolienne. *PreussenElektra* faisait valoir que la somme réclamée avait été versée à *Schleswag* sans motif juridique valable et devait faire l'objet d'une répétition, dans la mesure où la loi allemande sur laquelle était fondé ce paiement était contraire aux dispositions directement applicables du traité en matière d'aides d'Etat et ne pouvait dès lors être appliquée.

ligne jurisprudentielle en discussion). S'agissant d'entreprises entièrement privées, la Cour conclut que ce système n'impliquait aucun transfert de ressources d'Etat et ne donnait pas lieu, en conséquence, à une aide étatique au sens de l'article 87 CE ⁵².

L'affaire offrit à l'avocat général Jacobs l'opportunité de renforcer (en défendant sans hésitations dans ses conclusions la notion restrictive d'aide bâtie par la jurisprudence *Sloman*), l'explication de la formulation littérale de l'article 87, par. 1, CE normalement fournie par la Cour dans les arrêts s'inscrivant dans la ligne de cette jurisprudence. Il soutint d'abord que, en dépit d'arguments politiques très forts en faveur de la conception large de la notion d'aide, le traité exigeait un « transfert de ressources d'Etat » et qu'il ne convenait pas de s'en écarter, essentiellement pour des raisons de sécurité juridique. Quant à l'exégèse de la norme, il s'appuya sur le fait que la formulation utilisée par les auteurs du traité se prêtait à une double interprétation et s'efforça de démontrer que la lecture des deux volets de la deuxième condition comme alternatifs n'était pas la seule respectueuse de la lettre de la norme ⁵³.

21. Une fois que la ligne jurisprudentielle qui remonte à l'arrêt *Sloman* ⁵⁴ fut adoptée définitivement et motivée de manière adéquate, l'approche choisie ne pouvait plus

⁵² La Cour aurait pu compléter son raisonnement en expliquant comment le principe aurait dû être appliqué dans le cas d'entreprises de fourniture d'électricité contrôlées totalement ou partiellement par l'Etat mais elle préféra laisser la question ouverte.

⁵³ Conclusions de l'avocat général Jacobs du 26 octobre 2000, points 114 et suiv. Le passage évoqué dans le texte est le suivant : « La phrase « accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat » (...) peut être lue de deux manières différentes. D'une part, il pourrait être argué que la seconde option, à savoir l'aide accordée « au moyen de ressources d'Etat » couvre les mesures financées au moyen de fonds publics, alors que la première option, à savoir l'aide accordée « par un Etat membre », couvre toutes les mesures restantes qui ne sont pas financées au moyen de ressources étatiques. Selon cette interprétation extensive (...) toute mesure qui confère des avantages économiques à des entreprises déterminées et qui résulte d'un comportement imputable à l'Etat constitue une aide d'Etat indépendamment du fait de savoir si elle entraîne une charge financière pour l'Etat. D'autre part, l'article 92, par. 1, peut être interprété dans le sens qu'il indique que l'aide doit nécessairement être financée au moyen de ressources d'Etat et que la distinction faite entre l'aide accordée par un Etat et celle accordée au moyen de ressources d'Etat a pour but d'étendre la définition de l'aide, non seulement à l'aide accordée directement par l'Etat, mais également à l'aide accordée par des entités publiques ou privées désignées ou instituées par l'Etat. En vertu de cette deuxième interprétation plus restrictive, la mesure en cause doit nécessairement coûter de l'argent à l'Etat et le financement au moyen de ressources d'Etat est un élément constitutif de la définition de l'aide d'Etat. Il est maintenant de jurisprudence constante que la deuxième interprétation prévaut et que seuls les avantages qui sont accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat doivent être considérés comme une aide d'Etat au sens de l'article 92, par. 1 ».

⁵⁴ D'autres arrêts et de nombreuses décisions de la Commission qui ont contribué à consolider la jurisprudence *Sloman* et à faire ressortir toutes ses implications pourraient encore être rappelés. Il s'agit par exemple des arrêts du 7 mai 1998, aff. jtes C-52/97, C-53/97 et C-54/97, *Epifanio Viscido et a. c. Ente Poste Italiane*, Rec., p. I-2629 ; du 29 juin 1999, aff. C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Rec., p. I-3913 ; du 14 décembre 2000, aff. T-613/97, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express*

être modifiée pour ne pas créer de graves incertitudes dans l'application du droit communautaire dans le domaine en cause. Non seulement il ne pouvait être mis fin à l'évolution, mais bien au contraire, il fallait en tirer toutes les conséquences. S'il est toujours nécessaire que des ressources d'Etat soient engagées pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'aide au sens de l'article 87 CE, quelle signification résiduelle peut-on attribuer au premier volet de la condition de l'origine publique (ou deuxième condition constitutive de la notion d'aide) ? Une clarification ultérieure et définitive était nécessaire et celle-ci est arrivée ponctuellement, dix ans après le jugement dans l'affaire *Sloman*, avec l'arrêt *Stardust Marine*⁵⁵, précédé des conclusions de l'avocat général Jacobs⁵⁶, dont nous avons déjà signalé l'importance de la contribution interprétative, en commentant l'arrêt *PreussenElektra*.

Avec l'arrêt *Stardust*, le mouvement de la vision alternative des deux volets de la condition de l'origine publique, vers une vision cumulative est achevé. C'est ainsi qu'est apparue la quatrième et dernière phase de l'évolution de la notion de « transfert de ressources publiques », celle qui correspond à la jurisprudence actuelle.

5. La quatrième phase : consécration de l'approche cumulative

22. Chacun sait que, dans cet arrêt – qui a fait l'objet de nombreux commentaires⁵⁷ –, la Cour écarte définitivement l'approche alternative adoptée dans le passé, penchant cette fois-ci expressément pour une interprétation cumulative des deux éléments de la deuxième condition de l'aide visés à l'article 87, par. 1, CE. Ainsi, selon la nouvelle approche, pour que des avantages puissent être qualifiés d'aides au sens de ladite disposition, ils doivent, d'une part, être accordés au moyen de ressources d'Etat et, d'autre part, être imputables à l'Etat⁵⁸.

international (France) et CRIE c. Commission, Rec., p. II-4055. On se réfère également à la pratique de la Commission dans des domaines comme les « coûts échoués » (coûts d'investissement non récupérables après la libéralisation) des entreprises du secteur de l'énergie (voy. par exemple les décisions de la Commission : N 34/99, adoptée vis-à-vis de l'Autriche, *JO*, n° C 5, 8 janvier 2002, p. 2 ; N 133/01, adoptée vis-à-vis de la Grèce, *JO*, n° C 9, 15 janvier 2003, p. 6 ; NN 49/99, adoptée vis-à-vis de l'Espagne, *JO*, n° C 268, 22 septembre 2001) et celle concernant les mesures environnementales d'application de la directive communautaire sur les émissions de CO₂ (directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *JO*, n° L 275, 25 octobre 2003, p. 32).

⁵⁵ Arrêt du 16 mai 2002, aff. C-482/99, *France c. Commission, Rec.*, p. I-4397.

⁵⁶ Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 13 décembre 2001.

⁵⁷ Voy., entre autres, T. LÜBBIG et M. VON MERVELDT, « Stardust Marine : Introducing Imputability into State Aid Rules – Plain Sailing into Calm Seas or Rowing Back into Shallow Waters ? », *ECLR*, 2003, p. 629 ; L. HANCHER, « Case C-482/99, French Republic v. Commission (« Stardust Marine »), judgment of the full Court of 16 May 2002 », *CMLRev.*, 2003, p. 739.

⁵⁸ Voy. point 24.

Les mesures de soutien dont il était question, accordées par les filiales de la banque publique Crédit Lyonnais (SBT-Batif et Altus Finance) à l'entreprise de plaisance nautique Stardust Marine, avaient été considérées par la Commission comme des aides incompatibles avec le marché commun, dont le gouvernement français aurait dû exiger la restitution. En particulier, la Commission avait soutenu que les ressources employées par le groupe Crédit Lyonnais étaient des « ressources étatiques » car elles provenaient d'une entreprise contrôlée par l'Etat. En outre, celles-ci n'avaient pas été utilisées conformément au principe de l'investisseur privé en économie de marché et donc constituaient des avantages indus, qui violaient les règles en matière d'aides d'Etat ⁵⁹. Le gouvernement français faisait valoir devant la Cour que la Commission avait donné une interprétation erronée du concept d'« aides accordées par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat », et cela pour deux raisons principales : en premier lieu, les ressources d'entreprises publiques ne pouvaient en aucun cas être automatiquement assimilées à des ressources d'Etat ⁶⁰ ; en deuxième lieu, les avantages octroyés à Stardust avaient été délibérés de façon autonome par lesdites banques et n'étaient donc assurément pas imputables à l'Etat.

La Cour, en suivant dans son analyse l'ordre des moyens présentés par le gouvernement français, traite de manière séparée les deux volets de la condition de l'origine publique, consacrant ainsi l'approche cumulative. Elle retient finalement le seul argument de la non-imputabilité à l'Etat des mesures en cause, ce qui l'amène à annuler la décision litigieuse ⁶¹.

23. En abordant en premier lieu le problème de l'utilisation de ressources publiques, élément que le juge communautaire considère désormais comme une condition en soi de la notion d'aide (au point que cet aspect n'est même pas discuté dans la motivation), la Cour se concentre sur la question de savoir si les ressources financières des entreprises publiques ⁶² doivent être considérées systématiquement comme des « ressources d'Etat », sans qu'il faille vérifier l'existence d'un transfert spécifique de moyens financiers par les autorités concernées.

⁵⁹ Pour de plus amples développements sur la notion d'investisseur privé, le lecteur voudra bien se reporter à la contribution de C. Smits dans le même ouvrage.

⁶⁰ En l'espèce, les banques qui avaient octroyé à Stardust les soutiens controversés, tout en appartenant au secteur public, n'avaient jamais reçu de fonds publics spécifiques et avaient exclusivement financé les mesures en cause au moyen de leurs propres ressources et des dépôts de leurs clients.

⁶¹ La même approche avait été suivie par l'avocat général dans ses conclusions du 13 décembre 2001.

⁶² Dans l'arrêt, la Cour renvoie à la directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (*JO*, n° L 195, 29 juillet 1980, p. 35). La directive définit l'« entreprise publique » comme « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent » (article 2 de la directive).

Suivant sur ce point les conclusions de l'avocat général ⁶³, la Cour répond dans l'affirmative, sur la base d'une définition très large de la notion de « ressources d'Etat » ⁶⁴, axée sur le critère du « contrôle public » des sommes concernées, comme déjà élaboré dans l'arrêt *Air France* ⁶⁵. Ainsi, selon la Cour, ladite notion englobe « tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'Etat. En conséquence, même si les sommes correspondant à une mesure d'aides d'Etat sont des ressources financières d'entreprises publiques et ne sont pas de façon permanente en possession du Trésor public, le fait qu'elles restent constamment *sous contrôle public*, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'Etat » ⁶⁶.

Conformément aux principes susmentionnés, le juge communautaire rejette le premier moyen du gouvernement français, en estimant que l'Etat était parfaitement en mesure, par ses liens « organiques » avec les banques du groupe Crédit Lyonnais, d'orienter l'utilisation de leurs ressources pour financer des avantages spécifiques en faveur d'autres entreprises ⁶⁷.

24. Dans le but probablement de contrebalancer cette interprétation large de la notion de « ressources d'Etat », la Cour (tout comme son avocat général) voulut d'abord réintroduire la condition supplémentaire obligatoire de l'imputabilité à l'Etat (ou en d'autres termes la considérer comme autonome par rapport à celle ayant trait aux ressources utilisées), et au surplus, en durcir les critères d'application. Le concept d'imputabilité, qui permet de tenir compte de la volonté de l'Etat, était peut-être déjà implicite dans une partie de la jurisprudence de la Cour, mais n'avait jamais

⁶³ L'avocat général Jacobs avait déjà examiné la question de la définition des ressources publiques dans le cadre de l'affaire C-379/98, *PreussenElektra* (arrêt du 13 mars 2001, *Rec.*, p. I-2099), en partant de l'examen de certains précédents, notamment des arrêts du 16 mai 2000, aff. C-83/98, *France/Ladbroke Racing c. Commission*, *Rec.*, p. I-3271, et du 12 décembre 1996, aff. T-358/94, *Air France c. Commission*, *Rec.*, p. II-2109.

⁶⁴ Voy. sur ce point le commentaire à l'arrêt de L. HANCHER, *op. cit.*, note 57. Voy. également Ch. KOENIG et J. KÜHLING, « EC control of aid granted through State resources », *European State Aid Law Quarterly*, 2002/I.

⁶⁵ Arrêt du 12 décembre 1996, aff. T-358/94, *Air France c. Commission*, *Rec.*, p. II-2109, point 67. Ce principe a été ensuite confirmé dans l'arrêt de la Cour du 16 mai 2000, aff. C-83/98 P, *France c. Ladbroke Racing Ltd et Commission* (« *Ladbroke* »), *Rec.*, p. I-3271, point 50.

⁶⁶ Point 37 de l'arrêt ; c'est nous qui soulignons.

⁶⁷ Point 38 de l'arrêt. L'approche large adoptée pour définir la notion de ressources étatiques – qui établit manifestement une sorte d'équation entre les moyens financiers des entreprises publiques, d'une part, et les ressources étatiques, d'autre part – ne constitue pas, selon la Cour, une source éventuelle de discrimination des entreprises publiques par rapport aux entreprises privées, comme soutenu par le gouvernement français, du moment que l'Etat peut poursuivre, par ses entreprises publiques, des finalités autres que commerciales (point 39 de l'arrêt).

été systématisé, ni convenablement expliqué par celle-ci, avant l'arrêt *Stardust*⁶⁸, et surtout pas dans le cadre d'une approche « cumulative »⁶⁹.

Selon la Cour, l'imputabilité à l'Etat d'une mesure ne saurait être établie sur la base de la seule circonstance qu'elle a été prise par une entreprise publique. En effet, « même si l'Etat est en mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur les opérations de celle-ci, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret ne saurait être automatiquement présumé »⁷⁰. En d'autres termes, l'imputabilité à l'Etat ne peut pas être établie dans l'abstrait, sur la base du seul critère « organique » mais doit se fonder sur « un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue »⁷¹.

Au moment de traduire ce principe en jugement dans le contexte factuel du cas d'espèce, la Cour cependant a dû admettre toute la difficulté, d'une part, de prouver que les autorités publiques avaient concrètement encouragé l'entreprise publique à adopter les mesures controversées⁷² et, d'autre part, de trouver un test d'application générale pour l'évaluation de l'imputabilité à l'Etat de toute mesure analysée par les institutions communautaires⁷³. Partant, les indices de l'imputabilité auxquels se réfère l'arrêt *Stardust*, non seulement n'ont pas de caractère exhaustif, mais servent seulement d'exemple et représentent de simples critères d'enquête pour vérifier si la condition en cause est remplie dans les cas individuels.

Dans le cas d'espèce, la Cour s'est limitée à annuler la décision de la Commission sur la base de la seule constatation que celle-ci avait donné une interprétation erronée de la condition de l'imputabilité à l'Etat, car elle avait utilisé le seul critère organique,

⁶⁸ Selon A. COLIN-GOGUEL, « Le caractère public d'un avantage en droit communautaire : après les arrêts *PreussenElektra* et *Stardust* », *Competition Policy Newsletter*, 3, automne 2003, « la Cour crée (...) plus qu'elle ne synthétise ce nouveau critère, et l'ampleur des développements qui y sont consacrés ne laisse pas de doute quant au caractère de principe de cet arrêt. De fait, la Cour s'attache longuement à détailler les modes de preuve recevables pour apporter la démonstration de cette imputabilité ».

⁶⁹ En effet, la Cour renvoie aux arrêts *Commission c. France*, *Van der Kooy* et *Italie c. Commission*, *op. cit.* Toutefois, nous avons déjà vu que l'examen de l'imputabilité à l'Etat dans ces arrêts était fonction du caractère alternatif de la deuxième condition et de la difficulté de cerner, dans les situations factuelles en examen, l'utilisation de ressources étatiques.

⁷⁰ Point 52 de l'arrêt.

⁷¹ Selon le juge communautaire, les indices suivants indiqueraient l'implication des autorités publiques dans l'adoption d'une mesure : le statut juridique de l'entreprise, son intégration dans les structures et l'administration publique ; l'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques ; la nature de ses activités et ses conditions d'exercice sur le marché et généralement la probabilité de l'implication des autorités publiques ou de l'absence de leur implication dans l'adoption d'une mesure, eu égard à ses caractéristiques. Points 55 et 56 de l'arrêt et points 64 à 66 des conclusions de l'avocat général.

⁷² Point 66 des conclusions de l'avocat général et points 53 et 54 de l'arrêt.

⁷³ Point 64 de l'arrêt.

et n'a pas tranché la question de savoir si les mesures en cause étaient effectivement imputables au gouvernement français ⁷⁴.

25. Tel est le contenu essentiel de l'arrêt de la Cour (abstraction faite bien entendu des particularités de fait du cas d'espèce). Il convient dès lors de s'interroger sur les tenants et les aboutissants de cette décision, pour bien cerner la portée innovatrice de celle-ci et comprendre ses implications. Le point de départ est nécessairement la situation avant *Stardust* qui, comme nous l'avons remarqué, était caractérisée par une incertitude quant au sort du deuxième volet de la condition de l'origine publique. La Cour n'avait pas dit expressément que les deux aspects étaient devenus cumulatifs et, comme la Commission, n'examinait d'ailleurs jamais le deuxième volet après avoir vérifié l'existence du premier ⁷⁵. Aujourd'hui, la Cour a clairement choisi la solution cumulative, en opérant en d'autres termes une véritable mitose de la condition originaire en deux conditions équivalentes, car autonomes et toutes deux obligatoires. Il serait pourtant superficiel d'arrêter l'analyse à ce stade, sans souligner la révision profonde que ce choix a comporté dans la manière d'apprécier les deux conditions en cause par rapport à l'approche originaire.

Alors que traditionnellement, comme nous l'avons vu, l'élément du transfert de ressources de l'Etat était le plus complexe et le seul, au sein de la condition de l'origine étatique, susceptible de comporter quelques difficultés d'analyse, au point que celui-ci était examiné seulement lorsque l'autre volet de l'imputabilité à l'Etat faisait apparemment défaut (comme dans le cas des décisions adoptées par des organismes intermédiaires jouissant d'une large autonomie d'action) la situation est totalement inversée à ce jour en raison du passage d'une vision alternative à

⁷⁴ En revanche, l'avocat général avait conclu dans le sens de la non-imputabilité à l'Etat des mesures controversées pour les raisons suivantes :

- l'Etat français n'avait jamais exercé une supervision effective sur l'activité des banques du groupe Crédit Lyonnais (point 69 des conclusions) ;
- l'Etat français n'était pas représenté dans le conseil d'administration, les organes de gestion ou le comité de crédit de SBT-Batif, qui avait adopté la plupart des mesures en cause (point 70) ;
- Stardust était une entreprise de taille relativement modeste et les prêts et garanties dont elle a bénéficié ou qui ont été accordés à ses clients étaient également modestes en comparaison avec l'ensemble des prêts et garanties accordés par le Crédit Lyonnais ou ses filiales : il n'y avait donc aucune preuve que les pouvoirs publics avaient connaissance de ces prêts et garanties (point 71) ;
- les banques publiques concernées fonctionnaient sous la forme de sociétés commerciales ordinaires de droit privé, conformément aux critères commerciaux normaux et dans un secteur compétitif (point 72).

⁷⁵ Par exemple, dans l'arrêt du 29 juin 1999, aff. C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Rec., p. I-3916, la Cour vérifie l'existence de la condition de l'origine étatique en constatant que « les facilités de paiement accordées à DMT par l'ONSS (Office national de sécurité sociale) le sont au moyen de ressources d'Etat au sens de l'article 92, par. 1, du traité, dans la mesure où l'ONSS est un organisme public créé par l'Etat belge et chargé par celui-ci, sous son contrôle, de collecter les cotisations sociales obligatoires des employeurs et des travailleurs et d'assurer la gestion de la sécurité sociale ».

une vision cumulative. L'élément du transfert de ressources étatiques a en effet subi une simplification notable, ayant trait désormais exclusivement à la question de savoir si des ressources financières rentrant *lato sensu* dans la disponibilité de l'Etat sont engagées. De nos jours, le principal obstacle pour qualifier une mesure comme aide dans des affaires concernant des entreprises publiques ou des organismes intermédiaires est la possibilité d'apporter la preuve, autrefois superflue, d'un lien concret de la mesure spécifique en cause avec l'Etat.

On ne saurait méconnaître la logique qui sous-tend la position de la Cour. Bien consciente du risque que le passage à la construction cumulative et le fait de rendre également obligatoires les deux éléments de la condition de l'origine publique conduisent à affaiblir la notion d'aide, la Cour s'est préoccupée de simplifier la preuve du transfert de ressources d'Etat. De cette manière, elle obtient le résultat voulu : obliger la Commission à une analyse plus approfondie des mécanismes de prise de décision au sein des entreprises ou organismes publics, renforçant ainsi le principe de neutralité entre acteurs publics et privés. En même temps, la Cour confirme, d'une part, que restent exclues de la notion d'aide (dans la droite ligne de la jurisprudence *Sloman* et, plus récemment, *PreussenElektra*), les mesures de soutien d'une catégorie d'entreprises ou d'une activité particulière prises par l'Etat, dont la charge est mise entièrement sur la collectivité (ou sur les usagers, ou les entreprises appartenant au secteur en cause) et, d'autre part, elle sauvegarde une notion d'aide suffisamment large, apte à inclure, en principe, les mesures adoptées par des organismes intermédiaires.

26. Si nous réfléchissons un moment à l'effet de l'arrêt *Stardust* sur les situations typiques de la jurisprudence *Sloman*, nous nous rendons compte immédiatement que, si la solution finalement retenue n'a pas changé, le raisonnement à suivre est maintenant différent. En effet, la formule *Sloman*, selon laquelle l'expression « aides accordées par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat » a uniquement pour but d'inclure dans la notion d'aide les mesures adoptées par des organismes institués ou désignés par l'Etat, n'a plus de raison d'être. La référence dans le texte du traité aux deux critères se justifie maintenant, car ces derniers sont tous deux obligatoires, et ce, non seulement dans le cas des organismes intermédiaires, mais en règle générale. Les avantages accordés par des organismes intermédiaires sont qualifiés comme aides d'Etat dans la mesure où l'Etat en est responsable. Dans ce sens, il est probablement un peu naïf de présenter l'arrêt *Stardust* comme le simple aboutissement, logique et attendu, de la jurisprudence *Sloman*. La portée innovatrice de l'arrêt *Stardust* ne saurait être sous-estimée. Sous l'angle du raisonnement, cet arrêt, par rapport à la jurisprudence antérieure, est de nature interprétative et non pas simplement confirmative.

Par ailleurs, l'impression que l'on peut tirer d'un exercice consistant à tester la nouvelle ligne d'interprétation sur les cas de figure typiques de la jurisprudence antérieure, est que la Cour a trouvé une formule adéquate, dans la plupart des cas pratiques, pour atteindre ses buts. L'application de cette formule dans certains cas controversés dans le passé ne soulèverait aucun problème. Une affaire comme *Crédit agricole*, par exemple, serait décidée de manière identique en appliquant l'approche *Stardust* tout en partant d'une prémisse différente. Puisque la Cour s'était concentrée sur l'aspect de l'imputabilité, en considérant qu'il n'y avait aucune preuve de

l'utilisation de ressources publiques, le même raisonnement serait répété aujourd'hui. Quant à la condition du transfert de ressources, non tranchée à l'époque, elle serait considérée comme remplie grâce au test moins rigoureux consacré par l'arrêt *Stardust*.

Les mêmes considérations pourraient être faites pour une affaire du type *Van der Kooy*. Moins aisée serait en revanche la solution des affaires classiques concernant les taxes parafiscales, les organismes intermédiaires et ou les holdings publics (Steinike, ENI-Lanerossi, etc.) qui, dans le passé, avaient été appréhendés sous l'angle uniquement ou principalement du transfert de ressources d'Etat.

27. Concernant les entreprises publiques, les avantages financiers octroyés par celles-ci sont qualifiés comme aides d'Etat au sens de l'article 87 CE si, hormis le fait d'être sélectifs, les conditions suivantes sont réunies : a) ceux-ci sont financés au moyen de ressources publiques ; b) la responsabilité de leur adoption peut être concrètement (au delà du simple lien organique) attribuée à l'Etat ; c) ceux-ci ne sont pas compatibles avec le critère de l'investisseur privé.

Force est de reconnaître que cette approche a pour but d'élaborer une solution pragmatique raisonnable et claire, en essayant de ne pas affaiblir le contrôle de la Commission, tout en évitant une expansion incontrôlée de la notion d'aide d'Etat, de nature à porter atteinte à la capacité des Etats de définir une politique autonome dans les domaines réservés à leur souveraineté. Cela a été souligné par la doctrine, qui a généralement apprécié cet effort accompli par le juge communautaire de trouver un équilibre entre les différentes exigences mentionnées ci-dessus ⁷⁶. Une partie de la doctrine a également observé que, si le nouveau critère d'imputabilité semble à première vue en conflit avec la « théorie des effets » traditionnellement appliquée dans l'analyse des aides d'Etat ⁷⁷, cela ne devrait pas poser de problèmes insurmontables, car le critère en cause ne s'applique que dans l'appréciation préliminaire de la mesure et afin d'évaluer le caractère étatique de celle-ci. Les effets de l'avantage accordé sont

⁷⁶ Même A. Colin-Goguel, qui pourtant s'exprime de façon critique sur l'interprétation du critère des ressources publiques et met en évidence les difficultés pratiques d'application du critère de l'imputabilité, tel que défini par la Cour, souligne le mérite de la Cour d'avoir réalisé un effort de systématisation théorique de la question. Dans son article précité (note 68), l'auteur observe que, si l'action de l'Etat est effectivement requise pour caractériser une intervention de l'Etat, il faut déterminer à quel point cesse le périmètre de ce dernier, vu qu'il est loin de présenter un contour net et organique. Selon lui, « le rôle du critère d'imputabilité est de poser une borne, parfois éloignée, nécessairement mouvante, au delà de laquelle il n'y a plus d'Etat. Une analyse plus précise de la notion de ressources d'Etat, par contre, semble plus respectueuse de l'objectif de maîtrise des dépenses publiques, dans la mesure où elle limite le contrôle du droit communautaire à ce qui est objectivement nécessaire pour prévenir les dépenses improductives ».

⁷⁷ Selon la doctrine des effets, au stade de la qualification d'une mesure, ce qui doit être pris en compte sont les effets que celle-ci est susceptible de produire et non ses causes ou ses objectifs (voy., entre autres, arrêts du 2 juillet 1974, aff. 173/73, *Italie c. Commission, Rec.*, p. 709, point 27 ; du 24 février 1987, aff. 310/85, *Deufil c. Commission, Rec.*, p. 901, point 8 ; du 26 septembre 1996, aff. C-241/94, *France c. Commission, Rec.*, p. I-4551).

examinés à un stade différent de l'analyse, à savoir au moment de l'application du principe de l'investisseur privé en économie de marché ⁷⁸.

Il convient également d'ajouter que les précisions apportées au critère de l'imputabilité s'inscrivent de manière cohérente dans la ligne de la jurisprudence communautaire qui s'est développée dans le domaine des règles de concurrence applicables aux entreprises. On en veut pour preuve le fait que l'imputation du comportement d'une société contrôlée à la société mère est toujours subordonnée à la preuve de l'exercice effectif d'un pouvoir de direction de la première sur la seconde. Il s'agit d'un principe consolidé dans la jurisprudence, l'autorité de concurrence étant tenue de prouver que le pouvoir de direction existe concrètement et qu'il a été exercé dans le cas spécifique du comportement litigieux ⁷⁹. De la même manière, une mesure prise par une entreprise publique ou par un organisme indépendant de l'Administration publique ne saurait être imputée à l'Etat, que si celui-ci a le pouvoir effectif d'orienter le comportement de l'entreprise ou de l'organisme en question et si ce pouvoir a été concrètement exercé par rapport au soutien accordé à un ou plusieurs bénéficiaires.

28. Ayant souligné la cohérence de la nouvelle approche et ses aspects positifs, nous souhaitons cependant signaler les perplexités que nous conservons. Celles-ci concernent, d'une part, la logique du choix qui a été fait, et d'autre part, les problèmes soulevés du point de vue de la politique des aides.

29. Quant au premier point, l'interprétation retenue par la Cour risque de déterminer une contradiction interne dans l'appréciation des transferts directs ou indirects de ressources à l'intérieur d'un groupe public (du holding à une société contrôlée). Supposons qu'un transfert financier (par exemple sous forme d'apport de fonds dans le cadre d'une augmentation du capital) s'avère contraire au principe de l'investisseur privé qui doit être appliqué conformément à la pratique de la Commission et à la jurisprudence de la Cour. Supposons également que, en appliquant le test plus large de l'arrêt *Stardust*, il soit aisément établi que l'avantage y afférent a été octroyé au moyen de ressources publiques. D'après la nouvelle approche, ceci ne suffit pas pour considérer qu'il existe une aide. Encore faut-il vérifier que l'Etat ait été concrètement impliqué, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de la décision spécifique en cause. Si cette preuve ne peut pas être apportée, la conséquence sera d'exclure l'application de l'article 87 CE, tout en ayant vérifié que la décision du holding ou de l'entreprise publique n'a pas été conforme à une saine logique privée, orientée à la recherche d'un profit. Il existe donc un risque de créer une frontière aussi nette

⁷⁸ Voy. L. HANCHER, *op. cit.*, note 57 et Th. LÜBBIG et M. VON MERVELDT, *op. cit.*, note 57. La même opinion avait déjà été exprimée par l'avocat général dans ses conclusions (point 75).

⁷⁹ Voy, entre autres, les arrêts du 12 juillet 1979, *BMW Belgium et a. c. Commission*, aff. jtes 32/78 et 36 à 82/78, *Rec.*, p. 2435, point 24, et du 16 novembre 2000, aff. C-286/98, *Stora Kopparbergs Berslags AB c. Commission*, *Rec.*, p. I-9925, point 23.

qu'injustifiée entre des comportements de même nature d'entreprises publiques, ayant des effets pratiquement identiques, en fonction d'un élément subjectif comme le degré d'implication de l'Etat dans la prise de décision. Nous ne voyons pas comment on pourrait nier que la conséquence de cette approche est l'abandon, dans le contexte en cause, de la doctrine des effets.

En restant sur le plan de la logique et de la clarté de la solution choisie, un élément d'incertitude risque de découler du fait que les indices proposés par la Cour pour former un jugement sur l'imputabilité, ne se différencient pas de manière suffisamment nette du critère organique. Il semble donc y avoir un certain chevauchement dans l'examen des deux conditions. En effet, la recherche du rôle joué par les représentants de l'Etat dans les organes d'administration ou de gestion des sociétés concernées est présente dans le raisonnement concernant les deux aspects de l'analyse. A titre d'exemple, la structure de l'entreprise publique et l'intégration dans l'organisation de l'Administration de l'Etat, ainsi que la tutelle exercée par les représentants de l'Etat, qui figurent parmi les indices considérés par la Cour dans l'appréciation de l'imputabilité, sont des éléments qui relèvent également du critère organique ⁸⁰.

30. Le risque d'interprétation erronée du critère de l'imputabilité et, partant, de perturbation du marché, est donc élevé dans la pratique, du moins tant que l'étendue précise de ce critère n'aura pas été expliquée et qu'une casuistique suffisamment complète ne se sera pas formée ⁸¹. La technique indiquée par la Cour pour l'examen de l'imputabilité, basée sur l'existence d'un faisceau d'indices, comporte logiquement une phase assez longue d'apprentissage pratique pour la mise au point de l'appréciation des indices et la construction d'une pratique bien établie. Pour le moment, au moins, il existe bien un risque, soit d'une interprétation excessivement large de la notion d'imputabilité (qui pourrait compromettre l'objectif énoncé d'éviter que le contrôle communautaire des aides s'étende au-delà de la sphère qui lui est spécifique), soit de rendre la preuve de l'imputabilité trop difficile en pratique, en empiétant sur la capacité de contrôle que les auteurs du traité ont entendu attribuer à la Commission. La tendance vers un rétrécissement de la notion d'aide risque de s'imposer si une charge trop lourde de la preuve est requise. Une conséquence pratique importante de l'arrêt *Stardust* devrait être, en effet, de grever la Commission d'une charge de la preuve, et en conséquence d'une obligation de motivation de ses décisions, plus lourde que celle qui pesait sur elle auparavant. D'où le risque, par exemple, d'une relaxation du contrôle sur les comportements des entreprises publiques ou des organismes intermédiaires, qui pourrait découler de la multiplication des conditions nécessaires pour identifier une aide et encouragerait les Etats à se tourner vers d'autres ressources que les leurs pour aider des opérateurs économiques. Il suffit de penser à la problématique des subventions croisées : une interprétation excessivement restrictive pourrait avoir comme conséquence de les exclure du champ

⁸⁰ Voy. dans le même sens Th. LÜBBIG et M. VON MERVELDT, *op. cit.*, note 57.

⁸¹ *Ibid.*

d'application de l'article 87⁸². D'autres exemples ont également été pris dans la doctrine⁸³, tels que les aides dissimulées dans les relations commerciales conclues à des conditions particulières, les contributions obligatoires mais de nature privée ou les fonds d'organisations para-étatiques, comme les organismes de sécurité sociale. Toutefois, la pratique de la Commission postérieure à l'arrêt *Stardust* ne laisse pas entrevoir, du moins pour le moment, des changements importants sous l'angle indiqué et ne fournit aucun guide pour la clarification des modalités pratiques d'application des critères établis par la Cour.

Dans la plupart des décisions postérieures à l'arrêt *Stardust*, la Commission se borne à mentionner l'imputabilité à l'Etat lorsqu'elle rappelle la formule de l'article 87 CE, sans examiner en détail les indices qui prouvent le rattachement de la mesure concernée aux pouvoirs publics⁸⁴. D'autre part, dans les quelques décisions dans lesquelles la Commission a fait un effort de motivation ultérieur, elle n'a pas réussi à se détacher complètement du critère organique⁸⁵, ou a développé une analyse quelque peu confuse, qui semble à nouveau mélanger la méthode d'appréciation de la deuxième condition d'existence de l'aide avec celle du critère de l'investisseur privé⁸⁶.

⁸² Cela a également été suggéré par O. ORMESSON, « Arrêt Stardust : pas d'aide d'Etat sans intervention des pouvoirs publics », *Les Echos*, 18 juin 2002.

⁸³ Voy. A. COLIN-GOGUEL, *op. cit.*, note 68.

⁸⁴ Voy. les décisions de la Commission du 19 juin 2002 concernant l'aide à la construction d'une centrale thermique de cycle combiné (Bahia de Bizcaia Electricidad – BBE) et d'une usine de regazéification (Bahia de Bizcaia Gas – BBG) à Bilbao (Espagne) que le Royaume d'Espagne envisageait de mettre à exécution en faveur des entreprises BBE et BBG (*JO*, n° L 329, 5 décembre 2002, p. 10) ; du 19 juin 2002 concernant l'aide d'Etat octroyée par les Pays-Bas en faveur des activités des remorqueurs néerlandais dans les ports maritimes et sur les voies navigables de la Communauté (*JO*, n° L 314, 18 novembre 2002, p. 97) ; du 16 octobre 2002, concernant le régime d'aides que l'Italie envisageait de mettre à exécution en faveur de l'emploi dans la Région Sicile (*JO*, n° L 77, 24 mars 2003, p. 57).

⁸⁵ Ainsi, dans la décision du 27 novembre 2002, relative à l'aide d'Etat accordée par l'Allemagne en faveur de Ambau Stahl und Anlagenbau GmbH (*JO*, n° L 103, 24 avril 2003, p. 50), la Commission a considéré que l'organisme qui avait octroyé l'aide faisait partie de l'administration fédérale, à laquelle il devait rendre compte. De même dans la décision du 13 mai 2003 relative à l'aide d'Etat accordée par l'Allemagne en faveur de Kahla Porzellan GmbH et de Kahla/Thüringen Porzellan GmbH (*JO*, n° L 227, 11 septembre 2003, p. 12) et dans la décision du 12 février 2004 concernant les avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à la compagnie aérienne Ryanair lors de son installation à Charleroi (*JO*, n° L 137, 30 avril 2004, p. 1).

⁸⁶ Voy. la décision de la Commission du 11 décembre 2002 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par l'Espagne en faveur de Sniace SA (*JO*, n° L 108, 30 avril 2003, p. 35), où la Commission a considéré comme indice de l'imputabilité à l'Etat de la mesure concernée, entre autres, le choix de l'instrument financier (un prêt subordonné), inhabituel pour un établissement de crédit agissant selon des critères purement commerciaux.

Tout se passe comme si la Commission, n'étant pas convaincue de la direction prise par la Cour, essayait d'en minimiser les effets sur sa méthode de travail. Il en ressort une exigence, largement ressentie, d'indications ultérieures, voire d'une solution différente.

6. Réflexions et perspectives pour l'achèvement du parcours interprétatif

31. Compte tenu des difficultés que nous venons d'évoquer, des solutions alternatives auraient pu être envisagées. Nous sommes, par exemple, convaincu que l'idée suggérée par l'avocat général Darmon ⁸⁷ de faire jouer le critère de la sélectivité comme l'élément apte à éviter que la notion d'aide prenne une étendue excessive et inconciliable avec la sauvegarde des pouvoirs souverains des Etats membres et la défense d'une marge suffisante d'autonomie pour ces derniers dans certains domaines, indiquait la piste qu'il aurait fallu suivre. En examinant attentivement les affaires décidées par la Cour depuis lors, il apparaît clairement qu'un perfectionnement du critère de la sélectivité aurait permis de les résoudre de manière satisfaisante. La sélectivité d'une mesure peut être appréciée de manière globale, prenant comme toile de fond le secteur productif de l'Etat dans son ensemble, ou de manière ponctuelle, par rapport à la *ratio* de la mesure en cause, si celle-ci répond à une justification objective et est conforme à l'intérêt communautaire ⁸⁸. Un affinement du principe de l'équilibre existant ⁸⁹ aurait pu également contribuer à exclure du champ d'application

⁸⁷ Conclusions dans l'affaire *Sloman Neptun*, *op. cit.*

⁸⁸ En ce sens, l'avocat général Darmon aurait peut-être dû fournir des exemples d'application du critère de sélectivité où ce dernier était considéré de manière ponctuelle, de manière à convaincre la Cour que ce critère aurait pu jouer comme l'élément apte à créer une frontière adéquate entre les comportements élusifs et ceux qui répondent à une justification objective. Un exemple peut être tiré de l'arrêt *Maribel* (arrêt du 17 juin 1999, aff. C-75/97, *Belgique c. Commission*, *Rec.*, p. I-3671), où la Cour a constaté que les réductions de cotisations concernées bénéficiaient uniquement aux entreprises appartenant à certains secteurs de l'industrie de transformation et qu'étaient ainsi exclues du bénéfice les entreprises appartenant à d'autres secteurs pourtant caractérisés par la présence d'une main-d'œuvre manuelle (entreprises appartenant aux secteurs de l'industrie de transformation non visés par les arrêtés royaux de référence et, d'autre part, celles relevant du secteur tertiaire et de celui de la construction). Elle avait donc conclu que la Commission avait, à juste titre, constaté que la limitation du bénéfice des réductions majorées à certains secteurs d'activité rendait ces mesures de réduction sélectives, en sorte qu'elles remplissaient la condition de spécificité. On pourrait en déduire *a contrario* que, si toutes les entreprises se trouvant dans une situation comparable du point de vue de la protection de la main-d'œuvre manuelle avaient été visées par la mesure en cause, la Cour aurait décidé autrement, dans le sens de sa qualification comme mesure générale.

⁸⁹ Pour rappel, le critère de l'équilibre existant, énoncé par la Cour dans le célèbre arrêt *Italie c. Commission* (*op. cit.*), vise à comprendre dans la notion d'avantage, et donc d'aide, toute mesure unilatérale qui modifie la situation de concurrence antérieure, malgré l'éventuel déséquilibre de celle-ci, à cause de conditions normatives ou réglementaires différentes dans les Etats membres, dans des secteurs qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation.

de l'article 87, par. 1, CE une certaine catégorie de mesures étatiques répondant à un intérêt objectif de l'Etat dans un domaine soumis à sa souveraineté, dans la mesure où une modification normative vise à rééquilibrer une situation objectivement non équitable, comme dans l'affaire *Sloman*.

Néanmoins, il serait maintenant trop ardu et laborieux d'opérer un retour en arrière de plus de dix ans dans la jurisprudence. Un nouveau revirement ne ferait que nuire à la sécurité juridique et, bien entendu, à la confiance dans les juridictions communautaires. D'autre part, l'arrêt *Stardust* a au moins le mérite d'avoir apporté de la clarté et d'avoir abordé le problème dans une perspective pragmatique et globale de la discipline des aides, alors que la jurisprudence de la troisième phase semblait inspirée exclusivement par la nécessité de trouver une solution aux cas concrets soumis à l'attention de la Cour. La construction juridique suivie par la Cour est innovatrice et peut-être déliée du texte du traité, mais cohérente et susceptible de créer un nouvel ordre systématique. Il convient donc de partir de cette construction juridique pour y ajouter les précisions nécessaires et éviter en particulier qu'elle puisse déboucher sur un affaiblissement du contrôle sur les dépenses publiques et une allocation non optimale de ressources à l'échelle communautaire.

32. Si l'objectif visé est celui d'un contrôle raisonnablement strict, mesuré sur les exigences de la construction européenne, il est tout d'abord primordial que les Etats ne se sentent pas encouragés à intervenir dans le jeu concurrentiel, en faveur par exemple de leurs entreprises en difficulté, par le biais d'organismes intermédiaires ou d'entreprises ou holdings publics, comme cela a été le cas dans une certaine phase de l'histoire de l'intégration européenne. Cela risquerait par ailleurs de ralentir la tendance aux privatisations. Il s'ensuit que l'imposition faite à la Commission d'apporter la preuve de l'imputabilité à l'Etat, l'obligeant justement à une enquête sur le rôle que l'Etat a joué dans une décision déterminée d'une entreprise publique ou d'un organisme intermédiaire, ne doit pas se traduire en une mission impossible, susceptible de créer une zone d'impunité pour les Etats. Le juste renforcement du principe de neutralité qui découle de l'approche *Stardust* ne saurait en effet être obtenu au détriment de la rigueur du contrôle communautaire.

Le recours à la présomption (réfutable, bien entendu, en présence d'éléments de preuve ou d'indices concordants en sens inverse) doit par conséquent être consenti, tout particulièrement dans le cas d'organismes qui gèrent des fonds essentiellement, voire totalement, publics, ainsi que des mesures adoptées par une entreprise publique qui ne soient pas conformes au principe de l'investisseur privé. Les modalités pour faire jouer la présomption et ses limites devront nécessairement être mises au point dans le futur, par la pratique de la Commission et, le cas échéant, par d'autres arrêts des juridictions communautaires.

33. Tout cela ne suffit toutefois pas encore à atteindre l'objectif recherché. Encore faut-il s'assurer que le contrôle sur les dépenses improductives des Etats – pour reprendre l'expression de Colin-Goguel⁹⁰ – ne présente aucune lacune, aucun vide

⁹⁰ *Op. cit.*, note 68.

dans lequel puissent s'insinuer des comportements unilatéraux des Etats contraires à la concurrence. Les normes contenues dans le chapitre consacré à la politique de la concurrence constituent un *corpus* complet et visent à appréhender tous les comportements d'acteurs publics ou privés aptes à fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun, à l'exclusion uniquement des mesures véritablement générales, qui doivent faire l'objet d'une harmonisation par voie législative. Toute interprétation de l'article 87 CE qui ferait apparaître une catégorie de comportements des pouvoirs publics susceptible de fausser la concurrence en faveur de certains opérateurs par rapport à d'autres et non atteints par les règles de concurrence doit, selon nous, être rejetée. Ainsi, si l'article 87, par. 1, CE ne peut pas appréhender à lui seul des mesures étatiques qui, sous le couvert d'une réglementation concernant certaines activités ou situations, ou certaines relations contractuelles, favorisent néanmoins clairement des entreprises déterminées, ces mesures seraient à l'abri de tout contrôle de la part de la Commission. Il n'est pas acceptable, ni juridiquement ni logiquement, que le simple fait de faire peser sur le public la charge d'une mesure (consommateurs, usagers, salariés ou autre) mette celle-ci à l'abri de tout contrôle, alors que, si la même mesure était financée par l'Etat, elle serait soumise à l'obligation de notification préalable et à l'examen de la Commission ⁹¹.

34. Il faudrait alors s'interroger aussi sur la possibilité de soumettre de telles mesures au contrôle de la Commission, moyennant une révision, dans le nouvel ordre systématique, du principe de la charge supplémentaire pour l'Etat introduit dans l'affaire *Sloman*. En d'autres termes, tout en sauvegardant le principe de la double condition obligatoire (ressources publiques et imputabilité), l'effet indirect sur les recettes fiscales pourrait s'avérer suffisant pour considérer que la condition de la charge pour les ressources de l'Etat est remplie et justifier ainsi l'application de l'article 87 CE, lorsque le choix de l'Etat en faveur d'une mesure grevant les consommateurs n'a pas de justification objective et est fait dans le seul but d'esquiver l'application des normes sur les aides. En d'autres termes, l'effet indirect sur les recettes fiscales de l'Etat devrait suffire (sans qu'il soit nécessaire d'identifier une

⁹¹ L'incertitude qui peut dériver de l'approche choisie par la Cour peut être illustrée par la pratique de la Commission relative aux systèmes de compensation des « coûts échoués » (coûts non récupérables que doivent supporter les entreprises de secteurs récemment libéralisés, comme celui de l'électricité, à la suite d'investissements ou d'engagements antérieurs à la libéralisation) qui s'est inspirée de la jurisprudence *PreussenElektra*. Seulement dans le cas des mesures décidées par le Royaume-Uni en faveur de Northern Ireland Electricity (NIE) en compensation des coûts échoués que l'entreprise supportait du fait des contrats d'achat d'électricité à long terme qu'elle avait conclus avec quatre producteurs d'électricité, la Commission a conclu que les mesures ne constituaient pas une aide au sens du traité étant donné qu'une redevance était prélevée sur tous les consommateurs finals de manière à compenser ces coûts (décision N 661/99, *JO*, n° C 113, 14 mai 2002, p. 3). Dans tous les autres cas, la Commission a considéré que les systèmes de compensation pouvaient comprendre des éléments d'aide d'Etat au sens de l'article 87, par. 1, du traité CE, mais que ces aides devaient néanmoins être considérées compatibles avec les règles communautaires et pouvaient donc être autorisées en vertu de l'article 87, par. 3, point c), du traité CE.

charge supplémentaire) lorsqu'un tel effet ne constitue pas la conséquence inévitable du noyau essentiel d'une réglementation étatique objectivement justifiée par des raisons autres que le soutien économique à une entreprise ou activité déterminée. Il s'agit, certes, d'un élément qui risque de glisser vers la subjectivité, l'analyse des intentions visées, mais pas plus que le critère de l'imputabilité tel que construit par la Cour. Le maintien d'un contrôle sur des mesures d'aide dissimulées serait ainsi assuré. Suivant l'approche que nous proposons, le problème suivant devient celui de définir le concept de justification objective. Sur ce point, une meilleure utilisation et une sophistication du critère de la sélectivité (ainsi que de celui de l'équilibre existant) peut constituer l'outil nécessaire pour établir si les mesures en cause répondent réellement à la nécessité d'adapter de manière cohérente la réglementation nationale en fonction d'objectifs ou d'exigences impératives définis par les Etats dans le cadre de leurs pouvoirs souverains (et donc en harmonie avec le droit communautaire) et qui ne vont pas au delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre ces objectifs. S'agissant d'une interprétation extensive de la notion d'aide par rapport à celle qui découle du critère général de la charge supplémentaire, le recours au concept d'exigences impératives, utilisé dans d'autres domaines du droit communautaire⁹² avec des fonctions analogues, semble justifié. Il suffirait alors, pour qu'une mesure tombe sous le coup de l'article 87, par. 1, CE qu'elle ne soit pas la conséquence inévitable du noyau essentiel d'une réglementation étatique, que cette dernière ne soit pas objectivement justifiée conformément aux objectifs ou exigences impératives ou qu'elle ne soit pas appliquée de manière cohérente et proportionnée en fonction desdits objectifs.

Une mesure comme celle en cause dans l'arrêt *Sloman*, par exemple, pourrait se justifier en considération de l'objectif de promotion de la flotte marchande des pays communautaires en limitant le recours à des drapeaux de complaisance. De façon analogue, une mesure comme celle en cause dans l'arrêt *Kirsammer* pourrait être considérée conforme à l'exigence de simplification administrative pour les petites entreprises. L'objectif de protection environnementale pourrait à son tour justifier l'application du critère de la charge supplémentaire afin d'exclure la qualification comme aide des mesures qui étaient en cause dans l'affaire *PreussenElektra*. Dans les trois cas que nous venons de mentionner (à titre d'exemple), la Commission aurait donc pu conclure correctement son analyse, en appliquant la thèse proposée, dans le sens de l'inexistence de l'aide. En revanche, dans une affaire de type *Ladbroke*, où il n'existe aucune justification objective autre que l'avantage sectoriel que l'Etat français voulait accorder aux sociétés habilitées à prendre les paris des courses⁹³, l'effet indirect sur les recettes fiscales de l'Etat devrait suffire pour considérer qu'il existe une charge pour le budget de l'Etat. La mesure serait donc appréhendée par

⁹² Par exemple, la libre circulation des marchandises.

⁹³ La possibilité pour les sociétés des courses d'utiliser les gains non réclamés pour financer leurs dépenses sociales ne répondait en effet ni aux objectifs communautaires ni aux exigences impératives.

l'article 87, par. 1, CE si les autres conditions constitutives de l'aide (notamment l'avantage sélectif et l'imputabilité à l'Etat) sont remplies.

7. Conclusion

35. Le défi que pose depuis toujours la définition des conditions constitutives d'une aide au sens de l'article 87, par. 1, CE est de conférer à cette notion une ampleur suffisante (pour couvrir toutes les mesures étatiques ayant un impact sur la concurrence, autres que celles purement générales) et en même temps bien circonscrite, pour éviter d'empiéter sur des compétences des Etats exercées correctement, en limitant leur marge d'action de manière excessive. Le système du traité concernant les règles en matière de concurrence doit être construit comme un ensemble cohérent et complet, en évitant que des mesures affectant la concurrence puissent tomber dans un vide juridique, n'étant atteintes, ni par les dispositions sur les aides, ni par celles applicables aux entreprises ⁹⁴.

36. Nous pensons que toute construction juridique concernant la condition de l'origine publique des aides doit répondre, aujourd'hui encore, à cet objectif. Nous ne voyons aucune raison inhérente à l'état actuel de l'évolution de la construction européenne et de son ordre juridique, de relâcher le contrôle centralisé sur les mesures unilatérales qui faussent la concurrence et qui s'avèrent improductives à l'échelle communautaire. En même temps, il doit s'agir d'une solution la plus convaincante possible du point de vue théorique, mais surtout d'une solution claire et qui permette de rendre prévisible l'action de la Commission, en réduisant autant que possible le terrain de l'incertitude.

Sur cette base, si l'on dépasse l'obstacle psychologique que suppose un renversement complet de la teneur littérale du texte de la disposition du traité, ainsi que de la manière dans laquelle les deux volets de la condition de l'origine publique ont été traditionnellement appréciés, il faut reconnaître que l'approche *Stardust* a des mérites : avant tout, celui de la clarté et celui d'offrir une solution plus convaincante par rapport à l'état d'élaboration théorique intermédiaire et inachevé qui caractérisait la troisième phase de l'élaboration jurisprudentielle.

37. Deux problèmes restent néanmoins sur le terrain : a) éviter que la preuve de l'imputabilité s'avère de plus en plus diabolique pour la Commission, ce qui pourrait facilement arriver, surtout face à des manœuvres évasives tendant à exploiter la difficulté que la jurisprudence *Stardust* présuppose pour la Commission ; b) sauvegarder une marge suffisante d'autonomie pour les Etats dans des domaines caractérisés par leurs pouvoirs exclusifs, tout en essayant d'appréhender dans le champ d'application de l'article 87 CE, dans la mesure du possible, les avantages financés par des moyens autres que des ressources d'Etat dans le seul but d'échapper au contrôle de la Commission.

⁹⁴ Dans ce sens, voy. également A. COLIN-GOGUEL, *op. cit.*, note 68 et O. ORMESSON, *op. cit.*, note 82.

Les deux problèmes prennent toute leur importance du point de vue de l'efficacité du contrôle sur les aides dans le cas de mesures qui ne grèvent pas formellement le budget de l'Etat, car elles sont mises à la charge de la collectivité, mais qui favorisent néanmoins des entreprises déterminées tout en étant dépourvues de toute justification objective. Face à de telles mesures, la sauvegarde de l'efficacité du contrôle requiert que la formule *Stardust* soit appliquée d'une manière qui permette, d'une part, le recours à la présomption dans l'appréciation de l'imputabilité à l'Etat de la mesure concernée, et d'autre part, d'identifier la charge pour l'Etat dans les conséquences indirectes que ladite mesure peut avoir sur les recettes fiscales de l'Etat. Cela nous semble nécessaire dans tous les cas dans lesquels l'intervention étatique n'est pas inspirée par une exigence objective ou ne répond pas de manière cohérente à un objectif fixé par les pouvoirs publics dans le cadre de leurs pouvoirs souverains. Certes, si l'on pouvait refaire l'histoire de la jurisprudence, nous opterions plutôt pour une construction juridique différente, axée exclusivement sur la révision des concepts de sélectivité et d'équilibre existant, mais l'objectif de la sécurité juridique prime sur toute autre considération et l'effort de clarification réalisé par la Cour ne saurait être anéanti.

Quoi qu'il en soit, il nous paraît évident que l'arrêt *Stardust* ne peut constituer le point final de l'élaboration jurisprudentielle mais doit être suivi d'une pratique visant à le perfectionner et à élaborer des critères d'application qui répondent aux exigences que nous avons soulignées.

La notion d'avantage et le critère de « l'opérateur en économie en marché »

Catherine SMITS ¹

1. Afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, « il convient de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché » ², si elle évite par exemple de « supporter des coûts qui auraient normalement dû grever les ressources financières propres de l'entreprise et ont ainsi empêché que les forces en présence sur le marché ne produisent leurs conséquences normales » ³ ou encore, dans le cas d'une mesure complexe impliquant des obligations et avantages réciproques, s'il existe un déséquilibre, dans l'opération examinée globalement en faveur de l'entreprise bénéficiaire. L'analyse devra donc être menée sur une base pragmatique en s'attachant à déterminer au cas par cas si le bénéficiaire de la mesure se retrouve, à la suite de l'octroi de celle-ci, dans une position plus avantageuse que précédemment, ou si au contraire la mesure en question ne modifie pas sa position relativement à celle de ses concurrents.

2. La notion d'avantage apparaît en filigrane à plusieurs reprises lors de l'examen des éléments caractéristiques des aides d'Etat. Ainsi, jusqu'à quel point un transfert de ressources étatiques peut-il être indirect et procurer malgré tout un avantage à

¹ Avocat KOAN Bruxelles, assistante de recherches à l'Institut d'Etudes européennes de l'ULB. Cette contribution a été écrite dans le cadre du programme de recherche Pôle d'attraction interuniversitaire (PAI) « Droit de l'intégration européenne : dimension interne et dimension externe », financé par le gouvernement fédéral belge.

² Arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI, Rec.*, p. I-3547, point 60.

³ Arrêt du 14 février 1990, aff. C-301/87, *France c. Commission, Rec.*, p. I-307, point 41.

son bénéficiaire ⁴ ? A quelles conditions, la compensation des obligations de service public constitue-t-elle une rémunération normale de ce service ⁵ ? Est-ce que la mesure étatique ne favorise pas certaines entreprises ou certaines productions ⁶ ?

Dans le cadre de cette contribution, il s'agira en particulier de déterminer à quelles conditions l'avantage octroyé à « certaines entreprises ou productions » constitue la rémunération normale de la contrepartie obtenue par l'Etat, ce qui exclut alors la qualification d'aide au sens de l'article 87 CE. Dans le but de faciliter cette analyse, ainsi que le contrôle de sa bonne application, un test a été mis en place, qui consiste à comparer le comportement de l'Etat à celui d'un opérateur privé en économie de marché ⁷. Une telle évaluation implique, dans le chef de la Commission, des analyses économiques complexes (1). Le critère de l'opérateur en économie de marché, mis en œuvre au départ pour apprécier l'existence d'une aide dans les interventions des pouvoirs publics au capital des entreprises en difficulté ⁸ (2), a ensuite vu son application se généraliser à de multiples autres interventions (3).

1. L'appréciation de l'aide : une analyse économique complexe

3. L'examen par la Commission de la question de savoir si une mesure déterminée peut être qualifiée d'aide au sens de l'article 87, par. 1, CE, parce que l'Etat n'aurait pas agi comme l'aurait fait un opérateur économique privé, implique une appréciation économique complexe. Partant, la Commission jouit d'un large pouvoir d'appréciation.

4. Compte tenu de ce large pouvoir d'appréciation dont jouit la Commission, le contrôle juridictionnel exercé par le Tribunal doit se limiter, à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir ⁹. Pour le reste, il n'appartient pas au Tribunal de substituer

⁴ Sur cette question, le lecteur voudra bien se référer, dans le même ouvrage, à la contribution de M. Merola.

⁵ Sur cette question, le lecteur voudra bien se référer, dans le même ouvrage, à la contribution de M. Dony.

⁶ Sur cette question, le lecteur voudra bien se référer, dans le même ouvrage, à la contribution de D. Waelbroeck.

⁷ Dans la mise en œuvre de ce test, il convient de distinguer entre les obligations que l'Etat doit assumer en tant qu'investisseur et celles qui lui incombent en tant que puissance publique et qui n'entrent pas en ligne de compte pour apprécier le caractère rationnel de l'intervention étatique. A titre d'exemple, dans la décision du 12 février 2004 concernant les avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à Ryanair (*JO*, n° L 137), la Commission a considéré que la fixation des taxes aéroportuaires relevait de la compétence législative et réglementaire de la Région wallonne et que le principe de l'investisseur privé n'était pas applicable dans ces circonstances (point 144).

⁸ Pour un exemple récent, voy. l'arrêt du 8 mai 2003, aff. jtes C-328/99 et C-399/00, *Italie et SIM 2 Multimedia c. Commission*, *Rec.*, p. I-4035.

⁹ Arrêt du 15 septembre 1998, aff. T-126/96 et T-127/96, *Breda Fucine Meridionali SpA et Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera*, *Rec.*, p. II-3437.

son appréciation économique à celle de la Commission. L'on ne saurait dès lors valablement reprocher à celle-ci de n'avoir pas demandé des expertises ¹⁰ ou encore de n'avoir pas pris en considération quelques signes et perspectives d'amélioration pouvant être considérés comme insignifiants, voire créés artificiellement, par rapport à la situation économique et financière de l'entreprise bénéficiaire ¹¹.

Pour autant, la discrétion de la Commission n'est pas illimitée et, à plusieurs reprises, le Tribunal et la Cour ont annulé des décisions de la Commission. L'absence de motivation suffisante sur la méthode retenue par la Commission pour déterminer s'il y a ou non avantage s'est souvent trouvée à l'origine de ces annulations. Parmi les exemples les plus connus, figure l'arrêt du 24 octobre 1996 qui a annulé la décision dans laquelle la Commission avait retenu la présence d'une aide dans le rachat par l'entreprise Bremer Vulkan de 74,5 % du capital d'une filiale du groupe Krupp. La Cour y relève en effet que la Commission s'est référée, sans justification particulière, au seul cours de la Bourse pour déterminer si l'opération avait été effectuée dans des conditions normales. Selon la Cour, ce point de vue est trop « formel, rigide et restrictif » : « l'application absolue et inconditionnelle de ce critère, à l'exclusion de tout autre élément, comporte un automatisme difficilement conciliable avec le système d'économie de marché et les choix économiques opérés, comme en l'occurrence, par des entreprises de taille importante et guidées par des perspectives de rentabilité à plus long terme » ¹². Une acquisition d'actions à un cours supérieur au cours de la Bourse peut donc être justifiée par des considérations de rentabilité à plus long terme. La Commission était dès lors tenue de prendre en compte d'autres éléments tels que l'évolution dans le passé de ces cours, la valeur intrinsèque de l'entreprise, les effets de synergie escomptés de l'opération, les informations d'initié dont auraient disposé les parties à l'accord concernant le marché en question et la situation des entreprises concurrentes ainsi que des prévisions sur le cours des actions, eu égard notamment à la situation du marché sur lequel opérait l'entreprise.

5. Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Alitalia* du 12 décembre 2000, le Tribunal a constaté que la décision de la Commission concernant le calcul du taux minimal pour un investissement fait par les autorités publiques dans une compagnie aérienne ne faisait pas apparaître « de façon claire et non équivoque, le raisonnement de la Commission de façon à permettre à la requérante de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre ses droits et au juge communautaire d'exercer son contrôle » ¹³. En particulier, la Commission n'avait pas expliqué dans la décision de 1997 pourquoi elle estimait nécessaire d'appliquer à l'investissement dans *Alitalia*

¹⁰ Arrêt du 29 juin 2000, aff. T-234/95, *DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH, Rec.*, p. II-2603, point 168. Partant, il n'incombe pas non plus au Tribunal d'ordonner une expertise tendant à établir qu'un investisseur privé aurait, dans des circonstances similaires, octroyé les crédits en cause.

¹¹ Aff. T-126/96 et T-127/96, *op. cit.*, points 81 et 82.

¹² Arrêt du 24 octobre 1996, aff. C-329/93, C-62/95 et C-63/95, *Allemagne c. Commission, Rec.*, p. I-5151, points 31 à 36.

¹³ Arrêt du 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia, Rec.*, p. II-3871, point 136.

le même taux minimal de 30 % qu'elle avait retenu dans la décision *Iberia*. Dans sa nouvelle décision du 18 juillet 2001, la Commission souligne que les risques par l'injection de capital dont a bénéficié Alitalia en juillet 1997 sont au moins aussi importants que ceux présentés par l'injection de capital dont Iberia a bénéficié en janvier 1996. La Commission se fonde sur le fait que les entreprises sont de tailles comparables, qu'elles exercent leurs activités dans le même secteur économique et dans le même ensemble communautaire en voie de libéralisation, qu'elles possèdent un marché intérieur qui n'est pas géographiquement central en Europe et qu'elles ont enregistré régulièrement des pertes au cours des années précédant l'injection de capital au point d'avoir des fonds propres pratiquement réduits à zéro. Poursuivant sa comparaison entre les deux plans de restructuration, la Commission note que si la productivité d'Iberia est plus faible que celle d'Alitalia, les facteurs de risque qui caractérisent Iberia sont largement contrebalancés, aux yeux d'un investisseur, par la double incertitude à laquelle fait face Alitalia en ce qui concerne les conditions de son développement à Malpensa, partie essentielle du plan, et en ce qui concerne les effets de la libéralisation du marché intérieur italien pour l'aviation civile. Enfin Iberia possède une place privilégiée sur le marché entre l'Europe et l'Amérique latine et Alitalia ne dispose pas d'un atout comparable.

6. Enfin, dans une affaire du 6 mars 2003¹⁴ mettant en cause la fixation concrète du taux de rendement moyen pris en compte par la Commission (voy. *infra*), le Tribunal a regretté que la Commission se soit contentée d'énumérer les sources d'informations à la base de son choix, sans en reprendre le contenu. Sans aller jusqu'à obliger la Commission à fournir une liste détaillée des méthodes et des sources d'information, ou un exposé exhaustif du raisonnement mathématique suivi en l'espèce, ce qui lui est reproché tient plutôt dans l'absence d'explications sur les considérations essentielles qui l'ont conduite à choisir la valeur du taux de rendement en question. Cette obligation de motivation était d'autant plus importante que cette valeur constituait un élément central du calcul de la rémunération appropriée de l'opération litigieuse.

En tout état de cause, la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation devra, pour apprécier si une mesure étatique constitue une aide, déterminer si l'entreprise bénéficiaire a reçu un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché et, à cette fin, vérifier si un opérateur privé hypothétique aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions.

7. La Commission, pour déceler la présence d'une aide dans une intervention des pouvoirs publics, se réfère de manière constante au critère du comportement prévisible d'un opérateur privé agissant dans des conditions normales d'une économie de marché.

Dans son examen, la Commission se montre davantage soucieuse de la rentabilité de l'intervention étatique que de la viabilité de l'entreprise : une mesure de soutien financier qui s'avère rentable pourra ainsi échapper à la qualification d'aide tandis

¹⁴ Arrêt du 6 mars 2003, aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen, Rec.*, p. II-435.

qu'une mesure assurant la viabilité de l'entreprise sera considérée comme une aide, susceptible d'être déclarée compatible le cas échéant ¹⁵.

8. Selon la nature de l'intervention étatique, l'opérateur de référence peut prendre des formes différentes : dans le domaine des injections de capitaux par les pouvoirs publics à une entreprise, référence est faite au comportement d'un investisseur privé guidé par un souci de rentabilité au moins à long terme. Lorsqu'il s'agit d'apprécier d'autres types d'interventions, telles l'octroi d'un prêt ou des transactions commerciales conclues par les pouvoirs publics, on assiste à une diversification dans la référence à l'opérateur privé.

2. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché

9. Dans sa communication de 1993 ¹⁶, la Commission a confirmé qu'il convenait d'appliquer le principe de l'investisseur privé pour déterminer si une intervention publique constituait une aide :

« afin d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement, il y a lieu d'évaluer l'aide comme la différence entre les conditions auxquelles l'Etat procure des ressources aux entreprises publiques et les conditions auxquelles un investisseur privé jugerait acceptable de mettre des ressources à la disposition d'une entreprise privée comparable lorsqu'il opère dans des conditions normales d'une économie de marché ».

En effet, si des ressources publiques sont mises à la disposition d'une entreprise publique à des conditions plus favorables, c'est-à-dire à un coût moindre, que les conditions auxquelles un propriétaire privé fournirait des ressources à une entreprise privée se trouvant dans une situation financière et concurrentielle comparable, l'entreprise publique bénéficie d'un avantage que les propriétaires privés ne peuvent consentir à leurs entreprises ¹⁷. Le critère de l'investisseur privé apparaît ainsi comme

¹⁵ Voy. J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 1999, p. 39.

¹⁶ Communication de la Commission sur l'application des articles 92 et 93 du traité et de l'article 5 de la directive 80/723/CE de la Commission aux entreprises publiques dans l'industrie manufacturière, *JO*, n° C 307, 13 novembre 1993, p. 3.

¹⁷ Il faut se placer au moment prévu pour l'apport en capital. Pour un exemple d'appréciation fondée sur une situation postérieure, voy. arrêt du 16 mai 2002, aff. C-482/99, *France c. Commission*, *Rec.*, p. I-4397, point 71. En l'espèce, afin d'apprécier la licéité des soutiens financiers accordés par les filiales du Crédit Lyonnais à l'entreprise Stardust en 1992, 1993 et en 1994, la Commission aurait dû se placer respectivement en 1992, 1993 et 1994. Or, à la lecture de la décision, il apparaît que la Commission s'est placée à la fin de l'année 1994, soit à une période postérieure au contexte dans lequel les mesures litigieuses ont été prises. Voy. également la communication de la Commission aux Etats membres sur l'application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier (*JO*, n° C 307, 13 novembre 1993, p. 3) : « Il est hors de question que la Commission utilise après coup sa connaissance des faits pour décider que la mise à disposition des ressources publiques constituait une aide

une émanation du principe d'égalité de traitement entre les secteurs public et privé inscrit à l'article 295 CE aux termes duquel, si les entreprises publiques ne peuvent être favorisées par rapport à leurs concurrentes privées, il ne conviendrait pas non plus, dans la mesure où le comportement de l'Etat est conforme à ce principe, que l'avantage obtenu par le bénéficiaire soit considéré comme anormal du seul fait qu'il résulte d'une intervention publique.

10. L'exigence de prendre en compte le comportement d'un investisseur privé aux fins d'apprécier le comportement de l'investisseur public a parfois été contestée au motif que le comportement d'un investisseur privé n'est pas soumis à une telle contrainte : il y aurait ainsi discrimination. Dans l'affaire *WestLB* du 6 mars 2003, le tribunal a toutefois rejeté l'objection en se fondant sur le constat que l'investisseur public ne se trouve pas dans la même situation que l'investisseur privé et peut donc faire l'objet d'un traitement différencié¹⁸. Celui-ci ne peut en effet compter que sur ses propres ressources pour financer ses investissements alors que l'investisseur public a accès à des ressources qui découlent de l'exercice de la puissance publique, notamment les impôts.

11. Il faut encore noter que le test mis en place par la Commission procède tantôt d'une analyse *in concreto* tantôt d'une analyse *in abstracto* de l'opération envisagée. En effet, en pratique la Commission utilisera le critère de l'investisseur privé en tenant compte des caractéristiques de l'opération envisagée ainsi que de la situation de l'entreprise concernée. En particulier, l'absence d'aide est présumée lorsque l'intervention de l'Etat est concomitante à celle d'opérateurs privés, avec la conséquence que l'Etat n'a pas de preuve supplémentaire à apporter (voy. *infra*). Faute de pouvoir fonder son appréciation sur un parallélisme avec une mesure privée, il appartiendra à la Commission de montrer qu'un investisseur fictif idéalement prudent, bien informé et désireux de réaliser un profit au moins à long terme n'aurait pas, dans des conditions similaires, adopté le même comportement. Dans un tel cas, pèse sur la Commission la charge de démontrer que le principe même d'une intervention étatique n'est pas conforme au critère de l'investisseur privé.

Parmi les éléments que la Commission prend en compte dans son analyse, tous n'ont cependant pas la même valeur.

A. Les critères déterminants

12. *L'intervention simultanée d'opérateurs privés* – Dès lors que l'Etat membre concerné peut montrer que l'intervention litigieuse des pouvoirs publics est effectuée parallèlement à une intervention significative d'opérateurs privés, réalisée dans des

d'Etat pour la seule raison que le taux de rendement finalement obtenu est trop faible. Seuls les projets pour lesquels la Commission considère qu'il n'existait pas de raisons objectives ou de bonne foi d'escompter raisonnablement un taux de rendement approprié dans une entreprise privée comparable *au moment où la décision d'investissement/financement a été prise* peuvent être traités comme aides d'Etat » (nous soulignons) (point 28).

¹⁸ Aff. jtes T-228/99 et 233/99, *op. cit.*, point 272.

conditions comparables, l'existence d'un quelconque avantage et, partant, d'une aide est présumée écartée. Il faut toutefois que trois conditions soient réunies, à savoir :

- que l'intervention privée soit vraiment significative ¹⁹ ;
- que l'intervention privée soit réellement comparable. Tel n'est pas le cas d'une prise de participation des salariés dans le capital de l'entreprise concernée ²⁰ ;
- que l'intervention privée soit concomitante à l'intervention publique ²¹.

13. *La situation financière de l'entreprise bénéficiaire* ²² — La Commission, de manière constante, examine si, compte tenu de la situation financière et économique des entreprises bénéficiaires, un investisseur en économie de marché aurait apporté les mêmes montants dans des conditions similaires. En effet, une opération commercialement admissible pourrait néanmoins constituer une aide si la situation

¹⁹ L'affaire *Boël* constitue un exemple. La Commission y a exclu toute présence d'aide dans l'intervention de la Société wallonne pour la sidérurgie en faveur de l'entreprise s.a. Hoogovens-Usines Gustave Boël, en concordat judiciaire, dans le contexte de l'acquisition de celle-ci par le groupe Dufenco, et consistant, notamment, en une participation dans le capital social de l'entreprise. La Commission a en effet constaté qu'il s'agissait d'une prise de participation minoritaire (25 %) qui a eu lieu dans les mêmes conditions et en même temps que celle d'un investisseur privé qui, lui, a mis la majorité du capital. En outre, le partenaire privé possédait une structure financière solide et l'acquisition de cette entreprise s'intégrait dans sa stratégie entrepreneuriale.

²⁰ Dans l'affaire du 12 décembre 2000 (arrêt du 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia, Rec.*, p. II-3871), Alitalia a fait valoir la participation des salariés au capital pour tenter d'écartier la qualification d'aide. Ce moyen a toutefois été rejeté par le Tribunal dès lors que la participation des salariés intervenait dans « des conditions très différentes » de l'apport de l'IRI. En effet, en contrepartie de la modération salariale à laquelle ils avaient consenti, les salariés devaient recevoir des actions d'Alitalia pour un montant total de 310 milliards de lires correspondant à l'économie annuelle réalisée à terme en matière de coût du travail. Le Tribunal a donc estimé que la prise de participation des salariés était davantage inspirée par des considérations de maintien de l'emploi, c'est-à-dire par la viabilité et la survie de l'entreprise, que par des perspectives de rentabilité.

²¹ La Commission pourrait toutefois accepter de prendre en considération une intervention privée qui a lieu peu de temps après l'intervention publique, notamment quand l'investisseur privé a déjà signé une lettre d'intention au moment de l'intervention publique.

²² Par extension, l'on pourrait ajouter : le secteur dans lequel l'entreprise est active. Ainsi, un apport en capital peut constituer une aide si la surcapacité dans un secteur rend peu vraisemblable que l'entreprise puisse obtenir les sommes indispensables à sa survie et à un redressement durable sur les marchés privés de capitaux. Par exemple, en dépit des crédits d'investissement obtenus pendant les années 1980 et 1990, la situation financière et concurrentielle de Clabecq n'avait cessé de se dégrader dans un secteur industriel en déclin. Aussi les mesures prises en faveur de la requérante n'ont pas été considérées comme des apports à risque selon les pratiques normales des sociétés en économie de marché mais, bien au contraire, comme des mesures d'urgence visant la survie de l'entreprise. Cette interprétation fut d'ailleurs corroborée par le fait que, le lendemain du jour où elle prit connaissance du refus de la Commission d'autoriser ces interventions, l'entreprise fit aveu de sa faillite

particulière de l'entreprise est très mauvaise ²³. Le volume des pertes ainsi que leur durée peuvent ainsi exclure toute possibilité d'un revenu normal sous forme de dividendes ou d'une plus-value sur le capital investi, ce qui serait inacceptable pour un investisseur privé travaillant dans des conditions normales de marché ²⁴. Dans le même ordre d'idées, une réorientation des activités de l'entreprise bénéficiaire ne peut justifier un apport en capital que si l'entreprise est ainsi raisonnablement susceptible de devenir rentable ²⁵. Tel n'est pas le cas d'un apport en capital qui intervient après des années de pertes ininterrompues, qui s'avère plus coûteux qu'une liquidation des actifs et est lié à la vente de l'entreprise ce qui lui enlève toute perspective de bénéfice même à terme ²⁶.

14. A ce stade, deux remarques s'imposent. D'abord, il faut rappeler que la présentation d'un *plan de restructuration cohérent et détaillé* joue un rôle essentiel. Parfois, elle pourra contribuer à la reconnaissance du caractère « normal » et acceptable de la rémunération de l'Etat. Le plus souvent, sans être suffisante pour exclure qu'une prise de participation soit qualifiée d'aide ²⁷, l'existence de ce plan permettra de démontrer la compatibilité de l'aide en question. Les lignes directrices communautaires pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté ²⁸ exigent en effet que les aides à la restructuration d'une entreprise en difficulté soient encadrées par un plan dont l'approbation par la Commission est soumise à la réunion de trois conditions matérielles : il doit permettre le retour à la viabilité à long terme de l'entreprise concernée, prévenir des distorsions de concurrence indues et assurer la proportionnalité des aides aux coûts et avantages de la restructuration. En outre, il incombe à l'entreprise de mettre en œuvre intégralement le plan de restructuration,

²³ Selon la Commission, il est « probable » qu'un transfert financier en faveur d'une entreprise en difficulté financière contienne des éléments d'aide. A titre d'exemple, voy. l'invitation à présenter des observations en application de l'article 88, par. 2, CE, *JO*, n° C 57, 12 mars 2003, p. 5, point 89.

²⁴ C'est ainsi que, dans le cadre de la recapitalisation de la société Siciliana Acqua Minerali Srl, la Commission n'a pas manqué de constater que le niveau des pertes et l'érosion des fonds propres indiquaient que la situation financière de l'entreprise s'était détériorée. En outre, aucun élément n'avait été soumis à la Commission de nature à démontrer que cette recapitalisation avait une perspective de rentabilité couvrant le coût du capital telle qu'un investisseur privé aurait été prêt à procéder à l'apport de fonds en vue d'une rémunération satisfaisante de son apport. La Commission est arrivée à la même conclusion à propos de l'apport en capital effectué par l'entreprise publique Semilla s.a. en faveur de la société Agama s.a. pour le compte du gouvernement régional des îles Baléares. Compte tenu de la situation financière d'Agama, il était très improbable que cette entreprise eût pu obtenir des apports en capital sur le marché des capitaux. Enfin, l'Etat ne pouvait pas escompter de bénéfices de cette opération, car il ne disposait pas de prévisions détaillées.

²⁵ Aff. jtes T-129/95, T-2/96 et T-97/96, *op. cit.*, point 116.

²⁶ *Ibid.*, point 124.

²⁷ En ce sens, conclusions de l'avocat général van Gerven sous l'arrêt du 21 mars 1991, aff. C-305/89, *Italie c. Commission*, *Rec.*, p. I-1603, point 17.

²⁸ *JO*, n° C 288, 9 octobre 1999, p. 2.

tel qu'il a été accepté par la Commission ; cette mise en œuvre et le bon déroulement dudit plan intervenant sous le contrôle de cette dernière, à laquelle des rapports annuels détaillés devront être présentés.

15. Ensuite, si la recherche par la Commission d'un élément d'aide a longtemps concerné les seules interventions étatiques en faveur d'entreprises en difficulté, l'application du principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché à une entreprise rentable a finalement été consacrée dans l'arrêt *WestLB* du 6 mars 2003²⁹. Le recours était dirigé contre la décision de la Commission du 8 juillet 1999³⁰ aux termes de laquelle l'intégration de la banque d'un Land dans la *WestLB*, rendue nécessaire afin de respecter les règles en matière de capitaux propres imposées par les directives européennes en matière de contrôle prudentiel, constituait une aide incompatible avec le marché commun. La Commission estimait en effet que l'Etat aurait dû exiger une rémunération en numéraire conforme à la valeur du marché (soit un taux annuel de 9,3 % au lieu des 0,6 % demandés en l'espèce).

Jusque-là, pourtant, le principe de l'investisseur privé en économie de marché n'avait été appliqué qu'à l'égard des entreprises enregistrant des pertes ou nécessitant une restructuration. Partant, la *WestLB* contestait la transposition indifférenciée du principe de l'investisseur privé à des mesures visant des entreprises rentables. D'une part, il n'y aurait pas lieu de s'interroger de la même manière sur la rentabilité à long terme d'une entreprise qui a déjà prouvé sa rentabilité par la distribution régulière de dividendes. D'autre part, les rendements escomptés par un investisseur varient selon que l'investissement est effectué en faveur d'une entreprise en restructuration, avec un risque plus important, ou bénéficie à une entreprise saine. L'argumentation n'a toutefois pas convaincu le Tribunal, pour qui la question de savoir si l'entreprise bénéficiaire d'une aide est rentable ou non n'est pas *en soi* déterminante pour établir si un avantage existe³¹. *A fortiori*, en va-t-il de même pour l'application du principe de l'investisseur en économie de marché, dès lors que celui-ci constitue l'instrument de détermination par excellence de cet avantage.

En outre, si la jurisprudence et la pratique décisionnelle de la Commission n'avaient pas consacré l'application de ce principe aux entreprises rentables, force est de constater qu'elles ne l'avaient pas non plus formellement exclue³². Tout au plus, le recours à l'investisseur privé pour apprécier des mesures dont bénéficie une entreprise rentable constitue-t-il une évolution, non dénuée de fondement, par rapport à la jurisprudence et la pratique antérieure³³. Toute autre solution reviendrait

²⁹ Aff. jtes T-228/99 et 233/99, *op. cit.*

³⁰ *JO*, n° L 150, 23 juin 2000.

³¹ Point 208 de l'arrêt.

³² Communication de 1993, *op. cit.*, point 22 : « non seulement à celles qui enregistrent les pertes, comme c'est le cas actuellement ». Voy. aussi la décision 98/365/CE de la Commission du 1^{er} octobre 1997 concernant les aides que la France aurait accordées à SFMI-Chronopost, *JO*, n° L 164, 9 juin 1998 : malgré le fait que les entreprises bénéficiaires avaient dégagé des bénéfices comptables, la Commission a examiné si l'opération en question était conforme au principe de l'investisseur opérant en économie de marché.

³³ Point 213 de l'arrêt.

à laisser les Etats membres libres de mettre à la disposition des entreprises non déficitaires des moyens financiers illimités, sans contrepartie appropriée ³⁴. Sans doute le raisonnement du Tribunal n'est-il pas non plus étranger à l'idée que, si une entreprise est rentable, elle peut en principe obtenir sans difficulté des capitaux sur le marché privé sans avoir à se tourner vers l'Etat, comme le feraient les entreprises dont la situation financière est mauvaise et dont les chances d'obtenir des fonds sur ce marché sont moindres. Partant, si le principe d'une intervention de l'Etat en faveur d'une entreprise rentable ne paraît pas en soi attaquant, les conditions dans lesquelles se déroule cette intervention ne sauraient échapper à tout contrôle.

Les exigences concernant les preuves que la Commission doit apporter sont toutefois plus strictes dans les cas où l'entreprise qui a bénéficié de l'aide dégage des bénéfices. En effet, lorsque l'entreprise bénéficiaire n'est pas rentable, la Commission n'est pas tenue d'examiner de manière détaillée les conditions de l'opération envisagée, puisque la mauvaise santé de l'entreprise bénéficiaire suffit à établir l'existence d'une aide. Il en résulte que la charge de prouver l'absence d'aide pèse largement sur les Etats membres. A l'inverse, on pourrait déduire du raisonnement du Tribunal dans l'affaire *WestLB* qu'il existe une présomption en faveur de l'absence d'une aide, à moins que la Commission ne démontre qu'aucune rémunération appropriée, que ce soit sous la forme de versement de dividendes ou d'une augmentation de la valeur de l'investissement (en cas d'apport supplémentaire), n'est envisageable. Dans ce cas, ce n'est pas tant le principe même de l'intervention étatique que les conditions dans lesquelles cette intervention a lieu qui sont remises en cause, avec pour conséquence que la Commission devra se livrer à une analyse détaillée de ces dernières.

16. *La nature de la participation détenue par les pouvoirs publics* – L'Etat, à l'instar de l'investisseur privé, peut poursuivre un but différent selon qu'il acquiert une participation minoritaire dans une entreprise ou son contrôle. L'Etat membre qui acquiert une participation de contrôle dans une entreprise, ou un groupe d'entreprises, sera normalement moins préoccupé par la perspective de réaliser un bénéfice à court terme, à la différence des investissements de type spéculatif telle une prise de participation minoritaire, que de planifier la rentabilité de son investissement sur une durée plus longue. Ainsi le comportement de l'investisseur privé auquel doit être comparée l'intervention de l'investisseur public n'est pas nécessairement celui d'un investisseur ordinaire plaçant ses capitaux en vue de leur rentabilisation à plus ou moins court terme mais doit au moins être celui d'un holding privé ou d'un groupe privé d'entreprises poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle, et guidé par des perspectives de rentabilité à plus long terme ³⁵. Il en résulte que, lorsque les apports en capitaux de l'investisseur public font abstraction de toute perspective de rentabilité, même à long terme, ils doivent être considérés comme des aides au sens de l'article 87, par. 1, CE ³⁶.

³⁴ Point 203 de l'arrêt.

³⁵ Arrêt du 12 décembre 2000, *op. cit.*

³⁶ Arrêt du 21 mars 1991, aff. C-303/88, *ENI-Lanerossi*, *Rec.*, p. I-1433, point 22.

17. *L'effet engendré par la qualité de propriétaire* – Le principe selon lequel l'investisseur privé agit abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ne doit pas être entendu dans un sens littéral. Dans une économie mixte, dans laquelle les intérêts du secteur privé et du secteur public sont étroitement liés et les intérêts des travailleurs sont fortement exprimés, un holding privé important ne pourrait pas non plus rester totalement insensible à l'emploi et au développement économique dans la région dans laquelle il opère ³⁷. Ainsi, un associé privé pourrait raisonnablement apporter le capital nécessaire pour assurer la survie d'une entreprise qui connaît des difficultés passagères, mais qui, le cas échéant, après restructuration, serait en mesure de retrouver sa rentabilité. A ce titre, une société mère peut, pendant une période limitée, supporter les pertes d'une de ses filiales afin de permettre l'arrêt des activités de cette dernière dans les meilleures conditions. Une telle décision peut être justifiée non seulement par la probabilité d'en tirer un profit matériel indirect mais aussi par d'autres préoccupations telles le souci de maintenir l'image de marque du groupe ou de réorienter ses activités ³⁸.

Il ne suffit pas cependant que les pouvoirs publics détiennent une participation dans une entreprise donnée pour que tout nouvel apport de capitaux soit automatiquement considéré comme conforme aux principes de l'économie de marché. En effet, un investisseur privé voudra savoir si son investissement global, c'est-à-dire les moyens déjà investis et les nouveaux apports en capital, lui permet d'escompter un rendement approprié (voy. *infra*).

18. *Le taux de rendement* – Quel est le taux de rendement minimal qu'exigerait un investisseur privé ? La question fut clairement posée à l'occasion de l'affaire *WestLB* du 6 mars 2003 ³⁹ dans laquelle la Commission a exigé un rendement minimal des capitaux apportés par l'investisseur public correspondant au rendement moyen dans le secteur concerné. De son côté, la *WestLB* faisait valoir, d'abord, que les investisseurs privés sont souvent amenés à diversifier les risques qu'ils prennent lorsqu'ils répartissent leurs capitaux sur le marché. Ainsi peuvent-ils réaliser, pour des motifs qui leur sont propres, des investissements qui revêtent un faible rendement mais ils reçoivent pourtant une contrepartie appropriée si ce rendement correspond au risque encouru ⁴⁰. Après tout, n'appartient-il pas aux investisseurs privés, et à eux seuls, d'apprécier si l'obtention d'une rémunération plus faible du capital apporté, car liée à un risque plus bas, les satisfait ? C'est particulièrement vrai lorsqu'un investisseur ayant déjà une participation dans l'entreprise dans laquelle il désire investir augmente, grâce à l'apport d'un nouveau capital, la valeur de l'ancien. Dans un tel cas, l'investisseur ne recherche pas un profit à court terme, et d'ailleurs il se peut que la rentabilité du nouvel apport soit inférieure à la moyenne, mais plutôt une augmentation de la valeur de l'entreprise bénéficiaire dans la durée. Il n'y aurait aide que si la valeur de

³⁷ Aff. C-303/88, conclusions de l'avocat général van Gerven, *op. cit.*, point 14.

³⁸ Aff. C-303/88, *op. cit.*, point 21.

³⁹ Aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *op. cit.*

⁴⁰ Points 216, 217 et 218 de l'arrêt.

l'entreprise augmente l'apport d'un montant inférieur à la valeur ⁴¹. De surcroît, si les investisseurs n'injectaient plus de fonds que dans des entreprises offrant un rendement au moins moyen, il en résulterait certainement une augmentation supplémentaire du rendement moyen de ce secteur avec pour conséquence que le nombre d'entreprises encore en mesure d'offrir un tel rendement se réduirait de manière drastique, au point qu'à terme, il ne subsisterait plus qu'une seule entreprise ⁴². A cela s'ajoute encore que l'exigence d'un rendement moyen créerait une discrimination entre les investisseurs privés et les pouvoirs publics. En effet, alors que les investisseurs privés sont en droit d'investir dans des entreprises d'une rentabilité inférieure à la moyenne, les pouvoirs publics ne pourraient qu'investir dans des entreprises qui atteignent à tout le moins un rendement moyen ⁴³. Enfin, ne faudrait-il pas voir dans le raisonnement de la Commission une incitation déguisée à la privatisation dès lors que les entreprises publiques ayant une rentabilité inférieure à la moyenne seraient dans l'impossibilité de couvrir leurs besoins en capitaux supplémentaires à la différence des entreprises privées ayant pourtant la même rentabilité ?

Ces arguments n'ont cependant pas emporté l'adhésion du Tribunal. Selon ce dernier, en effet, un investisseur privé ne se contente pas du fait qu'un investissement ne lui cause pas de pertes ou qu'il lui rapporte des bénéfices limités : il recherchera une maximisation raisonnable du rendement de son investissement, en fonction des circonstances présentes et de la satisfaction de ses intérêts à court, à moyen et à long terme, y compris dans le cas d'un investissement dans une entreprise dans le capital social de laquelle il détient déjà une participation ⁴⁴. La référence au secteur considéré, plutôt qu'au seul point de vue de l'investisseur, s'explique par le fait que ce qui caractérise l'économie de marché, c'est précisément l'interaction entre les différents agents économiques ⁴⁵.

Le rendement moyen ne constitue toutefois qu'un instrument analytique, auquel il ne peut être recouru de manière automatique et qui ne dispense pas la Commission de tenir compte de la situation de l'entreprise bénéficiaire et de l'effet engendré par la qualité du propriétaire ⁴⁶. A supposer que cette technique dénote une évolution par rapport à la communication de 1993 et à la pratique antérieure, il n'y aurait pas pour autant illégalité. Certes, ni la Commission ni les juges communautaires n'avaient exigé auparavant un tel rendement pour déterminer si une aide existe ou pas mais ils ne l'avaient pas non plus formellement exclu ⁴⁷.

Sans doute, la conclusion du Tribunal n'est-elle pas étrangère au constat que, à la différence des investisseurs privés qui ne peuvent compter que sur leurs propres ressources, les investisseurs publics disposent de ressources illimitées puisque ces dernières proviennent de l'exercice de la puissance publique.

⁴¹ Points 222, 223 et 224 de l'arrêt.

⁴² Point 220 de l'arrêt.

⁴³ Point 236 de l'arrêt.

⁴⁴ Point 314 de l'arrêt.

⁴⁵ Points 326 et 327 de l'arrêt.

⁴⁶ Point 255 de l'arrêt.

⁴⁷ Comme le souligne le Tribunal au point 263 de son arrêt.

Or cette différence n'est pas sans conséquences. D'abord, d'un strict point de vue juridique, elle justifie le principe que les investissements des pouvoirs publics soient soumis à des contraintes qui n'existent pas pour les investisseurs privés. Ensuite, s'il est vrai que les investisseurs privés peuvent en théorie réaliser des investissements qui reçoivent des rémunérations plus faibles, en pratique toutefois l'opportunité de tels investissements sera tôt ou tard sanctionnée par la loi du marché avec des conséquences parfois désastreuses pour ces investisseurs. En revanche, les investisseurs publics pourraient facilement s'affranchir de cette loi du marché : qu'importent en effet les pertes liées à un « mauvais » investissement lorsqu'on dispose de ressources illimitées pour les couvrir ?

Certes, la démarche de la Commission s'apparente à un test des intentions, qui pourrait être considéré comme source d'insécurité juridique et comme peu compatible avec le principe selon lequel seuls comptent les effets de la mesure étatique, à l'exclusion de ses causes ou de ses objectifs. Mais précisément quels seraient les effets sur le marché de l'absence d'une telle exigence d'un rendement minimal pour l'investisseur public ? Cela reviendrait à permettre aux entreprises dont l'actionariat est public, dès lors qu'elles sont rentables, de ne distribuer aucun dividende (l'absence de rendement minimal pouvant aller en effet jusqu'à autoriser l'absence de tout rendement), à la différence de leurs concurrentes privées qui ne pourraient que difficilement s'affranchir d'une telle contrainte, avec la conséquence que les « économies » ainsi réalisées les rendraient capables de pratiquer des prix artificiellement plus compétitifs.

19. *Les coûts de liquidation* – Une intervention dont la rentabilité est faible pourrait néanmoins être considérée comme commercialement rationnelle s'il devait apparaître que les coûts de la liquidation de l'entreprise, en l'absence du soutien de l'Etat, s'avèreraient plus coûteux⁴⁸. Cela suppose toutefois que l'endettement de l'entreprise ne puisse pas être lui-même qualifié d'aide (parce que l'Etat, en s'abstenant de réclamer ses créances, a laissé une activité déficitaire se poursuivre, par exemple).

B. Les critères non déterminants

20. *Le statut juridique de la mesure en droit national* – Il arrive que des lois nationales imposent aux investisseurs publics d'apporter des capitaux supplémentaires à des sociétés dont le capital est tombé en-dessous d'un niveau déterminé à la suite de pertes ininterrompues. Peut-on exclure de tels apports, rendus obligatoires par la loi, du champ de l'article 87, par. 1, CE ? La Commission faisant valoir l'existence de solutions alternatives pencherait plutôt pour une réponse négative : à titre d'exemple, si la liquidation s'avère être la solution la plus saine sur le plan financier et qu'elle n'est pas adoptée, l'apport en capital sera considéré comme une aide⁴⁹.

⁴⁸ Voy. J.-P. KEPPELNE, *op. cit.*, p. 66 et suiv.

⁴⁹ Communication de 1993, point 36. Ainsi le fait qu'un actionnaire public apporte des capitaux à un établissement de crédit afin de lui permettre d'atteindre le niveau de fonds propres exigés par une directive n'exclut pas l'existence d'une aide (JO, n° C 140, 5 mai 1998, p. 9).

21. *Les coûts sociaux* – L'Etat ne peut se prévaloir du fait que s'il n'aide pas, il devra supporter les coûts de la couverture sociale des travailleurs qui résulteraient de la faillite de l'entreprise⁵⁰. En effet, de telles charges incombent à l'Etat en tant que puissance publique et ne peuvent donc être prises en compte pour apprécier le caractère rationnel d'une intervention de l'Etat résultant de sa qualité d'actionnaire d'une société.

22. *Les effets positifs indirects* – Selon une jurisprudence constante, l'article 87, par. 1, CE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets⁵¹. En principe, les objectifs d'ordre culturel, social (création d'emplois), de développement de l'économie régionale ainsi que la recherche du maintien du prestige et de la crédibilité de l'Etat ne jouent ainsi aucun rôle dans la qualification de l'intervention étatique au regard de l'article 87 CE dès lors que l'investisseur privé, présumé agir en fonction de ses intérêts propres, ne les aurait pas pris en compte parmi ses critères de décision⁵².

3. Les autres applications de l'opérateur privé

23. Selon la nature de l'intervention étatique, la forme de l'opérateur de référence peut varier. Ainsi l'octroi d'un prêt, ou de toute forme de crédit en général, sera comparé au comportement d'un créancier privé désireux de récupérer sa créance mais aussi de réaliser des bénéfices par la perception d'intérêts sur le capital emprunté (A). Les transactions commerciales conclues par les pouvoirs publics telles que l'acquisition ou la vente de biens ou de services ainsi que les opérations de privatisation seront quant à elles évaluées à la lumière du prix du marché (B).

A. Le créancier privé

24. Il faut distinguer selon que les pouvoirs publics interviennent en tant qu'investisseur public ou en tant que créancier public. Les prêts et les prises de participation doivent ainsi être traités différemment, dès lors qu'une somme apportée en capital est durablement transférée tandis qu'une somme prêtée, par définition, est seulement mise temporairement à la disposition de l'entreprise bénéficiaire⁵³.

⁵⁰ Arrêt du 14 septembre 1994, aff. C-278/92 à C-280/92, *Espagne c. Commission, Rec.*, p. II-4103.

⁵¹ Voy. notamment, arrêt du 26 septembre 1996, aff. C-241/94, *France c. Commission, Rec.*, p. I-4551 ; arrêt du 13 juin 2000, aff. T-204/97 et T-270/97, *E.P.A.C., Rec.*, p. II-2267 ; arrêt du 8 mai 2003, aff. jtes C-328/99 et C-399/00, *Italie c. Commission, Rec.*, p. 4035 et *FFSA*, précité, point 195. Ces objectifs sont néanmoins pris en considération par la Commission lorsque, dans l'exercice du pouvoir d'examen permanent qui lui est conféré par l'article 88 CE, elle se prononce sur la compatibilité avec le marché commun d'une mesure déjà qualifiée d'aide d'Etat et vérifie si cette mesure peut bénéficier de l'une des dérogations prévues par l'article 88, par. 2 et 3 (voy. en ce sens, l'ordonnance du Tribunal du 18 février 1998, aff. T-189/97, *Comité d'entreprise de la Société française de production e.a., Rec.*, p. II-335, point 40).

⁵² L'affaire *Ryanair* constitue un exemple, voy. décision du 12 février 2004 précitée.

⁵³ Arrêt du 30 avril 1998, aff. T-16/96, *Cityflyer Express, Rec.*, p. II-755. Il en résulte que, s'agissant d'une participation au capital, la Commission peut considérer que la suppression

25. Lorsque la mesure étatique porte sur l'octroi d'un prêt ou d'une garantie pour le financement d'une entreprise ou si elle a pour objet l'aménagement d'une créance publique, le comportement des pouvoirs publics doit être comparé à celui d'un créancier hypothétique privé qui serait appelé à intervenir dans des conditions comparables ⁵⁴.

Tel est l'enseignement qu'il convient de retenir de l'arrêt du 29 avril 1999 ⁵⁵ relatif aux interventions du Fogasa, organisme public espagnol chargé de verser toutes les sommes dues aux travailleurs au titre des salaires qui ne leur ont pas été versés et de les récupérer ensuite auprès des entreprises et ce, en vertu de l'obligation que lui impose la législation nationale applicable de se subroger dans les droits et actions des travailleurs afin d'obtenir le remboursement des sommes avancées. Afin de faciliter le recouvrement des créances, le Fogasa peut conclure des accords de remboursement prévoyant l'échelonnement ou le fractionnement des sommes dues.

La Cour a souligné que le comportement du Fogasa n'était pas assimilable à celui d'un investisseur public dont l'intervention devrait être comparée à celle d'un investisseur privé qui place son capital en vue d'une rentabilisation à plus ou moins long terme. En aménageant les modalités de remboursement des avances qu'il a faites, le Fogasa doit plutôt être réputé avoir agi comme un créancier public qui, à l'instar d'un créancier privé, cherche à récupérer les sommes qui lui sont dues et qui conclut à cet effet des accords avec le débiteur en vertu desquels le paiement des créances accumulées est échelonné ou fractionné afin d'en faciliter la récupération.

1. Aménagement de la dette

26. Un créancier public, comme un créancier privé, peut donc être amené à accepter un aménagement de sa dette pour faciliter son paiement voire accorder une remise de celle-ci.

de l'avantage octroyé implique la restitution de l'apport en capital. S'agissant d'un prêt en revanche, puisque l'avantage consiste dans le taux préférentiel accordé, et non dans la valeur même des capitaux mis à disposition, la Commission est fondée à imposer seulement l'application du taux qui aurait été consenti dans des conditions normales de marché.

⁵⁴ A noter que dans son arrêt *Italie et SIM2 Multimedia* du 8 mars 2003 précité, la Cour a confirmé la décision de la Commission aux termes de laquelle, pour exécuter correctement l'obligation de récupération d'une aide incompatible, l'Etat doit aussi adopter le comportement d'un créancier privé : il doit récupérer l'aide « sans délai, en recourant à toutes les voies de droit disponibles, y compris la saisie des actifs du bénéficiaire » (point 68). Ainsi, par exemple en cas de faillite, « si à la suite de l'enquête ou de la décision de la Commission, les actifs et les passifs du bénéficiaire sont transférés à une autre entité, contrôlée par les mêmes personnes, à des conditions plus avantageuses que celles du marché moyennant des procédures non transparentes (mettant ainsi) les actifs en question à l'abri de la décision de la Commission (et permettant) la poursuite de l'activité économique en cause », l'Etat membre doit demander l'inopposabilité des actes accomplis pendant la période suspecte (point 69). Pour de plus amples développements sur cette question, le lecteur voudra bien se référer à la contribution de L. Levi dans le présent ouvrage.

⁵⁵ Arrêt du 29 avril 1999, aff. C-342/96, *Espagne c. Commission, Rec.*, p. I-2459.

Lorsque des délais de paiement sont accordés, les intérêts normalement applicables sont ceux qui sont destinés à réparer le préjudice subi par le créancier en raison du retard apporté par le débiteur dans l'exécution de son obligation de se libérer de sa dette, c'est-à-dire des intérêts légaux moratoires. Le taux de ces intérêts moratoires ne doit pas être comparé avec les taux d'intérêts pratiqués pour les crédits sur le marché. Il suffit de vérifier si le taux des intérêts moratoires appliqué aux dettes à l'égard d'un créancier public n'est pas inférieur à celui qui serait pratiqué pour les dettes à l'égard d'un créancier privé ⁵⁶.

L'appréciation de la Commission sera influencée par un certain nombre de facteurs, dont voici les principaux.

27. *L'importance de la dette* – A titre d'élément défavorable, la Commission retient une dette publique qui égalerait au moins la valeur de l'ensemble de ses actifs en cas de vente publique ⁵⁷.

28. *Le risque de faillite et les chances de redressement de l'entreprise* – Lorsqu'une entreprise confrontée à une détérioration importante de sa situation financière propose un accord ou une série d'accords, d'aménagement de sa dette à ses créanciers en vue de redresser sa situation ou d'éviter sa mise en liquidation, chaque créancier est amené à devoir faire un choix au regard du montant qui lui est offert dans le cadre de l'accord proposé, d'une part, et du montant qu'il estime devoir récupérer à l'issue de la liquidation éventuelle de l'entreprise, d'autre part ⁵⁸.

En revanche, toute assimilation au comportement d'un créancier privé est exclue lorsque l'Etat s'abstient de réclamer sa créance sans qu'il y ait un quelconque espoir de voir la situation financière du débiteur se rétablir, laissant ainsi la dette s'accumuler et maintenant artificiellement en vie l'entreprise bénéficiaire, comme en témoigne l'affaire *Déménagement-Manutention Transport SA* du 29 juin 1999 ⁵⁹. La

⁵⁶ Suite à l'arrêt *Fogasa*, la Commission a adopté une nouvelle décision dans laquelle elle note que le taux d'intérêt légal était le taux le plus élevé qu'un créancier privé pourrait espérer obtenir s'il poursuivait le recouvrement de la dette par voie judiciaire et que les entreprises en cause, à la date de la conclusion des accords avec rééchelonnement avec le Fogasa et la trésorerie générale de la sécurité sociale, connaissaient de sérieuses difficultés financières, à l'origine d'ailleurs de la cessation de paiement et compromettant leurs chances de survie. Dans ces conditions, en évitant la procédure de recouvrement forcé, laquelle aurait provoqué la mise en liquidation de l'entreprise, mais en rééchelonnant les dettes et en leur appliquant le taux d'intérêt légal, les créanciers publics ont, à l'instar de créanciers privés, agi de manière à mettre de leur côté toutes les chances de recouvrer la dette.

⁵⁷ Voy. par exemple, la décision de la Commission du 19 février 2003 relative aux mesures mises à exécution par le Royaume d'Espagne en faveur de *Hilados y Tejidos Puigneró SA*, *JO*, n° L 337, 23 décembre 2003, p. 14.

⁵⁸ Arrêt du 11 juillet 2002, aff. T-152/99, *Hijos de Andrés Molina SA (Hamsa)*, *Rec.*, p. II-3049.

⁵⁹ Arrêt du 29 juin 1999, aff. C-256/97, *DMT*, *Rec.*, p. I-3913. Voy. aussi l'arrêt du 10 mai 2000, aff. T-46/97, *SIC*, *Rec.*, p. II-2125 ; arrêt du 12 octobre 2000, aff. C-480/98, *Espagne c. Commission*, *Rec.*, p. I-8733 ; décision du 14 mai 2002, *JO*, n° L 329, 5 décembre 2002, p. 1 (Groupe de empresas Alvarez). Dans cette affaire où deux entreprises espagnoles avaient,

Cour commence par constater qu'un organisme public compétent pour collecter les cotisations de sécurité sociale qui tolère que lesdites cotisations soient payées avec retard donne à l'entreprise qui en bénéficie un avantage commercial appréciable en allégeant, à son égard, la charge découlant de l'application normale du régime de la sécurité sociale. Certes, les facilités étaient accordées pour une durée limitée et l'avantage en résultant peut être compensé par une augmentation du montant des échéances sous la forme d'intérêts et de majorations de retard. Tel n'est cependant pas le cas des intérêts et majorations de retard qu'une entreprise connaissant des difficultés très graves de trésorerie peut être amenée à payer en contrepartie de larges facilités de paiement telles celles accordées par l'ONSS depuis huit ans. Encore fallait-il déterminer, ensuite, s'il s'agissait d'un avantage que DMT aurait obtenu ou non, dans des conditions normales de marché. A cet égard, l'ONSS doit être réputé avoir agi, à l'égard de DMT, comme un créancier public, qui, à l'instar d'un créancier privé, cherche à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières. En d'autres termes, les facilités de paiement octroyées par l'ONSS à DMT sont-elles manifestement plus importantes que celles qu'un créancier privé aurait accordées à cette société ou non ? Pour le savoir, il lui faut comparer l'ONSS à un créancier privé hypothétique se trouvant, dans la mesure du possible, dans la même situation à l'égard de son débiteur que l'ONSS, et cherchant à récupérer des sommes qui lui sont dues. Le test posé par la Cour est donc strict puisque les facilités de paiement constituent des aides d'Etat si l'entreprise n'aurait *manifestement* pas obtenu des facilités comparables d'un créancier privé se trouvant, à son égard, dans la même situation que l'organisme collecteur.

29. *L'importance de la dette détenue par des créanciers privés* – A cet égard, l'arrêt *Hamsa* du 11 juillet 2002⁶⁰ mérite de retenir l'attention. Dans cette affaire, le Tribunal a annulé la décision de la Commission, en tant que cette décision avait qualifié d'aide d'Etat l'abandon de créances dont l'entreprise Hamsa avait bénéficié. La Commission était partie du postulat que, pour que la renonciation à des créances ne constitue pas une aide, il fallait que la renonciation concomitante de la part de créanciers privés soit significative et réelle et elle avait estimé que tel n'était pas le cas en l'espèce. En effet, l'endettement d'Hamsa envers le secteur privé ne représentait que 4 à 8% de son endettement total et parmi les créanciers privés, un seul, dont la créance ne représentait que 0,5 % de l'endettement total de Hamsa, était protégé par

pendant plusieurs années, poursuivi leurs activités commerciales sans être en règle vis-à-vis de la sécurité sociale et du fisc, la Commission a reproché aux autorités espagnoles de n'avoir pas utilisé tous les moyens juridiques prévus par la législation nationale pour mettre fin à ce non-paiement. Plus récemment, la Commission a également considéré qu'à la différence des autorités grecques, tout créancier ordinaire, informé des difficultés financières d'Olympic Airways, aurait utilisé tout moyen légal, y compris les mécanismes légaux de saisies, afin d'obtenir le règlement des montants dus au système de sécurité sociale (décision de la Commission du 11 décembre 2002, *JO*, n° L 132, 28 mai 2003, p. 1).

⁶⁰ Aff. T-152/99, *op. cit.* ; voy. aussi l'arrêt du 6 octobre 1999, aff. T-123/97, *Salomon SA*, *Rec.*, p. II-2925.

des hypothèques, alors que, en revanche, les créanciers publics bénéficiaient d'une priorité dans les procédures de liquidation. Elle en a conclu que le sacrifice de la part des créanciers publics, privilégiés ou assurés, qui renonçaient ainsi à la quasi-totalité de la dette, était très substantiel tandis que celui des créanciers privés était négligeable, voire inexistant. Ces derniers en effet n'auraient presque aucune chance de voir leurs créances, même partiellement, satisfaites. Le Tribunal a toutefois estimé que la méthode de la Commission était inadéquate, peu détaillée et ne saurait, dès lors, être acceptée, pour les motifs suivants. Selon lui, la part que représentent les créances des organismes publics dans le montant total des dettes d'une entreprise en difficulté ne saurait constituer *en soi* un facteur déterminant pour apprécier si les remises de dettes accordées par ces organismes à cette entreprise comportent des éléments d'aide d'Etat : « en effet, la prise en compte de ce facteur, d'une manière aussi décisive que la Commission l'a fait en l'espèce, aboutirait à restreindre de manière injustifiée les possibilités d'aménagement de la dette d'une entreprise en difficulté lorsque le montant total des créances publiques est supérieur à celui des créances privées. Inversement dans un cas où le montant total des créances privées excède celui des créances publiques, une mesure d'aménagement de la dette prise par un organisme public ne pourrait que difficilement être considérée comme une aide d'Etat »⁶¹. Tout au plus, une disproportion entre les remises de dettes respectives des créanciers publics et privés constitue-t-elle *l'indice* de l'existence d'un avantage. Toutefois, cet élément en lui-même ne dispense pas la Commission de son obligation d'examiner si au vu des circonstances de l'espèce, les remises consenties vont au-delà de ce qui est justifié par les exigences commerciales. En d'autres termes, rien n'exclut que le montant des remises accordées par l'Etat soit plus élevé que celui accordé concomitamment par des créanciers privés à la double condition que les remises accordées par l'Etat ne concernent que des créances ordinaires et que le montant de la liquidation de l'entreprise débitrice ne permette pas le remboursement des créances auxquelles l'Etat a renoncé.

30. *Le type de créances, ordinaires ou privilégiées, détenues par l'Etat* – S'il s'avérait que la valeur de la réalisation des actifs ne permettait de rembourser que les créances hypothécaires et privilégiées, les créances ordinaires n'auraient aucune valeur. Dès lors, le fait pour un créancier ordinaire de renoncer au remboursement d'une partie importante d'une telle créance ne constituerait pas un sacrifice réel.

31. *La valeur des créances détenues par l'Etat* — L'affaire *Verlipack* peut ici servir d'exemple. En juin 1998, l'entreprise Verlipack a fait l'objet d'une augmentation de capital avec la participation de deux investisseurs privés : Heye, à concurrence de 200 000 000 BEF et Worldwide Investors, trouvé par l'entremise du groupe Beaulieu, à concurrence de 100 000 000 BEF. En automne 1998, soit quelques semaines avant le dépôt de bilan de Verlipack, Worldwide Investors a cédé ses actions au groupe Beaulieu lequel, à son tour, les a cédées à la Région wallonne en tant que dation en

⁶¹ Aff. T-152/99, *op. cit.*, point 166.

paiement. Or, à l'époque de la transaction, l'actif de Verlipack Holding était réduit à un franc. La Commission en a donc déduit que les actions reçues en paiement avaient une valeur nulle de sorte que, en acceptant ces actions en extinction d'une dette certaine de 113 000 000 BEF, la Région wallonne avait renoncé vis-à-vis du groupe Beaulieu à une créance de ce montant lui octroyant ainsi une aide. Par ailleurs, lorsque, en janvier 1999, la Verlipack Holding a fait aveu de faillite, la Région wallonne, actionnaire minoritaire, a annoncé son intention de ne pas poursuivre la récupération de sa créance. La Commission compte tenu de ce que le patrimoine était réduit à une valeur nulle, et qu'aucun des créanciers ne pouvait donc raisonnablement espérer récupérer ne fût-ce qu'une partie de sa créance, de l'arrêt de toutes les installations de productions et de la circonstance que le holding lui-même était en liquidation, a considéré que l'abandon de créance n'avait pas entraîné un transfert de ressources comportant un avantage économique pour Verlipack Holding.

32. *L'intérêt d'une transaction par rapport à un litige long et incertain* – Il ne peut être exclu qu'une transaction, conclue entre un organisme de sécurité sociale et son débiteur en vue d'éviter toute incertitude liée à la poursuite du contentieux devant des juridictions, relève d'un comportement propre à celui d'un créancier privé cherchant à récupérer les sommes qui lui sont dues ⁶².

2. L'octroi de prêts

33. Dès lors que les pouvoirs publics peuvent octroyer des prêts aux entreprises, se pose la question de savoir si ce prêt a été accordé dans des conditions plus favorables que celles que les entreprises pourraient obtenir soit sur le marché financier, soit auprès d'établissements de crédit ; qu'il s'agisse des taux d'intérêt ⁶³, de la durée, des modalités de remboursement ou des sûretés exigées ⁶⁴.

⁶² Aff. T-46/97, *op. cit.*, point 99. Dans sa décision du 19 février 2003, *op. cit.*, la Commission va plus loin encore lorsqu'elle reproche aux autorités espagnoles de n'avoir pas tenu compte de ce que leurs créances n'étaient pas intégralement couvertes par les saisies et les hypothèques sur les actifs. Dans ces circonstances, le fisc et la sécurité sociale auraient dû comprendre que, en procédant à des saisies, ils n'augmentaient pas leurs chances de récupérer leurs créances mais qu'au contraire ils ne faisaient que rendre encore plus difficile le recouvrement des intérêts qui continuaient à courir et des nouvelles dettes qui se créaient.

⁶³ Tel est en particulier le cas lorsqu'un prêt sans intérêt est accordé. Voy. décision du 30 juillet 1996, *JO*, n° L 6, 10 janvier 1997, p. 34. Pour des raisons de sécurité juridique et d'égalité de traitement, la Commission peut considérer, en règle générale, qu'il est légitime d'appliquer le taux de référence en vigueur pendant une période déterminée à tous les prêts accordés pendant cette période (voy. arrêt du 3 juillet 2003, aff. C-457/00, *Belgique c. Commission*, *Rec.*, p. I-6931, point 72). Un historique des taux est disponible sur le site internet de la Commission à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/reference_rates.html.

⁶⁴ Pour un exemple récent de sûretés insuffisantes offertes par l'entreprise en contrepartie du règlement de ses dettes, voy. l'arrêt du 29 avril 2004, aff. C-278/00, *Grèce c. Commission*, non encore publié au *Recueil*.

34. L'on peut déduire de la pratique décisionnelle de la Commission que l'appréciation d'un éventuel élément d'aide dans l'octroi d'un prêt par les pouvoirs publics dépendra, en premier chef, *du risque et des perspectives de rentabilité* attachées au projet ⁶⁵.

Encore faut-il nuancer l'examen au regard de *la situation financière de l'entreprise*. En effet, si celle-ci est saine, l'aide consiste seulement en l'éventuelle différence entre le taux qu'elle obtiendrait auprès d'une banque commerciale, en fonction du risque qu'elle représente, et le taux de crédit de consenti par l'Etat ⁶⁶. Si, en revanche, la situation financière de l'entreprise est trop fragile, il est peu probable qu'elle aurait pu obtenir le prêt auprès d'une banque privée et c'est donc le prêt dans son ensemble qui doit être considéré comme une aide ⁶⁷.

35. Enfin, la *participation concomitante et significative de banques privées* ainsi que l'intervention des banques publiques *aux mêmes conditions* que les banques privées dans une opération de financement pourrait constituer un motif d'exclusion de la qualification d'aide ⁶⁸.

⁶⁵ Voy. par exemple, la décision de la Commission du 30 avril 1997, *JO*, n° L 331, 3 décembre 1997, p. 10, adoptée à l'encontre d'un projet de développement d'un avion turbopropulseur d'une capacité de soixante-dix à quatre-vingts places. Ce projet prévoyait l'octroi d'un prêt par les pouvoirs publics espagnols, d'environ trente-trois milliards de pesetas, pour financer des étapes de faisabilité, de définition et développement. La Commission, considérant le risque et les perspectives de rentabilité du projet, par ailleurs abandonné par la suite, a qualifié ce prêt d'aide.

⁶⁶ Ainsi la Commission a exclu la présence d'une aide dans un prêt accordé par la Région wallonne à l'entreprise Duferco-Clabecq. Le risque de perte lié à ce prêt était en effet mineur compte tenu des bonnes perspectives de l'entreprise et était réparti de manière proportionnelle entre les actionnaires majoritaire et minoritaire. En outre, le taux d'intérêt demandé pour ce prêt correspondait au taux du marché (*JO*, n° C 20, 22 janvier 1998, p. 3).

⁶⁷ Par exemple, *JO*, n° C 104, 3 avril 1997, p. 6 à propos d'un prêt à une entreprise fabriquant des moteurs à diesel ; *JO*, n° C 120, 18 avril 1997, p. 2 à propos des prêts consentis à des sociétés du groupe Bremer Vulkan. Dans une affaire du 5 octobre 2000 relative au prêt accordé à l'entreprise Jadekost, la Cour a noté que cette entreprise était confrontée à des difficultés de trésorerie et que, après son arrivée sur le marché des produits surgelés à base de poisson, ce marché a connu un effondrement de ses prix, de sorte que l'entreprise n'aurait pas pu obtenir le prêt sans la garantie du Land de Basse-Saxe. Dans ces conditions, il était indifférent que le taux d'intérêt appliqué à Jadekost au titre du prêt garanti fût inférieur ou supérieur au taux moyen pratiqué par les banques sur le marché des capitaux pour des prêts similaires, dès lors que, en tout état de cause, sans la garantie litigieuse, le prêt n'aurait pas été accordé. Arrêt du 5 octobre 2000, aff. C-288/96, *Allemagne c. Commission*, *Rec.*, p. I-8237.

⁶⁸ *JO*, n° C 328, 1^{er} novembre 1996, p. 23. Voy. également la décision de la Commission du 2 août 2002, *JO*, n° L 91, 8 avril 2003, p. 23 relative à la création d'un grand parc thématique en Espagne. Les autorités régionales de Valence avaient à cette fin créé une société publique (Parque Tematico de Alicante) chargée des démarches en vue de la construction du parc, de l'acquisition des terrains et des premiers travaux. Par la suite, une société privée a été créée (Terra Mitica s.a.), dans laquelle Parque Tematico détient environ 15 % du capital, le reste des actionnaires étant privé. Parque Tematico a consenti un prêt d'actionnaire à Terra Mitica s.a. que la Commission a estimé conforme aux conditions du marché sur la base, notamment, du constat que ce prêt a été accordé à une date très proche d'un prêt syndiqué, dont les prêteurs sont vingt-cinq entités financières commerciales (dix banques privées et quinze caisses d'épargne) et à un taux d'intérêt supérieur au taux du prêt syndiqué.

Il semble, toutefois, que la Commission ait infléchi sa pratique dans un sens plus restrictif en précisant que la similarité des taux d'intérêt, des frais de crédit et des conditions de remboursement entre un prêt public et un prêt privé ne prouve pas *en soi* que le créancier public se comporte comme un créancier opérant dans une économie de marché car c'est le contexte qui est déterminant. Tel est du moins ce qui ressort de la décision du 8 mai 2001 relative à la ligne de crédit accordée par la banque publique Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), le 1^{er} décembre 2000, en faveur du groupe Philipp Holzmann. Les taux d'intérêt et les frais de crédit étaient identiques à ceux du crédit accordé à l'entreprise par le consortium de banques créancières du groupe ; les conditions de remboursement ne différaient pas non plus. Toutefois, à l'automne 2000, lorsqu'il est apparu que la vente des biens immobiliers ne se déroulait pas comme prévu et que le crédit consorsial ne pourrait être remboursé, les banques créancières ont, dans leur propre intérêt, prolongé le délai de remboursement de ce crédit et accordé une nouvelle ligne de crédit. Le risque lié à leurs créances non recouvrées dans le cas d'une nouvelle défaillance de Holzmann était très élevé et elles n'avaient pas de meilleur choix que de continuer d'aider financièrement l'entreprise. En revanche, KfW n'était pas alors un créancier et n'avait donc aucun montant à recouvrer. L'octroi d'une ligne de crédit non garantie (c'est-à-dire qui n'est pas garantie par des actifs corporels ou incorporels ni assortie d'aucune autre garantie) était dès lors inadmissible. A cela s'ajoutait qu'aucune autre banque indépendante, c'est-à-dire n'appartenant pas au consortium des banques créancières, n'avait accordé de crédit à Holzmann ⁶⁹.

3. L'octroi de garanties

36. La Commission vérifie si une garantie comporte un élément d'aide en comparant les conditions auxquelles est accordée la garantie de l'Etat à celles que l'entreprise bénéficiaire obtiendrait sur le marché privé et surtout en déterminant si l'entreprise serait en mesure d'obtenir une caution privée.

Une garantie n'échappe à la qualification d'aide qu'à une double condition : d'abord, il doit être établi que l'entreprise aurait pu obtenir le prêt du secteur privé, compte tenu notamment du risque de voir cette garantie réalisée en cas de non-remboursement du prêt garanti ⁷⁰, sans une garantie de l'Etat ; ensuite, la garantie

⁶⁹ Dans le même ordre d'idées, il faut également veiller à ce que le prêt consenti à une entreprise ayant des difficultés économiques ne soit pas assorti d'un taux d'intérêt équivalent à celui qui aurait été applicable à une entreprise ne connaissant pas de telles difficultés, sauf à démontrer que le prêt est dûment garanti (voy. la décision du 19 février 2003 relative au prêt octroyé par l'Institut Català de Finanzas (ICF) en faveur de l'entreprise Puigero, *JO*, n° L 337, 23 décembre 2003, p. 14).

⁷⁰ La situation financière de l'entreprise joue donc un rôle important. Ainsi, dans l'affaire *Jadekost* du 5 octobre 2000 (aff. C-288/96, *Allemagne c. Commission*, *Rec.*, p. I-8237), la Cour a noté que l'entreprise était confrontée à de graves difficultés de trésorerie et que, après son arrivée sur le marché des produits surgelés à base de poisson, ce marché a connu un net effondrement de ses prix, de sorte que l'entreprise n'aurait pu obtenir le prêt en cause sans la garantie accordée par le Land de Basse-Saxe. De même, dans son arrêt du 13 juin 2000

doit être accordée contre le paiement par l'entreprise bénéficiaire d'une prime au taux commercial normal calculée en fonction du risque couru par un prêteur privé dans la même durée et dans les mêmes conditions.

En revanche, il y a aide lorsque, à défaut d'une telle garantie, l'entreprise bénéficiaire ne trouverait pas un établissement privé disposé à lui accorder un crédit quelles qu'en soient les conditions ⁷¹ ou lorsque, à supposer que l'entreprise ait pu trouver un garant privé, aucune prime n'a été payée à l'Etat pour la garantie.

B. L'acheteur/vendeur privé

37. Une dernière variante de la notion d'opérateur privé en économie de marché est celle de l'acheteur/vendeur privé en économie de marché ⁷². Dans ce cas, il s'agira, d'une manière générale, de vérifier si les contrats conclus par les pouvoirs publics constituent des « transactions commerciales normales ».

38. Cela suppose, d'abord, que les pouvoirs publics soient animés par des préoccupations commerciales. C'est ce qu'ont appris à leurs dépens les autorités britanniques qui, pour remédier à une défaillance des capacités de recyclage de papier journal, avaient lancé un appel d'offres inspiré de la procédure communautaire des

(aff. T-204/97 et T-270/97, *E.P.A.C.*, *Rec.*, p. II-2267), le Tribunal a constaté que l'entreprise E.P.A.C., qui avait bénéficié de la garantie, se trouvait dans l'incapacité d'assumer ses charges financières et devait restructurer son passif ainsi que ses capacités logistiques et salariales. En outre, le plan de rentabilisation économique et d'assainissement, lié à l'octroi d'un prêt couvert en partie par la garantie étatique, ne laissait entrevoir aucune amélioration de nature à rendre acceptable un tel avantage. En revanche, une situation financière saine, une garantie accordée pour une durée limitée, destinée à la réalisation d'un projet spécifique d'investissement ou d'expansion et ne couvrant pas la totalité du prêt sont autant de facteurs faisant échapper la mesure à la qualification d'aide. Pour un exemple, voy. la décision de la Commission relative au système de garanties du *Regeling bijzondere financiering aux Pays-Bas*, *JO*, n° C 202, 2 juillet 1997, p. 8.

⁷¹ Voy. par exemple, la décision de la Commission du 3 mars 1999 sur les aides accordées par l'Italie en faveur des entreprises touchées par la faillite de la Sirap SpA, *JO*, n° L 269, 19 octobre 1999, p. 29. Le mécanisme mis en place dans cette affaire autorisait les fournisseurs et créanciers de la Sirap, une entreprise publique chargée du développement économique en Sicile, à demander aux banques des prêts pour un montant équivalent au montant de leurs créances. L'obtention de ces prêts était subordonnée à la cession, à titre de garantie, des créances détenues envers Sirap et une garantie complémentaire était octroyée par la région aux bénéficiaires de la mesure. Selon la Commission, sans cette garantie complémentaire, ces derniers n'auraient vraisemblablement pas obtenu de prêts auprès d'organismes financiers. En effet, compte tenu de la faillite de la Sirap, il y avait peu de chance de récupérer une part significative des créances en question.

⁷² A noter que les ventes ne sont pas les seules opérations immobilières susceptibles de contenir des éléments d'aide. Voy. par exemple, la décision de la Commission du 13 février 2001 à l'égard des conditions dans lesquelles la société de développement NOM avait loué et renové un bâtiment pour le donner en sous-location à la société S.C.I. en attendant son installation définitive à Heerenveen, *JO*, n° L 186, p. 43 ou encore la décision de la Commission du 25 juillet 2001 relative aux conditions de location accordées par le Gemeentelijk Havenbedrijf à Reebok, un établissement faisant partie de la municipalité de Rotterdam, *JO*, n° L 2, p. 4.

marchés publics. La Commission a considéré que l'objet de l'appel d'offres était d'octroyer une subvention au recyclage des déchets de papier et que cette subvention s'expliquait par le fait que le recyclage du papier journal devait diminuer les déchets de papier et entraîner, par voie de conséquence, une réduction substantielle des déchets mis en décharge, permettant ainsi au Royaume-Uni de tenir ses engagements européens en la matière. Dès lors que la mesure du Royaume-Uni était justifiée non par les préoccupations commerciales qui animent un opérateur privé mais par des considérations de protection de l'environnement, elle était bien constitutive d'une aide ⁷³.

39. Il faut ensuite que l'Etat achète ou vende des biens ou des services au prix du marché ⁷⁴, ce qui sera généralement le cas si l'opération s'est effectuée dans le cadre d'une procédure d'offres publique, non discriminatoire, inconditionnelle et ayant fait l'objet d'une publicité suffisante.

Ces principes se retrouvent dans les recommandations générales rédigées par la Commission à l'intention des Etats membres qui vendent des terrains ou des bâtiments à des entreprises ⁷⁵. Ainsi, une vente au plus offrant ou à l'unique offrant, dans le cadre d'une procédure d'offre ouverte et inconditionnelle ayant fait l'objet d'une publicité suffisante, qui s'apparente à une vente publique, s'effectue par définition à la valeur du marché et donc ne recèle pas d'aide ⁷⁶. Lorsque la vente est effectuée sans passer par une procédure d'offre, il y a lieu de procéder à une évaluation par un ou plusieurs

⁷³ Décision du 23 juillet 2003 relative à l'aide d'Etat C 61/2002 que le Royaume-Uni envisage d'accorder à une installation de recyclage de papier journal dans le cadre du programme WRAP, 2003/814/CE, *JO*, n° L 314, 28 novembre.

⁷⁴ Le Tribunal a toutefois eu l'occasion de préciser, dans un arrêt du 28 janvier 1999, aff. T-14/96, *BAI c. Commission*, *Rec. p. II-139*, que le seul fait qu'un Etat membre achète des biens et des services aux conditions du marché ne suffit pas pour que cette opération soit considérée comme une transaction commerciale normale, s'il s'avère que l'Etat n'avait pas un besoin réel de ces biens et services. En l'espèce, il s'agissait d'un accord conclu entre les autorités basques et une société de *ferries* aux termes duquel les autorités signataires s'engageaient à acquérir un certain nombre de bons de voyage à utiliser sur la ligne maritime Bilbao-Portsmouth.

⁷⁵ *JO*, n° C 209, 10 juillet 1997, p. 3.

⁷⁶ Par exemple, voy. la décision de la Commission du 9 avril 2002, relative à la mesure d'aide exécutée par l'Allemagne en faveur d'opérations de la *Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen (LEG)* dans le secteur des complexes industriels, *JO*, n° L 66, 11 mars 2003, p. 36. La Commission y constate que pour toutes les opérations de vente et de locations contestées, une pancarte de chantier a été apposée pendant deux mois au moins. En outre, un prospectus, une annonce sur Internet ou dans la presse ont été réalisés ainsi que, parfois, une présentation du projet dans les foires/expositions régionales et suprarégionales. La vente a ainsi fait l'objet d'une publicité suffisante, tous les acquéreurs potentiels ayant pu être informés. Aucune limite n'a été fixée quant à l'utilisateur final, la vente est donc inconditionnelle. Dans la plupart des cas, un seul intéressé s'est présenté mais, lorsque ce n'était pas le cas, la vente s'est faite au plus offrant. La Commission en a conclu qu'aucun avantage économique n'a été conféré aux entreprises qui ont acquis les immeubles et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 87 CE.

experts indépendants ⁷⁷ chargés de fixer la valeur marchande du bien vendu ⁷⁸, qui doit normalement être le prix minimal de vente ⁷⁹. Si la vente est assortie, dans l'intérêt général, d'obligations spécifiques liées au terrain et au bâtiment – et non à l'acheteur et à ses activités économiques –, l'expert indépendant doit les évaluer et les déduire du prix. Lorsqu'un bien est vendu moins de trois ans après son acquisition par les pouvoirs publics, les coûts initiaux supportés par ces derniers à l'occasion de l'acquisition sont un paramètre de la valeur du marché et doivent normalement être répercutés sur l'acquéreur lors de la vente.

40. Dans le même ordre d'idées, en matière de privatisation, la Commission considère d'une manière constante que le prix de cession d'une participation publique ne contient aucun élément d'aide lorsque cette dernière est proposée à la vente et octroyée, sinon au plus offrant, au moins au « mieux offrant » ⁸⁰, à l'issue d'un appel d'offres ⁸¹

⁷⁷ Le choix du rapport sur lequel se fondent les autorités nationales est susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Ainsi, dans le cas de la vente par la municipalité de Maarheeze d'un terrain de trois hectares à la société Valmont, la Commission a relevé que le rapport avancé par les autorités néerlandaises évaluait l'intégralité de la zone industrielle, y compris les bâtiments, et n'était donc pas pertinent pour évaluer la valeur du bien tel qu'il avait été vendu par la municipalité, c'est-à-dire non bâti. La Commission s'est donc ralliée aux conclusions d'un deuxième rapport établi quelques années plus tard, qui se fondait sur les prix payés, à l'époque de la vente du terrain, lors d'autres ventes de terrains par la municipalité concernée et lors de la vente de terrains par d'autres propriétaires et qui avaient été fixés après une visite d'experts sur place pour se faire une idée de la situation, de l'accessibilité, de la qualité et de la valeur marchande du terrain. Décision de la Commission du 18 juillet 2001, *JO*, n° L 48, p. 20. Ce qui vaut pour les autorités nationales vaut pour la Commission : la priorité donnée par la Commission à un rapport par rapport à d'autres est aussi susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Dans un arrêt du 6 mars 2002, le Tribunal, constatant que la Commission avait attribué une importance décisive au prix avancé dans le rapport de Price Waterhouse et que les prix indiqués dans les trois autres rapports ne servaient qu'à vérifier la fiabilité du prix avancé par ce dernier, a estimé que la Commission avait agi de manière arbitraire car il n'y avait aucune raison d'accorder plus de poids à ce rapport qu'aux autres. Aff. jtes T-127/99, T-129/99 et T-148/99, *Territorio Historico de Alava e.a.*

⁷⁸ Il ne peut être fait appel à cette disposition dès lors que l'évaluation a lieu soit après le début des négociations soit après la transaction. Voy. décision de la Commission du 13 février 2001 concernant l'aide accordée par les Pays-Bas en faveur de S.C.I.-Systems, *JO*, n° L 186, p. 43 et décision de la Commission du 18 juillet 2001 concernant l'aide accordée par les Pays-Bas à Valmont Nederland BV, *JO*, n° L 48, p. 20. A noter que le « prix du marché » n'est pas égal au prix qu'un promoteur privé serait disposé à payer, mais plutôt au prix auquel ce promoteur serait disposé à vendre la même parcelle.

⁷⁹ Si ce prix ne peut être obtenu, un écart de 5 % peut être considéré comme reflétant la valeur du marché.

⁸⁰ Ainsi, dans l'affaire concernant les mesures mises à exécution par la France en faveur de TASQ SA, l'offre la plus avantageuse n'a pas été retenue compte tenu de la faiblesse de son financement (la garantie de financement produite n'étant pas conforme à la loi). Décision de la Commission du 3 mai 2000, *JO*, n° L 272, 25 octobre 2000, p. 29.

⁸¹ Pour des exemples, voy. la décision de la Commission du 13 juin 2000 relative à la mesure d'aide accordée par l'Allemagne à Kali und Salz, *JO*, n° L 44, 15 février 2001, p. 39 ;

ouvert, inconditionnel ⁸² et non discriminatoire. Les Etats membres ne sont, toutefois, pas tenus ⁸³ d'avoir recours à cette procédure. En l'absence d'une telle procédure, le prix peut contenir des éléments d'aide d'Etat, de sorte que la Commission doit vérifier le cas échéant si le prix de vente de la participation publique est approprié. Pour effectuer cette vérification, elle exige qu'une évaluation soit effectuée par un expert indépendant chargé de fixer la valeur marchande de l'entreprise cédée ⁸⁴.

4. Considérations finales

41. La crainte a pu être émise, particulièrement à l'issue de l'arrêt *WestLB* du 6 mars 2003 fixant le taux de rendement escompté au niveau de la rentabilité moyenne du secteur considéré, que la Commission par le biais du critère de l'investisseur privé ne cherche à exercer une influence déterminante sur la gestion des fonds publics

décision de la Commission du 14 mars 2000 relative à l'aide accordée par l'Allemagne en faveur de la société Elpro, *JO*, n° L 229, 9 septembre 2000, p. 44 ; décision de la Commission du 3 mai 2000 concernant les mesures mises à exécution par la France en faveur de TASQ SA, *JO*, n° L 272, 25 octobre 2000, p. 29.

⁸² Lors de la cession de l'entreprise allemande Staarbergwerke, la Commission a accepté l'argument du gouvernement allemand selon lequel seule une vente globale, c'est-à-dire incluant les activités de l'entreprise dans le secteur de la production de charbon et celui de la production d'électricité, était envisageable. En principe, lorsque les pouvoirs publics exigent que des activités distinctes soient vendues ensemble (« vente de grappes d'entreprises »), il ne s'agit pas d'une cession inconditionnelle et, partant, la présence d'une aide n'est pas exclue. En particulier, dans les cas où doivent être vendues ensemble une activité ayant une valeur positive et une activité ayant une valeur négative, la vente peut comprendre une aide en faveur de l'activité déficitaire. En l'espèce, la Commission a toutefois relevé que le secteur houiller ne constituait pas une entité juridique distincte et que, en outre, il existait des liens historiques et commerciaux entre ces différentes activités de la Staarbergwerke. Compte tenu de ces éléments, la Commission a considéré que la vente groupée se justifiait. Décision de la Commission du 7 mai 2002, *JO*, n° L 203, 1^{er} août 2002, p. 52.

⁸³ A noter cependant que la Commission n'a pas accepté l'argument des autorités françaises selon lequel il n'était pas économiquement justifié de lancer un appel d'offres compte tenu de l'étroitesse du marché des repreneurs potentiels (*JO*, n° C 111, 9 avril 1998).

⁸⁴ Voy. notamment la décision de la Commission du 21 juin 2000 sur l'aide en faveur de la société Siciliana Acque Minerali Srl, *JO*, n° L 272, 25 octobre 2000, p. 36. A défaut de procédure d'adjudication formelle, la Commission a constaté qu'une expertise indépendante avait été effectuée avant les négociations finales et que la vente s'était faite à un prix supérieur à la valeur marchande de l'entreprise déterminée par cette expertise. En revanche, s'agissant de l'opération de cession de l'entreprise Gotha Technik par la Bvs, la Commission a considéré, que en l'absence d'une procédure d'offre ouverte et d'une évaluation indépendante adéquate, elle ne pouvait considérer que le prix payé par l'investisseur (le mark symbolique) était effectivement le prix du marché ni exclure donc que l'opération ait recelé une aide en sa faveur. En ce qui concerne le montant de cette aide, la Commission s'est référée à la valeur de liquidation de l'entreprise, soit 1,173 million de DEM, décision de la Commission du 7 mai 2002 concernant une aide présumée de l'Allemagne en faveur de RAG AG dans le cadre de la privatisation de Saarbergwerke AG, 2002/631/CECA, *JO*, n° L 203, p. 52.

nationaux ⁸⁵. Certes, la Commission s'en défend ⁸⁶ mais le caractère marginal du contrôle juridictionnel des appréciations de la Commission n'en relance pas moins le spectre d'un « dirigisme communautaire » ⁸⁷.

Et cette crainte pourrait raviver le débat sur la question de l'opportunité du maintien du test de l'opérateur privé ⁸⁸.

42. L'abandon du critère de l'investisseur privé aurait pourtant des conséquences difficilement admissibles ⁸⁹. Il reviendrait en effet à dire que les interventions de l'Etat, selon les points de vue, soit seraient toujours autorisées en-dehors de tout contrôle de la Commission, lequel est pourtant inscrit à l'article 87 CE ; soit constitueraient une intrusion intolérable de l'Etat dans l'économie de marché et ne sauraient en aucun cas être autorisées, ce qui paraît peu compatible avec le constat, déjà réalisé par l'avocat général van Gerven dans l'affaire *ENI-Lanerossi*, que les intérêts du secteur privé et du secteur public peuvent être étroitement liés.

Dans ces conditions, le test de l'opérateur privé apparaît comme la moins mauvaise des solutions. Si l'instrument n'est pas parfait, au moins a-t-il le mérite de déterminer les contours et l'intensité du contrôle exercé par la Commission. A cela s'ajoute que si ce test permet de conclure à l'existence d'une aide, il est sans influence sur l'examen ultérieur de l'éventuelle compatibilité de l'aide. Il est donc inutile d'en exagérer les défauts. Plutôt que de le supprimer, il conviendrait de le clarifier. Les attentes à cet égard sont importantes et on formule l'espoir que les futures décisions de la Commission ne viennent pas les décevoir.

⁸⁵ M. HANSEN, A. VAN YSENDYCK and S. ZÜLKE, « The coming of age of EC State Aid law », *ECLR*, 2004, p. 209 et 210.

⁸⁶ Voy. communication de 1993 *préc.*, point 29. Pour un exemple, voy. la décision du 12 février 2004 concernant les avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à Ryanair, *préc.*, point 179.

⁸⁷ Selon l'expression de G. KARYFIS, « Le principe de l'opérateur économique privé, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87, par. 1 du Traité CE », *RTDE*, 2003, p. 389, spéc. p. 413.

⁸⁸ M. PARISH, « On the private investor principle », *ELR*, 2003, p. 70.

⁸⁹ Pour un exemple d'abandon du test de l'opérateur privé dans le secteur postal, voy. la contribution de E. Morgan de Rivery, dans le même ouvrage.

La condition de « sélectivité » de la mesure

Denis WAELBROECK ¹

1. Introduction

1. Le domaine des aides étatiques a connu une évolution spectaculaire ces dernières années. On assiste ainsi à un déluge de décisions de la Commission, d'affaires devant la Cour, de nouveaux règlements, communications, lignes directrices, encadrements et autres. Chaque année, plusieurs centaines d'aides sont notifiées à la Commission et les juridictions communautaires sont amenées à rendre toujours d'avantage d'arrêts.

2. Au début, lors des premières affaires, les questions soulevées concernaient généralement la procédure. Désormais, la Cour est confrontée en plus à de nombreuses questions de fond, et ce pour deux motifs.

D'abord, à l'origine, la Commission s'attaquait à des aides « évidentes » accordées à une entreprise donnée, sous forme de subsides. Désormais, elle a tendance à s'attaquer à des aides plus indirectes, sous forme de mesures fiscales, sociales, ou autres. Ensuite, les articles 87 et 88 du traité CE comblent une lacune dans le traité, lequel concerne surtout les distorsions de concurrence créées par les entreprises (articles 81 et 82) et moins par les Etats membres (les articles 10 et 3g offrant à cet égard des possibilités limitées). Il en résulte un intérêt particulier pour la Commission de voir jusqu'où elle peut pousser l'application des articles 87 et 88 CE.

3. A cet égard, la question de la « sélectivité » de la mesure devient de plus en plus importante et c'est à cette question que nous consacrerons la présente contribution.

¹ Associé Ashurst, Bruxelles ; professeur à l'Université libre de Bruxelles et au Collège d'Europe de Bruges.

2. Quand une mesure est-elle sélective et non générale ?

4. Il n'y a aide que si la mesure est sélective et non générale. Il faut en effet, selon l'article 87 CE, que la mesure favorise « certaines entreprises ou certaines productions ». Il résulte ainsi de ce critère qu'une mesure fiscale générale – même si elle implique une perte de ressources pour l'Etat et un avantage pour les entreprises – n'est pas une aide, dès lors qu'elle profite indistinctement à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire national ². En l'attente d'une harmonisation en la matière, les Etats membres restent libres de définir leur politique fiscale (sociale ou autre), pour autant que les mesures en cause ne favorisent pas sélectivement certaines entreprises.

5. Il s'agit ici sans doute d'un des critères les plus délicats de la notion d'aides. Selon l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer ³, il est souvent « difficile de tracer la ligne de démarcation entre les mesures qui peuvent constituer des subventions publiques et les mesures qui relèvent de l'économie fiscale générale d'un Etat. Tout système de bonification fiscale a pour effet d'exonérer un ensemble ou une catégorie de contribuables des obligations que comporte le régime commun ». Or, il est d'autant plus difficile de tracer cette ligne de démarcation que même des mesures générales bénéficieraient rarement également à tous.

6. M. Sussman ⁴ souligne à cet égard que « *no government benefit is used by every citizen ; all accrue to specific sectors. For example, paved roads are mainly used only by vehicle drivers, and in developing countries, large portions of the population may gain little from such benefits ; government support of employee training, such as the United States providers, accrues only to industries that have such programs ; and government provision of copper at prices just slightly above cost is a benefit which accrues only to users and consumers of copper* ».

7. La Commission admet à cet égard que, par exemple, l'aménagement d'un parc de stationnement public ne favorise normalement pas une société particulière et ne constitue pas une aide. Il en irait autrement toutefois s'il devait apparaître qu'une société déterminée est le bénéficiaire principal et le principal utilisateur du parc en question ⁵. Ainsi, si le parc est situé sur le site de l'entreprise en cause et séparé de la rue par un grillage, aucun passant ne supposera qu'il s'agit d'un parc de stationnement public, de sorte qu'il y aura bien aide. En revanche, si des entreprises voisines utilisent partiellement le parc, ce dernier devient partiellement public, avec la conséquence que

² Arrêt du 8 novembre 2001, aff. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Rec.*, p. I-8365.

³ Arrêt du 19 mai 1999, aff. C-6/97, *Italie c. Commission, Rec.*, p. I-2981, point 27.

⁴ Cité par l'avocat général Darmon dans ses conclusions dans l'affaire *Sloman Neptun*, aff. jtes C-72 et 73/91, *Rec.*, p. I-887.

⁵ Voy. par exemple la décision de la Commission du 18 juillet 2001, concernant l'aide accordée par les Pays-Bas à Valmont Nederland BV, *JO*, n° L 48, p. 20. Cette décision a été annulée par le Tribunal de première instance (arrêt du 16 septembre 2004 dans l'affaire T-274/01) en raison de l'absence d'un avantage avéré. Le Tribunal ne s'est pas prononcé sur la question du caractère sélectif de la mesure, mais semble indiquer implicitement qu'il était d'accord avec la Commission sur ce point.

l'entreprise en cause n'aurait dû – aux yeux de la Commission – subvenir qu'à une partie des frais du parc.

Cet exemple démontre toute la difficulté du raisonnement. Jusqu'où les entreprises bénéficient-elles d'aides parce que des routes ou autres travaux d'infrastructures sont effectués près de leurs usines ?

8. Et la question est, en pratique, beaucoup plus large que celle des travaux d'infrastructures ; elle peut se poser en matière de politique fiscale, industrielle, sociale, monétaire, d'emploi, d'éducation, de formation ou autre.

9. Ainsi, si on examine les législations fiscales, elles différencient entre des situations les plus diverses. A titre d'exemple, toutes se caractérisent par la progressivité de l'impôt, alors qu'une telle progressivité favorise nécessairement ceux qui ont moins de revenus ; est-ce pour autant une aide et la Commission pourrait-elle par exemple estimer qu'une progressivité trop faible favorise les entreprises les plus profitables, ou une progressivité trop élevée favorise les moins profitables ?

10. De même, que penser des amnisties fiscales qui ne concernent que ceux qui ont fraudé l'impôt aux dépens des autres ? Qu'en est-il des transactions qui impliquent des renoncements à des taxes dues en faveur de particuliers ? Quid des « écotaxes » qui favorisent les produits « écologiques » par rapport aux autres ? Et la liste d'exemples pourrait être poursuivie à l'infini.

11. La jurisprudence énonce que, même si une mesure est « apparemment générale », il faut encore examiner si celle-ci ne favorise pas en fait certaines entreprises ou activités. Ainsi, dans son arrêt *CETM*⁶, le Tribunal de première instance a souligné qu'il importe peu que le régime en cause ne soit pas conçu au départ comme s'appliquant à certains bénéficiaires en particulier, et qu'il soit soumis à certains critères objectifs, dans le cadre d'un budget général. Pour qu'il y ait aide, il suffit, selon le Tribunal, que, en raison des critères en cause, le régime procure un avantage à certaines entreprises ou à la production de certains biens à l'exclusion d'autres.

12. De plus, la jurisprudence souligne que ni le nombre élevé d'entreprises bénéficiaires ni la diversité et l'importance des secteurs auxquels ces entreprises appartiennent ne suffisent à considérer une initiative étatique comme une mesure générale de politique économique. La seule question est bien de savoir s'il y a un avantage pour certaines entreprises par rapport à d'autres.

13. Il reste cependant que le concept de sélectivité est étroitement lié à celui des discriminations. Or, il n'y a de discrimination qu'en cas de traitement différent de situations identiques. Si les situations sont au départ différentes, il paraît normal de ne pas les traiter de la même manière.

14. Une certaine flexibilité existe cependant. Ainsi, il est admis qu'il n'est pas nécessairement interdit de prévoir des mesures par lesquelles l'autorité dispose d'une certaine *marge d'appréciation* quant à leur application. Si l'autorité a une

⁶ Arrêt du 29 septembre 2000, aff. T-55/99, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) c. Commission, Rec.*, p. II-3207, point 40.

telle discrétion, il n'y a mesure « sélective » que si l'autorité utilise cette marge d'appréciation autrement qu'un investisseur privé ne l'aurait fait ⁷.

15. En revanche, si l'autorité a le pouvoir de moduler le montant ou les conditions d'octroi de l'avantage fiscal en fonction de chaque projet, la mesure est *per se* sélective, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si le comportement de l'administration fiscale revêt concrètement un caractère arbitraire ⁸.

16. Ainsi, par exemple, dans sa décision du 18 juillet 2001 concernant l'aide à la formation belge en faveur de la Sabena ⁹, la Commission a considéré que des actions de formation concernant des salariés de la compagnie Sabena organisées et prises en charge par l'Office flamand du placement et de la formation étaient des aides d'Etat, compte tenu du pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités régionales quant au choix des entreprises bénéficiaires.

17. Tout comme le traité CE, l'accord sur les subventions et mesures compensatoires de l'OMC du 15 avril 1994 contient un critère de spécificité, mais dont l'application est plus stricte. Ainsi, il y est satisfait pour peu qu'il n'y ait pas de marge d'appréciation de l'autorité ¹⁰. Il en résulte qu'une subvention n'est pas réputée spécifique lorsqu'elle est fondée sur des critères ou des conditions « neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui sont de caractère économique et d'application horizontale ». Le Tribunal de première instance a cependant estimé qu'il importait peu que le concept de sélectivité ait une portée légèrement différente dans l'accord OMC sur les subventions et mesures compensatoires ¹¹. En effet, l'article 87, par. 1^{er}, CE se réfère à un concept plus général que le concept de « subvention » de l'OMC. C'est donc au regard du traité CE et non de celui de l'OMC que le critère doit s'apprécier.

3. Principales applications du critère de sélectivité

18. On ne peut assez souligner combien le critère de sélectivité dans l'article 87 CE est très général et connaît de multiples applications.

⁷ Voy. par exemple les arrêts de la CJCE du 1^{er} décembre 1999, aff. C-200/97, *Ecotrade* (« loi Prodi »), *Rec.*, p. I-7907, points 39-41 et du 27 juin 1999, aff. C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport S.A. (DMT)*, *Rec.*, p. I-3913, point 27. Voy. également l'arrêt du 29 avril 1999, aff. C-342/96, *Espagne c. Commission* (« Fogasa-Tubacex »), *Rec.*, p. I-2459.

⁸ Arrêt du 6 mars 2002, aff. jtes T-127/99, T-129/99 et T-148/99, *Territorio Histórico de Alava e.a. c. Commission*, *Rec.*, p. II-1275.

⁹ *JO*, n° L 249, p. 21. La Commission a ensuite cependant considéré que ces aides étaient compatibles avec le marché commun.

¹⁰ L'article 2 de l'accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires établit toutefois que nonobstant l'apparence de non-spécificité qui pourrait résulter de l'application de ce principe, « [s'] il y a des raisons de croire que la subvention peut en fait être spécifique, d'autres facteurs pourront être pris en considération ». L'article 2.1 (c) de cet accord énumère une série non limitative de facteurs supplémentaires qui peuvent déterminer le caractère spécifique de la subvention.

¹¹ Arrêt du 29 septembre 2000, aff. T-55/99, *op. cit.*, point 50, toute personne physique ou PME acquérant un véhicule neuf et répondant à certaines conditions avait droit à l'aide.

A. Aide octroyée à une entreprise donnée

19. Dans ce cas, le critère est normalement satisfait, sauf si l'application du traité peut être exclue pour d'autres motifs. (Ainsi, dans le cas d'une aide par exemple à La Poste dans le cadre du secteur réservé, il n'y a pas de restriction de concurrence à défaut de virtualité de concurrence dans ce secteur non encore libéralisé).

B. Aide octroyée à certaines catégories d'entreprises

20. Le critère de sélectivité est également satisfait si l'aide est octroyée, à certaines entreprises, en fonction de leur dimension, leur caractère public, ou du type de main-d'œuvre qu'elles emploient. Tel est le cas par exemple d'aides octroyées :

- aux « grandes » entreprises ¹² : ainsi, dans l'affaire des territoires historiques basques, le Tribunal a estimé qu'en limitant l'application du crédit d'impôt aux investissements en immobilisations corporelles neuves excédant 2,5 milliards ESP, les autorités basques ont réservé l'avantage fiscal en cause aux grandes entreprises ¹³ ;
- aux PME ¹⁴ ;
- aux entreprises *manufacturières*, par opposition à celles qui offrent des services ¹⁵ ;
- aux *entreprises publiques*, par opposition aux entreprises privées.

21. A cet égard, il peut y avoir « sélectivité », même dans le cas d'une mesure qui – bien que générale et excluant tout comportement discrétionnaire ou arbitraire dans son application par l'administration – favorise *de facto* certains types d'entreprises. Ainsi, l'emploi de critères objectifs tels que la réduction des cotisations sociales pour les travailleurs de *sexe féminin*, peut en réalité favoriser les entreprises employant presque exclusivement de la main-d'œuvre féminine, par exemple dans les secteurs textile et de la confection ¹⁶.

C. Aides sectorielles

22. Le critère de sélectivité est aussi satisfait si l'aide est *sectorielle*, en ce sens qu'elle vise des aides à une industrie particulière comme le textile, le transport, la sidérurgie, ou toute autre industrie ¹⁷.

¹² Arrêt du 1^{er} décembre 1999, aff. C-200/97, *op. cit.*, points 39 à 41.

¹³ Arrêt du 6 mars 2002, aff. jtes T-127/99, T-129/99 et T-148/99, *op. cit.*

¹⁴ Arrêt du 29 septembre 2000, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) c. Commission*, *op. cit.*

¹⁵ Arrêt du 8 novembre 2001, aff. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, *op. cit.* Sur les hésitations que la Commission et la Cour ont pu avoir à l'égard de mesures qui ne sont pas proprement sectorielles, mais qui s'appliquent en fait à tout un pan de l'économie, comme « les entreprises manufacturières », voy. J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 1999, p. 25.

¹⁶ Arrêt du 14 juillet 1983, aff. 203/82, *Commission c. Italie*, *Rec.*, p. 2525.

¹⁷ Voy. par exemple l'arrêt du 2 juillet 1973, aff. 173/73, *Italie c. Commission*, *Rec.*, p. 709.

D. Aide en faveur de certaines activités déterminées

23. Le critère joue également si l'aide favorise *certaines activités déterminées*, telles que *l'exportation*, même si elle peut en théorie bénéficier à tous ¹⁸. La raison en est qu'une telle mesure favorise en fait les entreprises exportatrices et constitue donc une aide en leur faveur.

E. Aides régionales

24. Le critère est incontestablement rempli si l'aide est *régionale* : tel est le cas par exemple des aides aux nouveaux Länder d'Allemagne ¹⁹.

Mais qu'en est-il des mesures fiscales ou autres décidées par des *autorités décentralisées* dans le cadre de leurs *pouvoirs constitutionnels* ? Si la fiscalité est régionalisée, y a-t-il toujours aide ? Ainsi la Commission a-t-elle soutenu que le régime fiscal de Gibraltar est une aide car le taux d'imposition diffère de celui du Royaume-Uni ²⁰ ! La même thèse a été soutenue par la Commission dans sa décision du 10 mai 1993 sur les aides à l'investissement au Pays basque. Dans cette affaire ²¹, les trois « *Territorios Históricos* » du Pays basque plaidaient que la Commission avait méconnu leur compétence constitutionnelle en matière fiscale. Le Tribunal a éludé la question, considérant que la mesure était sélective non pas parce qu'elle était limitée territorialement, mais dans la mesure où elle était limitée aux grandes entreprises et où il y avait marge d'appréciation dans l'octroi de l'aide ²². Cette question est soulevée dans le récent recours de la Belgique contre le règlement aides à l'emploi ²³. A mon avis, la Commission ne peut pas ignorer les réalités constitutionnelles des Etats membres. De même que des différences fiscales entre Etats membres sont admises en l'absence d'harmonisation, des différences régionales doivent être admises si elles résultent de la répartition des pouvoirs au sein des Etats membres.

25. D'une manière plus générale, une mesure peut-elle être considérée comme « spécifique », dans la mesure où elle ne s'étend pas *en dehors du territoire dont l'autorité a la responsabilité* ? Cette question s'est posée notamment dans l'affaire des aides à l'achat de véhicules industriels ²⁴. La Commission avait estimé le régime

¹⁸ Arrêts du 10 décembre 1969, aff. jtes 6 et 11/69, *Commission c. France, Rec.*, p. 523 et du 7 juin 1988, aff. 57/86, *Grèce c. Commission, Rec.*, p. 2855.

¹⁹ Arrêt du 19 septembre 2000, aff. C-156/98, *Allemagne c. Commission* (« *Einkommensteuergesetz* »), *Rec.*, p. I-6857, points 23 et 34.

²⁰ Décisions SG (2001) D/289755 et SG (2001) D/289757 de la Commission, du 11 juillet 2001, ouvrant la procédure prévue à l'article 88, par. 2, CE à l'égard des réglementations de Gibraltar sur les sociétés exemptées et les sociétés qualifiées.

²¹ Arrêt du 23 octobre 2002, aff. jtes T-269, T-271, T-272/99, *Territorios Históricos de Guipúzcoa, Álava y Vizcaya c. Commission, Rec.*, p. II-4217.

²² Voir aussi l'arrêt du TPI du 6 mars 2002, *Territorio Histórico de Álava e.a. c. Commission, op. cit.*

²³ Affaire C-110/03. Recours introduit le 10 mars 2003 contre la Commission des Communautés européennes par le Royaume de Belgique, *JO*, n° C 112, 10 mai 2003, p. 14 et 15.

²⁴ Arrêt du 26 septembre 2002, aff. C-351/98, *Espagne c. Commission, Rec.*, p. I-8031.

discriminatoire, parce que *ne s'appliquant pas aux entreprises non situées sur le territoire espagnol*. La Cour de justice a annulé cette décision au motif qu'« une mesure de soutien à des investissements pris par une autorité publique ne s'applique, par définition, qu'à l'égard du territoire dont cette dernière a la responsabilité et il ne saurait lui être reproché de ne pas en faire bénéficier des entreprises non établies sur ce territoire, celles-ci étant dans une situation tout à fait différente à son égard de celles établies sur ledit territoire »²⁵.

F. Aides liées à un critère temporel

26. Il y a encore sélectivité si une mesure est applicable aux seules *entreprises créées après une certaine date*, excluant de ce fait les entreprises existant auparavant²⁶.

Une mesure *limitée dans le temps* est également susceptible de constituer une aide. La mesure doit en tous cas avoir une certaine permanence dans le temps, même si ceci ne veut pas dire que la mesure doit être absolument illimitée dans le temps. Dans l'affaire *Ladbroke*²⁷, le Tribunal a ainsi indiqué qu'une exigence de durée illimitée dans le temps engendrerait « de telles incertitudes lors de l'application de l'article 92 [devenu article 87], que ce critère ne serait pas conforme au principe de la sécurité juridique ».

A cet égard, il est aussi établi qu'un Etat ne saurait écarter l'application de l'article 87 CE, au motif que la mesure concernée n'a été introduite, à titre expérimental dans un premier temps, qu'en faveur de certaines entreprises, en vue de sa possible généralisation ultérieure²⁸.

G. Transactions fiscales

27. Le critère de la sélectivité est-il rempli dans le cas de *transactions fiscales* entre les autorités fiscales d'un Etat membre et des entreprises individuelles ? La Commission considère qu'une telle conclusion est possible et a récemment ouvert la procédure prévue à l'article 88, par. 2, CE à l'encontre de la Belgique dans une affaire concernant un accord signé entre le fisc belge et la société Umicore pour transiger un litige en matière de TVA²⁹.

Le raisonnement de la Commission dans cette décision sur la question de la sélectivité est particulièrement bref. Elle avance simplement que l'accord ne concernait qu'une entreprise et était donc par définition sélectif.

²⁵ Point 57 de l'arrêt.

²⁶ Voy. par exemple la décision de la Commission du 11 juillet 2001, concernant le régime d'aides d'Etat mis à exécution par l'Espagne en faveur de certaines entreprises nouvellement créées dans la province de Guipúzcoa, *JO*, n° L 174, 4 juillet 2002, p. 31.

²⁷ Arrêt du 27 janvier 1998, aff. T-67/94, *Ladbroke c. Commission, Rec.*, p. II-1, points 56 et 78.

²⁸ Décision du 9 avril 1997 concernant les aides accordées par la France aux secteurs du textile et de l'habillement, du cuir et de la chaussure, *JO*, n° L 334, 5 décembre 1997, p. 25, point VII.

²⁹ Décision de la Commission du 7 septembre 2004 dans l'affaire C-76/03, *JO*, n° C 223, p. 2.

Il semble qu'en examinant si la mesure en question bénéficiait à certaines entreprises, la Commission se soit trompée ici de point de comparaison. En effet, il est évident qu'aucune autre société n'aurait conclu le même accord avec le fisc belge, étant donné que l'accord concernait des faits et transactions particulières. L'approche que la Commission aurait dû adopter aurait été de voir si la procédure applicable à Umicore était ouverte à d'autres sociétés se trouvant dans une situation similaire.

De manière plus générale, l'approche de la Commission paraît problématique car elle pourrait décourager les autorités fiscales de chercher une solution à des litiges en matière de TVA sans avoir recours à une procédure devant les Tribunaux, puisque de tels accords pourraient toujours être ensuite contestés par la Commission. En effet, la présente affaire s'attaque au mécanisme même des transactions fiscales qui est pourtant largement répandu et essentiel au bon fonctionnement de la perception de l'impôt par toute administration fiscale. Ceci ne concerne pas seulement le domaine de la TVA, mais aussi d'autres domaines du droit fiscal comme, par exemple, les impôts sur le revenu. S'opposer à un tel mécanisme reviendrait à obliger les autorités fiscales à défendre en justice tout cas controversé.

Si la Commission entend désormais s'attaquer à un tel mécanisme, elle devra elle-même, afin de juger de l'application matérielle du droit, se substituer dans chaque cas au juge national en se basant sur tous les faits du dossier en cause afin de pouvoir juger si elle serait arrivée au même résultat que l'administration nationale. La Commission agirait en quelque sorte en tant que « juge d'appel » des décisions de cette administration. On peut se demander si un tel contrôle général de la jurisprudence des Etats membres entre bien dans la compétence de la Commission.

Enfin, si la Commission décidait de qualifier un accord fiscal comme aide d'Etat, cela aurait comme conséquence, particulièrement lourde à gérer, que tout accord similaire serait potentiellement qualifié d'aide au sens de l'article 87 CE. Les administrations fiscales des Etats membres devraient alors notifier ces accords systématiquement afin d'éviter des procédures comme dans l'affaire *Umicore*. Ceci signifierait des milliers de notifications par année. Il va de soi qu'un tel résultat ne peut pas être le but des règles concernant les aides d'Etat.

H. Aides aux holdings et centres de coordination

28. L'article 87 CE appréhende-t-il aussi une mesure s'appliquant à certaines *formes de sociétés* telles que les holdings ? Selon la communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises ³⁰, la condition de sélectivité serait remplie lorsque « certains avantages fiscaux sont (...) limités à certaines formes d'entreprises, à certaines de leurs fonctions (services intra-groupe, intermédiation ou coordination) ou certains types de productions ».

³⁰ JO, n° C 384, 10 décembre 1998, point 20. Voy. aussi le rapport de la Commission sur l'expérience acquise en cette matière sous : <http://www.europa.eu.int>.

Aucun précédent jurisprudentiel n'existe à cet égard, et ce d'autant moins lorsque la mesure est destinée à tenir compte des particularités de fonctionnement propres aux formes d'entreprises qu'elle vise.

La Commission n'en a pas moins ouvert le 11 juillet 2001 la procédure formelle d'examen prévue par l'article 88, par. 2, du traité à l'encontre de onze régimes de taxation des entreprises dans huit Etats membres ³¹. Elle s'attaquait ainsi pour la première fois aux mesures fiscales régissant certaines formes d'entreprises ou certaines fonctions (telles que coordination, gestion de trésorerie, activité intra-groupes, caractère multinational, ou activités offshore). Ceci n'est d'ailleurs pas resté sans réaction, puisque certaines de ces décisions d'ouverture ont été attaquées devant le Tribunal de première instance ³².

Bien que certains régimes en cause aient comporté des éléments de « sélectivité » classiques, telles qu'aides régionales ou basées sur la nationalité ou l'implantation des entreprises ³³, la Commission est allée un pas plus loin en s'opposant en particulier au fait que le calcul du coût de revient majoré (« *cost plus* ») de certains régimes de type « centres de coordination » ou « quartiers généraux » n'incluait pas tous les coûts et/ou en raison des modalités de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale dans le cadre de ces régimes ³⁴.

La Commission estimait que ces régimes – pourtant approuvés par elle antérieurement dans le cas de la Belgique – avaient eu pour effet de favoriser l'implantation, en particulier en Belgique et aux Pays-Bas, de centaines de centres de coordination bénéficiant d'une taxation favorable. La Commission s'y est donc attaquée, en faisant pour la première fois application de sa nouvelle conception de la notion de « spécificité », telle qu'énoncée dans sa communication sur la fiscalité

³¹ IP/01/982.

³² Voy. par exemple, les arrêts du 30 avril 2002, aff. jtes T-195/01 et T-207/01, *Gouvernement de Gibraltar c. Commission*, Rec., p. II-2309.

³³ Certaines mesures sont des aides régionales classiques (tel que dans le cas du régime fiscal du centre de Trieste qui prévoit des exonérations fiscales uniquement en faveur des entreprises implantées à Trieste et exerçant une activité financière dans les pays d'Europe centrale et orientale ou ceux issus de l'ancienne Union soviétique). D'autres mesures sont des aides classiques basées sur la nationalité (tel qu'en Suède le régime fiscal spécial en matière de détermination du bénéfice imposable limité aux seules entreprises d'assurance non suédoises).

Certaines mesures encore s'appliquent aux groupes de sociétés répondant par exemple à certains critères en termes d'implantation géographique internationale (à cet égard, le régime néerlandais des « activités de financement international » permet aux groupes de sociétés établis dans au moins quatre pays ou deux continents de constituer certaines réserves en franchise d'impôt ; la Commission s'oppose en particulier au fait que ce régime, qui ne comporte aucune limitation sectorielle, ne soit pas accessible aux sociétés ou groupes de sociétés ne répondant pas auxdits critères).

³⁴ L'on notera toutefois que l'application de méthodes alternatives de détermination de la base imposable du type coût de revient ne pose pas de problème de principe du point de vue des aides d'Etat. Elles sont d'ailleurs, dans un autre contexte, recommandées par l'OCDE.

directe, c'est-à-dire en l'étendant à toute mesure ne s'appliquant qu'à certaines formes d'entreprises ou à certaines de leurs fonctions et ce – comme il a été dit – en dehors de tout précédent décisionnel ou jurisprudentiel clair.

Or, il est manifeste que les régimes fiscaux concernant les entreprises multinationales répondent en pratique – dans une large mesure – à une logique spécifique propre aux particularités et contraintes auxquelles elles obéissent. Ils s'inscrivent ainsi généralement dans le contexte de lutte contre l'évasion fiscale résultant de manipulations sur les prix de transfert, ayant pour effet de transférer certains bénéfices imposables depuis une société du groupe vers une autre où la taxation est inférieure³⁵. Ils n'ont donc pas nécessairement pour but ni pour effet d'accorder des réductions d'impôts à quelques catégories de contribuables seulement. En revanche, dans le cadre de régimes fiscaux de droit commun, ils facilitent l'imposition d'un certain type d'activités pour lesquelles un bénéfice commercial basé sur des prix de transfert correct est plus difficile à déterminer.

C'est pourquoi d'ailleurs le rapport du groupe Code de conduite sur les mesures de concurrence fiscale dommageables présenté au Conseil Ecofin du 29 novembre 1999 requiert précisément que les sociétés prestant des services intra-groupes et obtenant un agrément fiscal préalable sur les prix de transfert appropriés appartiennent à des groupes internationaux³⁶.

Pour les mêmes motifs, les membres de l'OCDE ont convenu qu'il était important de traiter en principe chaque entreprise faisant partie d'un groupe multinational comme une entité distincte, chacune étant imposée individuellement sur les revenus qu'elle réalise effectivement.

Pour asseoir correctement l'impôt dans chaque pays (sans manipulation sur les « prix de transfert »), ainsi que pour limiter – dans la mesure du possible – les doubles impositions, les membres de l'OCDE ont convenu de retenir ce qu'on appelle le « principe de pleine concurrence » en tant que « norme internationale », pour déterminer les prix de transfert à des fins fiscales. L'idée est que les différents membres du groupe sont imposés comme s'ils opéraient en pleine concurrence dans leurs transactions internes au groupe. A cet effet, les Etats membres de l'OCDE peuvent choisir parmi plusieurs méthodes pour déterminer les prix de transfert, telle que la méthode de prix comparables sur le marché libre, ou alternativement la méthode du prix de revient majoré (aussi dite « *cost plus* »³⁷).

³⁵ Entre deux sociétés établies dans un même Etat, des prix de transfert ne constituent normalement pas un problème fiscal puisque la charge déduite chez l'une des sociétés constituera un résultat chez l'autre, imposable dans le même Etat.

³⁶ Voy. point n° 43 du rapport du groupe Code de conduite.

³⁷ Pour davantage de détails, voy. « Principes applicables en matière de prix de transfert », OCDE, 1995, mis à jour en 1998. La méthode du « *cost plus* » est une méthode alternative de taxation, qui vise normalement à surmonter la difficulté d'évaluer les transactions commerciales transfrontières entre sociétés appartenant à un même groupe et à limiter les possibilités d'évasion fiscale. Dans la méthode du « *cost plus* », le bénéfice imposable est obtenu en appliquant à toutes les dépenses (le « *cost* ») du centre de coordination une marge (le « *cost plus* ») exprimée en pourcentage.

Or, on peut se demander si de telles règles, qui relèvent de la pure technique fiscale, et qui sont applicables à tous les contribuables qui se trouvent confrontés à des facturations intra-groupes, peuvent réellement être assimilées – comme l’indique la Commission – à des mesures « sélectives » du seul fait qu’elles s’appliquent à une catégorie spécifique d’entreprises qui soulève des problèmes différents d’autres entreprises et qui dès lors requièrent des solutions fiscales propres ? Et si même la mesure est spécifique, n’est-elle pas justifiée par la nature et l’économie du système ?

Si de telles mesures sont spécifiques, on peut s’interroger sur la liberté qu’ont encore les Etats membres de définir les conditions de leur régime fiscal applicables à de telles entreprises qui sont soumises à des contraintes propres et plus particulièrement si la Commission entend par le biais du régime en matière d’aides d’Etat harmoniser l’ensemble des règles nationales applicables dans cette hypothèse.

Il est significatif d’ailleurs que depuis le lancement de ces procédures, la Commission a admis que le simple recours à des mesures spécifiques pour les groupes multinationaux, telles que la définition de règles « *cost plus* », bien que spécifiques, n’engendre pas dans son principe des aides d’Etat ³⁸.

La Commission n’en utilise pas moins l’article 87 du traité pour contrôler chaque modalité du système, par exemple lorsque certaines dépenses sont insuffisamment prises en considération ou lorsqu’une marge trop faible est applicable. Par exemple, dans une décision du 16 octobre 2002 sur les centres de coordination au Luxembourg ³⁹, elle a accepté la méthode « *cost plus* » mais en a contesté les modalités. De même, pour les centres de coordination belges, la Commission reproche au système de prévoir les recours à des marges présumées de 8% sans vérifier si de telles marges correspondent à la réalité ; elle se plaint encore de ce que certains coûts opérationnels sont exclus des coûts des centres lorsque les profits taxables sont établis. Enfin, les centres sont exclus de certaines taxes (immobilières, de capital, précomptes immobilier). L’article 87 ne

³⁸ La Commission a ainsi reconnu que « cette méthode de taxation ne constitue pas en soi une aide d’Etat », mais elle estime que « son application pratique peut engendrer une telle aide, par exemple lorsque certaines dépenses ne sont pas prises en considération pour la détermination du bénéfice imposable ou que l’on applique une marge trop faible » (voy. IP/02/1236). Selon M. Hocine, fonctionnaire à la direction générale Concurrence de la Commission, « l’application de méthodes alternatives de détermination de la base imposable du type coût de revient majoré (*cost plus*) (...) ne pose pas de problème de principe au point de vue des aides d’Etat. Elles sont par ailleurs, dans un autre contexte, recommandées par l’OCDE. Cependant, le recours à de telles méthodes ne saurait avoir pour objectif de réduire la base imposable des entreprises assujetties par rapport aux entreprises soumises au régime fiscal généré. C’est parce que tous les coûts n’étaient pas inclus dans le calcul *cost plus* de certains régimes de type « centre de coordination » ou « quartiers généraux » et/ou en raison des modalités de l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’administration fiscale dans le cadre de ces régimes que la Commission a ouvert la procédure formelle d’examen dans cinq cas répartis dans quatre Etats membres (France, Luxembourg, Allemagne, Espagne) ». Voy dans le même sens, P. GREEN, « Coordination centres : the end of an era ? Not quite... », *Competition Policy Newsletter*, été 2003, p. 23.

³⁹ Décision de la Commission 2003/501/CE du 16 octobre 2002 (« Centres de coordination au Luxembourg »), *JO*, n° L 170 du 9 juillet 2003, p. 20.

devient-il pas ainsi en pratique la base d'une réelle harmonisation des règles fiscales qu'il n'est pourtant pas censé être ? Si tous les centres de coordination bénéficient du même régime fiscal, où se situe l'aide ? Le simple fait qu'un régime fiscal soit plus favorable dans un Etat membre qu'un autre ne signifie certainement pas qu'il y a aide. Une certaine concurrence fiscale entre Etats membres n'est d'ailleurs pas en elle-même nécessairement à condamner.

De plus, la Commission continue à considérer qu'une mesure réservée par exemple aux « holdings » est une mesure « spécifique », pour peu qu'on ne puisse – comme dans le cas des règles « *cost plus* » – établir qu'elles répondent à une particularité des sociétés en cause. Tel a été le cas par exemple de la procédure contre les « holdings milliardaires » au Luxembourg ou contre les centres de coordination en Belgique ⁴⁰.

Ainsi, la Commission a invité, sur la base de l'article 17, par. 2, du règlement 659/1999 portant modalités d'application de l'article 88 du traité ⁴¹, quatre autres Etats membres à supprimer des avantages fiscaux existants ⁴² qui, à ses yeux, ne sont plus justifiés en raison des changements économiques intervenus au sein du marché unique. Cela concerne notamment les centres de coordination belges, dont le régime fiscal n'a à l'origine pas été considéré en 1984 – et puis de nouveau en 1987 – par la Commission comme constituant une aide ⁴³. Une procédure formelle d'examen a été ouverte par la Commission contre ce régime en février 2002 ⁴⁴ après le rejet par la Belgique des mesures utiles proposées par la Commission en juillet 2001 ⁴⁵. Le régime belge a enfin été condamné par une décision du 17 février 2003, en même temps que le régime néerlandais parallèle et le régime irlandais ⁴⁶. On peut toutefois se demander quels sont ces changements économiques qui auraient transformé lesdits régimes fiscaux généraux subitement en aides existantes susceptibles d'être examinées par la Commission.

29. Il est dès lors légitime de s'interroger sur les limites du cadre de l'application des règles communautaires en matière d'aides d'Etat ainsi que sur les limites des pouvoirs

⁴⁰ Décisions de la Commission du 16 octobre 2002 (« Centres de coordination au Luxembourg »), précitée, et du 17 février 2003 (« Centres de coordination belges »), *JO*, n° L 282, 30 octobre 2003, p. 25.

⁴¹ Règlement du Conseil du 22 mars 1999, *JO*, n° L 83/1, 1999.

⁴² Par « aide existante », on entend des mesures soit qui étaient déjà mises en œuvre avant l'adhésion d'un pays à l'Union européenne, soit que la Commission avait considérées comme ne constituant pas des aides d'Etat ou comme compatibles avec le marché unique.

⁴³ Voy. point 62 de la décision du 17 février 2003, *JO*, n° L 282/25, 2003, et réponse à question écrite de M. G. de Vries, *JO*, n° C 63, 1991, p. 37.

⁴⁴ Voy. IP/02/325 et *JO*, n° C 147/2, 2002.

⁴⁵ Cette décision d'ouvrir la procédure formelle contre la Belgique a été attaquée devant le Tribunal de première instance, voy. l'ordonnance du 2 juin 2003 du Tribunal, aff. T-276/02, *Forum 187 ASBL c. Commission*, non encore publiée au *Recueil*.

⁴⁶ Voy. décisions de la Commission dans les affaires C-564, C-568, C-569, *JO*, n° L 282, 30 octobre 2003, p. 25.

de contrôle de la Commission, mettant en cause la compatibilité avec le traité d'un nombre croissant de mesures fiscales générales, dans le domaine de la fiscalité directe. Ceci est d'autant plus important qu'une extension nouvelle de la notion d'aide à des régimes fiscaux ayant souvent existé pendant des décennies pourrait obliger à des remboursements peu compatibles avec les principes de confiance légitime et de non-rétroactivité, ainsi que d'autres problèmes purement pratiques difficilement surmontables ⁴⁷. On peut dès lors se demander si les règles en matière d'aides d'Etat sont bien l'instrument approprié pour réaliser en l'occurrence l'harmonisation fiscale apparemment indirectement recherchée par la Commission. Comme l'a souligné le commissaire Monti, l'article 87 du traité ne devrait normalement pas servir de base à une harmonisation fiscale ⁴⁸. On peut se demander si l'insistance avec laquelle la Commission met l'accent sur la nécessité d'utiliser l'article 87 pour s'attaquer à la « fiscalité domageable » ne démontre pas justement le contraire. Or, il est clair que l'article 87 n'a pas pour vocation d'interdire des mesures nationales pour la seule raison qu'elles créent des inégalités entre entreprises d'Etats membres différents ⁴⁹.

4. La justification par la nature et l'économie générale du système

30. Même si une mesure favorise en fait certaines entreprises par rapport à d'autres, et est donc en apparence sélective, on ne considère pas qu'elle « favorise certaines entreprises ou certaines productions » si elle fait partie d'une mesure générale de politique économique ou sociale qui s'applique selon des critères objectifs quel que soit l'emplacement, le secteur ou l'entreprise en cause et qui est en principe générale ⁵⁰. L'exemple-type sera une mesure qui s'applique uniformément à toutes les entreprises telle qu'une réduction générale des taxes. Le fait que la mesure puisse incidemment bénéficier plus à certaines entreprises qu'à d'autres ne la rend pas de ce fait sélective. Une réduction générale d'une taxe sur l'emploi produira plus d'avantage dans le chef des entreprises utilisant beaucoup d'employés que des autres, mais n'est pas pour autant une aide ⁵¹.

31. De même si la différenciation dans la loi est inhérente au système, la mesure est générale. En d'autres termes, il n'y a pas d'aide si une mesure, même sélective, est

⁴⁷ On notera cependant qu'à titre exceptionnel, la Commission peut décider de ne pas exiger le remboursement d'une aide s'il en résultait des difficultés insurmontables et que la Commission a fait usage de ce pouvoir pour les centres de coordination de Biscaye (voy. IP/02/1236).

⁴⁸ Dans un discours à l'Université Nyenrode, le 22 janvier 2002.

⁴⁹ Voy *mutatis mutandis*, à propos d'« avantages » qui peuvent résulter d'approches différentes selon les Etats membres en matière de répétition de l'indu, les arrêts du 10 juillet 1980, aff. 811/79, *Ariete, Rec.*, p.2545, point 16 et aff. 826/79, *Mireco, Rec.*, p. 2559, point 15.

⁵⁰ Voy. la communication de la Commission sur la coopération entre les juridictions nationales et la Commission dans le domaine des aides étatiques, *JO*, n° C 312, 1995, p. 7, point 7.

⁵¹ Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, *JO*, n° C 384, 10 décembre 1998, point 14.

justifiée par la nature et l'économie générale du système dont elle fait partie, et que la mesure poursuit dès lors un objectif légitime.

32. Certaines mesures sont en effet sélectives parce que cela est « inhérent » au système auquel cas, il n'y a pas aide. La mesure est – si l'on veut – « accessoire » d'un régime général. L'exemple-type est la progressivité de l'impôt dont nous avons parlé ci-dessus, ou encore un régime de « faillite », de « concordat » ou d'« administration extraordinaire ». L'application de ces systèmes – bien qu'en eux-mêmes de nature générale – entraîne ainsi par définition un avantage particulier en faveur d'un opérateur économique spécifique lors de leur mise en œuvre. Toutefois, la Cour a, à juste titre, jugé dans l'affaire *Ecotrade*⁵² à propos d'une loi italienne sur le concordat, dite « loi Prodi », que « l'éventuelle perte de ressources fiscales qui résulterait pour l'Etat de l'application du régime d'administration extraordinaire en raison de l'interdiction absolue de voies d'exécution à titre individuel (...) ne saurait en elle-même justifier la qualification d'aide dudit régime ». En effet, « une telle conséquence est *inhérente* à tout régime légal [de ce genre] »⁵³.

33. La question est donc de savoir si la mesure est dérogoire à l'application normale du système ou si au contraire elle s'y insère⁵⁴.

La Cour a ainsi considéré qu'une obligation pour l'Etat de restituer des charges indûment perçues ne constituait pas une aide, car elle résulte de l'application d'un système général, même si elle requiert ensuite des décisions unilatérales et autonomes prises par l'Etat en vue de sa mise en œuvre⁵⁵. De même, un système de tarification, en l'occurrence du gaz naturel, n'est pas appréhendé par l'article 87 CE s'il est objectif et transparent, même s'il procède à certaines distinctions entre consommateurs sur une base objective⁵⁶. La Cour est encore arrivée à une conclusion similaire dans l'affaire *Sloman Neptun*⁵⁷, s'agissant d'une loi permettant à la compagnie maritime Sloman Neptun d'embaucher des travailleurs philippins dont les contrats ne sont pas soumis au droit allemand, l'entreprise bénéficiant ainsi de conditions de rémunération et de protection sociale plus favorables. De même, dans l'affaire relative au dégrèvement partiel des charges sociales incombant aux entreprises du secteur textile, la Cour a souligné que « les contributions des employeurs étant (...) calculées en fonction de la charge sociale de chaque entreprise, la circonstance qu'une partie relativement réduite

⁵² Aff. *Ecotrade*, *op. cit.*, point 16.

⁵³ Notons que, dans cette affaire, la Cour a néanmoins ensuite considéré la mesure comme une aide, mais au motif qu'elle s'appliquait aux grandes entreprises seulement.

⁵⁴ Arrêt du 2 juillet 1974, aff. C-173/73, *Italie c. Commission*, *Rec.*, p. 709, point 33 ; et du 18 septembre 1995, aff. T-471/93, *Tiercé Ladbroke c. Commission*, *Rec.*, p. II-2537, point 62 ; arrêt du 23 janvier 2003, aff. C-3/00, *Ferring*, *Rec.*, p. I-9067, point 17 ; voy. aussi la communication de la Commission sur la fiscalité directe, *op. cit.*, point 12.

⁵⁵ Arrêt du 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, *Rec.*, p. 1205, point 31.

⁵⁶ Arrêt du 12 juillet 1990, aff. C-169/84, *CDF chemie AZF c. Commission*, *Rec.*, p. 3083, points 18 à 23.

⁵⁷ Arrêt du 17 mars 1993, aff. jtes C-72 et 73/91, *Sloman Neptun*, *Rec.*, p. I-887, point 21.

de la main-d'œuvre employée par une entreprise peut (...) prétendre au paiement effectif de(s) allocations ne saurait constituer ni un avantage ni un désavantage spécifique »⁵⁸.

34. Ce principe est toutefois d'*application stricte*. Ainsi, dans l'affaire *Maribel*⁵⁹, il s'agissait de réductions de charges sociales applicables en Belgique aux « entreprises soumises à une concurrence internationale ». La Cour a souligné que, si un Etat membre peut définir son propre système de sécurité sociale, et même ainsi favoriser l'emploi, il ne peut pas favoriser les seules entreprises soumises à la concurrence internationale. En revanche, dans cette même affaire, la Cour a admis que la limitation de la réduction des cotisations sociales « aux seuls travailleurs manuels et, plus encore, à ceux dont le temps de travail dépasse un certain nombre d'heures ne suffit pas à conclure à l'existence d'une aide »⁶⁰. On comparera utilement cette approche, qui a reçu l'aval de la Commission, avec celle plus stricte que cette même Commission avait suivie dans sa décision « ouvrières italiennes » du 15 septembre 1980⁶¹ où la mesure a été considérée sélective parce qu'une réduction plus importante était prévue pour les ouvrières féminines et que certains « secteurs » employaient un pourcentage plus élevé de femmes⁶².

35. Le caractère apparemment sélectif d'une mesure peut trouver sa justification dans l'objectif notamment environnemental poursuivi.

Ainsi, dans l'affaire *CETM*⁶³, le Tribunal a estimé que l'Espagne pouvait – pour limiter la pollution routière – encourager le remplacement de camions usagés par des neufs, pour autant qu'elle ne le fasse pas uniquement pour les PME et les personnes privées⁶⁴. Le fait que la mesure favorise les transporteurs routiers est inhérent à l'objectif environnemental poursuivi et ne rend donc pas la mesure en soi sélective.

Dans l'affaire *Adria-Wien Pipeline*⁶⁵, était en cause un régime de remboursement de taxes écologiques à la consommation d'énergie, dans lequel une distinction était faite entre entreprises productrices de biens corporels (qui bénéficiaient du système) et prestataires de services (qui n'en bénéficiaient pas). La Cour a jugé que cette distinction n'était pas justifiée par l'économie du système⁶⁶. En revanche, elle a

⁵⁸ Arrêt du 2 juillet 194, précité, point 30.

⁵⁹ Arrêt du 17 juin 1999, aff. C-75/97, *Belgique c. Commission*, Rec., p. I-3671.

⁶⁰ *Ibid.*, point 28.

⁶¹ JO, n° L 264/28, *op. cit.*

⁶² Voy. à ce propos l'arrêt du 14 juillet 1983, aff. 203/82, *Commission c. Italie*, Rec., p. 2525.

⁶³ Arrêt du 29 septembre 2000, aff. T-55/99, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) c. Commission*, *op. cit.*

⁶⁴ Arrêt du 26 septembre 2002, aff. C-351/98, *Espagne c. Commission*, Rec., p. I-8031, point 41 selon lequel le soutien apporté à certaines entreprises pour assurer une partie de ces charges ne s'inscrit pas dans la nature et l'économie du système en cause et doit être considéré comme favorisant ces entreprises.

⁶⁵ Arrêt du 8 novembre 2001, aff. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, *op. cit.*

⁶⁶ On notera que l'avocat général avait défendu l'avis contraire dans ses conclusions dans cette affaire.

admis que, si la mesure était applicable à toutes les entreprises, rien n'interdirait celle-ci, car son caractère en apparence spécifique découle de la nature du système en cause, qui vise à encourager une réduction de la consommation d'énergie.

De même, dans sa décision du 3 avril 2002 concernant des taxes britanniques sur le changement climatique ⁶⁷, la Commission a admis que l'exonération de la taxe litigieuse pour les produits énergétiques utilisés exclusivement ou principalement à des fins non combustibles était justifiée par la logique et la nature du régime fiscal écologique. Elle a au contraire considéré que l'extension de l'exonération à certains produits concurrents, destinée à éviter des distorsions de concurrence et des conséquences dommageables pour l'environnement, était une aide (laquelle a néanmoins été déclarée compatible avec le marché commun en application de l'article 87, par. 3, du traité).

36. Il faut cependant encore que le système en cause que la mesure vise à promouvoir, soit un système général et non destiné à promouvoir une industrie donnée. Dans sa décision du 9 avril 2002 concernant le régime d'aide belge en faveur du secteur diamantaire ⁶⁸, la Commission a interdit un système de cotisations sur les transactions diamantaires destiné à compenser les employeurs affectant des ouvriers au travail effectif du diamant. Elle n'a pas accepté l'argument consistant à dire que le système était justifié par la nature et l'économie générale de la loi en ce qu'il servait à renforcer la solidarité au sein du secteur diamantaire.

37. Dans l'affaire *Ladbroke* ⁶⁹, le Tribunal a admis que, au regard des spécificités des courses hippiques en France, le régime propre des prélèvements sur ces courses était un régime en soi, et non une dérogation au régime fiscal général et que c'était donc dans le cadre de ce régime spécifique que la mesure en cause devait être appréciée.

38. Dans l'affaire des territoires historiques basques, le Tribunal a eu l'occasion de souligner que la justification fondée sur la nature ou l'économie du système fiscal renvoie à la cohérence d'une mesure fiscale spécifique avec la logique interne du système fiscal en général, telle par exemple la progressivité de l'impôt qui est justifiée par la logique redistributrice de celui-ci. Or le crédit d'impôt en cause favorisait uniquement les entreprises disposant de moyens financiers importants, ce qui – contrairement à ce qu'affirmaient les requérants – contrevient aux principes de progressivité et de redistribution, inhérents au système fiscal espagnol. Quant au fait que le crédit d'impôt a pour objet de favoriser le développement économique du Pays basque, il s'agit ici d'un objectif de politique économique externe au système fiscal concerné ⁷⁰. Dans l'affaire des trois « *Territorios Históricos* » du Pays basque ⁷¹, le Tribunal a encore confirmé que la circonstance qu'un régime vise à attirer dans une

⁶⁷ JO, n° L 229, 27 août 2002, p. 15.

⁶⁸ JO, n° L 272, 10 octobre 2002, p. 25.

⁶⁹ Arrêt du 27 janvier 1998, aff. T-67/94, *Ladbroke c. Commission*, op. cit., point 76.

⁷⁰ Arrêt du 6 mars 2002, aff. jtes T-127/99, T-129/99 et T-148/99, *Territorio Histórico de Alava e.a. c. Commission*, op. cit.

⁷¹ Arrêt du 23 octobre 2002, aff. jtes T-269, T-271, T-272/99, *Territorios Históricos de Gipúzcoa, Álava y Vizcaya c. Commission*, op. cit.

zone défavorisée des investissements pour faire plus de recettes fiscales ensuite n'est pas suffisant pour exclure la qualification d'aide si l'avantage fiscal est réservé aux seules grandes entreprises.

5. Conclusions

39. En conclusion, il apparaît que la Cour et la Commission ont rarement retenu l'exception, celle-ci faisant l'objet d'une approche stricte. De plus, on a objecté que celle-ci serait difficile à appliquer. Qu'est-ce qui est « normal » ? Comment établir « à quelle logique interne au système » les mesures répondent ?

40. Il en va d'autant plus ainsi qu'il ne s'agit pas ici d'introduire une justification objective à la mesure, comme elle existe par exemple à l'article 30 du traité par dérogation à l'article 28 du traité. Les exceptions à l'interdiction de l'article 87, par. 1^{er}, du traité sont énumérées aux paragraphes 2 et 3 de cet article. Il n'appartient pas au juge, mais à la Commission de les appliquer ⁷². Il s'agit uniquement de savoir si la mesure est en elle-même générale, même si elle règle un problème qui est largement particulier.

41. Il n'en reste pas moins qu'il est important d'assurer une application raisonnable de l'article 87, par. 1^{er} – et ce même si des exceptions sont possibles au regard des paragraphes 2 et 3 de l'article 87 – sauf à obliger les Etats à des notifications de mesures les plus diverses qui devraient normalement échapper à la qualification d'aide étatique.

42. Si une mesure peut paraître dans ses effets sélective, mais qu'elle est par son objet, générale, elle doit échapper à l'article 87 du traité, si – du moins – l'objectif en lui-même n'est pas d'aider une entreprise donnée.

43. Ainsi, pour les procédures de concordat, elles sont admissibles dans la mesure où il s'agit d'un objectif légitime de protéger les droits des créanciers. En revanche, une mesure même générale visant à protéger les « champions nationaux » ou toutes les entreprises proches de la faillite en vue de sauvegarder l'emploi, ne serait pas admissible. Dans chaque cas, il faut vérifier l'objectif de la mesure. Dans chaque cas, il convient aussi de vérifier si les critères permettant aux entreprises d'en bénéficier sont cohérents avec les justifications avancées par l'Etat concerné ⁷³.

⁷² Voy. K. BACON, « The concept of State Aid : The Developing jurisprudence in the European and UK courts », *ECLR*, 2003, p. 54.

⁷³ Voy. par exemple la décision du 11 décembre 2001 sur les avantages fiscaux italiens au profit de certaines opérations de concentration dans le secteur bancaire, *JO*, n° L 184, 13 juillet 2002.

Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique

Jean-François BELLIS ¹

1. Introduction

1. Pour que l'article 87 du traité CE trouve à s'appliquer, il faut, outre l'existence d'un avantage sélectif, que deux conditions supplémentaires soient remplies :

- (1) l'aide doit fausser ou menacer de fausser la concurrence, et
- (2) elle doit affecter les échanges entre Etats membres ².

A première vue, ces deux conditions peuvent paraître familières aux praticiens du droit européen de la concurrence. L'article 81 CE ne s'applique-t-il pas aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ?

Les apparences sont toutefois trompeuses. Ainsi que la présente contribution va le montrer, les notions de distorsion de concurrence et d'affectation des échanges interétatiques auxquelles l'article 87 CE fait appel n'ont que des rapports très lointains avec leurs équivalents dans l'article 81 CE. Alors que cette dernière disposition vise avant tout à protéger la concurrence dans l'intérêt du consommateur, l'article 87 CE organise un système de contrôle du comportement des Etats membres dont le principal

¹ Avocat associé Van Bael & Bellis, professeur à l'Université libre de Bruxelles.

² Sur cette question, voy. J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 1999. Voy. également, C. QUIGLEY et A. COLLINS, *EC State Aid. Law and Policy*, Oxford – Portland Oregon, 2003 ; M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Mégret, t. IV : Concurrence*, Bruxelles, 2^e éd., 1997 ; L. HANCHER, T. OTTERVANGER et P.J. SLOT, *EC State Aids*, European Practice Library, 1993.

objet est d'éviter que soient favorisées certaines entreprises ou certaines productions. L'article 87 CE entend ainsi protéger les concurrents des entreprises auxquelles des aides sont octroyées plutôt que la concurrence en tant que telle.

2. En réalité, l'article 87 CE met entre les mains de la Commission un outil par lequel celle-ci sera en mesure de réduire la concurrence en matière d'octroi de subventions entre les Etats membres. L'intérêt du consommateur à obtenir des produits et des services aux prix les plus bas dans les quantités les plus grandes possibles n'est absolument pas pris en compte dans le cadre de l'article 87 CE. Une politique de la concurrence qui serait guidée par le seul intérêt du consommateur n'interviendrait pas à l'encontre des aides d'Etat ou l'intervention serait limitée aux seuls cas où l'aide risquerait de conduire à une réduction de la concurrence sur le marché concerné : ceci toutefois impliquerait une analyse de l'usage qui sera fait de l'aide et de son impact sur la concurrence compte tenu de la structure du marché et, en particulier, du niveau des barrières à l'entrée. Une telle analyse n'est toutefois jamais effectuée dans les dossiers d'aides d'Etat.

La tension entre l'intérêt du consommateur des produits ou services de l'entreprise qui bénéficie de l'aide et celui de ses concurrents est parfois particulièrement manifeste dans certaines affaires : c'est ainsi que, dans le dossier Ryanair ³, on a vu la direction générale de la Concurrence s'opposer à la direction générale des Transports (TREN). Alors que la première considérait que le développement de nouvelles lignes aériennes « *low cost* » par Ryanair était dans l'intérêt du consommateur, la seconde était plus sensible aux objections soulevées à l'encontre de l'aide par les concurrents de Ryanair et de l'aéroport de Charleroi. La solution finalement retenue essaie de concilier ces deux intérêts contradictoires en admettant, sous certaines conditions, l'octroi de subventions au développement de nouvelles lignes aériennes.

3. L'article 87 CE repose sur une conception de la « concurrence loyale » semblable à celle qui sous-tend l'arsenal de mesures de défense commerciale contre les importations faisant l'objet de dumping ou de subventions qui sont aujourd'hui largement considérées comme étant de nature essentiellement protectionniste. Le fait que le traité contienne des dispositions en matière d'aides d'Etat met en évidence le caractère fragmentaire de l'intégration économique organisée par le système communautaire. Dans un marché totalement intégré, les aides d'Etats ne devraient pas être un sujet de préoccupation. Elles ne font d'ailleurs l'objet d'aucun mécanisme spécifique de contrôle dans l'ordre juridique interne des Etats membres ainsi que dans celui de grands marchés intégrés tels que celui des Etats-Unis.

2. Le critère de distorsion de la concurrence

4. Alors que l'article 81 CE vise les pratiques ayant pour objet ou effet « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence », l'article 87 CE fait référence à la notion d'aides « qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence ». En d'autres termes, l'article 87 CE se concentre sur la notion de « distorsion de concurrence »,

³ Article de presse du 3 février 2004, IP/04/157.

alors que l'article 81 CE vise une notion plus large de « restriction de concurrence ». Ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, il résulte des termes mêmes de l'article 87 CE que son objet essentiel est d'éviter que l'octroi d'aides favorise certaines entreprises ou certaines productions. Il s'agit donc d'empêcher les Etats membres d'octroyer aux entreprises nationales des avantages qui les favoriseraient dans la concurrence avec les entreprises d'autres Etats membres.

5. Contrairement à ce qui se passe dans le cadre de l'article 81 CE, où il est nécessaire de procéder à une analyse du marché afin d'examiner l'impact de la restriction de concurrence sur les consommateurs, la démarche suivie dans l'examen d'une aide tombant dans le champ d'application de l'article 87 CE est beaucoup plus simple. Il s'agit uniquement d'identifier l'existence de concurrents par rapport auxquels l'octroi de l'aide favoriserait l'entreprise ou la production bénéficiaire. Ainsi que l'avocat général Capotorti l'a relevé dans ses conclusions dans l'affaire *Philip Morris*⁴, la seule hypothèse dans laquelle le critère de la distorsion de concurrence ne serait pas rempli serait celle dans laquelle il n'existerait dans le marché commun aucun produit identique ou substituable à ceux fabriqués par le bénéficiaire de l'aide.

Comme une telle situation se rencontre rarement en pratique, le critère de la distorsion de concurrence est toujours rempli. Il est même possible d'affirmer qu'en réalité l'existence d'une distorsion de concurrence est en principe présumée. La jurisprudence se limite à exiger de la Commission un minimum de motivation sous la forme d'indications concrètes sur la nature de la distorsion de concurrence. Les décisions de la Commission se bornent à faire état d'indications sommaires en ce sens⁵.

6. Il est important de noter que le montant de l'aide n'intervient pas dans l'appréciation de l'existence d'une distorsion de concurrence. Toute aide, aussi faible soit-elle, est considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence et cela même si le bénéficiaire de l'aide est en mesure de démontrer que l'opération faisant l'objet de l'aide aurait été réalisée même en l'absence de celle-ci⁶.

⁴ Arrêt du 17 septembre 1980, aff. 730/79, *Philip Morris Holland, Rec.*, p. 2671, conclusions de l'avocat général Capotorti, sp. p. 2698.

⁵ Voy. notamment, arrêt du 13 mars 1985, aff. jtes 296 et 318/82, *Leeuwarder c. Commission, Rec.*, p. 809. Voy. également, à titre d'exemple, la décision de la Commission du 18 juillet 2001 concernant l'aide accordée par les Pays-Bas à Valmont Nederland BV, *JO*, n° L 48, 20 février 2002, p. 20, par. 19 : « On peut s'attendre à ce qu'il affecte la concurrence et les échanges entre les Etats membres puisque Valmont et son entreprise mère Valmont Industries Inc. exercent leurs activités dans des secteurs dans lesquels les produits font l'objet d'un commerce international ».

⁶ Arrêt du 30 avril 1998, aff. T-214/95, *Vlaams Gewest, Rec.*, p. II-717, point 46 et la décision de la Commission du 31 juillet 1991 relative à une aide accordée par le Derbyshire County Council à Toyota Motor Corporation, *JO*, n° L 6, 11 janvier 1992, p. 36.

3. Le critère de l'affectation des échanges entre Etats membres

7. La présence du critère de l'affectation des échanges entre Etats membres dans le texte de l'article 87 CE n'a rien de surprenant. La compétence communautaire entre en jeu uniquement dans la mesure où les effets de l'aide se font sentir au-delà des frontières de l'Etat membre concerné.

8. Comme le critère de la distorsion de concurrence, celui de l'affectation des échanges interétatiques est interprété de façon large. La Cour a jugé que, lorsqu'une aide accordée par l'Etat renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces dernières doivent être considérées comme affectées par l'aide ⁷. Ici également, il s'agira de déterminer s'il existe des concurrents de l'entreprise bénéficiaire de l'aide situés dans d'autres Etats membres. Comme l'a souligné l'avocat général Jacobs, « il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que la condition d'un effet sur les échanges entre Etats membres est aisément remplie » ⁸.

C'est ainsi que pratiquement n'importe quelle aide octroyée à une entreprise sera considérée comme affectant les échanges intracommunautaires et cela, quels que soient le volume de l'aide, la taille de l'entreprise et le caractère local des activités de celle-ci. Même une aide à l'exportation vers des pays tiers sera considérée comme susceptible d'affecter les échanges entre les Etats membres ⁹.

Les cas dans lesquels le critère de l'affectation des échanges n'a pas été rempli sont exceptionnels. Il s'agit essentiellement d'aides de faible importance à des entreprises exerçant une activité locale dans des secteurs qui ne participent pas au commerce transfrontalier, tels que, par exemple, la restauration, le transport ou la presse purement locale ¹⁰.

9. La motivation des décisions constatant qu'une aide affecte les échanges entre Etats membres peut se borner à être relativement sommaire. La Commission doit uniquement fournir certaines indications concrètes de la nature de l'effet sur les échanges ¹¹.

4. Exclusion des aides *de minimis*

10. L'interprétation large des critères de distorsion de concurrence et d'affectation des échanges a pour effet de faire basculer dans le champ d'application de l'article 87 CE pratiquement n'importe quelle aide octroyée par un Etat membre.

⁷ Arrêt du 17 septembre 1980, aff. 730/79, *Philip Morris Holland, Rec.*, p. 2671, point 11 ; arrêt du 20 novembre 2003, aff. C-126/01, *GEMO*, point 41, pas encore publié au *Recueil*.

⁸ Conclusions dans l'arrêt du 14 septembre 1994, aff. jtes C-278/92 à C-280/92, *Espagne c. Commission, Rec.*, p. I-4103, point 33.

⁹ Arrêt du 21 mars 1990, aff. C-142/87, *Belgique c. Commission, Rec.*, p. I-959, point 32.

¹⁰ Au sujet du transport de passagers, voy. la réponse à la question écrite E-3484/96, *JO*, n° C 186, 1997, p. 96. Quant à la presse, voy. la réponse complémentaire à la question écrite E-2260/95, *JO*, n° C 161, 1996, p. 2.

¹¹ Arrêt du 14 novembre 1984, aff. 323/82, *Intermills, Rec.*, p. 3809, point 38 ; arrêt du 13 mars 1985, aff. jtes 296 et 318/82, *Leeuwarder c. Commission, Rec.*, p. 809, point 22.

En vue, toutefois, de limiter dans une certaine mesure le nombre de dossiers exigeant une notification préalable, les institutions communautaires ont défini un certain nombre de règles *de minimis*. Les aides considérées comme étant *de minimis* ne doivent pas faire l'objet d'une approbation de la Commission ¹².

Il est intéressant de noter que le concept d'aide *de minimis* développé par la Commission est entièrement axé sur le montant de l'aide fixé en chiffres absolus, à savoir un montant maximal de cent mille euros, versés sur une période de trois ans au même bénéficiaire. En d'autres termes, le caractère *de minimis* de l'aide ne dépend nullement de l'importance, en termes relatifs, de l'aide octroyée par rapport au chiffre d'affaires de l'entreprise ou du marché concerné.

Pour autant qu'elle dépasse le montant de cent mille euros, une aide dont l'impact sur la situation financière de l'entreprise bénéficiaire serait infinitésimal ne sera pas considérée comme étant *de minimis*. Il s'ensuit que tombent sous le coup de l'article 87 CE de nombreuses aides qui ne procurent aucun avantage concurrentiel réel aux entreprises bénéficiaires. C'est ainsi que la Commission s'est préoccupée, par exemple, du niveau du prix auquel une entreprise avait acheté le terrain sur lequel elle comptait construire une usine, un parc de stationnement ou son siège social, sans que la moindre tentative soit faite de déterminer l'impact que cet avantage pourrait avoir sur le coût de production et donc sur les prix des produits fabriqués par l'entreprise concernée ¹³.

5. Comparaison avec le contrôle des aides d'Etat dans le système de l'OMC

11. Dans le système commercial international, l'octroi de subventions est régi par les articles VI et XVI du GATT tels qu'ils sont mis en œuvre par l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires, négocié dans le cadre du cycle d'Uruguay. L'article XVI du GATT traite de l'octroi de subventions en général et des subventions à l'exportation en particulier et impose aux membres octroyant des subventions le respect d'une procédure de notification. L'article VI du GATT, quant à lui, définit les règles fondamentales applicables à l'imposition de droits compensateurs à l'encontre de produits subventionnés originaires d'un autre membre ¹⁴.

Le système de contrôle des aides d'Etats dans le cadre de l'OMC repose sur une distinction fondamentale entre trois catégories de subventions: les subventions prohibées (liste rouge), les subventions pouvant donner lieu à une action (liste

¹² Communication relative aux aides *de minimis*, JO, n° C 68, 6 mars 1996, p. 9, reprise pour l'essentiel dans le règlement 69/2001 de la Commission concernant les aides *de minimis*, JO, n° L 10, 2001, p. 30 ; voy. à ce sujet la contribution de B. Bär Bouyssière dans le présent ouvrage.

¹³ Décision de la Commission du 18 juillet 2001 concernant l'aide accordée par les Pays-Bas à Valmont Nederland BV, *op. cit.*

¹⁴ Sur cette question, voy. J.-Fr. BELLIS, « Subventions », *Rép. Internat. Dalloz*, Paris, 1999 ; P. DIDIER, *Les principaux accords du cycle de l'Uruguay et leur transposition dans la Communauté européenne*, Bruxelles, 1997 ; I. VAN BAELE & J.-Fr. BELLIS, *Anti-dumping and other Trade Protection Laws of the EC*, 4^e éd., Kluwer Law International, 2004.

orange) et certaines subventions qui ne donnent pas lieu à une action (liste verte). La liste verte prévue pour une période initiale de cinq ans n'ayant pas fait l'objet d'un renouvellement, il existe aujourd'hui uniquement deux types de subventions couvertes par le système de l'OMC, à savoir les subventions prohibées et celles pouvant donner lieu à une action. La principale différence entre ces deux types de subventions est que les premières sont prohibées de plein droit alors que les secondes ne peuvent donner lieu à une action que si elles entraînent un effet défavorable pour les intérêts d'autres membres.

Les subventions prohibées sont celles qui, sauf en matière agricole, sont subordonnées, en droit ou en fait, exclusivement ou non, aux résultats à l'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés (article 3.1). Une subvention sera donc prohibée lorsque les faits démontrent que l'octroi d'une subvention, sans avoir été juridiquement subordonné aux résultats à l'exportation, est en fait lié aux exportations ou recettes d'exportation effectives ou prévues¹⁵. L'annexe I de l'accord contient une liste non exhaustive de subventions prohibées, telles qu'une diminution des tarifs de transport et de fret intérieurs pour des expéditions à l'exportation ou une exonération de cotisations de sécurité sociale accordée à une entreprise au titre de ses exportations.

Aux termes de l'article 5 de l'accord, les subventions pouvant donner lieu à une action sont celles qui, sauf dans le domaine agricole, entraînent des « effets défavorables pour les intérêts d'autres membres » en : causant un dommage à une branche de production nationale d'un autre membre ; annulant ou compromettant des avantages résultant directement ou indirectement du GATT de 1994 pour d'autres membres ; causant ou menaçant de causer un préjudice grave aux intérêts d'un autre membre.

12. La notion de préjudice grave évoquée ci-dessus fait l'objet d'explications détaillées à l'article 6 de l'accord. En vertu de l'article 6.1 de l'accord, un préjudice grave sera réputé exister si : 1° le subventionnement *ad valorem* total d'un produit représente plus de 5% ; 2° la subvention est destinée à couvrir les pertes d'exploitation subies par une branche de production ou par une entreprise ; dans ce dernier cas, toutefois, aucun préjudice grave ne sera réputé exister si les mesures prises en faveur de l'entreprise concernée sont des mesures ponctuelles qui ne sont pas récurrentes, non renouvelables et visent simplement à laisser le temps d'élaborer des solutions à long terme et à éviter des problèmes sociaux aigus ; 3° la subvention constitue l'annulation d'une dette à l'égard des pouvoirs publics ou un don destiné à couvrir le remboursement d'une dette.

En outre, un préjudice grave peut apparaître dès lors qu'il existe une ou plusieurs des situations suivantes : la subvention a pour effet de détourner les importations d'un produit similaire d'un autre membre du marché du membre qui accorde la subvention ou d'entraver ces exportations ; la subvention se traduit par une sous-cotation notable

¹⁵ J.-Fr. BELLIS, « Subventions », *op. cit.*, p. 3.

du prix du produit subventionné par rapport au prix d'un produit similaire d'un autre membre sur le même marché, ou a pour effet d'empêcher des hausses de prix ou de déprimer les prix ou de faire perdre des ventes sur le même marché sans une mesure notable ; la subvention se traduit par un accroissement de la part du marché mondial détenue par le membre qui accorde la subvention particulière par rapport à la part moyenne qu'il détenait pendant la période de trois ans précédente et cet accroissement suit une tendance constante pendant une période durant laquelle les subventions ont été accordées ¹⁶.

13. La voie de recours en cas de subvention prohibée ou pouvant donner lieu à une action est la formulation d'une requête motivée tendant à la tenue de consultations avec les membres concernés avec des délais plus ou moins longs selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre. Si aucune solution n'intervient, la question peut être portée devant l'Organe de règlement des différends en vue de l'établissement d'un groupe spécial. La sanction prévue est la suppression de la subvention ou l'élimination de ses effets défavorables. A défaut, le membre plaignant pourra être autorisé à adopter des contre-mesures appropriées. Les parties au différend peuvent également parvenir à un accord relatif à une compensation ¹⁷.

L'article VI du GATT permet également aux membres d'imposer un droit compensateur « en vue de neutraliser toute prime ou subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit ». Le droit doit être limité au « montant estimé de la prime ou de la subvention que l'on sait avoir été accordée ». Des mesures ne peuvent être prises à l'encontre d'importations bénéficiant d'une subvention que si cette dernière cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale ou si elle retarde sensiblement la création d'une branche de production nationale ¹⁸.

14. Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, les règles de l'OMC définissent un certain nombre de situations dans lesquelles l'octroi d'une subvention peut donner lieu à une intervention en vue d'éliminer ce qui est considéré comme un avantage concurrentiel indu. Dans certains cas, l'intervention prend la forme d'une procédure par laquelle le membre qui s'estime lésé par une subvention accordée par un autre membre va essayer d'obtenir la suppression de la subvention ou va, par une mesure unilatérale à la frontière, neutraliser l'avantage concurrentiel résultant d'une subvention octroyée à des produits importés d'un autre membre. Certaines subventions sont considérées comme étant à ce point incompatibles avec les principes du libre échange qu'elles sont prohibées *per se* sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'elles produisent des effets sur les échanges. Pour toutes les autres, il sera nécessaire de montrer qu'elles produisent un préjudice ou un dommage à une production d'un autre membre.

¹⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷ Article 7 de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires, http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm.

¹⁸ Article 19 de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

6. Les projets de communication de la Commission

15. En février 2004, la direction générale Concurrence a publié deux projets de communication visant à réformer la procédure d'approbation en matière d'aides d'Etat. Ces projets, qui sont soumis aux Etats membres pour discussion, visent, suite à l'élargissement, à réduire la charge de travail de la Commission en introduisant un critère de proportionnalité dans l'analyse des aides d'Etat. Pour ce faire, la Commission propose de simplifier les procédures pour les aides qui, en dernière analyse, ont toutes les chances d'être acceptées ¹⁹.

Par cette réforme, la Commission souhaite introduire la notion de « test d'effet significatif », dans le but d'évaluer l'ampleur de l'aide et de ses effets probables. En fait, la réforme est motivée, pour reprendre les termes utilisés par le directeur général de la direction générale Concurrence, par « une reconnaissance du fait que la Commission ne devrait pas se préoccuper excessivement des distorsions de concurrence relativement réduites au sein de l'Etat membre qui octroie l'aide pour autant que l'aide soit octroyée en vue de réaliser des objectifs d'intérêt communautaire » ²⁰.

Il est important, toutefois, de noter que les aides qui, si la réforme est adoptée, tomberont dans le champ d'application de ces communications, n'en demeureront pas moins des aides d'Etat devant être notifiées à la Commission selon la procédure classique de l'article 88, par. 3, CE. Néanmoins, ces aides seront soumises à des procédures d'approbation plus « légères » que les autres.

16. La réforme proposée s'articule autour de deux nouveaux critères : pour bénéficier des procédures d'approbation allégées, les aides devront répondre aux conditions exigées pour être qualifiées soit d'« AEFM » (aide d'Etat de faible montant), soit de mesure « ELE » (effet limité sur les échanges).

1° Plutôt que de relever le plafond *de minimis*, la Commission a, dit-elle, choisi d'introduire davantage de souplesse dans l'appréciation des aides d'Etat de faible montant (AEFM). Pour qu'une aide puisse être approuvée comme AEFM (pour une durée maximale de quatre ans), l'Etat membre concerné devra démontrer que « l'aide contribue directement à la réalisation d'objectifs horizontaux d'intérêt communautaire et que les garanties nécessaires ont été prévues pour faire en sorte que l'aide ne menace pas de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur » ²¹.

¹⁹ M. MONTI, *State Aid Enforcement in Context: Competitiveness, economic reforms and enlargement*, discours prononcé le 27 avril 2004, The Mentor Group – Forum for EU/US Legal-Economic Affairs, Bruxelles, p. 7 et 10.

²⁰ Ph. LOWE, *State aid: the Commission's plans for reform. Procedural Reform. The Significant Impact Test*, discours du 1^{er} décembre 2003, Chambre britannique de commerce, Bruxelles, p. 4 à 5: « a recognition that the Commission should not be unduly concerned by relatively small scale distortions of competition within the Member State granting the aid, provided that the aid is granted in pursuance of objectives of Community interest ».

²¹ Projet de communication de la Commission : Un nouvel encadrement pour l'appréciation des aides d'Etat de faible montant, février 2004, point 10.

Ces aides sont plafonnées à :

- (i) un montant maximum d'un million d'euros par période de trois ans et par entreprise « indépendante »²² ;
- (ii) 30% des coûts supportés pour la réalisation des objectifs communautaires²³ ; et
- (iii) un plafond fixé par Etat membre déterminant le montant total d'AEFM que chaque Etat sera autorisé à accorder.

2° Les mesures ELE, quant à elles, sont celles qui, de par leur nature, n'ont que des répercussions limitées en dehors des frontières de l'Etat membre dans lequel elles sont mises en place.

Les critères pertinents à cet égard, selon la Commission²⁴, sont :

- (i) le montant de l'aide (pas plus de trois millions d'euros²⁵ par an et par entreprise « indépendante ») ;
- (ii) la nature exportable/non exportable de l'activité subventionnée ;
- (iii) la structure de la concurrence sur les marchés concernés ;
- (iv) le pouvoir de marché possible des bénéficiaires ;
- (v) l'accessibilité de l'aide aux différents opérateurs du marché.

Dans son annexe 1, la communication détermine les activités auxquelles le régime ELE est susceptible de s'appliquer (notamment en matière d'administration publique, de gestion des déchets, etc.)²⁶.

Les approbations, valables pour une période de quatre ans maximum, seront données sur pied de l'article 87, par. 3, point c) ou d) du traité CE et devront par conséquent faciliter la réalisation de l'un des objectifs communautaires énumérés par ces dispositions.

²² « L'indépendance de l'entreprise doit être déterminée au niveau de l'Etat membre concerné, conformément à la méthode définie dans la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises » (JO, n° C 118, 20 mai 2003, p. 5).

²³ La même limitation existe pour les mesures ELE (voy. *infra*).

²⁴ Projet de communication de la Commission : Un nouvel encadrement pour l'appréciation des aides d'Etat ayant un effet limité sur les échanges intracommunautaires, février 2004, point 14.

²⁵ Cumulable seulement avec une aide *de minimis*.

²⁶ Sont notamment exclus de la communication, les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, de l'industrie houillère et, de manière plus remarquable, des industries de réseau ; de même, est exclue toute aide à une entreprise en difficulté ou accordée uniquement dans le but d'annuler ou de réduire les dettes d'une entreprise.

17. Ainsi, par ces deux projets de communication, la Commission, confrontée à l'augmentation de la charge de travail consécutive à l'élargissement, essaie de revoir sa politique en matière d'aides d'Etat. Même si ces deux projets visent à introduire un peu plus de souplesse dans le mécanisme de contrôle des aides d'Etat, ils ne s'attaquent pas au problème fondamental créé par l'interprétation exagérément extensive donnée par la pratique de la Commission et la jurisprudence des juridictions communautaires au concept de distorsion de la concurrence dans l'article 87 CE.

7. Conclusion

18. Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, les récents projets de communication de la Commission visent à introduire un certain degré de proportionnalité dans les procédures d'approbation des aides d'Etat.

Tout en étant bienvenue, cette réforme est toutefois insuffisante. Le contrôle des aides d'Etat devrait davantage prendre en compte l'intérêt du consommateur dans l'analyse de la distorsion de la concurrence dans le cadre de l'article 87 CE, ce qui devrait conduire à une réduction drastique du champ d'application de l'article 87 CE. Même si l'on continuait à appliquer l'article 87 CE comme on le fait généralement aujourd'hui, dans l'intérêt principal des concurrents de l'entreprise bénéficiaire, l'usage de l'article 87 CE devrait être limité aux situations dans lesquelles l'aide est réellement de nature à affecter sensiblement la position sur le marché des concurrents de l'entreprise qui bénéficie de l'aide.

De ce point de vue, l'expérience acquise en matière de contrôle de subventions dans le cadre de l'OMC peut offrir certains enseignements. Il reste à espérer que les projets de communication élaborés par la Commission ne sont qu'une première étape dans un processus de réforme plus approfondi du système de contrôle communautaire des aides d'Etat.

DEUXIÈME PARTIE

Le régime juridique des aides d'Etat

Les compensations d'obligations de service public

Marianne DONY ¹

1. Introduction

1. Depuis quelques années, la problématique du financement public des services d'intérêt général est devenue un sujet brûlant en droit communautaire ². Au delà du débat juridique et technique, elle pose en effet la question politique de la légitimité de l'intervention des pouvoirs publics dans la sphère économique au nom de l'intérêt général. La question est de savoir si les financements que les pouvoirs publics accordent à une entreprise d'intérêt économique général pour l'accomplissement de missions particulières – dites obligations de service public – qui lui sont confiées peuvent échapper à l'application de l'article 87 (ex-article 92), par. 1, CE posant le principe de l'incompatibilité des aides d'Etat sous quelque forme que ce soit, « sauf dérogations prévues par le présent traité », compte tenu notamment de la disposition de l'article 86 (ex-article 90), par. 2, du traité, qui dispose que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles du

¹ Professeur à l'Université libre de Bruxelles, directeur des recherches de la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles.

² Comme l'a encore montré tout récemment la consultation organisée par le livre vert sur les services d'intérêt général, publié par la Commission européenne le 21 mai 2003, document COM (2003) 270 : « Les commentaires reçus font ressortir un problème clé, celui de l'insécurité juridique que les répondants perçoivent concernant les règles applicables au financement des services d'intérêt général et, plus précisément, l'application des règles relatives aux aides d'Etat », rapport concernant la consultation sur le livre vert relatif aux services d'intérêt général, document SEC (2004) 326, point 4.8.1.

traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec en droit ou en fait à l'accomplissement de la mission qui leur a été impartie ».

Répondre à cette question suppose d'abord de déterminer si le financement d'obligations de service public entre dans la notion d'aide d'Etat, qui, selon une jurisprudence constante, vise « toutes les interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise » : à cet égard, deux approches ³ se sont opposées : l'approche « compensatoire », qui voit dans ce financement non pas une aide mais une rémunération appropriée pour les services fournis ou une compensation pour les coûts de fourniture de ces services et l'approche « aide d'Etat », pour qui ce financement constitue une aide d'Etat, susceptible le cas échéant d'être justifiée au titre de l'article 86, par. 2, CE si les conditions de cette dérogation sont remplies. Les conséquences de cette qualification sont loin d'être anodines, dans la mesure où les aides d'Etat sont soumises à une procédure de contrôle par la Commission. Il importe ensuite de préciser, en fonction le cas échéant de l'approche retenue, les conditions auxquelles le financement des obligations de service public peut être considéré comme compatible avec le traité.

2. Après une longue période d'hésitation de la jurisprudence et de la pratique de la Commission, la Cour de justice a finalement tranché la question, dans son arrêt déjà devenu célèbre *Altmark Trans* du 24 juillet 2003 ⁴ : une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public échappe à la qualification d'aide d'Etat, mais à la condition qu'elle remplisse quatre conditions strictes. Cet arrêt apporte ainsi une certaine clarification, même si des zones d'ombre demeurent. D'ailleurs, la Commission a annoncé plusieurs initiatives destinées à renforcer « la sécurité juridique et (...) la prévisibilité en ce qui concerne l'application des règles en matière d'aides d'Etat à la compensation pour service public » ⁵.

2. La jurisprudence et la pratique de la Commission jusqu'à l'arrêt *Altmark*

3. La Commission qui, au départ, avait considéré que le financement public d'obligations de service public ne constituait pas une aide d'Etat, a été démentie par le Tribunal de première instance, qui a privilégié l'approche « aide d'Etat » à laquelle la Commission s'est alors ralliée et qui a des conséquences importantes en termes de procédure de contrôle. L'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Ferring* a cependant marqué un retour à l'approche « compensatoire ».

A. L'approche « compensatoire » initiale

4. C'est en 1995 que la Commission ⁶ a été saisie pour la première fois de la question, à l'occasion de l'examen d'une plainte relative à la présence d'aides dans

³ Pour reprendre la terminologie utilisée par l'avocat général Jacobs dans l'arrêt du 20 novembre 2003, aff. C-126/01, *GEMO SA*, non encore publié au *Recueil*.

⁴ Arrêt du 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans*, *Rec.*, p. I-7747.

⁵ Livre blanc sur les services d'intérêt général, document COM (2004) 374.

⁶ Décision du 8 février 1995, *JO*, n° C 262, 7 octobre 1995.

le régime fiscal de la poste française. La Commission a commencé par affirmer que la réduction de l'assiette en matière de fiscalité locale représentait un avantage financier pour La Poste ; elle a ensuite examiné si cet avantage pouvait bénéficier de la dérogation de l'article 90 (devenu 86), par. 2, CE.

Elle a souligné que l'application de cette dérogation suppose que l'avantage dont La Poste bénéficie du fait de son régime fiscal ne dépasse pas ce qui est nécessaire à l'accomplissement des missions d'intérêt public, en d'autres termes, que le droit communautaire exige que cet avantage ne profite pas aux activités concurrentielles de l'exploitant public. La Commission a estimé que, à défaut d'une comptabilité analytique permettant d'établir une distinction entre les charges et les dépenses affectées aux activités de service public et celles affectées aux activités concurrentielles, la seule méthode possible pour vérifier l'absence de surcompensation consiste à calculer les surcoûts du service public sur l'ensemble des activités de La Poste, ceux-ci étant liés à l'obligation de présence universelle sur le territoire et non aux différents types d'activité des bureaux de poste, et à répartir ensuite ces surcoûts totaux entre les différentes activités de La Poste en fonction de la part de chiffres d'affaires qu'elles représentent. Après avoir ainsi calculé le surcoût du service public, elle est arrivée à la conclusion que celui-ci s'élève à un montant supérieur à l'avantage fiscal, lequel ne va dès lors pas au delà de ce qui est justifié pour assurer l'accomplissement des missions d'intérêt public auxquelles la poste est tenue en tant qu'exploitant public, de sorte qu'il n'y avait pas de transfert de ressources de l'Etat vers les activités concurrentielles de la poste. La Commission a donc considéré qu'en vertu de l'article 90, par. 2, CE, le régime fiscal de la poste ne constitue pas une aide aux termes de l'article 92 du traité CE et elle a décidé « de ne pas qualifier les dispositions en cause comme aides d'Etat au sens de l'article 92, par. 1, du traité CE ».

5. On retrouve la même position dans une décision du 7 novembre 1996, où la Commission a estimé que les dotations financières versées par l'Etat portugais à RTP à titre d'indemnités compensatoires, si elles ont eu pour résultat de procurer à cette entreprise un « avantage financier », ne constituaient néanmoins pas des aides au sens de l'article 92 du traité CE, au motif qu'elles étaient destinées à compenser le coût effectif de l'exécution des obligations de service public assumées par cette entreprise et que « l'avantage financier résultant [de ces] transferts n'a pas dépassé ce qui était strictement nécessaire à l'accomplissement des obligations de service public imposées par le cahier des charges » ⁷.

On peut également se référer aux « orientations communautaires sur les aides d'Etat au transport maritime » ⁸ dans lesquelles la Commission rappelle que « dans son appréciation des contrats relatifs à des OSP (obligations de service public), (elle) considère que le remboursement des pertes d'exploitation résultant directement de l'accomplissement de certaines obligations de service public ne constitue pas une

⁷ La décision n'a pas été publiée mais elle est reproduite dans l'arrêt du TPI du 10 mai 2000 analysé *infra*.

⁸ JO, n° C 205, 5 juillet 1997, p. 5.

aide d'Etat ». Mais il est intéressant de noter qu'ensuite, la Commission fixe une série de conditions, pour que les contrats de service public échappent aux prévisions de l'article 87 CE et, par conséquent, à l'obligation de notification au titre de l'article 88, par. 3, CE : le contrat de service public doit avoir été conclu à l'issue d'une adjudication publique sur la base d'un appel d'offre transparent et non discriminatoire, car l'élaboration et la mise en œuvre des mesures doivent être transparentes et laisser une place à la concurrence. La compensation ne peut couvrir que les coûts liés directement au déficit calculé enregistré par l'opérateur à cette occasion. Ces coûts doivent être comptabilisés séparément pour chaque service de ce type, pour permettre de vérifier s'il n'y a pas eu surcompensation ou subvention croisée, et pour éviter que le système ne soit exploité pour soutenir une mauvaise gestion et de mauvaises méthodes d'exploitation. La durée des contrats de service public doit être limitée à une période raisonnable, évaluée en principe à cinq ans.

6. Cette construction avait le mérite de permettre de justifier le financement de missions de service public mais on peut néanmoins lui reprocher un certain illogisme : il est en effet assez étonnant de voir la Commission se référer à l'article 86, par. 2, CE pour exclure la qualification d'aide alors que, pour que la justification prévue par cette disposition puisse opérer, il faudrait au préalable établir qu'existe une aide, dont la remise en cause porterait atteinte à l'accomplissement de la mission de service public. Si le financement n'est pas une aide, les articles 87 et 88 CE n'ont pas à s'appliquer et, par conséquent, l'article 86, par. 2, CE ne peut faire son office. En d'autres termes, la Commission va directement à la dérogation, sans tenir compte du principe.

B. L'approche « aide d'Etat » adoptée par le Tribunal de première instance

1. L'arrêt du Tribunal dans l'affaire FFSA

7. Un recours a été introduit contre la décision du 8 février 1995 devant le Tribunal de première instance qui, dans un arrêt du 27 février 1997 ⁹, a adopté un raisonnement très différent, même s'il aboutit également à autoriser la mesure. Le Tribunal commence, en effet, contrairement à la Commission, par affirmer que l'avantage fiscal constitue une aide d'Etat. Il rappelle que la notion d'aide recouvre les avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et il relève que l'avantage fiscal en cause place La Poste dans une situation financière plus favorable que d'autres contribuables. Cette aide, dans la mesure où elle est de nature à effectuer les échanges entre les Etats membres et à fausser la concurrence, est incompatible avec le marché commun, sauf dérogation prévue par le traité.

8. Mais, ajoute le Tribunal, « s'agissant d'une aide versée en faveur d'une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général, l'article 90, par. 2, du traité prévoit une telle dérogation. Cette disposition implique en effet, qu'une mesure étatique tombant sous le coup de l'article 92, par. 1, peut néanmoins être

⁹ Arrêt du 27 février 1997, aff. T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), e.a.c. Commission, Rec.*, p. II-229.

considérée comme compatible avec le marché commun ». Le Tribunal, se référant à la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'application combinée des articles 85 et 86 et de l'article 90, par. 2, CE ¹⁰, considère qu'elle est transposable, *mutatis mutandis*, dans le domaine des aides d'Etat, « de sorte que le versement d'une aide d'Etat est susceptible, en vertu de l'article 90, par. 2, CE, d'échapper à l'interdiction de l'article 92 dudit traité, à condition que l'aide en question ne vise qu'à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission particulière incombant à l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général et que l'octroi de l'aide s'avère nécessaire pour que ladite entreprise puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique ». Le Tribunal souligne aussi que l'appréciation quant à la nécessité de l'aide implique une évaluation globale des conditions économiques dans lesquelles l'entreprise en question accomplit les activités relevant du secteur réservé, sans tenir compte des éventuels bénéfices qu'elle peut tirer des secteurs ouverts à la concurrence.

Le tribunal procède alors à une analyse détaillée de la question de savoir si cette condition est remplie en l'espèce. Les requérants contestaient en premier lieu la pertinence des analyses effectuées par la Commission en ce qui concerne l'évaluation des surcoûts du service public. Après avoir souligné que la Commission disposait à cet égard d'une certaine marge d'appréciation, le Tribunal a estimé que, compte tenu des données disponibles, la répartition des surcoûts totaux entre les différentes activités de La Poste en fonction de la part de chiffre d'affaires qu'elles représentent était la méthode la plus objective pour évaluer les surcoûts pouvant être rattachés aux activités de service public.

Les requérants estimaient aussi que l'avantage fiscal n'était pas nécessaire pour l'accomplissement des obligations de service public incombant à La Poste. Le Tribunal a rejeté leur prétention. Il note que La Poste n'a été en équilibre financier qu'après impôts, c'est-à-dire en tenant compte de l'allégement fiscal litigieux. Il en conclut que, même si, en l'absence d'une comptabilité analytique permettant de distinguer entre les différents secteurs d'activités de La Poste, les résultats englobent l'ensemble des activités de celle-ci, la Commission a pu, sans méconnaître les limites de son pouvoir d'appréciation, estimer que, en l'espèce, l'avantage fiscal litigieux n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire pour assurer l'accomplissement des missions d'intérêt public dont La Poste est investie, à savoir notamment l'obligation de maintenir une présence postale en milieu rural, les surcoûts qui en résultent pouvant être supposés correspondre à des pertes équivalentes pour La Poste.

Les requérants invoquaient enfin que, en l'absence d'une comptabilité analytique au sein de La Poste, il était impossible d'affirmer que l'avantage fiscal litigieux ne profite pas, en violation du droit communautaire, aux activités concurrentielles de celle-ci. Le Tribunal reconnaît qu'il est indéniable que, si La Poste avait établi, à

¹⁰ Arrêt du 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau, Rec.*, p. I-2533.

l'époque, une telle comptabilité analytique, la Commission aurait, sur un fondement plus certain, pu s'assurer de l'absence de subvention croisée. Mais il constate que le législateur communautaire n'a pas adopté de disposition prévoyant l'établissement d'un système de comptabilité analytique pour les entreprises chargées de missions de service public tout en ayant des activités dans des secteurs concurrentiels. Il estime aussi qu'en l'espèce, la possibilité d'une subvention croisée est exclue, dans la mesure où le montant de l'aide en question reste inférieur aux surcoûts engendrés par l'accomplissement de sa mission particulière.

9. Le Tribunal a confirmé sans ambiguïté son analyse de la nature juridique des compensations d'obligations de service d'intérêt général dans un arrêt du 10 mai 2000 ¹¹. Il commence par rappeler que, conformément à une jurisprudence constante, afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché. Il relève alors que la Commission a constaté, dans sa décision, que RTP bénéficiait d'un « avantage financier » résultant du versement des dotations financières en cause, qui paraissent susceptibles de fausser la concurrence existant avec les autres opérateurs de télévision. Il ajoute que la circonstance que l'octroi de ces dotations ne vise qu'à compenser le surcoût des missions de service public assumées par RTP ne saurait les faire échapper à la qualification d'aides au sens de l'article 92 du traité. En effet, l'article 92, par. 1, du traité ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets et la notion d'aide constitue, ainsi, une notion objective qui est fonction de la seule question de savoir si une mesure étatique confère ou non un avantage à une ou certaines entreprises. En particulier, « la circonstance qu'un avantage financier soit octroyé à une entreprise par les autorités publiques pour compenser le coût des obligations de service public prétendument assumées par ladite entreprise est sans incidence sur la qualification de cette mesure d'aide au sens de l'article 92, par. 1, du traité, sans préjudice de la prise en compte de cet élément dans le cadre de l'examen de la compatibilité de l'aide en cause avec le marché commun, au titre de l'article 90, par. 2, du traité ».

A la différence de l'arrêt du 27 février 1997, cet arrêt ne comporte pas d'indications quant aux conditions d'application de l'article 86, par. 2, CE. En effet, dans cette affaire, il était reproché à la Commission de s'être prononcée au terme de la phase préliminaire d'examen des aides instituée par le paragraphe 3 de l'article 87, alors que l'appréciation sur laquelle la Commission s'est fondée pour exclure la qualification d'aide présentait des difficultés sérieuses qui exigeaient que soit ouverte la procédure prévue à l'article 93, par. 2, du traité.

¹¹ Arrêt du 10 mai 2000, aff. T-46/97, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação SA c. Commission*, Rec., p. II-212.

2. *La pratique de la Commission après les arrêts du Tribunal*

10. La Commission a rapidement intégré dans sa pratique les enseignements de la jurisprudence du Tribunal ¹², comme le montrent notamment trois décisions qu'elle a rendues, relatives à des contrats de service public dans le secteur du transport maritime.

Dans une décision du 19 juillet 2000 ¹³, elle a examiné un contrat conclu par l'Espagne avec la société Tramed portant sur la prestation de services de transport maritime réguliers de passagers et de véhicules vers les Baléares, les Canaries, Málaga, Melilla et Ceuta, moyennant une compensation. Elle a d'abord posé le principe que ce contrat est constitutif d'une aide d'Etat mais qu'il est nécessaire de déterminer si une possibilité de dérogation existe au sens de l'article 86, par. 2, du traité. Elle relève que le contrat attribue toute une série de missions spécifiques au soumissionnaire, en particulier l'obligation d'assurer le service toute l'année, et celle de remplacer, dans un délai minimal, tout bateau qui serait incapable d'assurer le service à la suite d'avaries ou d'accidents. Elle a estimé que les exigences ainsi mises à charge de Tramed peuvent être qualifiées de service d'intérêt économique général. La Commission note que, faute d'un appel d'offres approprié, on ne peut présumer que la compensation accordée à Tramed correspond aux prix qui auraient été établis en conformité avec des critères de marché dans les mêmes conditions, et qu'il faut donc analyser si la compensation accordée n'excède pas ce qui est nécessaire pour équilibrer le coût des obligations de service public imposées par le contrat. Elle arrive alors à la conclusion, sur la base d'un rapport d'expert, que cette condition est bien remplie en l'espèce et que, donc, le mécanisme de compensation ne permet pas de subvention croisée des routes étrangères au contrat de service public de Tramed. Enfin, la Commission prend note du fait que les autorités espagnoles se sont engagées à limiter la durée du contrat à quarante-deux mois et à recourir à une procédure d'appel d'offres respectant les principes de publicité, de transparence et de non-discrimination pour la conclusion de tout contrat ultérieur et qu'elles ont pris toutes les mesures nécessaires pour réduire au maximum le risque d'effets négatifs sur le développement du commerce et de la concurrence. Elle a donc autorisé la compensation, conformément à l'article 86, par. 2, CE.

De même, dans une décision du 30 octobre 2001 ¹⁴, où elle a examiné la compatibilité avec le traité de subventions versées à la Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM), en sa qualité de concessionnaire du service public de transport maritime entre les ports français du continent et de la Corse, la Commission se situe d'emblée dans le cadre de la dérogation prévue à l'article 86, par. 2, du

¹² Jurisprudence à laquelle elle semble s'être rapidement ralliée, puisqu'elle n'a présenté aucun pourvoi à l'encontre des deux jugements précités.

¹³ *JO*, n° L 57, 27 février 2001, p. 32.

¹⁴ Décision 2002/149/CE de la Commission du 30 octobre 2001 concernant les aides d'Etat versées par la France à la Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM), *JO*, n° L 50, p. 66.

traité. Après avoir vérifié si les services dont la gestion a été confiée à la SNCM rentrent dans la qualification de service d'intérêt économique général, elle a examiné l'adéquation du montant des subventions aux coûts du service public. Ici aussi, elle a fait appel à un consultant externe, dont la mission était d'examiner la question d'une possible surcompensation ou de subventions croisées liées aux subventions octroyées par l'Etat français à la SNCM. Sur la base de cette étude, la Commission a pu conclure que les subventions de service public n'excèdent pas les charges liées au service public et n'ont pas servi à compenser les coûts des activités concurrentielles de la SNCM. Elle a aussi pris note du fait que la séparation des comptes relatifs à la prestation dudit service et les audits effectués par les instances de contrôle régionales et nationales permettent de garantir que les comptes annuels retraçant l'emploi de la subvention de continuité territoriale donnent une image fidèle du coût de la prestation du service public.

La Commission ¹⁵ a encore rendu une décision similaire concernant les subventions directes versées aux entreprises du groupe Tirrenia di Navigazione, destinées à soutenir les services de transport maritime assurés par ces sociétés, dans le cadre de conventions conclues avec l'Etat italien en vue de garantir la prestation de services de transport maritime constitués en majeure partie de services de cabotage entre l'Italie continentale, d'une part, et les îles majeures et mineures italiennes, d'autre part.

Il est intéressant de noter que ces décisions, bien qu'elles relèvent de l'approche « aide d'Etat » retiennent les mêmes critères que les orientations communautaires sur les aides au transport maritime, auxquelles elles se réfèrent explicitement d'ailleurs, alors même que ces orientations retenaient l'approche « compensatoire ». Cela indique clairement que le changement d'approche n'a pas modifié les critères au regard desquels la Commission entend examiner la compatibilité avec le traité des compensations de service public.

11. L'approche « aide d'Etat » constitue aussi la toile de fond de la communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat ¹⁶. La Commission y affirme, en se référant à la jurisprudence du TPI, que « toute ressource publique transférée à une entreprise déterminée, même lorsqu'elle couvre des coûts nets dus aux obligations de service public, doit être considérée comme une aide d'Etat, qui sera examinée au regard de l'article 86, par. 2, qui vise les services d'intérêt économique général ». Elle ajoute qu'en la matière, elle doit aussi tenir compte des dispositions du protocole interprétatif sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres, qui prévoit une dérogation aux règles du traité pour le financement du service public de radiodiffusion, « dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque Etat membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence

¹⁵ Décision 2001/851/CE de la Commission du 21 juin 2001 concernant les aides d'Etat versées par l'Italie à la compagnie maritime Tirrenia di Navigazione, *JO*, n° L 318, p. 9.

¹⁶ *JO*, n° C 320, 15 novembre 2001, p. 5.

dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte ». La Commission annonce qu'elle vérifiera si les conditions suivantes sont toutes réunies : la mission de service public doit être clairement définie en tant que telle par l'Etat membre ; l'entreprise concernée doit être explicitement chargée par l'Etat membre de la fourniture de ce service (mandat) et ce service public doit effectivement être fourni selon les modalités définies par l'Etat (contrôle) ; les aides destinées au financement ne doivent pas excéder les coûts nets induits par la mission de service public, compte tenu des autres recettes directes ou indirectes tirées de cette dernière, ce qui implique que les bénéficiaires nets que les activités commerciales retirent du service public seront pris en considération pour apprécier la proportionnalité de l'aide. Enfin, la Commission indique qu'elle s'assurera, le cas échéant, qu'un radiodiffuseur de service public ne réduise pas « le prix de ses activités ne relevant pas du service public à un niveau inférieur à ce qui est nécessaire pour couvrir l'ensemble des coûts de l'activité prise séparément, qu'un opérateur commercial efficace se trouvant dans une situation semblable devrait normalement couvrir », ce qui pourrait l'amener à considérer « que l'on se trouve en présence d'une compensation qui va au-delà de ce qui aurait été strictement nécessaire à l'accomplissement de sa mission de service public et d'une pratique « affectant les échanges et la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun », enfreignant à ce titre le protocole.

C. Les conséquences de l'approche « aides d'Etat » au plan procédural

12. La qualification en termes d'aide d'Etat de la mesure de financement du surcoût découlant de la mission de service public imposée à l'entreprise emporte des conséquences importantes au niveau de son encadrement juridique communautaire. En effet, la Commission occupe un rôle central dans la mise en œuvre des dispositions du traité en matière d'aides d'Etat. Le traité institue, à l'égard des projets tendant à instituer ou modifier une aide, une procédure spéciale de contrôle qui débute, conformément à l'article 88, par. 3, CE, par la notification obligatoire par les Etats membres de ces projets préalablement à leur mise en œuvre. Les aides versées en violation de ces obligations constituent des aides « illégales ». Sur le plan communautaire, cela implique que la Commission peut enjoindre l'Etat de suspendre le versement de l'aide ou de récupérer provisoirement l'aide, jusqu'à ce qu'elle se prononce sur sa compatibilité. Sur le plan national, cela implique que la validité des actes comportant mise à exécution de mesures d'aide est affectée par la méconnaissance de ces obligations de sorte que le juge national peut ordonner la récupération de l'aide, prendre des mesures provisoires et condamner les autorités compétentes à réparer les dommages que le versement immédiat de l'aide aurait éventuellement causés ¹⁷. Enfin, la Commission dispose d'une compétence exclusive

¹⁷ Arrêt du 21 novembre 1991, aff. C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, dite « affaire Saumon », *Rec.*, p. I-5505 ; arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e. a.*, *Rec.*, p. I-3547.

pour déclarer une aide compatible ou incompatible avec le marché commun au titre des articles 87 et 88 CE.

Ces règles trouvent-elles automatiquement à s'appliquer aux compensations d'obligations de service public, à partir du moment où elles sont considérées comme des aides d'Etat ou un certain aménagement peut-il être envisagé compte tenu de la nécessité d'assurer la sauvegarde de la mission de service public en cause ?

13. Dans un arrêt du 15 mars 1994¹⁸, la Cour de justice a affirmé que « la compétence de la Commission s'étend également aux aides d'Etat accordées aux entreprises visées à l'article 90, par. 2, notamment celles que les Etats membres ont chargées de la gestion de services d'intérêt économique général » et que, par conséquent, « la distinction que l'article 93 du traité établit entre les aides existantes et les aides nouvelles est également valable pour les aides d'Etat accordées à des entreprises relevant de l'article 90, par. 2 ». La Cour ajoute que, s'agissant en l'espèce d'une aide existante, tant que la Commission n'a pas constaté son incompatibilité avec le marché commun, « il n'est pas nécessaire d'examiner si, et dans quelle mesure, cette aide est susceptible d'échapper, en vertu de l'article 90, par. 2, du traité, à l'interdiction de l'article 92 ».

14. Dans l'affaire *FFSA*, le tribunal a estimé que, bien qu'il s'agisse d'une aide d'Etat, « une interdiction de mise à exécution d'une aide nouvelle, découlant d'une lecture combinée des articles 92 et 93, par. 2 et 3, peut être déclarée inapplicable ».

Fallait-il interpréter cette phrase sibylline comme impliquant que l'article 90 (devenu 86), par. 2, CE, permet de rendre inapplicables non seulement les dispositions de fond, établies par l'article 92 (devenu article 87 CE), relatives à la compatibilité des aides avec le marché commun mais aussi les dispositions de procédure, établies par l'article 93 (devenu article 88) CE, relatives au contrôle des aides d'Etat par la Commission ?

Le gouvernement français a voulu tirer argument, dans une autre affaire ultérieurement soumise à la Cour, de la formule ainsi utilisée pour soutenir que, lorsque l'entreprise bénéficiaire de l'aide est susceptible de bénéficier de la dérogation aux règles de concurrence prévue à l'article 90, par. 2, CE, il pourrait être dérogé à la règle selon laquelle une aide nouvelle ne peut pas être mise à exécution tant qu'elle n'a pas été déclarée compatible avec le marché commun. Le gouvernement français faisait valoir très précisément que l'éventuelle applicabilité de l'article 90, par. 2, CE, permettait de déroger non pas à l'obligation de notification préalable mais à l'obligation de suspension provisoire. Selon le gouvernement français, les aides d'Etat qui relèvent de l'article 90, par. 2, CE nécessitent, de par leur nature même, un traitement spécifique en matière procédurale. Il serait notamment nécessaire d'écarter l'application de l'obligation de suspension provisoire qui résulte de l'article 93, par. 3, CE, lorsque celle-ci serait susceptible de faire échec à l'accomplissement de la mission de service public concernée.

¹⁸ Arrêt du 15 mars 1994, aff. C-387/92, *Banco de Crédito Industrial SA, Rec.*, p. I-877.

15. Dans un arrêt du 22 juin 2000¹⁹, la Cour a rejeté cet argument ; elle rappelle que « selon une jurisprudence constante, l'objectif poursuivi par l'article 93, par. 3, CE est de prévenir la mise en vigueur d'aides contraires au traité et que par conséquent l'objet de cette disposition n'est pas une simple obligation de notification, mais une obligation de notification préalable qui, en tant que telle, comporte et implique l'effet suspensif consacré par la dernière phrase de ce paragraphe ». Elle en conclut que, « contrairement à ce que prétend le gouvernement français, cette disposition ne permet dès lors pas de procéder à une dissociation entre les obligations qui y sont prévues, à savoir celles de notification de toute aide nouvelle et celles de suspension provisoire de la mise à exécution de cette aide ». Donc, au plan communautaire, il est acquis que la compensation d'une obligation de service public, dès lors qu'elle est qualifiée d'aide d'Etat, est soumise à la procédure ordinaire de contrôle des aides par la Commission.

En revanche, le traitement de cette compensation par le juge national pose des questions auxquelles la jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'apporter une réponse définitive dans le contexte de l'approche « aide d'Etat ». Il s'agit de savoir d'une part si le juge national peut déclarer une aide compatible avec le marché commun en application de l'article 86, par. 2, CE et d'autre part si, en fonction de la réponse apportée à cette première question, il doit toujours déclarer illégales des compensations d'obligations de service public mises en vigueur en violation de l'article 88, par. 3, CE.

16. La question a été examinée par l'avocat général Tizzano dans l'affaire *Ferring*²⁰, où la question était directement posée de l'illégalité prétendue de la mesure litigieuse en raison du fait qu'elle n'avait pas été notifiée à la Commission en violation de l'article 88, par. 3, CE. Il commence par souligner que, si la mesure litigieuse n'est pas une aide d'Etat, le problème de la légalité de cette mesure serait évidemment éliminé à la base parce qu'aucune obligation de notification préalable n'existe dans cette hypothèse, mais que des doutes surgiraient en revanche si la Cour concluait que la mesure litigieuse constitue effectivement une aide, mais qu'elle peut être considérée comme compatible avec le traité sur la base de la dérogation de l'article 86, par. 2, CE. Il relève que, selon la Commission, étant donné qu'il y a une aide, la France aurait en tout état de cause violé l'obligation de notification préalable visée à l'article 88, par. 3, CE, et donc la mesure, bien que justifiée par application de l'article 86, par. 2, devrait néanmoins être considérée comme une aide illégale, avec toutes les conséquences qui peuvent en découler, spécialement en ce qui concerne sa récupération. L'avocat général Tizzano rejette catégoriquement cette interprétation. Il reconnaît que, dans l'affaire *Saumon*, la Cour a expressément posé le principe que « la décision finale de la Commission déclarant une aide compatible avec le marché commun n'a pas pour conséquence de régulariser, *a posteriori*, les actes d'exécution de ladite aide qui, au

¹⁹ Arrêt du 22 juin 2000, aff. C-332/98, *France c. Commission, Rec.*, p. I-4833.

²⁰ Arrêt du 22 novembre 2001, aff. C-53/00, *Ferring SA, Rec.*, p. I-9067.

moment où ils avaient été pris, étaient invalides » en raison de la méconnaissance de l'article 88, par. 3, CE. Mais, selon M. Tizzano, cette solution s'explique par le fait que les dispositions en matière d'aide d'Etat ne confèrent pas au juge national la compétence pour apprécier directement l'éventuelle compatibilité des aides avec le marché commun, et que l'application des dérogations prévues par l'article 88 CE relève exclusivement de l'appréciation discrétionnaire de la Commission, les juges nationaux ne pouvant vérifier que le respect de l'obligation de notification préalable prévue par l'article 88, par. 3, du traité, en tant que disposition directement applicable. Or, la situation ici est très différente, dans la mesure où la dérogation de l'article 86, par. 2, CE, est directement applicable et qu'il n'y a pas de raisons valables d'exclure cette compétence des juges nationaux lorsqu'il s'agit de justifier l'octroi d'aides destinées à compenser les charges extraordinaires de service public supportées par certaines entreprises. En effet, souligne M. Tizzano, « les juges nationaux sont sans aucun doute en mesure de vérifier – conformément à l'arrêt *FFSA* – « que l'aide en question ne vise qu'à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission particulière incombant à l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général et que l'octroi de l'aide s'avère nécessaire pour que ladite entreprise puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique ». Il ne voit donc « pas de raison d'obliger le juge national à déclarer illégales des aides que lui-même juge compatibles avec le marché commun au sens de l'article 90, par. 2, CE, du seul fait que ces aides ont été mises en œuvre en l'absence de notification préalable à la Commission en application de l'article 93, par. 3, CE. En effet, dans la mesure où les conditions pour l'application de la dérogation sont effectivement remplies, les aides sont *de jure* compatibles avec le marché commun, sans qu'il faille à cette fin une décision d'autorisation de la Commission ». La Cour ne s'est pas prononcée sur cette question dans son arrêt du 22 novembre 2001, puisque, comme nous allons le voir, elle a retenu l'approche « compensatoire » et non l'approche « aide d'Etat ».

17. L'avocat général Léger, dans ses deuxièmes conclusions dans l'affaire *Altmark Trans*, a pris une position diamétralement opposée en affirmant que, conformément à l'arrêt *Banco exterior de España*, seule la Commission peut autoriser une aide au titre de l'article 86, par. 2, CE²¹. M. Merola émet une opinion similaire et souligne que « l'article 86, par. 2, CE ne peut en principe être invoqué que lorsque l'application des règles du traité fait échec au fonctionnement d'un service public. Ceci peut être le cas dès que le juge national a déclaré qu'une situation était incompatible avec les articles 81, par. 1, ou 82, ce qui lui permet d'appliquer l'article 86, par. 2 dans ce cadre. La situation est totalement différente en matière d'aides d'Etat puisque, dans ce cadre, les règles du traité ne peuvent faire échec au fonctionnement d'un service public que dans l'hypothèse où l'aide est incompatible (...). Or, cette appréciation relève de la décision discrétionnaire et autonome de la Commission. On voit donc mal comment toutes ces étapes pourraient être sautées pour permettre l'appréciation par les juges nationaux des mêmes critères qu'il ne leur est pas permis d'appliquer dans le

²¹ Points 56 des conclusions.

cadre de l'article 86, par. 2, CE en matière d'aides d'Etat »²². Nous ne pouvons que partager cette analyse, étant donné la vocation de l'article 86, par. 2, qui est d'écarter l'application d'une disposition qui autrement serait applicable. Force donc est de constater que seule l'approche « compensatoire » permet aux Etats d'échapper aux obligations procédurales de l'article 88, par. 2, CE.

D. Le retour à l'approche « compensatoire »

1. La position de la Cour avant l'affaire Ferring

18. La Cour, jusqu'à son arrêt *Ferring* précité du 22 novembre 2001²³, n'avait, quant à elle, pas eu l'occasion de trancher explicitement la question de la qualification d'une compensation financière de l'obligation de service public.

Certes, dans l'arrêt *Ferring*, elle se réfère à un arrêt déjà ancien qu'elle avait rendu en 1985²⁴ à propos d'une indemnité prévue par la directive 75/439/CEE du Conseil du 16 juin 1975, concernant l'élimination des huiles usagées, en faveur des entreprises collectrices et/ou éliminatrices d'huiles usagées en contrepartie de leurs obligations de collecte et/ou d'élimination des produits offerts par les détenteurs, dans lequel elle avait affirmé qu'« un tel type d'indemnité ne constitue pas une aide au sens des articles 92 et suivants du traité, mais un prix représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises de ramassage ou d'élimination ». Cet arrêt est parfois présenté comme étant le point de départ de l'approche « compensatoire » mais le contexte de l'arrêt est très particulier, dans la mesure où il s'agissait d'une indemnité prévue directement par le droit communautaire et non d'une mesure nationale.

19. Certains évoquent aussi, cette fois en faveur de l'approche « aide d'Etat », l'ordonnance du 25 mars 1998²⁵ par laquelle la Cour a rejeté le pourvoi introduit contre l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *FFSA*. Pour notre part, nous pensons toutefois que, étant donné les moyens invoqués par le pourvoi, la Cour n'a pas réellement eu l'occasion de se prononcer sur le bien-fondé de l'approche « aide d'Etat » choisie par le Tribunal. Les requérants ont en effet reproché au Tribunal d'avoir méconnu l'interprétation de l'article 90, par. 2, du traité adoptée par la Cour dans l'arrêt *Corbeau*. La Cour a alors relevé dans un premier temps que c'est à juste titre que le Tribunal a estimé nécessaire de faire un rappel de la partie de l'arrêt *Corbeau* dans laquelle « la Cour a examiné si l'exclusion de la concurrence était nécessaire pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à l'entreprise concernée », afin de pouvoir juger « si le droit communautaire s'opposait à ce qu'un

²² M. MEROLA et C. MEDINA, « De l'arrêt *Ferring* à l'arrêt *Altmark* : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *CDE*, 2003, p. 639.

²³ Affaire C-53/00, jugée par la sixième chambre de la Cour.

²⁴ Arrêt du 7 février 1985, aff. 240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, *Rec.*, p. 531, point 18.

²⁵ Ordonnance de la Cour du 25 mars 1998, aff. C-174/97 P, *FFSA e.a. c. Commission*, *Rec.*, p. I-1303.

Etat membre octroie des aides d'Etat pour compenser les surcoûts assumés par une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, par. 2, du traité, surcoûts résultant de l'accomplissement de la mission particulière dont elle est investie ». Elle a ensuite considéré que, « dès lors qu'il a posé la condition que l'avantage fiscal ne soit pas supérieur aux surcoûts du service public, le Tribunal ne saurait avoir méconnu les exigences posées par l'article 90, par. 2, du traité telles qu'elles résultent de l'arrêt *Corbeau* ». On peut cependant relever que, dans cette ordonnance, la Cour semble bien envisager la question sous l'angle de l'article 86, par. 2, CE, approche qu'elle abandonnera dans l'arrêt *Ferring*.

Il en va de même, à nos yeux, pour l'arrêt précité du 22 juin 2000. Certes, la Cour y a rejeté la thèse du gouvernement français selon laquelle l'article 86, par. 2, peut faire échec à l'application de l'obligation de suspension provisoire imposée par l'article 88, par. 3, CE. Mais on ne peut pour autant tirer aucune conclusion de l'arrêt quant à la qualification des compensations financières en tant qu'aides d'Etat puisque le moyen avancé par la France ne portait pas sur la qualification de la compensation comme aide, ni même sur l'obligation de notification ²⁶.

2. L'arrêt *Ferring*

20. En revanche, dans l'affaire *Ferring*, c'est directement la question de la qualification d'une compensation d'obligation de service public qui a été posée à la Cour.

Était en cause une contribution fiscale destinée à financer la Caisse nationale d'assurance maladie et instituée par les autorités françaises sur les ventes directes de médicaments par les laboratoires pharmaceutiques, dont étaient exonérés les grossistes répartiteurs de médicaments. La société *Ferring* soutenait que cette exonération constituait une aide en faveur des grossistes répartiteurs, et que cette aide était illégale, en raison de la violation des obligations de procédure. La Cour, après avoir conclu que, « abstraction faite des obligations de service public prévues par le législateur français, la taxe sur les ventes directes, en tant qu'elle ne s'applique pas aux grossistes répartiteurs, est susceptible de constituer une aide d'Etat », a examiné « si la qualification d'aide de ce régime pouvait être exclue en raison des obligations spécifiques de service public imposées aux grossistes répartiteurs par le système français d'approvisionnement des officines en médicaments ».

L'avocat général Tizzano, dans ses conclusions, après avoir rappelé tant la pratique initiale de la Commission que la jurisprudence du Tribunal de première instance, avait estimé qu'« il existe des arguments valables pour exclure la nature d'aide des mesures publiques exclusivement destinées à compenser le surcoût net découlant de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général » ; en particulier, il avait considéré comme « décisif qu'elles ne confèrent pas un avantage réel à l'entreprise chargée de la mission d'intérêt général et qu'elles ne soient donc pas propres à altérer les conditions

²⁶ A. ALEXIS, « Services publics et aides d'Etat : Evolution récente de la jurisprudence », *RDUE*, 1/2002, p. 63.

de concurrence (...). Si l'Etat impose des obligations déterminées de service public à une entreprise, la couverture des surcoûts découlant de l'accomplissement de ces obligations ne confère aucun avantage à l'entreprise en question, mais sert à éviter une situation injustifiée de désavantage par rapport à ses concurrents. Autrement dit, on ne peut pas prendre en compte de façon séparée l'imposition de l'obligation et l'octroi de la compensation, étant donné qu'il s'agit de deux faces d'une même intervention publique destinée, dans son ensemble, à satisfaire des intérêts de première importance pour la collectivité. S'il en est ainsi, alors, il faut en conclure que, dans l'hypothèse examinée, l'intervention des autorités publiques finit par être économiquement neutre pour l'entreprise intéressée parce qu'elle n'en tire ni avantage ni désavantage. Cela prouve que (...) la nécessité de compenser des charges extraordinaires de service public 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 ».

La Cour a suivi son avocat général. Elle a commencé par souligner que « la réglementation française impose aux grossistes répartiteurs les obligations de disposer en permanence d'un assortiment de médicaments susceptible de répondre aux exigences d'un territoire géographiquement déterminé et d'assurer la livraison des médicaments demandés dans de très brefs délais sur l'ensemble dudit territoire, de sorte que soit garanti à tout moment un approvisionnement de médicaments à l'ensemble de la population et que le respect de ces obligations entraîne, pour les grossistes répartiteurs, un coût supplémentaire que les laboratoires pharmaceutiques n'ont pas à supporter ». La Cour estime alors que, « pour autant que la taxe sur les ventes directes imposée aux laboratoires pharmaceutiques correspond aux surcoûts réellement supportés par les grossistes répartiteurs pour l'accomplissement de leurs obligations de service public, le non-assujettissement de ces derniers à ladite taxe peut être regardé comme la contrepartie des prestations effectuées et, dès lors, comme une mesure ne constituant pas une aide d'Etat au sens de l'article 92 du traité ». Elle ajoute que « au demeurant, lorsque cette condition d'équivalence entre l'exonération accordée et les surcoûts exposés est remplie, les grossistes répartiteurs ne bénéficient pas, en réalité, d'un avantage au sens de l'article 92, par. 1, du traité, car la mesure concernée aura comme seul effet de mettre ceux-ci et les laboratoires pharmaceutiques dans des conditions de concurrence comparables ».

La Cour invoque uniquement l'arrêt précité dans l'affaire *ADBHU*. L'arrêt, à la différence des conclusions de l'avocat général, ne fait aucune allusion à la jurisprudence développée par le Tribunal de première instance selon laquelle la circonstance qu'un avantage financier soit octroyé à une entreprise par les autorités publiques pour compenser le coût des obligations de service public assumées par cette entreprise est sans incidence sur la qualification de cette mesure d'aide au sens de l'article 87 CE et peut uniquement entraîner sa compatibilité au titre de l'article 86, par. 2, CE.

21. Les conséquences de cet arrêt sont importantes.

D'abord, comme la Cour l'indique explicitement, l'appréciation de l'exigence d'équivalence entre la mesure de l'Etat concerné et les surcoûts générés par

l'accomplissement des obligations de service public incombe aux juridictions nationales. Or, nous l'avons vu, l'approche « aide d'Etat » confie le contrôle de la compatibilité des mesures de financement des obligations de service public exclusivement à la Commission européenne.

Ensuite, les mesures ne dépassant pas les surcoûts, n'étant pas des aides d'Etat, sont exemptes de l'obligation de notification préalable à caractère suspensif imposée par l'article 88, par. 3, CE.

Enfin, la Cour, à la différence de la Commission dans sa pratique initiale, ne se réfère pas à l'article 86, par. 2, CE comme justification de la solution adoptée. Bien plus, après avoir posé le principe qu'une compensation respectant la condition d'équivalence n'est pas une aide, elle ajoute que, « s'il devait s'avérer que les grossistes répartiteurs tirent du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments un avantage qui excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale, cet avantage, pour la partie qui excède lesdits surcoûts, ne saurait, en tout état de cause, être couvert par l'article 86, par. 2, car il ne pourrait être considéré nécessaire afin de permettre à ces opérateurs d'accomplir leur mission particulière ». De telles aides devraient être évaluées uniquement sur la base de l'article 87 CE. On peut dès lors imaginer, s'agissant d'aides au fonctionnement que, dans la mesure où il y aurait « surcompensation » des coûts des obligations de service public, aucune dérogation ne serait envisageable. M. Merola, dans son article précité, a souligné le caractère déroutant de cette solution en faisant remarquer que l'arrêt *Ferring* « ainsi, et dans le même temps, (...) explicite les conditions d'application de l'article 86, par. 2, CE et rend son application impossible ».

3. *Les réactions à l'arrêt Ferring*

22. L'arrêt *Ferring* n'a pas fait l'unanimité. Il a été approuvé par une partie de la doctrine. Ainsi, selon Louis Vogel ²⁷, « (c)ette jurisprudence est conforme au texte de l'article 87, car l'entreprise bénéficiaire de la mesure ne retire aucun avantage autre que le rétablissement d'une égalité de situation de concurrence. En outre, une mesure financière adoptée par un Etat en faveur d'une entreprise ne constitue pas une aide si elle est la contrepartie d'un bien, d'une prestation ou d'une obligation mise à sa charge ou de l'indemnisation d'un préjudice causé par l'Etat. (...) (S)i une mesure n'entraîne pas d'effets perturbateurs sur le marché, elle ne doit pas être soumise à contrôle et ne doit même pas être qualifiée d'aide susceptible d'être contrôlée. L'arrêt *Ferring*, c'est la règle de raison appliquée aux aides d'Etat et à ce titre, la décision ne fait que reprendre les principes développés dans les mêmes conditions dans toute une série d'autres domaines des règles de concurrence ».

²⁷ « Les nouveaux critères de définition des aides d'Etat en droit de la concurrence », *Ateliers de la concurrence*, direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, 2 octobre 2002 ; voy. aussi sur cet arrêt : P. DENGLER, « L'arrêt *Ferring* », *RDUE*, 4/2001, p. 1001.

Mais il a aussi été sévèrement critiqué. En particulier, au moment où l'arrêt a été rendu, plusieurs affaires étaient pendantes devant la Cour de justice ²⁸, abordant la même problématique et, dans l'une d'entre elles – l'affaire *Altmark Trans* –, l'avocat général Léger ²⁹ a expressément rejeté le raisonnement ainsi suivi et a invité la Cour à revenir à la solution retenue par le Tribunal de première instance. Les avocats généraux Jacobs ³⁰ et Stix-Hackl ³¹ ont quant à eux tenté de dégager une solution de « compromis » entre les deux approches (voy. *infra*).

4. La position de la Commission après l'arrêt *Ferring*

23. La Commission dans son « Rapport relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux services d'intérêt économique général » ³², a semblé se rallier à la solution ainsi dégagée par la Cour : elle indique qu'« en effet, les obligations de service public peuvent impliquer des surcoûts que les concurrents ne doivent pas supporter, et la compensation permet de placer l'entreprise bénéficiaire dans la même situation que ses concurrents. Par contre, le montant de l'exonération qui excède ce qui est nécessaire pour accomplir la mission de service public, constitue une aide d'Etat ». La Commission y annonce avoir « changé sa pratique décisionnelle conformément à cette nouvelle jurisprudence de la Cour de justice ». Mais, dans le même temps, elle se réfère aux conclusions des avocats généraux évoquées ci-dessus, pour conclure que « les derniers développements montrent toutefois que la jurisprudence en la matière demeure évolutive, et qu'il convient d'attendre les arrêts de la Cour (...), avant de finaliser une position dans un cadre communautaire ».

24. L'approche « compensatoire » a clairement été suivie par la Commission, dans plusieurs décisions relatives à des interventions financières en faveur de postes nationales.

Dans sa décision du 12 mars 2002 relative aux aides d'Etat accordées par l'Italie en faveur de la Poste italienne ³³, la Commission a affirmé que « pour apprécier les mesures financières en faveur d'une entreprise investie d'une mission d'intérêt général, (...) il est fondamental de vérifier si la mesure financière en cause apporte un soutien allant au-delà du coût net supplémentaire supporté par l'entreprise dans l'exécution de ses propres tâches. En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour

²⁸ En particulier, dans l'affaire *Altmark*, l'audience publique a eu lieu le 6 novembre 2001, soit deux semaines avant le prononcé de l'arrêt *Ferring*, le 22 novembre 2001.

²⁹ Premières conclusions présentées le 19 mars 2002.

³⁰ Conclusions présentées le 30 avril 2002 dans l'affaire C-126/01, *GEMO SA*, précitée. La Cour ne s'est pas prononcée sur la question.

³¹ Conclusions présentées le 7 novembre 2002 sous l'arrêt du 27 novembre 2003, aff. jtes C-34/01 à C-38/01, *Enirisorse SpA.*, non encore publié au *Recueil*. Nous reviendrons plus loin sur la solution retenue par la Cour.

³² Document COM/2002/0280 final.

³³ *JO*, n° L 282, 19 octobre 2002, p. 29.

de justice, les Etats membres sont en droit d'assurer que les entreprises qui ont des fonctions d'intérêt général les exécutent dans des conditions d'équilibre économique. Si le soutien accordé ne va pas au-delà du coût net supplémentaire, le concours n'est pas à considérer comme une aide d'Etat car, en réalité, l'entreprise ne bénéficie pas d'un avantage au sens de l'article 87, par. 1, du traité ». Examinant les subventions à la poste italienne, la Commission a alors évalué les coûts nets supplémentaires totaux des services d'intérêt économique général qu'elle assume. Elle relève que, même si la poste bénéficie de l'avantage indéniable d'être la seule entreprise à pouvoir opérer dans le domaine des services réservés, cet avantage n'est pas suffisant pour couvrir les coûts nets supplémentaires des services d'intérêt économique général, pas plus que les recettes réalisées dans le domaine réservé. Après avoir évalué le coût net supplémentaire de la mission de service public, la Commission constate qu'il est supérieur au soutien financier accordé, de sorte que les mesures examinées, plus l'avantage conféré à la poste italienne par le droit exclusif, n'ont pas donné lieu à une compensation excessive du coût net supplémentaire de la mission d'intérêt général qui lui a été confiée. Elle conclut que ces mesures ne constituent pas des aides d'Etat.

25. De même, dans une décision du 19 juin 2002 concernant des mesures prises par les autorités allemandes en faveur de la Deutsche Post ³⁴, la Commission a souligné que « le financement public de services d'intérêt général peut conférer à son bénéficiaire un avantage économique au sens de l'article 87, par. 1, du traité CE. Pour autant, toutefois, que le financement public ne dépasse pas les coûts supplémentaires réellement occasionnés par ces services d'intérêt général, la contrepartie financière de l'Etat ne devrait pas être qualifiée d'avantage au sens de l'article 87, par. 1, du traité CE, mais de rémunération appropriée pour l'accomplissement d'obligations de service public ». Elle ajoute que « les autorités allemandes sont donc libres de compenser les surcoûts nets réellement liés à l'accomplissement d'obligations de service public » mais qu'elles « doivent cependant veiller à ce que les interventions financières publiques soient limitées aux surcoûts nets qui résultent réellement de l'exécution d'obligations de service public. Si les surcoûts nets faisant l'objet d'une compensation ont d'autres causes, leur compensation financière publique confère à son bénéficiaire un avantage économique ». Dans le cas d'espèce, la Commission est arrivée à la conclusion que la compensation versée par les autorités allemandes à la poste pour couvrir les déficits dans le secteur des services de colis était une aide d'Etat. Le gouvernement allemand soutenait que ces déficits – que les recettes dégagées par les secteurs ouverts à la concurrence étaient insuffisantes à combler – étaient liés à des obligations de service public, en particulier à l'obligation de respecter un tarif unique abordable pour les services de colis de porte à porte. La Commission a cependant constaté qu'il résulte d'une enquête sur le comportement de la poste allemande en matière de prix dans le domaine des services de colis de porte à porte, menée à sa demande, que les pertes de la poste s'expliquent par une politique de rabais agressive

³⁴ JO, n° L 247, 14 septembre 2002 p. 27.

qui a débouché sur des prix inférieurs au tarif unique. La Commission en a déduit que c'est cette pratique de prix qui a occasionné des surcoûts nets clairement identifiables, qui ne sont donc pas attribuables à des obligations de service public. En effet, les produits des services de colis de porte à porte ont en permanence été insuffisants pour couvrir les coûts des éléments d'infrastructure qui étaient affectés à ces seuls services.

26. La Commission a confirmé cette approche en 2003. Ainsi, le 27 mai 2003 ³⁵, elle a décidé de ne pas soulever d'objection à l'encontre d'un train de mesures concernant « Post Office Limited » (POL), qui lui avait été notifié par le gouvernement britannique. L'objectif poursuivi était de restaurer la viabilité de POL, tout en préservant sa large couverture rurale de prestataire de service universel et en lui permettant de fournir, en outre, certains services d'intérêt économique général. La Commission est arrivée à la conclusion que la compensation prévue au titre de l'aide annuelle au réseau rural ne dépasse pas le coût de maintien des deux mille guichets ruraux structurellement déficitaires, compte tenu de la contribution positive fournie par les activités compétitives, tandis que le prêt reductible accordé à POL revêt également le montant minimal nécessaire pour lui permettre de continuer à fournir, à ses guichets, des services d'intérêt économique général de versements en espèces. Elle a aussi noté qu'un mécanisme de cloisonnement empêche toute compensation double de la part du gouvernement britannique, au sein du paquet global de mesures adoptées en faveur de POL et que le gouvernement britannique s'est engagé à recouper toute surcompensation que pourraient mettre en évidence les comptes séparés établis pour POL. Le 23 juillet 2003 ³⁶, la Commission a aussi autorisé plusieurs mesures notifiées par l'Etat belge en faveur de la Poste, après avoir constaté que ces mesures n'avaient pas entraîné de surcompensation du coût net du service public.

Il est intéressant de noter que la Commission, dans ces deux dernières affaires, marque une prudence certaine. Ainsi la décision du 23 juillet 2003 souligne qu'« aucun avantage n'est donc conféré à La Poste par les compensations reçues de l'Etat pour l'accomplissement de ses missions de service public car les coûts nets additionnels des SIEG dépassent l'ensemble des compensations reçues (...) » pour en conclure que ces mesures ne « constituent donc pas, sous la jurisprudence la plus récente, des aides d'Etat au sens de l'article 87 (1) CE » ; mais elle ajoute en même temps que « par ailleurs, quand bien même on considérerait que la compensation des coûts nets des SIEG constitue une aide, celle-ci serait compatible au titre de l'article 86 (2) CE du fait que les services ont été dûment conférés à La Poste sans surcompensation de leur coût net additionnel et sans qu'il ne soit porté atteinte à l'intérêt communautaire » ³⁷.

³⁵ Décision communiquée aux autorités britanniques par lettre du secrétaire général du 27 mai 2003, C (2003) 1652 fin, concernant l'aide N 784/2002, disponible sur le site Europa.

³⁶ Décision communiquée aux autorités belges par lettre du secrétaire général du 23 juillet 2003, C (2003) 2508 fin, concernant l'aide d'Etat N 763/02, disponible sur le site Europa.

³⁷ De même, dans la décision précitée du 27 mai 2003, la Commission a abordé les mesures en cause au regard tant de la jurisprudence *Ferring* que de la jurisprudence *FFSA*, avant de les autoriser.

3. L'arrêt *Almark Trans* et ses suites

27. Ces controverses permettent d'expliquer à quel point une prise de position de la Cour en assemblée plénière était attendue. Des trois affaires en cours au moment où l'arrêt *Ferring* avait été rendu, c'est l'affaire *Altmark Trans* qui lui en a donné en premier lieu l'occasion³⁸. Elle a trait à un service public de transport par autocar dans le canton de Stendal en Allemagne, pour lequel, en 1990, la société *Altmark Trans* avait obtenu des licences, ainsi que des subventions destinées à couvrir les frais liés à sa mission de service public. En 1994, les autorités allemandes ont renouvelé les licences d'*Altmark Trans* et rejeté la demande de licences d'une société concurrente, la *Nahverkehrsgesellschaft Altmark*, qui a introduit un recours devant les juridictions allemandes en affirmant qu'*Altmark Trans* n'était pas une entreprise économiquement saine puisqu'elle n'aurait pas été capable de survivre sans subventions publiques et que, dès lors, les subventions versées à *Altmark* étaient contraires à la réglementation communautaire sur les aides d'Etat. La juridiction administrative suprême allemande a dès lors demandé à la Cour de justice de se prononcer sur la nature de ces subventions.

Après avoir examiné les points de vue des avocats généraux, nous analyserons la solution retenue par la Cour et ensuite nous nous pencherons sur les critiques dont cet arrêt a fait l'objet, ainsi que sur la jurisprudence ultérieure et sur les initiatives annoncées par la Commission européenne.

A. Les conclusions des avocats généraux

28. L'avocat général Léger a invité, comme nous l'avons vu, la Cour à revenir à l'approche « aide d'Etat ». Ses critiques de l'approche « compensatoire » se fondent sur trois arguments essentiels. D'abord, cette solution opérerait une confusion entre la qualification d'aide et la justification éventuelle de cette aide. La notion d'aide étant une notion objective, la qualification d'une mesure en tant qu'aide dépend uniquement de la question de savoir si elle confère ou non un avantage à une ou plusieurs entreprises. En aucun cas, l'intervention étatique ne saurait être appréciée au regard de l'objectif poursuivi par les autorités publiques. Ces objectifs ne peuvent être pris en considération qu'à un stade ultérieur de l'analyse, pour savoir si la mesure étatique est justifiée au regard des dispositions dérogatoires du traité et non pour déterminer l'existence ou non d'une aide. Ensuite, elle serait de nature à priver l'article 86, par. 2, CE, ainsi que les conditions qu'il impose, d'une grande partie de son utilité. Si les compensations ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 87 CE, le recours à l'article 86, par. 2, pour les autoriser devient en effet inutile. Il en serait de même pour l'article 73 du traité, qui prévoit notamment que sont compatibles avec le traité les aides qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public. Enfin, l'approche de la Cour dans l'affaire

³⁸ L'importance de l'affaire est démontrée par la circonstance que la Cour a décidé la réouverture de la procédure orale. A notre connaissance, il existe un seul précédent dans lequel l'avocat général a été amené à présenter deux fois des conclusions : il s'agit de la célèbre affaire *Cassis de Dijon*.

Ferring aurait pour effet de soustraire les mesures de financement des services publics au contrôle de la Commission. M. Léger a, en conséquence, invité la Cour à considérer que les compensations constituent des aides d'Etat, sans préjudice de la possibilité d'autoriser ces aides sur la base de l'article 73 ou de l'article 86, par. 2, CE. Il n'aborde cependant pas la question de savoir si, en l'espèce, les conditions d'application de ces dispositions sont remplies.

29. L'avocat général Jacobs, qui a conclu dans l'affaire *GEMO*, a, quant à lui, mis en lumière les avantages et inconvénients des deux approches qui, à ses yeux, ne fournissent aucune « de solution idéale dans tous les cas ». Il a proposé de faire une distinction entre d'une part, « les cas dans lesquels les mesures de financement sont clairement destinées, en tant que stricte contrepartie, à des obligations d'intérêt général clairement définies ou, en d'autres mots, où le lien entre, d'une part, le financement étatique accordé et, d'autre part, les obligations d'intérêt général clairement définies est direct et manifeste » ; et, d'autre part, tous les cas dans lesquels « le lien entre le financement étatique et les obligations d'intérêt général qui sont imposées n'est ni direct ni manifeste ou les obligations d'intérêt général ne sont pas clairement définies ». Selon lui, les cas relevant de la première catégorie devraient être analysés conformément à l'approche compensatoire, alors que ceux de la deuxième catégorie devraient l'être selon l'approche aide d'Etat. Il a été rejoint dans son approche par l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire *Enisorse*.

30. Monsieur Léger est revenu sur la question dans ses deuxièmes conclusions³⁹. Tout en confirmant sans réserve ses premières conclusions, il répond à certains arguments présentés à l'encontre de l'approche « aides d'Etat ». En premier lieu, il considère qu'on ne peut comparer le financement d'obligations de services public à l'achat par l'Etat de biens ou de services, pour lesquels il est admis qu'il y a aide uniquement si, et dans la mesure où, la rémunération versée par l'Etat excède le prix du marché. Ce critère de l'opérateur privé n'est en effet, selon lui, susceptible de s'appliquer qu'aux interventions de l'Etat présentant un caractère économique et non à celles relevant des actes de puissance publique, comme le financement des services publics. Il ajoute « qu'il est, d'ailleurs, difficile d'imaginer qu'un opérateur privé s'engage, de sa propre initiative, dans une telle activité de financement ». Une telle affirmation nous paraît excessive⁴⁰. En deuxième lieu, il rejette la théorie dite de l'avantage « réel » en soulignant que, pour pouvoir être autorisée au titre de l'article 87, par. 3, CE, toute aide doit comporter une contrepartie à charge du bénéficiaire, de manière à ce qu'il n'y ait pratiquement aucun avantage net dans son chef. Cet élément intervient donc au niveau de la compatibilité de l'aide et non de son existence. Il revient aussi sur le rôle central qu'exerce la Commission dans le cadre de la procédure de contrôle des aides d'Etat, pour souligner qu'à ses yeux, les obligations procédurales pesant sur les Etats

³⁹ Présentées le 14 janvier 2003.

⁴⁰ Voy. la critique de cette affirmation par A. BARTOSCH, « Clarification or Confusion ? How to reconcile the ECJ's rulings in *Altmark* and *Chronopost* ? » Clasf, Working paper number 02.

ne sont pas de nature à perturber le fonctionnement des services publics. Il considère enfin que la solution – qu'il qualifie de « *quid pro quo* » – proposée par l'avocat général Jacobs se départit de la jurisprudence de la Cour en matière d'aides d'Etat et, surtout, n'est pas de nature à garantir un degré suffisant de sécurité juridique, critique qui ne nous paraît pas dénuée de fondement.

B. La solution dégagée par la Cour dans l'affaire *Altmark Trans*

31. La Cour commence par rappeler que « sont considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises (...) ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (...) ». Elle se réfère alors à ses arrêts *ADBHU* et *Ferring* – sans un mot sur la jurisprudence du Tribunal de première instance –, pour conclure qu'il découle de cette jurisprudence que « 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 constitue pas une aide d'Etat au sens de l'article 87 du traité CE ».

32. Mais la Cour, sans doute sensible aux critiques qu'avait suscitées la jurisprudence *Ferring*, ajoute aussitôt que, pour que

« dans un cas concret, une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'Etat et donc à l'obligation de notification, quatre 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. Elle en déduit que la juridiction de renvoi devra donc examiner si les obligations de service public qui ont été imposées à *Altmark Trans* ressortent clairement de la législation nationale et/ou des licences en cause au principal.

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. Par conséquent, la compensation par un Etat 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'Etat au sens de l'article 87 par. 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. Le respect d'une telle condition est indispensable pour garantir qu'aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence, en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise, n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire.

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 ».

La Cour conclut que, lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat, et les dispositions des articles 87 et 88 CE ne sont pas applicables. A l'inverse, l'intervention étatique qui ne répond pas à une ou plusieurs des conditions ainsi définies devra être considérée comme une aide d'Etat. On notera que la Cour, à la différence de ce qu'elle avait indiqué dans l'arrêt *Ferring*, n'exclut plus l'application possible de l'article 86, par. 2, CE, aux mesures qui seraient qualifiées d'aides

C. Commentaires et critiques de l'arrêt *Altmark* ⁴¹

33. Nombreux sont ceux qui ont salué l'arrêt, propice à leurs yeux à une plus grande sécurité juridique des opérateurs de service public. Ainsi, pour le Parlement européen, il « a défini précisément les conditions du financement des services d'intérêt général par des aides d'Etat et (...) les conditions ainsi définies constituent une référence fiable pour toutes les parties intéressées » ⁴². Il est vrai qu'on ne peut qu'adhérer au principe qui consiste à définir clairement les missions de service public et à expliciter la méthode de calcul de la compensation ⁴³. Néanmoins, des voix se sont

⁴¹ Voy. sur cet arrêt, M. MEROLA et C. MEDINA, « De l'arrêt *Ferring* à l'arrêt *Altmark* : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *op. cit.* ; A. ALEXIS, « L'arrêt *Altmark* Trans du 24 juillet 2003 : La Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique général », *Competition Policy Newsletter*, 3, automne 2003 ; M. KARPENSCHIF, « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public ? (A propos de l'arrêt de la C.J.C.E., *Altmark* Trans du 24 juillet 2003) », *Les Petites Affiches*, 64, 30 mars 2004 ; V.S. KARAYANNIS, « Le concept d'aide « brut »... Le financement des services d'intérêt général par des fonds publics », *JTDE*, 205, 2004 ; B.J. DRIJBER et N. SAANEN-SIEBENGA, « Financiering van openbare diensten na *Altmark* », *NTER*, octobre 2003, p. 253 et suiv. ; S. BRACQ, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTDE*, 2004, p. 33 et suiv. ; J. WINTER, « Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty », *CLMRev.*, 2004, p. 475 et suiv. sp. 495 à 501 ; J.M. THOUVENIN et M.P. LORIEUX, « L'arrêt de la CJCE du 24 juillet 2003 *Altmark* », *RM CUE*, 2003, p. 633 et suiv. ; ASSOCIATION FRANÇAISE D'ÉTUDE DE LA CONCURRENCE, Observations sur le livre vert.

⁴² Résolution du Parlement européen sur le livre vert sur les services d'intérêt général, adoptée le 14 janvier 2003, document COM (2003) 270 – 2003/2152 (INI).

⁴³ F. LÉVÊQUE, « Le test *Altmark* Trans : pertinence économique », Conférence AJE-AFEC, Europe, service public et concurrence, 12 mai 2004.

aussi élevées, soit pour critiquer purement et simplement le maintien de l'approche « compensatoire » retenue par la Cour, soit pour remettre en cause certaines des conditions énoncées par la Cour ou, à tout le moins, souhaiter des éclaircissements à leur sujet.

1. *Critiques de l'approche compensatoire*

34. Plusieurs auteurs ⁴⁴ continuent à se déclarer non convaincus par l'approche « compensatoire » retenue par la Cour dans l'affaire *Ferring* et maintenue, même si c'est dans un cadre bien plus strict, par l'arrêt *Altmark Trans*. Leurs critiques à l'égard de l'option ainsi prise par la Cour de justice font largement écho aux arguments développés par l'avocat général Léger dans ses conclusions ; elles sont de deux ordres.

Il est reproché en premier lieu à l'approche « compensatoire » de dénaturer la notion d'aide, qui est appréhendée uniquement en fonction des effets des interventions étatiques en cause et non selon leurs causes et objectifs. La Cour aurait à tort établi en la matière une distinction entre avantage brut inopérant à établir l'existence d'une aide et avantage net, dont la présence ou l'absence serait en revanche déterminante pour qualifier la compensation d'obligations de service public d'aide. Une telle approche, selon ces auteurs, confondrait appréciation de l'existence d'une aide et appréciation de sa compatibilité ; elle perdrait de surcroît de vue que toute aide, pour être compatible avec le marché commun, doit nécessairement comporter une contrepartie. En d'autres termes, ces auteurs considèrent que la compensation d'obligations de service public ne présente aucune particularité qui justifie l'exclusion de la qualification d'aide, et que c'est sous l'angle de la compatibilité, dans le contexte d'une approche « aides d'Etat », qu'elle doit être envisagée.

35. Nous ne partageons pas cette critique, car, à nos yeux, aide d'Etat et financement de missions d'intérêt général ⁴⁵ présentent de véritables différences de nature.

L'aide vient apporter un appui financier, sous des formes diverses, à un projet élaboré par une entreprise en fonction, au premier chef, de ses propres intérêts. Certes, pour pouvoir bénéficier de l'aide, l'entreprise va inscrire ce projet dans le cadre des politiques définies par l'autorité publique et c'est là que se situe la contrepartie qui conditionne la compatibilité de l'aide. Mais l'entreprise est, en tout cas en théorie, libre de s'insérer dans ce cadre et donc de bénéficier de l'aide ou de ne pas s'y insérer et donc de devoir financer elle-même le projet. Dans ce contexte, la notion d'avantage trouve toute sa place : les pouvoirs publics saisis du projet d'une entreprise, vont décider de prendre en charge une partie des coûts afférents à ce projet, coûts qui auraient normalement grevé le budget de cette entreprise, parce que le projet en cause, au-delà de l'intérêt « égoïste » de l'entreprise, correspond également à l'intérêt général, tel que l'a défini l'autorité publique.

⁴⁴ Voy. en particulier les articles précités de M. MEROLA et C. MEDINA, ainsi que de S. BRACQ.

⁴⁵ Expression que nous préférons de loin à celle, qui nous apparaît quelque peu péjorative, de compensation d'obligations de service public. Nous rejoignons en cela une observation qui avait été formulée par la Ligue des droits de l'homme, lors de la consultation publique sur le livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général.

L'optique et la logique sont totalement différentes dans le cas de financement de missions de service public. Ici, c'est l'autorité publique qui prend l'initiative de définir une mission comme étant d'intérêt général, d'en fixer les conditions et modalités, notamment le coût de cette mission et les moyens financiers qu'elle est disposée à y affecter et qui, dans un deuxième temps, désigne une entreprise, à qui elle va confier la charge d'accomplir cette mission, en contrepartie d'une certaine rémunération, dont l'autorité publique aura déterminé elle-même le montant. Il n'est donc pas question de « dépenses qui normalement grèveraient le budget d'une entreprise » et qui seraient prises en charge par les pouvoirs publics parce qu'elles coïncident avec l'intérêt général. Il y a des missions confiées – voire imposées – à une entreprise, au nom de l'intérêt général, à une entreprise, par les pouvoirs publics qui décident en même temps d'en prendre le coût financier en charge. L'entreprise n'est pas bénéficiaire mais intermédiaire ; ce n'est pas à elle qu'est destiné le financement mais, à travers elle, à la mission de service d'intérêt général qu'elle est chargée d'accomplir. Dès lors, il nous paraît que, aussi longtemps que le financement ne dépasse pas le coût de la mission ainsi accomplie, on ne peut pas parler d'aide et qu'il n'en va autrement qu'à partir du moment où le financement, allant au-delà des coûts générés par l'accomplissement de la mission en cause, vient effectivement apporter une contribution au budget général de l'entreprise pour laquelle il représente alors en effet un avantage.

36. La deuxième grande critique adressée à l'approche « compensatoire » est qu'elle remettrait en cause le rôle central joué par la Commission européenne en matière de contrôle des aides d'Etat, en transférant le contrôle des financements d'obligations de service publics aux juridictions nationales, qui auront l'unique, mais combien difficile, tâche de vérifier s'il y a une simple compensation du surcoût lié aux obligations de service public ou aide d'Etat.

Cette critique avait déjà été exprimée à l'encontre de l'arrêt *Ferring* et, eu égard au caractère pour le moins laconique de la formulation de cet arrêt, elle n'était pas dénuée de fondement. En effet, cet arrêt se bornait à évoquer la nécessité que la compensation corresponde aux surcoûts réellement supportés pour l'accomplissement de la mission d'intérêt général, ou, en d'autres termes, qu'il existe une équivalence entre la compensation accordée et les surcoûts exposés, sans indiquer le moindre critère au regard duquel cette condition peut être appréciée, et, de surcroît, la Cour, en réponse à la deuxième condition préjudicielle, avait exclu toute application de la dérogation de l'article 86, par. 2, CE, en faveur d'une compensation qui excéderait les surcoûts liés à l'accomplissement des obligations de service public. Dans ces conditions, il n'y avait plus guère de place pour un contrôle dans le chef de la Commission européenne ni d'intérêt pour un Etat membre de notifier ses mesures de financement à la Commission. En effet, soit la mesure était une simple compensation et non une aide : dans ce cas, cette constatation pouvait relever de la compétence des juridictions nationales et aucun contrôle de compatibilité n'avait à être exercé par la Commission européenne. Soit, au contraire, elle dépassait les coûts afférents à la mission de service public : dans ce cas, elle était une aide et, à ce titre, l'examen de sa compatibilité avec le marché commun relevait effectivement de la compétence de la Commission européenne mais cet examen, faute de pouvoir faire application de

la dérogation de l'article 86, par. 2, CE, ne pouvait pratiquement conduire qu'à une conclusion négative.

Il faut toutefois souligner que l'arrêt *Altmark Trans* a tenu compte de cette critique : d'un côté, il a défini strictement – trop strictement, diront certains – les conditions auxquelles une compensation peut échapper à la qualification d'aide d'Etat ; d'autre part, il s'est prudemment gardé d'exclure la possibilité d'invoquer la dérogation de l'article 86, par. 2, « ouverture » dont la Commission s'attache déjà à tirer parti dans les différentes initiatives qu'elle a prises après l'arrêt *Altmark Trans*. Nous y reviendrons, mais deux remarques s'imposent déjà à ce stade.

37. Tout d'abord, il était, selon nous, quasiment inéluctable que la Cour confirme, quitte à l'assortir d'un cadre beaucoup plus strict, la jurisprudence *Ferring*. Il faut en effet se souvenir que l'approche « aide d'Etat » implique la soumission des compensations d'obligations de service public à la procédure de notification suspensive avec la conséquence que le juge national est tenu de déclarer invalide toute mesure de mise en œuvre d'une compensation effectuée en violation des règles de procédure, alors même que la compensation serait ensuite déclarée compatible avec le traité par la Commission. Suite à la jurisprudence *Ferring*, qui a privilégié l'approche compensatoire permettant d'exonérer de l'obligation de notification suspensive les compensations limitées au strict coût des obligations de service public, les Etats membres ont, de bonne foi, mis en vigueur des mesures de financement sans les notifier à la Commission parce qu'ils ont considéré qu'elles étaient conformes aux critères fixés par l'arrêt *Ferring*. Retenir l'approche « aide d'Etat » aurait dès lors présenté le risque majeur de voir ces mesures de financement invalidées par les juridictions nationales, sans même qu'une décision favorable de la Commission puisse rétroactivement les réhabiliter. Il n'est donc nullement étonnant de voir la Cour de justice confirmer l'approche « compensatoire », tout en répondant à certaines critiques dont elle avait fait l'objet en contenant la confiance peut-être trop grande qui avait été faite aux Etats par l'arrêt *Ferring* dans un cadre beaucoup plus strict.

Ensuite, il nous paraît également tout à fait logique, compte tenu de la formulation des quatre conditions fixées par l'arrêt *Altmark Trans* pour qu'une compensation échappe à la qualification d'aide, que l'article 86, par. 2, CE, puisse continuer à s'appliquer. Si le non-respect des première et troisième conditions nous paraît de nature à entraîner l'incompatibilité définitive de la mesure de financement, il n'en va pas de même, à nos yeux, pour ce qui concerne les deuxième et quatrième conditions, dont la violation ne signifie pas automatiquement que la mesure est injustifiée.

2. Critiques adressées aux conditions fixées par l'arrêt pour exclure la qualification d'aide

38. La première condition fixée par la Cour a trait à la qualification en tant que service d'intérêt général, alors les trois dernières concernent le calcul de la compensation octroyée.

Cette première condition fait l'unanimité et il faut reconnaître qu'elle confirme intégralement la pratique antérieure, qu'elle repose d'ailleurs sur l'approche « aide d'Etat » ou sur l'approche « compensatoire ». Des compensations de service public ne peuvent être envisagées qu'en faveur d'entreprises qui sont effectivement en

charge d'une mission d'intérêt général ou de service public, en vertu d'un acte de la puissance publique. Cette condition est déjà prévue depuis longtemps par la jurisprudence ⁴⁶, dans le contexte de l'application de l'article 86, par. 2, CE. Si les Etats membres disposent en la matière d'une large marge d'appréciation, la Commission doit néanmoins veiller à ce que cette compétence des Etats membres soit exercée sans erreur manifeste. La Cour, faisant écho – sans la citer pour autant – à la distinction établie par l'avocat général Jacobs dans l'affaire *GEMO*, exige également que les obligations de l'entreprise soient « clairement définies ». L'existence d'un acte étatique précisant d'une part, les obligations à charge de l'entreprise et, d'autre part, les obligations à charge de l'Etat, notamment en terme de compensation financière, est la condition nécessaire de la transparence dans le domaine du financement des services d'intérêt général. En l'absence d'une définition précise des obligations des entreprises, il est en effet difficile d'imaginer comment les coûts du service en cause et le montant d'une éventuelle compensation peuvent être calculés.

39. Les deuxième et troisième conditions énoncent les éléments à prendre en compte dans le calcul, éléments qui n'avaient pas été précisés dans l'arrêt *Ferring*.

En particulier, avec la deuxième condition, la Cour exige que les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation soient préalablement établis d'une manière objective et transparente, ce qui, à ses yeux, doit permettre d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes. Le lien ainsi établi entre transparence et absence d'avantage n'est pas évident : même avec une transparence parfaite, il peut y avoir avantage, notamment si les coûts sont évalués trop haut. La transparence est un moyen de contrôle et pas une norme matérielle. Ceci étant, l'exigence d'une fixation préalable des paramètres de calcul de la compensation découle logiquement de la « contractualisation » des relations entre l'Etat et l'entreprise en charge d'un service d'intérêt général. Il faut aussi noter que l'exigence posée par la Cour ne porte pas sur le montant de la compensation, mais uniquement sur les paramètres de calcul de celle-ci.

La précision apportée ensuite par la Cour, selon laquelle « la compensation par un Etat 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'Etat », ne contribue pas à clarifier la portée de cette deuxième condition. Cela signifie-t-il qu'il y a aide dès le moment où les paramètres n'ont pas été définis au préalable, ou la qualification d'une aide implique-t-elle en outre que l'entreprise ne soit pas économiquement viable ? La couverture *a posteriori* de dettes passées, sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, ne remplira jamais cette deuxième condition. Mais qu'en sera-t-il si l'application des paramètres fixés au préalable est contrecarrée par l'avènement de circonstances imprévues ?

⁴⁶ Jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 21 mars 1974, aff. 127/73, *SABAM, Rec.*, p. 313.

Enfin, il est peu probable qu'à l'heure actuelle, les cahiers des charges détaillent la méthode de calcul de la compensation des coûts liés à ces obligations de service public. Il conviendra donc de préciser la portée exacte de l'obligation de transparence qui pèse sur les Etats pour le calcul de la compensation accordée aux entreprises chargées d'obligations de service public. Il nous paraît indispensable, à tout le moins, d'aménager des mesures transitoires, à défaut de quoi la viabilité même de certains services d'intérêt général risquerait d'être remise en cause. L'article 86, par. 2, CE, pourrait être la base juridique adéquate pour l'examen de mesures compensatoires ne respectant pas la deuxième condition.

40. La troisième condition impose que la compensation ne dépasse pas les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes obtenues, y compris un bénéfice raisonnable. Elle correspond au critère de proportionnalité dégagé dans le cadre de l'approche « aide d'Etat », par application de l'article 86, par. 2, CE. A la différence du tribunal dans l'affaire *FFSA*, la Cour ne mentionne pas l'interdiction des subventions croisées, mais celle-ci apparaît implicite dans son raisonnement. La compensation doit être autorisée exclusivement pour le financement du service public, et non pour intervenir sur d'autres marchés en dehors du service public. Le respect de cette condition est essentiel et par conséquent, si le niveau de compensation octroyé excède les coûts effectivement supportés par l'entreprise, une telle surcompensation ne serait pas justifiée par le fonctionnement du service en cause, et constituerait une aide incompatible.

Mais la troisième condition doit être lue en liaison avec la quatrième condition, dans laquelle la Cour reprend une démarche très proche de celle qu'elle suit habituellement dans l'examen du critère de l'opérateur en économie de marché, que ce soit pour les privatisations ou encore les ventes et achats effectués par les pouvoirs publics ⁴⁷.

41. Pour ce qui est de cette quatrième condition, la Cour commence par affirmer que, lorsque l'entreprise a été choisie selon une procédure de marché public, la troisième condition est automatiquement remplie, la concurrence assurant la détermination la plus juste de ces coûts.

Plusieurs auteurs ont souligné que le recours aux instruments de marché (par exemple, les enchères) n'assure pas toujours que l'entreprise retenue soit la plus performante, ni que le bénéfice qu'elle retire soit raisonnable. La Commission a d'ailleurs elle-même reconnu dans une décision du 23 juillet 2003 ⁴⁸ que le recours à une procédure d'appel d'offres n'excluait pas nécessairement la présence d'une aide. Il convient aussi de rappeler que les règles communautaires en matière de marchés publics n'imposent pas nécessairement de retenir l'entreprise proposant le prix le plus bas, puisque la Cour ⁴⁹ a confirmé que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres,

⁴⁷ Nous renvoyons le lecteur à cet égard à la contribution de C. Smits dans le présent ouvrage.

⁴⁸ Décision 2003/314/CE de la Commission relative à l'aide d'Etat C 61/2002 que le Royaume-Uni envisage d'accorder à une installation de recyclage de papier journal dans le cadre du programme WRAP, *JO*, n° L 314, 28 novembre 2003.

⁴⁹ Arrêt du 17 septembre 2002, aff. C-513/99, *Concordia Bus Finland, Rec.*, p. I-7213.

l'offre « économiquement la plus avantageuse » n'est pas nécessairement l'offre la moins élevée, mais peut intégrer des critères de nature qualitative et notamment des critères écologiques, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché. Il faudra donc préciser si la notion d'offre « au moindre coût pour la collectivité », telle qu'énoncée dans l'arrêt *Altmark*, est équivalente à la notion d'« offre économiquement la plus avantageuse », au sens de la réglementation relative aux marchés publics.

Cela étant, il faut rappeler que le recours à la procédure de mise en concurrence pour l'attribution des services d'intérêt général et l'établissement du montant de la compensation n'est pas nouveau, et se trouve depuis longtemps encouragé par la Commission ⁵⁰.

Dans un deuxième temps, la Cour exige, faute d'un recours à une procédure d'appel d'offres, que les coûts soient évalués par référence aux coûts d'une entreprise « bien gérée et adéquatement équipée ». Plusieurs auteurs se demandent s'il s'agit là vraiment du seul critère adéquat et s'il ne faudrait pas tenir compte d'autres coûts. Ainsi, quand une compagnie aérienne utilise un aéroport périphérique, elle permet de réduire la congestion et les pollutions sonores et atmosphériques sur l'aéroport principal à proximité mais l'aéroport périphérique sera rarement déjà adéquatement équipé. Il faudrait éviter que l'application d'un standard de référence fortement orienté sur une logique commerciale débouche sur une méconnaissance de la spécificité des entreprises chargées de missions de service public.

42. La question se pose aussi de savoir dans quelle mesure cette quatrième condition est compatible avec l'arrêt *Chronopost* du 3 juillet 2003 ⁵¹ dans lequel la Cour a accueilli le pourvoi introduit à l'encontre de l'arrêt du Tribunal de première instance du 14 décembre 2000 ⁵², qui avait annulé la décision de la Commission du 1^{er} octobre 1997 excluant l'existence d'une aide étatique, au motif qu'elle n'avait pu arriver à cette conclusion sans vérifier si la rémunération perçue par La Poste pour la fourniture de l'assistance commerciale et logistique de Chronopost correspondait à une contrepartie qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché. Le Tribunal avait estimé que « la Commission aurait au moins dû vérifier que la contrepartie reçue par La Poste était comparable à celle réclamée par une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises, n'opérant pas dans un secteur réservé ». La Cour a jugé que cette appréciation méconnaît le fait que La Poste se trouve dans une situation très différente de celle d'une entreprise privée agissant dans des conditions normales de marché. Dans ces conditions, selon la Cour, les coûts supportés par La Poste pour la

⁵⁰ Nous avons ainsi vu *supra* que la Commission, dans les « orientations communautaires sur les aides d'Etat au transport maritime » élaborées en 1997, avait déjà privilégié la conclusion d'un contrat de service public à l'issue d'une adjudication publique sur la base d'un appel d'offre transparent et non discriminatoire.

⁵¹ Arrêt de la Cour du 3 juillet 2003, aff. jtes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Chronopost SA, Rec.*, p. I-6993.

⁵² Arrêt du 14 décembre 2000, aff. T-613/97, *Union française de l'express (Ufex), e.a.c. Commission, Rec.*, p. II-4055.

fourniture à sa filiale d'une assistance logistique et commerciale peuvent constituer des éléments objectifs et vérifiables pour apprécier les « conditions normales de marché », de sorte que l'existence d'une aide d'Etat en faveur de Chronopost peut être exclue s'il est établi que la contrepartie exigée couvre dûment tous les coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, une contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de Chronopost ⁵³.

A première vue, les deux arrêts apparaissent incompatibles, mais, en réalité, ils visent deux situations différentes, ce qui permet de les réconcilier. Dans l'affaire *Altmark Trans*, il y avait un concurrent intéressé à la prestation en cause et qui s'estimait capable de l'assumer, de sorte que la Cour a pu présumer l'existence d'un marché pour la prestation de transport par autobus. En revanche, l'arrêt *Chronopost* constate qu'il n'y a qu'un seul opérateur offrant des services liés au réseau universel, La Poste, avec la conséquence qu'il n'y avait pas de marché pour les services dont la rémunération était soumise au contrôle de la Commission. Mais cela conduit à se poser la question de savoir si ce critère, dégagé dans le cadre d'un contentieux relatif aux services publics de transport local et régional, peut être transposé tel quel à d'autres domaines d'activité.

43. Une autre question importante est celle de savoir quelle est la conséquence du non-respect de cette condition : qu'en sera-t-il si le niveau de compensation excède le niveau qui résulterait d'un calcul sur la base des coûts d'une entreprise moyenne bien gérée, mais ne dépasse pas les coûts réels de l'entreprise en charge du SIEG ? La Cour n'aborde pas cette question, mais il semble découler de la logique de l'arrêt que, dans certains cas, une telle compensation peut néanmoins s'avérer nécessaire au bon fonctionnement du service public. C'est la raison pour laquelle nous plaçons pour qu'elle puisse faire l'objet d'une autorisation par la Commission, sous certaines conditions, sur la base de l'article 86, par. 2, CE ⁵⁴.

44. Il apparaît aussi, comme l'ont souligné la plupart des commentateurs, que la question de la méthodologie de calcul des compensations et notamment les éléments à prendre en considération pour ce calcul prend une dimension très importante et devrait faire l'objet de clarifications de la part de la Commission. Ainsi les questions ne manquent pas : comment juger si un bénéfice est « raisonnable » ? Que recouvre exactement la notion d'« entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée » ? Que faut-il entendre par « coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public » ? Ou encore quels paramètres (nature des coûts pertinents, méthode de calcul et d'imputation...) pourront être retenus par les Etats pour servir de base au calcul de la compensation ? Dans la plupart des cas, il faudra se référer à une situation

⁵³ Voy. pour de plus amples développements sur cette affaire, la contribution de E. Morgan de Rivery dans le présent ouvrage.

⁵⁴ Voy. dans le même sens A. ALEXIS, commentaire précité de l'arrêt *Altmark Trans*.

hypothétique. Enfin, il n'est pas certain que les conditions, telles que détaillées par la Cour, permettent une définition uniforme des méthodes de calcul des compensations par les différents Etats membres. Plusieurs auteurs en appellent donc à l'élaboration d'une méthode commune de calcul au niveau européen.

Nous examinerons maintenant les suites qui ont été réservées à l'arrêt *Altmark Trans*, tant dans la jurisprudence que dans la pratique de la Commission.

D. La jurisprudence ultérieure à l'arrêt *Altmark Trans*

1. La jurisprudence de la Cour de justice

45. Deux autres affaires étaient pendantes devant la Cour de justice lorsqu'a été rendue l'affaire *Altmark Trans*.

Dans la première affaire, *GEMO*, était posée la question de savoir si le service public de l'équarrissage institué par les autorités françaises, organisant la collecte et l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs reconnus impropres à la consommation humaine et animale sur une base obligatoire et gratuite pour les usagers, comportait des éléments d'aide. Etait visée au premier chef une aide en faveur des éleveurs et des abattoirs, mais la Commission dans ses observations, comme l'avocat général dans ses conclusions, s'étaient aussi posé la question de savoir si le dispositif comportait une aide en faveur des entreprises d'équarrissage. La Cour, dans son arrêt précité du 20 novembre 2004, a uniquement examiné la question sous l'angle d'une aide aux éleveurs et abattoirs. Elle n'est donc pas revenue sur la question du financement public d'obligations de service public.

La deuxième affaire, *Enisorse*, a en revanche permis à la Cour de faire application des critères dégagés dans l'arrêt *Altmark Trans*. Etait en cause une législation italienne instaurant une taxe sur le chargement et le déchargement des marchandises dans tous les ports d'Italie, taxe dont le produit est, dans une grande mesure, affecté aux Aziende, des établissements économiques publics, chargés de gérer les équipements mécaniques de chargement et de déchargement et les aires de stockage des ports, pour l'accomplissement de leurs tâches.

46. La Cour ⁵⁵ rappelle les enseignements de l'arrêt *Altmark Trans* et vérifie si, en l'espèce, les conditions fixées par cet arrêt sont remplies. S'agissant de la première condition, aux termes de laquelle l'entreprise bénéficiaire de l'aide doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies, la Cour, après avoir rappelé que, conformément à sa jurisprudence constante, l'exploitation d'un port de commerce n'entraîne pas automatiquement l'accomplissement de missions de service public, constate qu'il ne ressort pas du dossier transmis à la Cour par la juridiction de renvoi que les Aziende ont été chargées d'une mission de service public ni, *a fortiori*, que celle-ci a été clairement définie. La Cour estime que la deuxième condition, selon laquelle les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de manière objective et

⁵⁵ Arrêt du 27 novembre 2003, aff. jtes C-34/01 à C-38/01, *op. cit.*

transparente, n'est pas remplie non plus. La Cour note que, selon le gouvernement italien, l'attribution d'une partie importante de la taxe portuaire aux Aziende, laquelle s'ajoute aux tarifs appliqués par ces dernières, est nécessaire pour maintenir ces tarifs à un niveau supportable par les opérateurs et assurer le fonctionnement des ports concernés. Ces indications sont insuffisantes aux yeux de la Cour, en particulier, parce qu'elles ne font pas ressortir en quoi consiste précisément le prétendu service public, ni si ce sont uniquement les opérations de chargement et de déchargement dans les ports concernés qui sont visées ou si des prestations telles que la sécurité de l'accostage sont également couvertes. En outre, les observations du gouvernement italien n'apportent pas non plus de précisions sur les coûts de ces services et sur l'évaluation de la compensation prétendument nécessaire. La Cour ajoute qu'il résulte du dossier que le montant du produit de la taxe portuaire reversé aux Aziende ne reflète pas les coûts réellement exposés par ces dernières aux fins de fournir leurs services de chargement et de déchargement, mais est lié au volume de marchandises transportées par l'ensemble des usagers et convoyées dans les ports concernés et est donc fonction du degré d'activité dans le ou les ports en cause. Elle souligne qu'« un tel système ne répond pas à l'exigence selon laquelle 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 pour l'exécution de ces obligations ». Ces considérations suffisant à écarter la jurisprudence *Altmark Trans*, la Cour n'a pas apporté de précisions quant à la portée à donner à la quatrième condition posée dans cet arrêt.

2. La jurisprudence du Tribunal de première instance

47. Le Tribunal de première Instance, dont la position antérieure a été battue en brèche par l'arrêt *Altmark*, semble s'être aligné sur la jurisprudence de la Cour de justice.

Il a, en même temps, manifesté sa volonté de vérifier strictement le bien-fondé des financements que les pouvoirs publics entendent justifier par l'accomplissement de missions de service publics, comme le montre un arrêt du 16 mars 2004⁵⁶, relatif à une aide dont Combust, l'entreprise publique chargée du transport en commun par autobus au Danemark, avait bénéficié, à l'occasion de sa privatisation, au titre d'une compensation pour ses pertes antérieures et pour ses pertes futures relatives à la période 2001-2006. La Commission avait considéré que Combust assurait un service de transport comportant des obligations de service public financées par la compensation convenue et avait conclu que celle-ci était couverte par le règlement (CEE) 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

⁵⁶ Arrêt du 16 mars 2004, aff. T-157/01, *Danske Busvognmænd c. Commission*, non encore publié au *Recueil*.

Suite au recours introduit par une fédération professionnelle regroupant les entreprises de transport régional en commun par autobus au Danemark, le Tribunal a annulé cette décision. Il a d'abord écarté l'application du règlement 1191/69, au motif, entre autres, que ce régime d'autorisation, particulièrement favorable, doit être limité aux aides qui sont directement et exclusivement nécessaires à l'accomplissement du service public de transport en tant que tel, à l'exclusion des subventions destinées à couvrir des déficits causés par d'autres circonstances, telles que les conséquences d'une mauvaise gestion financière générale, et qu'il résulte du dossier que les pertes accumulées par Combus n'ont pas été directement et exclusivement occasionnées par le service de transport en tant que tel, mais résultent essentiellement de la gestion générale de l'entreprise, notamment de la présentation d'offres de prix trop bas en vue de remporter des appels d'offres. Il a ensuite examiné l'aide à la lumière des articles 86 et 87 CE.

48. Le tribunal commence par affirmer que la Commission ne peut se prévaloir de son arrêt du 27 février 1997, qui ne saurait trouver application en l'espèce : dans l'affaire *FFSA*, souligne le tribunal, « La Poste, avait accompli des tâches de service public relevant d'un secteur réservé qui, en tant que tel, n'était pas exposé à la concurrence. La Poste était obligée de fournir un service postal universel sur l'ensemble du territoire national, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle. A cette fin, La Poste avait dû se doter d'infrastructures dont les coûts n'étaient pas couverts par les tarifs, ce qui expliquait les compensations étatiques qui lui ont été versées. En l'espèce, en revanche, toutes les activités de transport exercées par Combus et par l'ensemble des autres entreprises de transport par autobus agissant sur le marché danois du transport en commun par route étaient ouvertes à la concurrence ; il ne s'agissait pas d'un secteur réservé à une seule entreprise dont les coûts spécifiques résultant de l'accomplissement d'un service public devaient être compensés afin d'éliminer le désavantage financier grevant l'entreprise par rapport à des entreprises qui lui livraient une concurrence dans d'autres secteurs ». Le tribunal ajoute que « toutes les entreprises de transport actives sur ce marché se trouvaient dans une même situation : elles étaient libres de participer aux appels d'offres et d'offrir aux autorités de transport le prix contractuel qui correspondait à leur intérêt économique, tout en étant obligées de respecter leurs engagements contractuels après la conclusion d'un contrat de transport » et que « les obligations réciproques de Combus et de l'autorité compétente étaient intégralement déterminées par les contrats conclus à cet effet. Ainsi, Combus avait droit au paiement du prix contractuel qu'elle avait indiqué dans sa propre soumission, en contrepartie de quoi elle était obligée, pendant la durée de ces contrats, de fournir les prestations d'exploitation, de transport et d'encaissement des tarifs fixés par l'autorité compétente ainsi que de reverser à cette dernière les recettes provenant de la vente des billets ».

Cette affirmation nous paraît mériter une explicitation. Est-ce parce qu'on est en présence d'une mission d'intérêt général accomplie dans un secteur ouvert à la

concurrence ⁵⁷ ou en raison des circonstances propres à l'espèce que la compensation en cause ne peut se justifier ? La première interprétation nous paraît difficilement acceptable, car la légitimité de compensation d'obligations de service public se justifie au contraire principalement lorsque l'entreprise agit sur un marché non réservé et qu'elle ne bénéficie donc pas de l'avantage lié à l'octroi de droit exclusif. La seconde interprétation nous paraît possible, dès lors que le Tribunal souligne à un autre endroit qu'il n'y avait pas lieu pour Combis de se voir accorder une compensation en plus de la rémunération convenue.

Enfin, le Tribunal considère que la compensation ne remplit pas les conditions énoncées par l'arrêt *Altmark* : à supposer même que Combis ait été effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public, en tout état de cause, il ne ressort pas de la décision attaquée que les éléments sur la base desquels a été calculée la compensation litigieuse aient été préalablement établis de façon objective et transparente.

49. Le Tribunal s'est encore référé plus récemment à la jurisprudence *Altmark Trans*, dans un arrêt du 16 septembre 2004 ⁵⁸, où il avait à connaître d'un recours en annulation d'une décision de la Commission du 18 septembre 2001. Dans cette décision, la Commission, après être arrivée à la conclusion qu'un parc de stationnement devait être considéré comme « partiellement public », en avait déduit que l'entreprise, qui était le principal utilisateur du parc de stationnement, aurait dû prendre en charge la moitié des coûts d'aménagement du parc de stationnement et a donc bénéficié dans cette proportion d'une aide. Le Tribunal relève qu'il résulte du dossier d'une part, que Valmont, l'entreprise propriétaire du terrain, supporte une charge, en permettant à des tiers de faire usage de son parc de stationnement, à plusieurs titres et de manière régulière et gratuite, en vertu d'un accord conclu, dans l'intérêt général tout autant que dans celui des tiers concernés, avec une collectivité territoriale ; d'autre part, qu'une portion du financement octroyé par la collectivité territoriale pour aménager

⁵⁷ Certains auteurs avaient exprimé leur inquiétude à l'époque de l'arrêt dans l'affaire *FFSA*. Ils avaient souligné que La Poste avait l'obligation d'assurer une présence sur l'ensemble du territoire, au titre d'une mission d'aménagement du territoire, obligation qui ne semblait pas être spécifique à l'activité postale mais valoir également pour son activité financière. Ils s'étaient étonnés de constater que le Tribunal, suivant en cela la position de la Commission, avait seulement pris en compte l'obligation de présence postale, pour vérifier si le dégrèvement fiscal était proportionné aux seuls coûts de la desserte postale et avait conclu, sans analyse approfondie, que La Poste, en tant qu'elle exerce une activité concurrentielle dans le secteur financier, notamment celui des assurances, n'était pas chargée d'une mission d'intérêt général. Ces auteurs s'étaient demandé si cet arrêt devait s'interpréter comme une remise en cause de la possibilité pour une entreprise évoluant sur un marché concurrentiel de se voir confier, moyennant compensation, une mission de service d'intérêt général. Voy. C. COURTOIS, « Note sous l'arrêt du T.P.I. du 27 février 1997 », *CJEG*, 1997, p. 393 et suiv. ; N. BELIGH, « Les aides d'Etat », ISUPE, 1999, disponible sur le site internet de l'ISUPE.

⁵⁸ Arrêt du 16 septembre 2004, aff. T-274/01, *Valmont Nederland BV c. Commission*, non encore publié au *Recueil*.

ce parc de stationnement bénéficie effectivement à Valmont. Dans ces conditions, estime le Tribunal, la Commission ne pouvait estimer d'emblée que cette portion du financement avantagerait nécessairement Valmont, mais devait examiner au préalable, au vu des informations dont elle disposait, si cette portion du financement pouvait, ou non, être considérée comme la contrepartie effective de la charge supportée par Valmont et si elle remplissait les conditions énoncées par l'arrêt *Altmark Trans*. Or, la Commission s'est bornée à estimer que cette portion du financement avantagerait Valmont, et la décision ne fait nullement ressortir que la Commission ait examiné la question de savoir si elle pouvait être considérée comme la contrepartie de la charge supportée par Valmont. Le Tribunal ajoute que, interrogée sur ce point à l'audience, la Commission a estimé que l'octroi du financement n'avait pas été expressément conditionné à la réalisation de prestations précises et impératives mais il relève que, « pour autant que la Commission suggère ainsi que feraient défaut les conditions nécessaires pour que cette portion du financement échappe à la qualification d'aide d'Etat, (...) il n'appartient pas au juge communautaire de se substituer à la Commission en effectuant à sa place un examen auquel elle n'a procédé à aucun moment et en supputant les conclusions auxquelles elle serait parvenue au terme de celui-ci ». Le Tribunal a donc annulé la décision.

E. La pratique de la Commission

1. Décisions individuelles

50. La Cour, au lendemain de l'arrêt *Altmark Trans*, a rendu plusieurs décisions qui intègrent les enseignements de cet arrêt.

51. C'est ainsi qu'elle a, en date des 15 octobre et 10 décembre, approuvé une série de mesures de soutien financier accordées par les autorités publiques à des organismes publics de radiodiffusion portugais (RTP), italien (RAI) et français (France 2 et France 3)⁵⁹. Seule la décision relative à la RAI a été publiée⁶⁰ et c'est elle que nous analyserons donc.

Dans cette décision, la Commission s'interroge d'abord sur la présence d'un « avantage réel », selon la jurisprudence *Altmark*. Elle souligne que la RAI est une entreprise chargée de fournir un service d'intérêt économique général, à savoir le service public de radiodiffusion et elle examine l'argument de l'Italie, soutenant que les mesures en cause sont destinées à compenser les coûts nets supportés par la RAI pour remplir la mission de service général qui lui a été confiée. A cet effet, elle vérifie si les quatre conditions énoncées par la Cour sont remplies pour conclure, « laissant de côté pour l'instant les première et troisième conditions », que « dans le cas présent, il ne ressort pas que les paramètres sur la base desquels a été calculé le soutien financier accordé par le biais des présentes mesures (en d'autres termes, l'éventuelle compensation) aient été préalablement définis d'une manière objective et transparente

⁵⁹ Cette dernière décision fait l'objet d'un recours de la part de TF1, le 13 avril 2004, publié au *JO*, n° C 168, aff. T-144/04.

⁶⁰ Décision 2004/339/CE du 15 octobre 2003 sur les mesures (mises à exécution par l'Italie) en faveur de la RAI SpA, *JO*, n° L 119, 23 avril 2004.

propre à éviter qu'il ne confère un avantage économique à l'entreprise bénéficiaire par rapport aux entreprises concurrentes ». La Commission ajoute que la RAI n'a pas été choisie comme fournisseur du service public de radiodiffusion dans le cadre d'une procédure de marché public et qu'il est pas établi que « le niveau de la nécessaire compensation a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement dotée de moyens de production afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, compte tenu des recettes y relatives, ainsi que d'une marge bénéficiaire raisonnable pour l'exécution de ces obligations ». Elle en déduit que les mesures en cause doivent être considérées comme une aide.

52. Mais, ensuite, la Commission se penche sur une éventuelle justification de l'aide au sens de l'article 86, par. 2, CE. Elle rappelle que la Cour de justice a constamment affirmé que l'article 86 peut fournir une dérogation à l'interdiction d'octroi d'aides d'Etat à des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, pour autant que soient satisfaits les critères relatifs à la définition de la mission et à la proportionnalité. Elle ajoute que, dans l'arrêt *Altmark*, il a été implicitement confirmé qu'une aide d'Etat destinée à compenser des coûts supportés par une entreprise pour la prestation d'un service d'intérêt économique général peut être considérée comme compatible avec le marché commun, pourvu qu'il satisfasse aux conditions énoncées dans l'article 86 CE. Elle se réfère à cet égard aux points 101 à 109 de l'arrêt où la Cour a examiné la question de savoir si les paiements de l'Etat en faveur d'entreprises de transport, considérés comme des aides d'Etat, peuvent être considérés comme compatibles avec le marché commun au sens de l'article 77 du traité, en tant que remboursement pour l'exécution d'obligations de service public. Selon la Commission, la Cour n'a pas exclu cette possibilité, à condition que soient satisfaites les exigences établies par la législation secondaire pour le secteur des transports et ce raisonnement peut s'appliquer *mutatis mutandis* aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général n'appartenant pas au secteur des transports et en rapport avec l'article 86, par. 2, CE ⁶¹.

⁶¹ Ils'agit d'une interprétation assez « extensive » des points ainsi évoqués de l'arrêt *Altmark* précité, que nous reproduisons intégralement :

« 101. L'article 77 du traité prévoit que les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public sont compatibles avec le traité.

102. Au point 37 du présent arrêt, il a été exposé que, dans l'hypothèse où il n'existerait pas de règlement applicable au litige au principal, il conviendrait d'examiner si les subventions en cause au principal tombent sous le coup des dispositions du traité relatives aux aides d'Etat.

103. Or, il ressort des points 65 et 66 du présent arrêt que le règlement n° 1191/69 pourrait être applicable au litige au principal dans la mesure où le législateur allemand n'aurait pas exclu l'application dudit règlement au régime de l'autonomie financière ou qu'il ne l'aurait pas fait dans le respect du principe de sécurité juridique. Si tel s'avère être le cas, les dispositions dudit règlement sont applicables aux subventions en cause au principal et la juridiction de renvoi ne doit pas examiner si celles-ci sont compatibles avec les dispositions du droit primaire.

La Commission se réfère alors à sa communication précitée concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat, en vertu de laquelle elle doit vérifier si le service public de radiodiffusion est clairement défini comme service d'intérêt économique général par l'Etat membre, si la RAI a été officiellement chargée par les autorités italiennes de la fourniture du service en cause, et si le financement de l'Etat n'excède pas le coût net du service public, compte tenu également des autres recettes directes ou indirectes provenant du service public. Elle conclut que ces conditions sont remplies.

53. La Commission a autorisé le 11 novembre 2003, sur la base de l'article 86, par. 2, CE, différentes subventions et l'injection de capitaux en faveur de la poste grecque pour un montant total de 415 millions d'euros. Ces différentes mesures étaient destinées à moderniser l'infrastructure de la poste grecque et ont notamment permis d'acheter du matériel de traitement automatique, de moderniser la flotte de véhicules et d'équiper les bureaux en technologies de l'information. La Commission

104. Cependant, dans le cas où le règlement n° 1191/69 ne serait pas applicable au litige au principal, il ressort de la réponse à la première branche de la question préjudicielle que, pour autant que les subventions en cause au principal sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations de transport effectuées pour exécuter des obligations de service public et répondant aux conditions énoncées aux points 89 à 93 du présent arrêt, ces subventions ne tomberaient pas sous le coup de l'article 92 du traité, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu d'invoquer la dérogation à cette disposition prévue à l'article 77 du traité.

105. Il s'ensuit que les dispositions du droit primaire concernant les aides d'Etat et la politique commune des transports ne seraient applicables aux subventions en cause au principal que dans la mesure où, d'une part, ces subventions ne relèveraient pas des dispositions du règlement n° 1191/69 et où, d'autre part, pour autant que ces subventions ont été accordées afin de compenser les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public, toutes les conditions énoncées aux points 89 à 93 du présent arrêt ne seraient pas réunies.

106. Toutefois, même dans le cas où les subventions en cause au principal devraient être examinées à l'aune des dispositions du traité concernant les aides d'Etat, la dérogation prévue à l'article 77 de celui-ci ne pourrait pas y être appliquée comme telle.

107. En effet, le 4 juin 1970, le Conseil a adopté le règlement (CEE) n° 1107/70, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (*JO*, n° L 130, p. 1). L'article 3 de ce règlement dispose que, «[s]ans préjudice des dispositions du règlement (CEE) n. 1192/69 [...] et du règlement (CEE) n. 1191/69 [...], les Etats membres ne prennent de mesures de coordination ni n'imposent de servitudes inhérentes à la notion de service public comportant l'octroi d'aides au titre de l'article 77 du traité que dans les cas et conditions suivants ». Il s'ensuit que les Etats membres ne sont plus autorisés à invoquer le bénéfice de l'article 77 du traité en dehors des cas visés par le droit communautaire dérivé.

108. Ainsi, pour autant que le règlement n° 1191/69 n'est pas applicable en l'occurrence et que les subventions en cause au principal tombent sous le coup de l'article 92, par. 1, du traité, le règlement n° 1107/70 énonce, de manière exhaustive, les conditions dans lesquelles les autorités des Etats membres peuvent accorder des aides au titre de l'article 77 du traité.

109. Dès lors, il convient de répondre à la deuxième branche de la question préjudicielle que l'article 77 du traité ne peut être appliqué à des subventions publiques qui compensent les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public sans tenir compte du règlement n° 1191/69 ».

a souligné que l'aide est nécessaire pour améliorer la qualité de son service postal universel, actuellement en deçà des normes communautaires ; elle a aussi relevé que l'aide portait uniquement sur les coûts de la modernisation des services d'intérêt économique général fourni par la poste grecque et n'entraînait donc pas de distorsions inutiles de la concurrence ⁶².

54. Elle a également donné le 16 mars 2004 son feu vert, toujours sur le fondement de l'article 86, par. 2, CE, au régime d'aides octroyées par l'Italie aux compagnies du groupe Tirrenia, sur la base de conventions de services publics. Elle a en effet considéré que le versement de la subvention en faveur des compagnies du groupe représentait la contrepartie de l'imposition d'obligations de services publics, dans la mesure où ces sociétés doivent assurer des services réguliers de transport maritime de passagers et de marchandises à destination et en provenance des îles mineures italiennes de façon à répondre aux besoins de mobilité des populations locales et de développement économique et social de ces régions insulaires. La Commission a toutefois exigé qu'à l'avenir, toutes les activités de service public imposées par l'Italie aux compagnies du groupe soient comptabilisées séparément pour chacune des lignes concernées ⁶³.

55. Par ailleurs, la Commission, sur la base cette fois de la jurisprudence *Altmark*, a autorisé, le 16 décembre 2003 ⁶⁴, une mesure visant à promouvoir des investissements dans de nouvelles centrales électriques en Irlande aux fins d'assurer la sécurité de l'approvisionnement en électricité. Ayant constaté le risque d'un manque de capacité de production d'électricité sur le marché national dans un futur proche, les autorités irlandaises ont mis en place un système permettant de combler un déficit d'offre d'électricité en Irlande. Elles ont lancé un appel d'offres transparent et ouvert à l'ensemble des acteurs communautaires. Les candidats remportant l'appel d'offres se sont vu attribuer des contrats prévoyant le paiement de primes pour la mise à disposition de leur capacité de production. Ces primes sont modulées en fonction de la part de leur investissement que les générateurs pourraient récupérer sur le marché. Dans cette décision, la Commission a appliqué les critères établis par la Cour de justice et est parvenue à la conclusion que le dispositif notifié par les autorités irlandaises ne contenait pas d'élément d'aide d'Etat.

2. *Le paquet « compensation d'obligations de service public » du 18 février 2004*

56. A la suite de l'arrêt *Altmark*, la Commission a proposé une refonte du cadre réglementaire applicable aux compensations accordées par les Etats membres aux entreprises fournissant des services réputés servir l'intérêt général. A cet effet, elle a lancé des consultations sur trois projets de propositions.

⁶² IP/03/1525 ; Rapport sur la politique de concurrence pour l'année 2003, n° 648 et 649.

⁶³ IP/04/349.

⁶⁴ Décision communiquée aux autorités irlandaises par lettre du secrétaire général du 16 décembre 2003, C (2003) 4488 fin, concernant l'aide N 475/2003, disponible sur le site Europa.

a) *Décision de la Commission concernant l'application de l'article 86 du traité aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (SIEG)* ⁶⁵

57. La Commission, dans les considérants de ce projet de décision, après avoir rappelé les termes de l'article 86, par. 2, du traité et de l'arrêt *Altmark*, souligne que « des aides d'Etat sous forme de compensation de service public peuvent se révéler nécessaires afin que les entreprises en charge de SIEG fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui permettent d'accomplir leurs missions. De telles aides peuvent être compatibles avec le traité en application de l'article 86, par. 2, du traité sous certaines conditions ».

Elle établit, parmi les aides sous forme de compensation de service public qui peuvent être compatibles, « une distinction entre, d'une part, celles dont le montant élevé est susceptible d'entraîner des distorsions de la concurrence importantes et, d'autre part, celles dont le montant demeure plus modeste ». Pour cette seconde catégorie, les risques de distorsion de la concurrence sont limités lorsque les Etats membres se conforment aux conditions de compatibilité préalablement définies. Par ailleurs, pour ces services, il importe de garantir une application effective des règles relatives aux aides d'Etat, tout en simplifiant les procédures administratives.

58. La Commission estime donc nécessaire d'adopter une décision adressée aux Etats membres précisant sous quelles conditions certains systèmes de compensation sont compatibles avec l'article 86, par. 2, CE, et ne sont pas soumis à l'obligation de notification préalable de l'article 88, par. 3, CE, du traité. Les aides visées sont :

« (i) les compensations de service public octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel hors taxes toutes activités confondues n'a pas atteint un total de (...) pendant les deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG et dont le montant annuel de compensation pour le service en cause demeure inférieur à (...). Ce dernier seuil peut être déterminé en considérant une moyenne annuelle, représentant la somme actualisée des compensations octroyées au cours du contrat ou sur une période de 5 années. Pour les établissements de crédit, le seuil de (...) est remplacé par un seuil de (...) du total du bilan ;

[Ces montants seront finalisés à la lumière des commentaires reçus dans le cadre de la consultation.]

(ii) les compensations de service public octroyées aux hôpitaux qui réalisent des activités de service d'intérêt économique général ;

(iii) les compensations de service public octroyées aux entreprises en charge du logement social qui réalisent des activités de service d'intérêt économique général. *[L'étendue précise des services couverts par la présente décision sera définie à la lumière des commentaires reçus dans le cadre de la consultation.]* »

⁶⁵ Le projet peut être consulté sur le site internet de la direction générale de la Concurrence, à l'adresse suivante http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/fr.pdf

Dans le domaine des transports, la décision s'appliquera uniquement aux compensations de service public pour les liaisons maritimes avec les îles, octroyées conformément aux réglementations sectorielles, et dont le trafic annuel ne dépasse pas cent mille passagers.

Le projet précise que « la présente décision n'est applicable qu'aux services qui constituent des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, par. 2, du traité » et que

« (po)ur bénéficier de la présente décision, la mission de service public doit être confiée au moyen d'un acte officiel, qui, selon le droit des Etats membres, peut prendre la forme d'un ou plusieurs actes législatifs ou réglementaires, ou d'un contrat. Cet acte doit notamment indiquer :

- a) la nature précise des obligations de service public ;
- b) les entreprises concernées et le territoire concerné ».

Le projet de décision apporte d'importantes précisions au sujet du calcul du montant de la compensation.

« 1. Le montant de la compensation ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. La compensation peut inclure tout ou partie des gains de productivité réalisés par les entreprises en cause au cours d'une période convenue et limitée, sans altérer le niveau qualitatif des services fixé par l'Etat. Le montant de la compensation comporte tous les avantages octroyés par l'Etat au moyen de ressources d'Etat. Les paramètres pour le calcul et l'octroi des compensations doivent être transparents.

2. Les coûts à prendre en considération sont tous les coûts liés au fonctionnement du SIEG. Les coûts attribués au SIEG peuvent couvrir tous les coûts variables occasionnés par la fourniture du SIEG, une contribution adéquate aux coûts fixes, et une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés au SIEG. Les coûts liés à d'éventuelles activités en dehors du SIEG doivent couvrir tous les coûts variables, une contribution adéquate aux coûts fixes, et une rémunération appropriée des capitaux propres. Ces coûts ne peuvent en aucun cas être imputés au SIEG. Le calcul des coûts doit être effectué en conformité avec des principes comptables acceptés.

3. Les recettes à prendre en considération doivent au moins inclure toutes les recettes retirées du SIEG. Si l'entreprise en cause dispose de droits spéciaux ou exclusifs liés à un autre SIEG, qui génère des bénéfices excédant le bénéfice raisonnable, ou bénéficie d'autres avantages octroyés par l'Etat, ceux-ci doivent être pris en considération, indépendamment de leur qualification au regard de l'article 87, et s'ajoutent à ses recettes. L'Etat membre peut également décider que les bénéfices retirés d'autres activités, en dehors du SIEG, doivent être affectés en tout ou en partie, au financement du SIEG.

4. Par bénéfice raisonnable, il convient d'entendre un taux de rémunération du capital qui doit prendre en compte le risque, ou l'absence de risque encourus par l'entreprise du fait de l'intervention de l'Etat, notamment si celui-ci octroie des droits exclusifs ou spéciaux. Normalement, ce taux ne doit pas dépasser le taux moyen constaté dans le secteur concerné au cours des années récentes. Dans les secteurs dans lesquels il n'existe pas d'entreprise comparable à l'entreprise en charge du SIEG, la comparaison peut être effectuée avec des entreprises situées dans d'autres Etats

membres, ou si nécessaire, dans d'autres secteurs. Pour la détermination du bénéfice raisonnable, les Etats membres peuvent introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni ».

Enfin le projet impose une obligation de transparence, exprimée dans les termes suivants :

« (l)orsque les entreprises bénéficiaires de compensations de service public réalisent également des activités en dehors du service public, leur comptabilité doit faire apparaître distinctement les coûts et recettes relatifs aux activités de service public, et les coûts et recettes relatifs aux autres activités ».

b) *Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public* ⁶⁶

59. Dans le deuxième texte, la Commission propose un encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public qui constituent une aide mais n'entrent pas dans le champ d'application de la décision relative aux financements à « petite échelle ».

L'objet de cet encadrement est de préciser sous quelles conditions ces aides d'Etat peuvent être compatibles avec le marché commun conformément aux dispositions de l'article 86, par. 2, CE. La Commission commence par rappeler que, dans son arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003, la Cour a fixé les conditions sous lesquelles les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat. Elle souligne que la fixation du montant de la compensation dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence réelle et effective, ou en se fondant sur les coûts d'entreprises moyennes bien gérées, est de nature à accroître l'efficacité des SIEG, sans remettre en cause leur fonctionnement mais qu'il apparaît toutefois que dans certains cas, les critères de l'arrêt *Altmark* en ce qui concerne la fixation du montant de la compensation ne seront pas remplis, et qu'en conséquence ces compensations constitueront des aides d'Etat. Mais elle estime que ces aides d'Etat peuvent être déclarées compatibles avec le traité en application de l'article 86, par. 2 CE, si celles-ci sont nécessaires au fonctionnement des SIEG et n'affectent pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

60. La première condition imposée par la Commission est qu'on soit en présence d'un réel service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 CE et que la mission de service public soit confiée au moyen d'un acte officiel, qui, selon le droit des Etats membres, peut prendre la forme d'un acte législatif, d'un acte réglementaire, ou d'un contrat. Cet acte, selon la Commission, doit notamment indiquer :

- « – la nature précise des obligations de service public ;
- les entreprises concernées et le territoire concerné ;
- la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés aux entreprises ;

⁶⁶ Le projet peut être consulté à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/public_service_comp/fr.pdf

- les paramètres de calcul d'une éventuelle compensation et sa révision, ainsi que du bénéfice raisonnable. Ces paramètres peuvent notamment prendre en compte les coûts spécifiques effectivement supportés par les entreprises dans les régions visées par les articles 87.3 a) et 87.3 c) du traité CE ;
- les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations, et les modalités d'intervention éventuelle de l'Etat en cas de sous-compensation ».

La Commission estime que, « en cas de tarifs sociaux imposés par l'Etat, l'Etat membre peut compenser les entreprises en cause, sur la base des informations chiffrées transmises *a posteriori* par les entreprises ».

62. La Commission rappelle en second lieu que le montant de la compensation ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public. S'agissant du calcul du montant de la compensation, le projet de communication reprend les développements déjà contenus dans le projet de décision analysé ci-dessus.

Le projet de communication s'attache ensuite à la problématique de la surcompensation. Il prévoit que :

« L'Etat doit procéder, ou faire procéder, à un contrôle régulier de l'absence de surcompensation. La surcompensation n'étant pas nécessaire au fonctionnement du SIEG, elle constitue une aide d'Etat incompatible qui doit être remboursée à l'Etat.

Lorsque le montant de la surcompensation ne dépasse pas 10% du montant de la compensation annuelle, cette surcompensation peut être reportée sur l'année suivante. Certains SIEG peuvent connaître des coûts avec une variabilité annuelle importante. En pareille hypothèse, une surcompensation supérieure à 10% sur plusieurs années peut se révéler nécessaire au fonctionnement du SIEG. Il convient toutefois qu'un bilan soit effectué selon une périodicité adaptée à chaque secteur d'activité, qui en tout état de cause, ne devrait pas dépasser 3 années, et que la surcompensation constatée à l'issue de cette période soit remboursée.

Une surcompensation peut être utilisée pour financer un autre SIEG exploité par la même entreprise, mais un tel transfert doit apparaître dans la comptabilité de l'entreprise en cause.

Lorsque la compensation bénéficie à une entreprise publique, la surcompensation éventuelle peut être utilisée par l'Etat en qualité d'actionnaire, pour procéder à un apport financier en faveur de ladite entreprise, lorsque le critère de l'investisseur privé est vérifié. Ce transfert doit toutefois être réalisé selon les modalités habituelles en matière commerciale, c'est-à-dire sous forme d'augmentation de capital ou d'octroi de prêts, et respecter la réglementation nationale pertinente, notamment en matière commerciale et fiscale. Cette opération doit être clairement identifiée au bilan de l'entreprise bénéficiaire, et résulter d'une décision formelle des autorités publiques. Cette décision doit identifier précisément pour quelle utilisation le transfert financier est opéré. Par contre, si l'apport financier de l'Etat n'est pas conforme au principe de l'investisseur privé, cet apport doit être notifié à la Commission conformément aux dispositions de l'article 88 par. 3 du traité ».

c) *Directive modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques* ⁶⁷

62. Ce projet est motivé par la considération que, en application de la directive 80/723/CEE, la tenue de comptes séparés n'est requise que lorsque les entreprises en charge de services d'intérêt économique général reçoivent des aides d'Etat. Or, dans son arrêt *Altmark*, la Cour a précisé que sous certaines conditions, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 87, par. 1, CE. Toutefois, quelle que soit la qualification juridique des compensations de service public, la tenue de comptes séparés est indispensable quand les entreprises bénéficiaires de telles compensations réalisent également des activités en dehors du service d'intérêt économique général. Seule la tenue d'une comptabilité séparée permet en effet d'identifier les coûts imputables au service d'intérêt économique général, et de calculer le montant correct de la compensation.

Il tend donc à modifier la directive 80/723/CEE, pour rendre l'obligation de tenir une comptabilité séparée applicable aux entreprises bénéficiaires de compensations de service public qui réalisent également des activités en dehors du service d'intérêt économique général, quelle que soit la qualification juridique de ces compensations au regard de l'article 87, par. 1, CE.

4. Conclusion

63. Il nous paraît possible d'interpréter comme suit l'arrêt *Altmark Trans*. Pour les mesures de financement de missions d'intérêt général remplissant l'intégralité des quatre critères que fixe cet arrêt, aucune difficulté ne se présente : les Etats membres qui veulent les mettre en vigueur pourront le faire sans avoir à les notifier à la Commission et, en cas de contestation, les juridictions nationales pourront facilement vérifier le respect de ces conditions, grâce à leur formulation stricte. Pour ce qui concerne les mesures de financement qui ne remplissent pas l'intégralité des quatre critères, une possibilité de dérogation par la Commission, suite à une notification de ces mesures à cette dernière, peut être envisagée. Il convient à cet égard d'établir une distinction entre les première et troisième conditions, d'une part, et les deuxième et quatrième conditions, d'autre part. Les premières citées reprennent l'enseignement de l'arrêt *Ferring* et se situent dans la droite ligne de l'interprétation donnée par la jurisprudence à la dérogation de l'article 86, par. 2, CE et leur violation conduit inéluctablement à une incompatibilité de la mesure de financement avec le traité sans possibilité d'appliquer l'article 86, par. 2, CE car cette mesure ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme nécessaire afin de permettre à l'entreprise en cause d'accomplir la mission particulière qui lui aurait été confiée. Les secondes, en revanche, vont au-delà de l'acquis jurisprudentiel et, à ce titre, les interpréter autrement que comme destinées à encadrer l'appréciation des mesures de financement par les juridictions nationales pour en faire des conditions incontournables de la

⁶⁷ Le projet peut être consulté à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/directive_fr.pdf

compatibilité de ces mesures pourrait conduire à condamner certaines mesures alors pourtant qu'elles seraient justifiées au regard des circonstances particulières dans lesquelles elles ont été prises. Il est dès lors justifié de soumettre ces mesures à l'examen de la Commission qui pourrait, après avoir procédé à leur examen complet, les déclarer compatibles avec le marché commun. Toute autre solution risquerait de mettre en péril le financement des services d'intérêt général.

64. Interprété de la sorte, l'arrêt *Altmark Trans* permettrait une coopération fructueuse entre les juridictions nationales – dont la mission serait de vérifier si les quatre conditions qu'il fixe sont remplies, pour, le cas échéant, en tirer les conséquences sur le plan de la validité des mesures de mise en œuvre de financements qui leur sont soumises – et la Commission qui aurait la tâche d'examiner les cas les plus difficiles ou délicats, dans lesquels certaines de ces conditions ne seraient pas remplies sans qu'il soit contesté qu'on est en présence d'une mission d'intérêt général ni prouvé qu'il y ait surcompensation.

Une application sectorielle : l'exemple de la Poste

Eric MORGAN DE RIVERY ¹, Nelly LE BERRE-DODET ², Sabine THIBAUT-LIGER ³

1. Introduction

1. Les opérateurs postaux sont en charge d'activités économiques et, comme tels, soumis aux règles communautaires de concurrence ⁴, et en particulier au contrôle des aides d'Etat (articles 87 et 88 CE). L'application des règles communautaires de concurrence par la Commission et les juridictions communautaires s'accompagne depuis 1997 d'un programme de libéralisation du secteur postal amorcé par la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 ⁵, et complété par la directive 2002/39/CE ⁶. En outre, la Commission a précisé en 1998 dans une communication la manière dont les règles de concurrence, et notamment celles relatives au contrôle des aides d'Etat, s'appliquent au secteur postal ⁷.

¹ Avocat associé Jones Day, Paris et Bruxelles

² Avocat, Jones Day, Paris.

³ Avocat, Jones Day, Paris.

⁴ Arrêt du 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau, Rec.*, p. I-2533.

⁵ Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *JO*, n° L 15, 21 janvier 1998, p. 14.

⁶ Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, *JO*, n° L 176, 5 juillet 2002, p. 21.

⁷ Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'Etat relatives aux services postaux, *JO*, n° C 39, 6 février 1998, p. 2.

Toutefois, les caractéristiques du secteur postal rendent très délicate l'application « classique » des règles de concurrence et, tout particulièrement, celles relatives au contrôle des aides d'Etat. En effet, l'existence de droits spéciaux ou exclusifs liés à l'exercice d'une mission de service public, les liens capitalistiques historiques existant entre les Etats et les opérateurs postaux, l'existence d'infrastructures propres à l'activité postale (le « réseau postal »), la libéralisation progressive mais encore partielle des marchés postaux (du fait des retards de certains opérateurs historiques à se conformer à la régulation sectorielle gouvernant cette libéralisation) et enfin, l'absence de transparence financière largement constatée chez les opérateurs postaux expliquent que le contrôle communautaire des aides d'Etat dans le secteur postal ne soit encore qu'en cours de construction.

La difficulté majeure tient au fait que les opérateurs postaux sont investis d'une mission de service public pour laquelle ils reçoivent une assistance de l'Etat (par le biais de subventions de l'Etat et/ou de droits spéciaux ou exclusifs). Tant que l'opérateur postal exerce ses activités dans un secteur réservé, il n'y a pas de risque d'atteinte au marché et d'affectation de la concurrence. En revanche, si l'opérateur postal exerce, soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales, des activités à la fois réservées et non réservées, il y a risque d'affectation du libre jeu de la concurrence.

Les différentes autorités communautaires en charge du contrôle des aides d'Etat n'ont pas toujours des points de vue identiques sur leur mission. Pour sa part, le juge national appelé à se prononcer sur la question de l'existence d'un projet d'aide afin de faire respecter l'obligation de notification préalable par les Etats membres, conformément à l'article 88, par. 3, CE hésite encore parfois à le faire, préférant attendre que le juge communautaire ait tracé des lignes de contrôle plus précises ⁸.

2. Les procédures communautaires diligentées contre un certain nombre d'opérateurs postaux historiques ont commencé de faire évoluer la matière. C'est le

⁸ Voy. notamment le volet national de l'affaire SFEI/UFEX. Dans cette affaire, le syndicat professionnel de coursiers internationaux (SFEI devenu UFEX) a saisi le Tribunal de commerce de Paris en 1993 sur le fondement de la concurrence déloyale afin de dénoncer, entre autres, les aides qui auraient été fournies par La Poste à sa filiale Chronopost (ex-SFMI) sous forme d'assistance logistique et commerciale à des conditions ne correspondant pas aux conditions normales de marché. Préférant ne pas prendre position sur la notion d'aide au sens du traité, le Tribunal a sursis à statuer et posé une question préjudicielle à la Cour de justice (ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI, Rec.*, p. I-3547). Il s'est ensuite fondé sur la décision de la Commission européenne du 1^{er} octobre 1997 (celle-ci était l'aboutissement d'une plainte déposée en 1990 devant la Commission par l'UFEX contre l'Etat français pour dénoncer les aides accordées à Chronopost (décision de la Commission 98/365/CE du 1^{er} octobre 1997 concernant les aides que la France aurait accordées à SFMI-Chronopost, *JO*, n° L 164, 9 juin 1998, p. 37, voy. *infra*) qui rejetait la qualification d'aide pour les mesures en cause et a débouté l'UFEX. En appel de ce jugement, la Cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure communautaire toujours en cours (l'UFEX ayant déposé un recours en annulation devant le Tribunal de première instance contre la décision de la Commission du 1^{er} octobre 1997).

cas avec l'affaire introduite par le syndicat professionnel de coursiers internationaux, le SFEI – devenu l'UFEX – (ci-après l'« UFEX ») contre La Poste française ⁹. C'est dans une moindre mesure le cas des affaires diligentées contre les opérateurs postaux allemand ¹⁰ et italien ¹¹.

Une autre source de clarification provient de la jurisprudence récente relative à l'application des articles 87 et 88 CE à la surcompensation des coûts des activités relevant d'un service d'intérêt économique général qui a vocation à s'appliquer au secteur postal. Les opérateurs postaux historiques sont en effet prestataires de telles activités, notamment au travers du service postal universel ¹². Cette jurisprudence contribue à préciser (tout en laissant subsister quelques interrogations) la notion d'aide d'Etat pour ce qui est des relations entre l'Etat et les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général.

Pour autant, compte tenu des divergences relevées, notamment dans l'affaire *UFEX*, entre la pratique décisionnelle de la Commission, d'une part, la jurisprudence du Tribunal de première instance, d'autre part, et l'arbitrage que la Cour tente de faire, la teneur du contrôle des aides d'Etat dans le secteur postal suscite encore beaucoup de questions.

La première question concerne la notion d'aide d'Etat elle-même. Un constat s'impose : il est encore difficile aujourd'hui de cerner le contenu exact de la notion dans le contexte d'un groupe public/semi-public d'entreprises qui, à l'instar des opérateurs postaux historiques, opère en partie sur des marchés réservés. La notion d'aide d'Etat fait-elle l'objet ou doit-elle faire l'objet d'une définition spécifique dès lors qu'elle bénéficie soit directement à l'opérateur postal historique, opérant sur des marchés en partie ouverts à la concurrence et en partie réservés, soit indirectement à

⁹ Dans sa plainte de 1990 devant la Commission, l'UFEX arguait de ce que l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste à l'une de ses filiales, la SFMI-Chronopost, comportait une aide d'Etat au sens de l'article 87 CE, au motif que la rémunération versée par cette dernière pour l'assistance fournie ne correspondait pas aux conditions normales du marché. L'assistance logistique consistait en la mise à disposition par La Poste à la SFMI-Chronopost de son réseau pour la collecte, le tri, le transport et la distribution des envois de cette dernière. L'assistance commerciale recouvrait quant à elle l'accès de la SFMI-Chronopost à la clientèle de La Poste, et l'apport par celle-ci de son fonds de commerce. Après retrait de sa décision de classement, la Commission a repris l'instruction de l'affaire et a adopté la décision du 1^{er} octobre 1997 par laquelle elle a rejeté la plainte de l'UFEX. L'UFEX a déposé un recours en annulation devant le Tribunal de première instance. Nous détaillons ci-après la procédure subséquente en analysant le contenu de l'arrêt du Tribunal de première instance et celui de l'arrêt de la Cour de justice sur pourvoi des parties intervenantes.

¹⁰ Décision de la Commission 2002/753/CE du 19 juin 2002 concernant des mesures prises par la République fédérale d'Allemagne en faveur de Deutsche Post AG, *JO*, n° L 247, 14 septembre 2002, p. 27.

¹¹ Décision de la Commission 2002/782/CE du 12 mars 2002 relative aux aides d'Etat accordées par l'Italie en faveur de Poste Italiane SpA (ex-Ente Poste Italiane), *JO*, n° L 282, 19 octobre 2002, p. 29.

¹² Article 3, directive 97/67/CE, *op. cit.*

l'une de ses filiales opérant sur des marchés concurrentiels et dont l'activité requiert un accès au réseau postal, encore géré en monopole? Quels sont les types d'aides qui peuvent être identifiés dans un tel contexte? Quels en sont les critères de définition? Cette contribution s'interrogera, en premier lieu, sur la question de savoir s'il existe, au vu de la jurisprudence et pratique décisionnelle actuelles, une spécificité de la notion d'aide d'Etat en matière postale.

La seconde question concerne plus particulièrement le régime qui encadre les aides octroyées dans le secteur postal. Là encore, on peut se demander si les aides accordées dans le secteur postal sont soumises à un régime spécifique, tant sur le plan probatoire, que sur le plan de la compatibilité de l'aide avec le marché commun ou l'application d'éventuelles exemptions. En tout état de cause, le régime utilisé se révèle-t-il adapté? La présente contribution abordera en second lieu, la question des conditions du régime des aides octroyées dans le secteur postal et, en particulier, se penchera sur les difficultés tenant à la mise en œuvre du contrôle et à l'examen de la compatibilité de ces aides.

2. La notion d'aide d'Etat en matière postale : peut-on parler d'une notion spécifique?

3. Pour déterminer si une mesure litigieuse constitue une aide d'Etat incompatible au sens de l'article 87, par. 1, CE, il convient d'établir : (i) si l'entreprise concernée en retire un avantage, (ii) si cet avantage a été financé au moyen de ressources d'Etat, (iii) si la mesure litigieuse affecte la concurrence, et (iv) si la mesure litigieuse affecte le commerce intra-communautaire.

Les trois dernières conditions ne suscitent pas de questions particulières en matière postale.

Premièrement, l'affectation du commerce intra-communautaire est caractérisée, outre par l'existence du courrier international, également par la présence d'opérateurs postaux historiques présents, à la fois sur l'ensemble de leur marché géographique d'origine, mais aussi, et de plus en plus, dans les Etats voisins.

Deuxièmement, le test de l'affectation de la concurrence s'applique ici de la même manière que pour les autres secteurs : il s'agit toujours de déterminer dans quelle mesure une aide peut renforcer la position d'un opérateur sur le marché ou affecter celle de ses concurrents.

Troisièmement, l'origine étatique des ressources utilisées ne présente pas de difficulté juridique particulière en matière postale. La condition tenant à l'origine publique des fonds est, en effet, largement entendue. Les aides sont considérées comme provenant de ressources étatiques, qu'elles soient dispensées directement par l'Etat (*e.g.* argent public permettant de renflouer les déficits accumulés par l'opérateur postal, ou versé en contrepartie des obligations de service public) ou par l'intermédiaire d'un opérateur postal lui-même autorité/entité publique (*e.g.* fonds ou ressources mis à la disposition d'une filiale de l'opérateur postal).

4. La véritable difficulté rencontrée pour définir précisément la notion d'aide d'Etat dans le secteur postal trouve sa source dans la délicate appréciation de la notion d'« avantage ». Cette notion fait référence à l'avantage que l'entreprise bénéficiaire

n'aurait pas obtenu dans des « conditions normales de marché »¹³. Or, l'appréciation de cette condition semble dorénavant elle-même dépendre du type d'aide considéré.

Soit le soutien financier à l'activité postale concernera la compensation des coûts liés au service postal universel (A), soit il s'appliquera à l'assistance d'un opérateur postal à ses filiales opérant sur des marchés ouverts à la concurrence (problématique des « subventions croisées ») (B). Dans le premier cas, l'opérateur est bénéficiaire de l'aide, l'avantage doit être apprécié dans son chef. Dans le second cas, l'opérateur est à l'origine de l'aide, et l'avantage devra être apprécié dans le chef de sa filiale.

La jurisprudence n'applique pas les mêmes principes aux deux types de mesures susvisées lorsqu'elle vérifie l'existence d'un avantage caractérisant l'aide d'Etat au sens de l'article 87, par. 1, CE. En effet, il semble qu'il faille opérer une distinction entre les interventions étatiques qui correspondent à des actes de puissance publique et celles par lesquelles l'Etat agit sur le marché et qui présentent un caractère économique¹⁴.

Nous envisagerons ci-après les deux hypothèses avant de conclure sur l'existence éventuelle d'une notion spécifique d'aide d'Etat en matière postale.

A. Notion d'avantage et financement des obligations du service postal universel

5. L'exécution d'une mission de service public confiée à certaines entreprises (publiques ou privées) s'accompagne du versement de subventions de l'Etat à ces dernières. La question de l'existence d'une aide d'Etat dissimulée dans ces subventions dites compensatrices a fait l'objet de récents développements jurisprudentiels¹⁵. Ces développements ne sont pas spécifiques à la matière postale mais ont tout de même vocation à s'appliquer à ce secteur dans la mesure où le service postal universel constitue un service d'intérêt économique général.

Dans l'arrêt *FFSA* du 27 février 1997, le Tribunal de première instance avait considéré, contrairement à ce que soutenait la Commission, que les mesures litigieuses (avantages fiscaux accordés par les autorités françaises à La Poste en vue de compenser les coûts liés à l'accomplissement de mission d'intérêt général) constituaient des aides d'Etat au sens de l'article 87, par. 1, CE. Il a toutefois précisé que ces mesures pouvaient être justifiées en vertu de l'article 86, par. 2, CE¹⁶. Le Tribunal a confirmé sa solution dans l'arrêt *SIC* relatif au financement des chaînes publiques de télévision en rappelant que « l'article 92 [devenu 87], par. 1, du traité ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets »¹⁷.

¹³ Arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI*, *op. cit.*, point 60.

¹⁴ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Ph. Léger présentées le 14 janvier 2003 dans l'affaire C-80/00, *Altmark*, points 20 et suiv.

¹⁵ Voy. sur cette question, la contribution de M. Dony dans le présent ouvrage.

¹⁶ Arrêt du 27 février 1997, aff. T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) e.a. c. Commission*, *Rec.*, p. II-229, points 167 et suiv.

¹⁷ Arrêt du 10 mai 2000, aff. T-46/97, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação SA c. Commission*, *Rec.*, p. II-2125, point 83.

La Cour s'est prononcée sur cette question des effets de l'aide dans l'arrêt *Ferring*¹⁸. Elle a estimé que, pour autant qu'il y a équivalence entre la compensation reçue et les surcoûts liés à l'accomplissement des obligations de service public, la compensation ne constitue pas un avantage pour son bénéficiaire¹⁹. Ainsi, le versement de ressources publiques aux opérateurs en charge d'activités de service d'intérêt économique général ne constituerait une aide d'Etat que « dans la mesure où l'avantage qu'ils tirent [de la compensation] excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la législation nationale »²⁰. Par ailleurs, la Cour a ajouté que dans le cas où l'avantage retiré par les bénéficiaires de la compensation excède les surcoûts liés aux obligations de service public, la partie excédentaire ne saurait être justifiée au titre de l'article 86, par. 2, CE²¹.

La jurisprudence *Ferring* a été appliquée au secteur postal dans la décision sur les aides d'Etat octroyées à la poste italienne, et dans celle relative à l'opérateur allemand DPAG à propos de son activité colis, une activité ouverte à la concurrence qui relevait en partie du service d'intérêt économique général, mais qui était déficitaire. En l'espèce, la Commission a estimé que l'octroi de ressources d'Etat à l'opérateur historique allemand pour compenser des coûts excédant ceux propres à l'activité d'intérêt général constituait une aide incompatible avec le marché commun.

6. L'arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003, sans remettre fondamentalement en cause cette jurisprudence, a toutefois apporté quelques précisions complémentaires à la jurisprudence *Ferring*. La Cour a posé un certain nombre de conditions cumulatives devant permettre de s'assurer que la compensation échappe réellement à la qualification d'aide d'Etat²².

L'entreprise bénéficiaire doit être chargée de l'exécution d'obligations de service public, qui doivent être clairement définies ; les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ; la compensation ne doit pas excéder 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 et d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ; enfin, lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution de ces obligations n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, 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 afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable. La Cour a précisé que lorsqu'une ou plusieurs de ces conditions faisait défaut, la mesure litigieuse recevait la qualification d'aide d'Etat²³.

¹⁸ Arrêt du 22 novembre 2001, aff. C-53/00, *Ferring, Rec.*, p. I-9067.

¹⁹ Voy. arrêt *Ferring, op. cit.*, point 27.

²⁰ Voy. *ibid.*, point 29.

²¹ Voy. *ibid.*, point 33.

²² Arrêt du 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark, Rec.*, p. I-7747, points 89 et suiv.

²³ Voy. arrêt *Altmark, op. cit.*, point 94.

7. L'application de la jurisprudence *Altmark* permet une relecture de certaines décisions postales de la Commission. Il semble, par exemple, que la qualification d'aide d'Etat que la Commission avait exclue en 2002 à propos des subventions publiques octroyées à la poste italienne serait peut-être retenue aujourd'hui en application de l'arrêt *Altmark*. En effet, la Commission avait, en l'espèce, constaté que la très mauvaise gestion de Poste Italiane était l'un des facteurs des déficits abyssaux de l'opérateur. Cet élément serait sans doute aujourd'hui considéré comme susceptible de faire échec au respect des deuxième²⁴ et quatrième conditions posées par l'arrêt *Altmark*, et entraînerait par conséquent la qualification d'aide d'Etat.

En outre, il est intéressant de constater que, alors qu'elle avait exclu dans d'autres affaires l'application du critère de l'opérateur privé lorsque l'Etat exerce des activités non pas économiques mais de puissance publique, la Cour réintroduit dans l'affaire *Altmark* une forme de référence à l'opérateur privé par le jeu de l'application de la quatrième condition du test et la référence à « une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée ».

B. Notion d'avantage et financement des activités postales ouvertes à la concurrence

8. Il ne s'agit plus ici du financement par l'Etat des coûts d'obligations liées à l'accomplissement d'un service public mais du financement par l'opérateur public d'activités de ses filiales ouvertes à la concurrence. L'Etat est alors considéré à travers l'opérateur postal public : on considère qu'il agit sur le marché, en tant que vendeur de biens ou de services. La question qui se pose est celle de savoir si, en assistant leurs filiales (*i.e.* en mettant à leur disposition des infrastructures, en leur fournissant une assistance logistique et/ou commerciale...), les opérateurs postaux publics ne font pas bénéficier celles-ci d'un avantage qu'elles n'auraient pas obtenu dans des conditions normales de marché. On parle de subventions croisées entre les activités postales de l'opérateur public et les activités de ses filiales opérant sur des marchés ouverts à la concurrence.

Dans une telle hypothèse, la « normalité » des transactions par rapport aux conditions de marché et, par conséquent, l'existence d'un avantage, devrait, selon la jurisprudence, être appréciée par comparaison avec un opérateur privé²⁵.

L'application de ce critère de l'opérateur privé en matière postale semble trouver une illustration particulièrement claire dans l'arrêt préjudiciel *SFEI*. La Cour a en effet considéré que « [a]fin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique

²⁴ En ce que, dans cette deuxième condition, la Cour a précisé que « la compensation par un Etat 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'Etat ».

²⁵ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Ph. Léger présentées le 14 janvier 2003 dans l'affaire C-80/00, *Altmark*, *op. cit.*, points 20 et suiv..

qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché »²⁶. La Cour a expressément reconnu que des subventions croisées opérées entre services postaux réservés et activités postales exercées en concurrence pouvaient constituer des aides d'Etat prohibées. Elle a en effet affirmé que « [l]a fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence [était] susceptible de constituer une aide d'Etat au sens de l'article 92 du traité CE si la rémunération perçue en contrepartie [était] inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des *conditions normales de marché* » (nous soulignons)²⁷. Elle a également ajouté que la fourniture d'une telle assistance « *sans contrepartie normale* par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence est susceptible de constituer une aide d'Etat au sens de l'article 92 du traité » (nous soulignons)²⁸ et que le contrôle des aides d'Etat requerrait « une analyse économique qui tienne compte de *tous les facteurs* qu'une entreprise, agissant dans des conditions normales de marché, aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération pour les services fournis » (nous soulignons)²⁹.

9. Toutefois, si le principe posé dans l'affaire susmentionnée semblait clair, la mise en œuvre de celui-ci s'est révélée difficile. Cette question est au cœur de l'affaire *UFEX* (volet aides d'Etat) diligentée par l'*UFEX* contre La Poste française. La plainte de l'*UFEX* concernait l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste française à sa filiale Chronopost opérant sur le marché ouvert à la concurrence des colis express. Cette affaire a déjà donné lieu à un arrêt du Tribunal de première instance³⁰ et deux arrêts de la Cour³¹. Un second arrêt du Tribunal de première instance (sur renvoi de la Cour) est attendu.

La difficulté porte précisément sur le contenu exact des « conditions normales de marché » qui devront être utilisées comme référence dans le domaine postal. A cet égard, à la suite de l'arrêt préjudiciel de la Cour, la question s'est posée de savoir comment apprécier la contrepartie normale qu'aurait dû payer la filiale de La Poste pour les prestations qu'elle obtenait de sa maison mère.

Le principe de l'application du critère de l'opérateur privé laissait, en effet, subsister une ambiguïté sur le choix du référant. Devait-on prendre en considération une entreprise privée de taille équivalente à La Poste opérant, comme elle, en partie sur un secteur réservé ou bien devait-on rechercher comme modèle une entreprise

²⁶ Aff. C-39/94, *SFEI*, *op. cit.*, point 60.

²⁷ *Ibid.*, point 9.

²⁸ *Ibid.*, point 57.

²⁹ *Ibid.*, point 61.

³⁰ Arrêt du 14 décembre 2000, aff. T-613/97, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) et CRIE c. Commission*, Rec., p. II-4055.

³¹ Aff. C-39/94, *SFEI*, *op. cit.* ; arrêt du 3 juillet 2003, aff. jtes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Chronopost SA, La Poste et la République française c. Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) et CRIE*, Rec., p. I-6993.

privée de taille équivalente affranchie de tout rapport avec l'Etat et ne disposant pas d'un secteur réservé ?

La Commission, dans sa décision de 1997, a considéré que « le fait que la transaction a[vait] eu lieu entre une entreprise opérant sur un marché réservé et sa filiale exerçant sur un marché ouvert à la concurrence n'entr[ait] pas en ligne de compte ». Dans ces conditions et aux fins de vérifier la « normalité » des conditions des transactions intervenues entre La Poste et sa filiale, elle s'est fondée sur la comparaison entre les prix internes auxquels les produits et les services ont été échangés à l'intérieur du groupe et les coûts prétendus complets de ces mêmes produits et services.

Le Tribunal a rejeté l'approche retenue par la Commission. Ce dernier a censuré la Commission à propos du profil de l'opérateur pris en référence, censé incarner les conditions normales de marché. Il a considéré que « même à supposer que la SFMI-Chronopost ait payé les coûts complets de La Poste pour la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, *cela ne suffirait pas en soi à démontrer qu'il ne s'agit pas d'aides* au sens de l'article 92 du traité. En effet, étant donné que La Poste a peut-être pu, grâce à sa situation en tant qu'entreprise publique possédant un secteur réservé, fournir une partie de l'assistance logistique et commerciale à des coûts inférieurs à ceux d'une entreprise privée ne bénéficiant pas des mêmes droits, une analyse tenant compte uniquement des coûts de cette entreprise publique ne saurait, sans autre justification, exclure les mesures en cause de la qualification d'aide d'Etat. *Au contraire, c'est justement la relation dans laquelle l'entreprise mère opère sur un marché réservé et sa filiale exerce ses activités sur un marché ouvert à la concurrence qui crée une situation où une aide d'Etat est susceptible d'exister* (nous soulignons) »³². Le Tribunal a ajouté qu'« [e]n conséquence, la Commission aurait dû examiner si ces coûts complets correspondaient aux facteurs qu'une entreprise, *agissant dans des conditions normales de marché*, aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération pour les services fournis. Ainsi, la Commission aurait au moins dû vérifier que la contrepartie reçue par La Poste était comparable à celle réclamée *par une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises, n'opérant pas dans un secteur réservé, poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle et guidé par des perspectives à long terme* (voy., en ce sens, arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-305/89, *Rec.* p. I-1603, point 20) » (nous soulignons)³³. Le Tribunal a aussi validé le choix de la comparaison entre, d'une part, les prix de transactions constatés entre La Poste et sa filiale et, d'autre part, le prix de marché desdites transactions.

Sur pourvoi des parties intervenantes, La Poste, Chronopost et la République française (mais pas de la Commission, partie défenderesse devant le Tribunal de première instance), la Cour a été amenée à se prononcer sur le raisonnement du

³² Aff. T-613/97, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) et CRIE, op. cit.*, point 74.

³³ *Ibid.*, point 75.

Tribunal dans cette affaire. Elle a tranché en adoptant une position *ad hoc* que nous examinons ci-après.

1. *L'abandon de la référence à l'opérateur privé*

10. Dans son arrêt *Chronopost* du 3 juillet 2003, la Cour a choisi de modifier le contenu des conditions normales de marché en abandonnant toute référence à un opérateur privé affranchi de tout lien avec l'Etat et n'opérant pas sur un secteur réservé. Cette position de la Cour semble être une position par défaut. Elle a en effet estimé qu'« en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, « les conditions normales de marché (...) sont nécessairement hypothétiques, [et] doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles »³⁴.

La référence à l'opérateur de marché disparaît. La Cour explique cette solution par le caractère atypique du groupe postal qui fait l'objet de la procédure. Elle considère que l'appréciation du Tribunal de première instance « méconnaît qu'une entreprise telle que La Poste se trouve dans une situation très différente de celle d'une entreprise privée agissant dans des conditions normales de marché (...). En effet, La Poste est chargée d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, par. 2, du traité CE (devenu article 86, par. 2, CE) (voir arrêt du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, *Rec. p.* I-2533, point 15). (...) A cette fin, La Poste a dû se doter ou a été dotée d'infrastructures et de moyens importants (le « réseau postal ») lui permettant de fournir le service postal de base à tous les usagers, y compris dans les zones à faible densité de population, dans lesquelles les tarifs ne couvraient pas les coûts générés par la fourniture du service en cause (...) En raison des caractéristiques du service que le réseau de La Poste doit permettre d'assurer, la constitution et le maintien de ce réseau *ne répondent pas à une logique purement commerciale*. Ainsi qu'il a été rappelé au point 22 du présent arrêt, Ufex e.a. ont d'ailleurs admis qu'un réseau tel que celui dont a pu bénéficier la SFMI-Chronopost n'est, à l'évidence, pas un réseau de marché. Partant, ce réseau n'aurait jamais été constitué par une entreprise privée » (nous soulignons)³⁵.

11. Cette solution semble marquer une évolution. La Cour avait jusqu'alors, semble-t-il, maintenu une différence entre les interventions de l'Etat en tant qu'acteur régalién et ses interventions en tant qu'opérateur sur le marché, le critère de l'opérateur privé devant s'appliquer dans le second cas. Cependant, en l'espèce, la Cour exclut son application même pour le cas d'interventions de l'Etat sur le marché (par l'intermédiaire de l'opérateur postal public).

Elle justifie sa position par l'existence de caractéristiques liées à l'exercice par l'Etat de prérogatives de puissance publique (réseau postal ne correspondant à aucune logique commerciale, fourniture du service postal, aménagement du territoire...). Ce faisant, elle applique à une situation où l'Etat est acteur sur le marché et agit dans une

³⁴ Voy. arrêt *Chronopost*, *op. cit.*, point 38.

³⁵ Voy. *ibid.*, points 33 et suiv.

logique purement commerciale, les fondements de son analyse de la notion d'aide d'Etat qu'elle semblait avoir réservés jusqu'alors aux seuls cas de compensation d'obligations de service public. Or, encore une fois ce qui est en cause ici, ce n'est pas la compensation d'un service public mais le financement par une entreprise publique exerçant une mission de service public d'une activité commerciale ouverte à la concurrence.

Il semble que la Cour ait choisi de favoriser une approche pragmatique du fait de l'absence de chiffres objectifs et vérifiables.

2. *Le nouveau test ad hoc*

12. La Cour choisit de prendre comme élément de vérification de la normalité des conditions de transaction entre La Poste et sa filiale les coûts de l'opérateur qu'elle prend cependant soin de définir avec précision.

Il ressort des termes du paragraphe 40 de l'arrêt *Chronopost* que « l'existence d'une aide d'Etat en faveur de la SFMI-Chronopost peut être exclue si, d'une part, il est établi que la contrepartie exigée couvre dûment [(i)] tous les coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, [(ii)] une contribution adéquate aux coûts fixes consécutive à l'utilisation du réseau postal ainsi qu' [(iii)] une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de la SFMI-Chronopost, et si, d'autre part, aucun indice ne donne à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés de manière arbitraire » (numérotation ajoutée).

13. Ce test présente un inconvénient majeur dans la mesure où il ne permet pas de s'affranchir de l'impact du financement public des moyens de l'opérateur postal mis à la disposition de sa filiale. En effet, il ne prend pas en compte (du moins en principe) le fait que les coûts de l'opérateur public peuvent être minimisés par l'existence même de ce financement public. Si la Cour avait considéré que le critère des coûts était le seul applicable, elle aurait à tout le moins pu essayer d'imposer à l'opérateur de faire profiter les concurrents de sa filiale des conditions avantageuses de l'accès au réseau.

En outre, la vérification des termes du test établi par la Cour soulève des difficultés pratiques liées encore une fois à l'opérateur considéré. En effet, en l'absence de comptabilité analytique rigoureuse, les comptes de La Poste ne permettent pas d'avoir accès à toutes les données chiffrées qui seules permettraient une application rigoureuse de ce test. Nous revenons sur cette question ci-après (voy. section 3, point A). En outre, l'utilisation par la Cour de termes tels que « contribution adéquate » ou « rémunération appropriée » réintroduit l'idée d'une référence à un modèle qu'il est difficile de définir en l'état actuel de la jurisprudence (et en particulier de l'exclusion par la Cour en début d'arrêt de toute référence à un opérateur privé) ³⁶.

³⁶ A ce titre, il est intéressant de constater que la Commission, elle-même, dans les projets de textes concernant l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public fait référence au test de la Cour posé dans l'arrêt *Chronopost* pour la fixation des coûts du service public et précise pour la détermination de la rémunération « appropriée »

14. Cependant ayant défini le test des coûts *stricto sensu* (coûts fixes, coûts variables et rémunération des capitaux propres) la Cour, sans doute sensible aux risques d'erreur qui viennent d'être soulignés, introduit au paragraphe 40 *in fine* de son arrêt une limite visant à éviter l'arbitraire et la sous-estimation dans le choix des éléments pris en compte.

Que doit-on penser de cette limite posée par la Cour? Là encore, sa mise en œuvre effective nécessiterait d'avoir accès à l'intégralité des comptes de l'opérateur par produit/service, leur ventilation par poste, les méthodes comptables utilisées, les éventuels ajustements et leur justification afin de pouvoir valablement soutenir qu'il existe ou non un risque d'arbitraire ou de sous-estimation. A défaut de pouvoir se référer à des données précises, rarement disponibles faute de comptabilité analytique pertinente, il nous semble que seule une comparaison avec les comptes d'opérateurs privés opérant dans le même secteur pourrait permettre de mettre en lumière soit l'arbitraire ou la sous-estimation des données prises en compte, soit au contraire leur caractère raisonnable.

C. Existe-t-il une définition spécifique de l'aide en matière postale ?

15. S'agissant d'abord du financement d'obligations de service public, il semble que la jurisprudence *Altmark* ait vocation à s'appliquer au secteur postal sans que les caractéristiques de celui-ci changent le raisonnement adopté par la Cour, sous réserve cependant de la limite apportée par la quatrième condition de l'arrêt *Altmark*. Celle-ci renvoie à la notion d'opérateur de référence qui, compte tenu de la position de la Cour dans l'affaire *Chronopost*, semble devoir être écartée dans le secteur postal même si, dans d'autres secteurs, la référence se serait imposée, à tout le moins si les conditions de la limite visée par l'arrêt *Altmark* étaient remplies.

16. A l'opposé, on pourrait soutenir qu'il existe une notion d'avantage caractéristique de l'aide d'Etat spécifique au secteur postal dans les situations où l'Etat agit en tant qu'opérateur sur le marché. On pourrait fonder cette idée sur le fait que la Cour a été amenée à proposer un nouveau test qui semble abandonner la référence à un opérateur privé afin d'apprécier si les conditions normales de marché ont été respectées. En effet, ce faisant la Cour semble bien vouloir s'écarter de sa jurisprudence traditionnelle en matière d'intervention de l'Etat sur le marché. Doit-on considérer pour autant que cette jurisprudence est une jurisprudence *ad hoc*, spécifique au secteur considéré? Premièrement, il semble que le raisonnement de la Cour soit transposable à d'autres secteurs qui présentent les mêmes caractéristiques (*i.e.* infrastructures de réseau, mission de service public, secteur réservé). Ces secteurs sont cependant de moins en moins nombreux du fait de la libéralisation progressive des anciens monopoles (télécom, énergie, transport). Deuxièmement, on peut penser à une nouvelle

des capitaux propres qu'il convient de se référer au « taux moyen constaté dans le secteur concerné » ou « dans les secteurs dans lesquels il n'existe pas d'entreprise comparable à l'entreprise en charge du SIEG, la comparaison peut être effectuée avec des entreprises situées dans d'autres Etats membres ou si nécessaire, dans d'autres secteurs ». Contrairement à la Cour dans l'arrêt *Chronopost*, la Commission réintroduit la comparaison avec un opérateur privé.

« exception française » due à la difficulté ressentie par le juge communautaire d'appliquer le droit commun à un secteur postal français dont les caractéristiques s'accommodent mal du cadre juridique communautaire. Le secteur postal français présente une dimension politique et sociale que l'on ne peut ignorer (forte présence syndicale, contraintes d'aménagement du territoire, rôle de banque sociale, etc.) et qui freine sa libéralisation. La stratégie de La Poste française semble en tout état de cause avoir été payante puisqu'elle est l'une des dernières à ne pas se plier à ses obligations communautaires (notamment en matière de transparence financière), et qu'elle poursuit sa stratégie de diversification. L'attitude de la Commission dans l'affaire *UFEX*, qui a pu sembler peu diligente, comme l'a exprimé l'avocat général Colomer dans l'affaire C-19/97 P³⁷ concernant La Poste française, est totalement en contradiction avec sa promptitude à s'auto-saisir d'autres affaires d'aides d'Etat afin d'imposer son contrôle (e.g. Alstom). Une telle singularité peut sans doute trouver des implications au niveau d'une reconnaissance même par la Commission de certaines priorités françaises ? Doit-on pour autant « tordre » le droit ? Tout juriste sera tenté de répondre par la négative.

Compte tenu de ce qui précède, parler de spécificité juridique de la notion d'aide en matière postale nous semble exagéré, même s'il est exact que l'affaire *UFEX* peut laisser subsister un doute. L'application du nouveau test est soumise au contrôle du Tribunal de première instance dans le cadre du renvoi par la Cour de l'affaire *Chronopost*. La Cour a en effet considéré que l'affaire n'était pas en l'état d'être jugée faute de disposer d'éléments précis sur la couverture ou l'absence de couverture des coûts de La Poste par la rémunération de sa filiale. L'arrêt du Tribunal devrait permettre d'achever de préciser la méthode à suivre afin d'appliquer le test établi par la Cour.

3. Le régime de l'aide d'Etat en matière postale : difficultés liées au secteur postal

A. Le régime probatoire de l'aide d'Etat en matière postale

17. Les tests respectifs des arrêts *Chronopost* et *Altmark* exigent un accès à des instruments comptables suffisamment performants. Pour se conformer aux exigences des tests de la Cour, le plaignant, la Commission, l'Etat membre et les entreprises concernées devront rassembler des preuves, notamment comptables concernant l'opérateur poursuivi plus nombreuses et plus substantielles qu'avant. Ils devront notamment pouvoir accéder à la comptabilité analytique par ligne de produits, *i.e.* une comptabilité qui analyse les coûts au niveau de chaque produit, du groupe postal au sein duquel a été octroyé l'avantage financier litigieux.

³⁷ Dans ses conclusions du 26 mai 1998 dans l'affaire C-119/97 P, l'avocat général Colomer remarquait que « l'attitude que la Commission a adoptée à cet égard dénote chez elle une passivité difficilement compréhensible en regard de l'importance du marché concerné et de son évidente dimension communautaire. Les raisons qui, en 1991, l'avaient amenée à adopter une décision sur la concentration des entreprises postales dans le secteur du courrier urgent n'avaient pas disparu et devaient l'inciter à surveiller, même d'office, l'évolution du secteur par la suite » (point 79).

Or, ce régime se heurte à une opacité encore très forte des relations financières entre, d'une part, l'Etat et certains opérateurs postaux et, d'autre part, ces derniers et leurs filiales de droit privé utilisatrices du réseau postal. C'est le cas notamment pour La Poste³⁸. Cette opacité, constitutive d'une violation tant du droit communautaire³⁹ que du droit interne qui s'impose aux opérateurs postaux soupçonnés d'avoir octroyé des aides d'Etat incompatibles⁴⁰, affecte le droit à la preuve des plaignants, victimes de l'octroi d'aides d'Etat anticoncurrentielles. L'absence d'une comptabilité analytique pertinente empêche en particulier de vérifier si l'imputation des coûts entre les différents services postaux du groupe a été faite de manière sincère et correcte. L'utilisation du critère jurisprudentiel se révèle impraticable sauf à tenir compte au moins en partie des transactions effectuées par un opérateur privé.

18. Jusqu'à présent, la Commission semble avoir composé avec l'opacité comptable en faveur des opérateurs postaux historiques. Cette opacité des comptes a pourtant été dénoncée en ce qui concerne La Poste française dans un rapport publié par la Cour des comptes le 21 octobre 2003 sur les activités de La Poste⁴¹. Sur plusieurs points précis, le rapport de la Cour des comptes qui s'appuie sur les résultats d'une enquête menée pendant trois ans et concernant une période de onze ans, illustre de manière

³⁸ L'avènement d'une comptabilité analytique de l'opérateur postal français est attendue depuis longtemps. Dans la décision *FFSA*, la Commission avait en effet retenu que « toutefois, il résulte des éléments fournis par les autorités françaises que La Poste mettra en place une comptabilité analytique pendant la période de référence du contrat de plan avec l'Etat 1995-1997 » (décision de la Commission du 8 février 1995 relative à une procédure d'application de l'article 93 du traité CE, *JO*, n° C 262, 7 octobre 1995, p. 11). Les faits semblent avoir démenti la promesse des autorités françaises. La comptabilité analytique de La Poste semblait faire encore défaut en 2002 : voy. arrêt du 27 février 1997, aff. T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, *Rec.*, p. II-229, points 16, 184 ; Rapport intitulé « Les comptes et la gestion de La Poste (1991-2002) » disponible sur le site de la Cour des comptes française à l'adresse suivante : <http://www.ccomptes.fr/Cour-des-comptes/publications/rapports/poste/poste.pdf> ; avis du Conseil de la Concurrence n° 96-A-10, 25 juin 1996, relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence, *BOCCRF*, 14, 3 septembre 1996, p. 444, point III.B.

³⁹ Les dispositions de la directive postale 97/67/CE imposaient la tenue d'une comptabilité analytique, opérant une séparation claire entre les coûts inhérents aux différents services réservés et les coûts des différents services non réservés, dès le 10 février 2000, date de transposition de la directive (article 14, par. 2 et 3). Voy. la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, *JO*, n° L 195, 29 juillet 1980, p. 35, modifiée en dernier lieu par la directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, *JO*, n° L 193, 29 juillet 2000, p. 75.

⁴⁰ Décret n° 90-1214 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de La Poste tel que modifié ; rapport de la Cour des comptes 2003 pour La Poste, *op. cit.* ; avis du Conseil de la concurrence 96-A-10 du 25 juin 1996, *op. cit.*

⁴¹ Rapport intitulé « Les comptes et la gestion de La Poste (1991-2002) », *op. cit.*

très détaillée (cent soixante-dix pages) les relations entre La Poste et ses filiales ainsi que les méthodes comptables utilisées par le groupe La Poste. Le rapport de la Cour des comptes dénonce les failles de la comptabilité au sein du groupe La Poste jusqu'en 2002.

Dans l'affaire *UFEX*, la Commission s'est limitée à affirmer que les coûts complets de l'opérateur, tels que présentés par le gouvernement français, étaient couverts par la rémunération de la SFMI-Chronopost, sans offrir beaucoup d'indications quant aux chiffres retenus pour son analyse, ni sur les calculs qui lui ont permis d'aboutir à ces chiffres. En l'espèce, la suite de la procédure dira si cela doit être considéré comme suffisant au regard des exigences de la Cour.

19. Ces difficultés probatoires liées à l'absence de transparence financière des opérateurs postaux, anciens monopoles publics apparemment peu adeptes ou familiers des exigences de la comptabilité analytique, devraient disparaître au fur et à mesure que les opérateurs postaux se conformeront à leurs obligations en matière de transparence financière ⁴², ce qui peut laisser penser que les aides d'Etat diminueront en même temps.

Dans l'attente d'un tel aboutissement, il semble qu'il faille faciliter le rôle des plaignants et de la Commission dans la mise en œuvre du contrôle des aides d'Etat. A ce titre, il pourrait être envisagé de faire peser une présomption d'aide dans le chef de l'opérateur tant que celui-ci n'aura pas démontré qu'il dispose d'une comptabilité analytique sincère et pertinente.

B. Les dérogations applicables à l'aide d'Etat dans le secteur postal

20. Ces dérogations sont apportées par l'article 86, par. 2, CE et ne concernent que les aides d'Etat octroyées sous forme de compensation de service public.

Une telle aide dès lors qu'elle est considérée comme tombant dans le champ de l'interdiction de l'article 87, par. 1, CE (car ne remplissant pas l'ensemble des conditions de l'arrêt *Altmark* tout en remplissant les critères généraux d'applicabilité de l'article 87, par. 1, CE) pourra toutefois être déclarée compatible en vertu de l'article 86, par. 2, CE si elle remplit certaines conditions. La Commission a publié un projet d'encadrement des aides d'Etat sous forme de compensation de service public ⁴³.

⁴² A ce titre, la Commission a publié un projet de directive modifiant la directive 80/723/CEE afin de prévoir que sont soumises à l'obligation de tenir une comptabilité séparée toutes les entreprises bénéficiaires de compensation de service public qui réalisent également des activités en dehors du service d'intérêt économique général, quelle que soit la qualification juridique de ces compensations au regard de l'article 87 CE, par. 1. Ce projet est disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/

⁴³ Projet de texte intitulé « Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public » et projet de décision de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86 du traité aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, disponibles à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/

Selon les termes de ce projet, une compensation de service public qui ne remplit pas les conditions de l'arrêt *Altmark* en ce qui concerne la fixation du montant de la compensation ⁴⁴ et qui par conséquent constitue une aide d'Etat, peut tout de même être déclarée compatible en vertu de l'article 86, par. 2, CE (i) si elle correspond à un réel service d'intérêt économique général au sens de cet article, (ii) si un acte précise les obligations de service public et les modalités de calcul de la compensation, et si (iii) le montant de la compensation est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public.

Lorsqu'une compensation de service public remplit ces critères (ainsi que les critères d'applicabilité de l'article 87, par. 1, CE) et les critères chiffrés (en termes de montant de la compensation et de chiffre d'affaires de l'entreprise bénéficiaire) fixés dans la décision de la Commission à venir, l'aide n'aura pas à être notifiée.

21. L'application de cet encadrement devrait permettre de dépasser les difficultés pratiques posées par la quatrième condition de l'arrêt *Altmark* en élargissant le champ des compensations dites compatibles au moyen de critères chiffrés. En revanche, l'application de cet encadrement est subordonnée à l'existence d'une comptabilité analytique dans l'entreprise bénéficiaire de la compensation.

En tout état de cause, cet encadrement a vocation à s'appliquer aux compensations du service postal.

4. Conclusion

22. Le domaine postal présente des caractéristiques très spécifiques en termes de liens avec l'Etat et aussi en termes d'intérêt que représente le réseau postal pour le développement d'activités connexes à l'activité postale *stricto sensu*. Ces liens historiques rendent délicate l'application du contrôle communautaire des aides d'Etat dans ce domaine, et ce en particulier en France où le processus de libéralisation est encore loin d'avoir abouti contrairement à d'autres Etats membres.

23. Doit-on pour autant parler d'une spécificité du contrôle des aides d'Etat en matière postale ?

Concernant la notion d'aide, la question se pose dans la mesure où alors que l'évolution du cadre communautaire relatif au contrôle des aides d'Etat (qu'il s'agisse de la jurisprudence ou de la pratique décisionnelle et législative de la Commission) tend à se préciser et à se clarifier, le règlement des affaires concernant le secteur postal semble continuer à avoir du mal à s'intégrer dans le cadre général.

Toutefois, nous demeurons réticents à l'idée de parler d'une spécificité de la notion d'aide en matière postale dans la mesure où l'exemple de l'affaire *UFEX* pourrait se limiter à la situation française laquelle, encore une fois, présente une

⁴⁴ C'est le cas notamment (i) lorsqu'il n'y a pas eu d'appel public pour l'attribution de la mission de service public et qu'il n'y a pas d'entreprise « moyenne, bien gérée et adéquatement équipée » permettant une comparaison, ou (ii) lorsqu'au terme de la comparaison avec une entreprise « moyenne, bien gérée et adéquatement équipée », il est constaté que la compensation octroyée par l'Etat est supérieure aux coûts de l'entreprise prise en référence.

dimension politique très forte et des difficultés pratiques très importantes liées aux failles de la comptabilité analytique de l'opérateur français.

Concernant le régime du contrôle des aides d'Etat, il y a peu de raison de penser qu'il existe une spécificité en matière postale si ce n'est la difficulté d'obtenir des preuves pour les parties plaignantes face à des opérateurs qui ne se sont pas encore soumis à leurs obligations en matière de transparence financière.

Il semble par conséquent que les problématiques rencontrées dans les affaires postales correspondent assez sensiblement aux difficultés rencontrées dans les autres domaines où il est question de gestion de service public et de diversification des anciens monopoles publics.

Le dernier arrêt de la Cour dans l'affaire *UFEX* s'étant limité à poser des principes permettant d'apprécier l'existence ou l'absence d'aides dans le secteur postal, les juristes et les opérateurs intéressés étudieront avec intérêt l'arrêt à intervenir du Tribunal de première instance qui devrait les renseigner de façon définitive sur la manière de déterminer la légalité ou l'illégalité d'une intervention de La Poste dans le secteur compétitif.

Les règlements d'exemption en matière d'aides d'Etat

Dr. Bertold BÄR-BOUYSSIÈRE ¹

1. Introduction ²

1. Conformément à l'article 88, par. 3, du traité CE, chaque nouvelle mesure étatique doit être notifiée et ne peut être accordée qu'avec l'autorisation de la Commission.

Dans ce contexte, l'adoption par le Conseil, le 7 mai 1998, du règlement 994/98 ³ constitue assurément une date importante dans l'histoire du régime des aides d'Etat. Aux termes de ce règlement, la Commission a en effet été habilitée à déclarer, par voie de règlements, que certaines catégories d'aides horizontales, ainsi que les aides *de minimis*, sont compatibles avec le marché commun et bénéficient dès lors d'une exemption de plein droit, sans que celles-ci lui soient préalablement notifiées.

La Commission a usé de cette compétence à plusieurs reprises, de sorte qu'aujourd'hui, on compte des règlements d'exemption concernant les aides en faveur des petites et moyennes entreprises (y compris les aides à la recherche et au

¹ Associé, Coudert Brothers llp. L'auteur remercie Giani Grégory Pandey, avocat au Barreau de Bruxelles, pour sa précieuse contribution à la préparation de cette contribution.

² Nous tenons à remercier les diverses autorités publiques qui nous ont fourni nombre d'informations utiles au cours de notre recherche.

³ Règlement (CE) 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'Etat horizontales, *JO*, n° L 142, 1998, p. 1.

développement)⁴, les aides à la formation⁵, les aides à l'emploi⁶, les aides aux petites et moyennes entreprises actives dans la production, la transformation et la commercialisation de produits agricoles⁷ et un règlement concernant les aides *de minimis*⁸. La Commission a également récemment adopté un cinquième règlement d'exemption, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2004, relatif aux aides d'Etat accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production, la transformation et la commercialisation de produits de la pêche⁹. Ensuite, un deuxième règlement *de minimis*, applicable aux aides dans les secteurs de l'agriculture et de la pêche a été adopté le 6 octobre 2004¹⁰. Enfin, un règlement applicable aux aides en faveur de l'environnement devrait vraisemblablement voir le jour à l'expiration de l'encadrement actuel prévue pour la fin de l'année 2007.

2. Peut-on en déduire que le processus de la modernisation-décentralisation (deux termes qui sont souvent utilisés comme synonymes) a débuté dans le secteur des aides d'Etat avant celui de l'antitrust ? Il est vrai que le règlement d'autorisation de 1998 est antérieur au nouveau règlement 1/2003. Mais il ne faut pas oublier que la technique des règlements d'exemption est déjà utilisée depuis plusieurs décennies

⁴ Règlement (CE) 70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat en faveur des petites et moyennes entreprises, *JO*, n° L 10, 2001, p. 33, tel que modifié par le règlement (CE) 364/2004 de la Commission du 25 février 2004, *JO*, n° L 63, 2004, p. 22.

⁵ Règlement (CE) 68/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides à la formation, *JO*, 2001, n° L 10, tel que modifié par le règlement (CE) 363/2004 de la Commission du 25 février 2004, *JO*, n° L 63, 2004, p. 20.

⁶ Règlement (CE) 2204/2002 de la Commission du 5 décembre 2002 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat à l'emploi, *JO*, n° L 337, 2002, tel que rectifié par le rectificatif du 24 décembre 2002, *JO*, n° L 349, 2002, p. 126.

⁷ Règlement (CE) 1/2004 de la Commission du 23 décembre 2003 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides d'Etat accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production, la transformation et la commercialisation de produits agricoles, *JO*, n° L 1, 2004, p. 1.

⁸ Règlement (CE) 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides *de minimis*, *JO*, n° L 10, 2001, p. 30.

⁹ Règlement (CE) 1595/2004 de la Commission du 8 septembre 2004 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production, la transformation et la commercialisation de produits de la pêche, *JO*, n° L 291, 2004, p. 3 ; voy. aussi la consultation sur le projet de nouvelles règles concernant les aides d'Etat dans le secteur de la pêche, http://europa.eu.int/comm/fisheries/consultations/031104_fr.htm.

¹⁰ Règlement (CE) 1860/2004 de la Commission du 6 octobre 2004 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides *de minimis* dans les secteurs de l'agriculture et de la pêche, *JO*, n° L 325, 28 octobre 2004, p. 4. Ce règlement entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Les aides dans les secteurs de l'agriculture et de la pêche étant des matières relevant pour l'essentiel de la compétence de la DG Agriculture et de la DG Pêche de la Commission, les règlements « pêche » et « agriculture » ne seront abordés que de façon sommaire dans la présente contribution.

dans le domaine de l'antitrust. Par ailleurs, si ces règlements représentent un réel changement dans le domaine des aides d'Etat, on ne saurait aller jusqu'à prétendre que ce changement est révolutionnaire.

Cette contribution n'a ni la prétention, ni l'intention d'approcher le sujet des règlements d'exemption par catégorie et *de minimis* de manière exhaustive ; sa seule ambition est de donner aux lecteurs un aperçu du fonctionnement du système et d'aborder quelques problèmes que leur application est susceptible de soulever.

2. Les « questions existentielles » à l'origine de l'adoption des règlements

3. En 2003, la Commission a enregistré environ un millier de cas d'aides d'Etat ¹¹. Le commissaire Monti avait prédit qu'avec l'adhésion des dix nouveaux Etats membres, la charge de travail de la DG Concurrence en matière de contrôle d'aides d'Etat augmenterait de 40% ¹². La mise en place d'un système qui puisse permettre de réduire cette charge qui ne fait qu'augmenter est donc sans aucun doute plus que la bienvenue. Mais cette surcharge en matière de contrôle est bien antérieure au 1^{er} mai 2004, elle date même d'avant l'adoption par le Conseil du règlement 994/98.

Pour faire face à l'augmentation du nombre des dossiers à traiter, la Commission a progressivement mis en place un dispositif réglementaire *de facto*, par voie de lignes directrices ou d'encadrements, dont l'objectif était de lui permettre d'éviter la charge d'un examen individuel dans chaque cas qui lui était soumis ¹³. La légalité de cette pratique a ensuite été confirmée par la Cour de justice, sous certaines conditions.

4. Compte tenu de l'existence d'un tel système ¹⁴, la question mérite donc d'être posée des motifs à la base de l'adoption par la Commission d'un système d'exemption par catégorie.

¹¹ Tableau de bord des aides d'Etat – mise à jour du printemps 2004, Document COM (2004) 256 final du 20 avril 2004, p. 6.

¹² M. HANSEN, A. VAN YSENDYCK, S. ZÜLCKE, « The coming of age of EC State Aid Law : a review of the principal developments in 2002 and 2003 », *ECLR*, 2004, p. 226.

¹³ A. SINNAEVE, « Block exemptions for state aid : more scope for state aid control by Member States and competitors », *CMLRev.*, 2001, p. 1481 ; G. VLACHOS, « Essai de clarification du régime du contrôle des aides d'Etat en droit communautaire », *Petites affiches*, 13 octobre 1999, p. 15 ; C. BLUMANN, « L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'Etat : le règlement 994/98 du 7 mai 1998 », *RMCUE*, 1999, p. 319.

¹⁴ Les lignes directrices et les encadrements existant au moment de l'adoption par le Conseil du règlement 994/98 concernaient : les aides d'Etat pour la protection de l'environnement, *JO*, n° C 72, 10 mars 1994 ; les aides d'Etat à la recherche, *JO*, n° C 45, 17 février 1996, tel que modifié par *JO*, n° C 48, 13 février 1998 ; les aides d'Etat aux PME, *JO*, n° C 213, 23 juillet 1996 ; les aides d'Etat à l'emploi, *JO*, n° C 344, 12 décembre 1996 ; les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration des entreprises, *JO*, n° C 233, 19 septembre 1997 ; les aides d'Etat à finalité régionale, *JO*, n° C 74, 10 mars 1998 ; les aides d'Etat à finalité régionale en faveur de grands projets d'investissement, *JO*, n° C 107, 7 avril 1998.

Plusieurs éléments entrent en ligne de compte, qui sont d'ailleurs explicités pour l'essentiel dans les considérants tant du règlement 994/98 que des divers règlements d'exemptions catégorielles.

Le règlement 994/98¹⁵ évoque, d'abord, la compétence et l'expérience que la Commission a acquises dans le domaine du contrôle des aides horizontales, lesquelles ne se limitent pas au contrôle traditionnel d'aides individuelles, mais s'étend à l'égard des régimes d'aide qui prévoient une forme d'exemption *de facto*¹⁶.

Ensuite, le système antérieur, bien qu'à l'origine souple et informel, a progressivement gagné en complexité : les « orientations », « lignes directrices » ou « encadrements » sont devenus de plus en plus détaillés avec la conséquence que la marge de discrétion laissée à la Commission en a été réduite. La Cour de justice a approuvé cette pratique, mais à la condition expresse que ces textes ne dérogent pas aux dispositions du traité et qu'ils lient la Commission¹⁷. Il en résulte que, si le pouvoir discrétionnaire de la Commission est resté important au moment de l'élaboration des règles, il s'est en revanche réduit au moment de leur application. En outre, étant donné que les Etats membres avaient pris l'habitude de reproduire littéralement les dispositions de ces encadrements, la vérification par la Commission de la conformité des lois nationales à ceux-ci réquisitionnait des ressources considérables qui auraient pu être allouées à des fins plus utiles. A cet égard, l'utilisation de règlements d'application directe, précisant à quelles conditions l'aide est admissible, a été jugée plus appropriée.

Les encadrements étaient souvent très longs et contenaient un mélange d'explications générales sur le concept d'aide, les procédures à suivre et les objectifs de la politique qui a pu rendre leur lecture malaisée. Le système d'exemption par catégorie, en revanche, réalise une codification des pratiques de la Commission et, ce faisant, participe à l'amélioration de la sécurité juridique et de la transparence du contrôle des aides.

¹⁵ Considérant 4 du règlement.

¹⁶ On notera que le règlement habilite aussi la Commission à adopter un règlement d'exemption par catégorie pour les aides en faveur de la protection de l'environnement, mais que cette dernière n'envisage pas d'en adopter dans cette matière dans un futur proche. Avant de procéder à un tel exercice, elle devra réviser les lignes directrices applicables, ce qui est prévu en 2005. Un règlement n'est donc pas prévu avant l'expiration des actuelles lignes directrices en 2007. Vu les sommes octroyées en matière d'aides environnementales et les plafonds relativement bas qui sont utilisés dans les règlements d'exemption par catégorie adoptés jusqu'à présent, on peut d'ailleurs se poser la question de savoir si l'utilisation d'un règlement est bien la meilleure solution.

¹⁷ Arrêt du 24 février 1987, aff. C-310/85, *Deufil c. Commission*, *Rec.*, p. I-901 ; arrêt du 24 mars 1993, aff. C-313/90, *C.I.R.F.S. e.a. c. Commission*, *Rec.*, p. I-1125 ; arrêt du 5 novembre 1997, aff. T-149/95, *Ducros*, *Rec.*, p. II-2031 ; arrêt du 30 avril 1998, aff. T-214/95, *Het Vlaams Gewest*, *Rec.*, p. II-717.

A cela s'ajoute enfin que la décentralisation ¹⁸, en renforçant la responsabilité des administrations et des juridictions nationales, devrait également conduire à une meilleure allocation des tâches et permettre à la Commission de se concentrer sur les aides les plus néfastes pour le marché commun ¹⁹.

On peut toutefois regretter l'abrogation de ces encadrements, dès lors qu'ils constituaient des sources d'informations précieuses pour ceux qui voulaient se familiariser avec la matière. Au-delà de la disparition d'un certain « patrimoine intellectuel », une autre difficulté se profile : celle de la manipulation des nouveaux règlements d'exemption qui prévoient qu'une notification individuelle reste nécessaire dans un certain nombre de cas. En général, celle-ci doit se faire « à la lumière du règlement », force est toutefois de constater que les règlements en question contiennent peu d'indications à cet égard.

3. Analyse des règlements d'exemption

5. Initialement, la Commission avait envisagé d'adopter un système d'application parallèle, pour les aides horizontales, qui se situait entre les règlements d'exemption par catégorie et les lignes directrices et encadrements ²⁰. Le champ d'application des règlements d'exemption par catégorie se serait alors limité aux cas les plus évidents. La Commission n'a en définitive cependant pas retenu ce système dualiste et a dès lors préféré abolir les lignes directrices et décisions-cadres communautaires existant au moment de l'entrée en vigueur des règlements ²¹. Au niveau de la substance, ces règlements ne sont pas très différents des lignes directrices et décisions-cadres qu'ils remplacent, les critères de compatibilité étant presque identiques. Leur principale innovation se situe au niveau procédural.

¹⁸ La modernisation de la politique de la concurrence n'est en effet pas un phénomène réservé au droit de la concurrence des articles 81 et 82 du traité. En témoigne le règlement 794/2004 du 21 avril 2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JO*, n° L 140, 2004, p. 1, qui devra mettre en œuvre une simplification et clarification des procédures en matière d'aide d'Etat.

¹⁹ On peut aussi noter que les règlements d'exemption constituent un avantage à la fois pour la Commission et pour les administrations et juridictions nationales des Etats car ils augmentent la certitude juridique, et le fait de ne pas devoir notifier l'aide et obtenir une autorisation préalable de la Commission (pour autant que les conditions prévues par les règlements soient remplies), a pour conséquence logique d'accélérer la procédure d'allocation de l'aide. Voy. aussi : U. SOLTÉSZ, « Kein Freifahrchein für nationale Subventionspolitik – die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen im Europäischen Beihilferecht », *ZIP*, 2001, p. 278 ; P. NICOLAIDES, « Decentralised State Aid Control in an Enlarged European Union : Feasible, Necessary or Both ? », *World competition*, 2003, p. 263.

²⁰ A. SINNAEVE, *op. cit.*, p. 1486 ; W. MEDERER, *Artikel 94*, dans GROEBEN, THIESING et EHLERMANN (Ed.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5^e ed., Baden-Baden, 1999, p. 9.

²¹ Cette abrogation est prévue dans le considérant 4 des différents règlements d'exemptions par catégorie.

6. Il est peut-être aussi utile de rappeler que toute aide d'Etat est sujette aux mêmes critères de compatibilité avec le marché commun, qu'elle soit notifiée, *de minimis* ou sujette à un règlement d'exemption par catégorie ²².

7. Le Conseil et la Commission ont voulu éviter que la simplification administrative ne réduise de manière trop importante le degré de contrôle et n'entraîne un assouplissement des règles en matière d'aides d'Etat ²³. Il en résulte que les règlements d'exemption par catégorie prévoient certaines mesures destinées à permettre à la Commission de contrôler leur application ²⁴.

D'abord, par le biais de fiches de renseignements uniformes et dans un délai de vingt jours, les Etats membres sont obligés d'informer la Commission des aides accordées sous le régime d'un règlement d'exemption par catégorie, en vue de leur publication dans le *Journal officiel* ²⁵. Ensuite, les Etats membres doivent conserver des dossiers détaillés concernant les régimes d'aides exemptés pendant dix ans, ce qui correspond à la période de prescription de l'article 15 du règlement 659/1999 qui stipule que la Commission ne peut plus ordonner la récupération d'aide si plus de dix ans ont passé depuis l'octroi de cette aide. Les dossiers doivent contenir toutes les informations nécessaires afin de permettre à la Commission d'établir si les conditions d'exemption des règlements sont remplies. La Commission peut à tout moment demander aux Etats membres de lui communiquer, dans un délai d'au moins vingt jours, toutes ces informations, et peut, si nécessaire, prendre une décision en vue de récupérer l'aide incompatible. Les Etats membres doivent aussi établir des rapports annuels sur l'application des règlements ²⁶. A la lecture stricte des règlements, les fiches d'information ne font pas partie de la phase de contrôle, mais bien du système de transparence. Les contrôles au niveau de la substance se réalisent dans une phase postérieure, ce qui constitue une différence majeure entre les notifications normales de l'aide d'Etat et le système d'exemption par catégorie. Lorsque la Commission reçoit une fiche d'information, elle commence par vérifier si celle-ci est complète, à

²² En d'autres termes, le système des règlements d'exemptions par catégorie et *de minimis* ne crée donc pas de nouveaux critères de compatibilité.

²³ Tableau de bord des aides d'Etat – mise à jour du printemps 2004, document COM (2004) 256 final du 20 avril 2004, p. 31.

²⁴ Il faut aussi savoir que les Etats membres et la Commission ont, conformément à l'article 10 du traité CE, une obligation de coopération. Les relations entre les Etats membres et la Commission ne doivent donc pas nécessairement être vues comme antagonistes, même si elles en donnent parfois l'impression.

²⁵ Article 7 du règlement 68/2001 concernant l'aide à la formation ; article 9 du règlement 70/2001 concernant l'application d'aide d'Etat en faveur des petites et moyennes entreprises, tel que modifié par le règlement 364/2004 ; article 10 du règlement 2204/2002 concernant les aides d'Etat à l'emploi. Les règlements d'exemption par catégorie dans le champ d'application des articles 81 et 82 du traité ne comportent pas de telles obligations.

²⁶ Le contenu de ces rapports n'est pas très différent de ce qui était déjà requis sous les régimes d'encadrement des aides.

l'exclusion d'une vérification du contenu des informations ²⁷. Le vrai contrôle des aides exemptées de notification se fait au travers des informations complémentaires que la Commission peut demander et par les rapports annuels que les Etats membres doivent rédiger sur l'application des règlements sur les aides exemptées.

8. La Commission a publié en 2004 sur son site internet de nouvelles fiches de renseignements électroniques pour les règlements d'exemption par catégorie ²⁸. Antérieurement, seul le règlement 2204/2002 ²⁹ concernant les aides d'Etat à l'emploi obligeait les Etats membres à communiquer les fiches sous format électronique. Les Etats membres sont obligés d'utiliser ce format pour tous les règlements d'exemption par catégorie depuis le 1^{er} mai 2004 ³⁰. Non seulement leur nature électronique est novatrice, mais leur format a été simplifié ³¹. Les fiches d'informations doivent notamment permettre à la Commission d'avoir une certaine vue sur les aides accordées, sans que celle-ci doive recontacter l'Etat membre pour des clarifications, une pratique fréquente jusqu'alors. Grâce à la publication des fiches dans le

²⁷ La Commission publie chaque jour sur son site une mise à jour des nombreuses notifications d'aide reçues (State Aid Register Part I) et approuvées (State Aid Register Part II) ainsi que les fiches d'information reçues (State Aid Register Part I) et publiées dans le *Journal officiel* (State Aid Register Part II). Selon le premier registre, la Commission a reçu (situation de mai 2004) treize fiches d'information (date d'écriture de cet article) sur les aides d'Etat exemptées de notification concernant l'emploi depuis l'adoption du règlement 2204/2002 du 5 décembre 2002. Selon le deuxième registre, aucune de ces fiches n'a encore été publiée dans le *Journal officiel*. Est-ce la possibilité dont dispose la Commission d'accuser réception de la fiche mais de la renvoyer à l'Etat membre pour complément, qui explique la non-publication de ces fiches ? Cela signifierait que la Commission aurait identifié pour chacun des treize cas des lacunes de nature formelle suffisamment graves pour ne pas publier la fiche trop incomplète. Après vérifications, il semblerait que deux autres raisons puissent justifier ces statistiques étonnantes. La première raison est qu'un problème non détecté dans le logiciel de la Commission a entraîné un retard dans la mise à jour du registre pour cette aide ; la deuxième, que chaque fiche d'information doit être traduite dans toutes les langues officielles de l'Union avant publication de la fiche dans le *Journal officiel*. Avec l'élargissement, le retard existant déjà dans les traductions n'a fait que croître. Voy. *infra*.

²⁸ Disponible sur le site http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/

²⁹ Article 10.

³⁰ Le greffe de la Commission refusera à l'avenir les fiches d'informations qui ne lui sont pas envoyées par courrier électronique (stateaidgreffe@cec.eu.int). Voy. lettre de la Commission du 27 avril 2004 à la Représentation permanente des Pays-Bas auprès de l'Union européenne, intitulée « Nieuw formaat formulieren groepsvrijstellingsverordeningen staatsteun », COMP/G3/ME-hb D (2004) – 0190.

³¹ Ces nouvelles fiches ne doivent pas être confondues avec les nouveaux formulaires d'information qui ont été mis en place suite à l'adoption du règlement 794/2004 du 21 avril 2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. L'utilisation de ces formulaires de notification d'aide, qui ne sont pas utilisables pour les règlements d'exemptions par catégorie, est formellement obligatoire depuis le 20 octobre 2004, mais avec une période de tolérance pour l'utilisation des anciens formulaires jusqu'à la fin de l'année 2004.

Journal officiel chaque personne intéressée peut aussi vérifier qui bénéficie, parfois potentiellement, d'aides³². Comme les règlements sont directement applicables dans les Etats membres, un plaignant a la possibilité de s'adresser à la Commission, mais aussi aux juridictions nationales. Contrairement aux règlements d'exemption par catégorie, le règlement 69/2001 concernant les aides *de minimis* ne prévoit aucune obligation d'information par voie de fiches ou de rapport annuel mais, à l'instar de ce qui est prévu dans le système des exemptions par catégorie, oblige les Etats membres à enregistrer et compiler toutes les informations concernant l'application du règlement et ensuite à conserver ces dossiers pendant dix ans³³.

9. Suite à l'adoption des différents règlements, le nombre de notifications d'aide au sens de l'article 88, par. 3, CE a diminué³⁴. Sur environ un millier de cas enregistrés par la Commission en 2003, 642 ont été notifiés par les Etats membres ; 203 fiches de renseignements ont été présentées sous le régime des règlements d'exemption ; 104 enquêtes ont été ouvertes par la Commission concernant des cas non notifiés et 18 cas concernaient des examens d'aide existants³⁵. Parmi les 203 fiches de renseignements reçues par la Commission en 2003, 8 fiches d'information concernaient les aides à l'emploi exemptées, 52 fiches concernaient les aides de formation exemptées et 142 fiches concernaient des aides aux PME exemptées. Quarante-neuf pour cent (89%) des fiches d'information provenaient de seulement quatre Etats membres, à savoir l'Espagne (9%), l'Allemagne (12%), le Royaume-Uni (33%) et l'Italie (35%). Un grand nombre d'autres Etats membres n'ont encore jamais utilisé les règlements d'exemption par catégorie.

A. Le règlement 70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant les aides d'Etat en faveur des petites et moyennes entreprises (PME)

10. Les PME jouent un rôle essentiel dans la création d'emplois et forment un élément de stabilité sociale et de dynamisme économique. Le règlement couvre certaines aides d'Etat en faveur des PME, allant de l'investissement dans des immobilisations corporelles et incorporelles³⁶ aux aides dites « douces », notamment les aides aux PME pour les services de conseil et celles pour la participation aux foires et expositions. Le règlement ne couvre pas l'aide à l'industrie houillère, ni les aides à l'exportation, ni les aides favorisant la production intérieure par rapport aux produits importés³⁷. En ce qui concerne les produits de pêche ou agricoles, le règlement ne couvre ni les aides à l'investissement ni les aides pour les services de conseils ou

³² Voy. *infra* pour le problème de non-notification.

³³ Règlement (CE) 794/2004 du 21 avril 2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JO*, n° L 140, 30 avril 2004, p. 1 ; article 3 du règlement 69/2001 concernant les aides *de minimis*.

³⁴ Tableau de bord des aides d'Etat – mise à jour du printemps 2004, précité, p. 43.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Comme les investissements dans un transfert de technologie par l'acquisition de droits de brevet, de licences, de savoir-faire ou de connaissances techniques non brevetées.

³⁷ Article 2.

participation aux foires. Dans le secteur des transports, sont exclues de l'application du règlement les aides à l'investissement dans les moyens de transports et équipements de transport ³⁸. La Commission a récemment ajouté au règlement d'autres exemples d'aides qui restent soumises à l'obligation de notification préalable à la Commission, comme par exemple les aides liées au sauvetage et à la restructuration ou les aides régionales liées aux grands projets d'investissement ³⁹.

La Commission a également étendu le champ d'application du règlement aux aides à la recherche et développement ⁴⁰. L'objectif poursuivi est de promouvoir les investissements pour la recherche et le développement, qui devraient atteindre 3% du PIB d'ici 2010.

11. Le règlement, à l'instar d'ailleurs des autres règlements d'exemption par catégorie, réalise une codification des lignes directrices et autres régimes d'aides pertinents. L'innovation est donc, comme nous n'avons déjà souligné, essentiellement procédurale. Il y a toutefois quelques différences à relever avec ces lignes directrices. A titre d'exemple, on mentionnera l'article 4, par. 3 à 6, du règlement, lequel exempte de l'obligation de notification les aides régionales en faveur des PME, ce qui n'était pas possible sous l'ancien régime applicable aux PME mais cela s'explique par le fait que le nouveau règlement reprend des éléments relevant précédemment à la fois des lignes directrices pour les PME et de celles pour l'aide régionale. En ce qui concerne les règles applicables aux aides à la recherche et au développement en faveur des PME, elles sont en principe les mêmes sur le fond que celles prévues par l'encadrement des aides d'Etat à la recherche, sous réserve de certaines clarifications nécessaires pour répondre aux exigences d'un règlement directement applicable.

12. Le règlement définit la petite entreprise comme celle qui emploie moins de cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas sept millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas cinq millions d'euros ⁴¹. L'entreprise doit aussi respecter le critère de l'indépendance ⁴². Est considérée comme une entreprise moyenne, l'entreprise qui compte moins de deux cent cinquante employés, avec un chiffre d'affaires annuel qui n'excède pas quarante millions d'euros, ou dont le total du bilan annuel n'excède pas vingt-sept millions d'euros. Tout comme dans la définition d'une petite entreprise, l'entreprise doit respecter le critère de l'indépendance. La Commission a adopté le 6 mai 2003 une nouvelle recommandation ⁴³ concernant la définition des PME, qui est entrée en

³⁸ Article 4.

³⁹ Article 6*bis*, ajouté au règlement par le règlement 364/2004 de la Commission du 25 février 2004, *JO*, n° L 63, 2004, p. 22.

⁴⁰ Règlement (CE) 364/2004 précité.

⁴¹ Article 2.

⁴² Pas plus de 25% du capital ou des droits de vote de l'entreprise ne peuvent être aux mains d'une autre entreprise qui n'est pas une PME.

⁴³ Recommandation 2003/361/CE, *JO*, n° L 124, 20 mai 2003, aux termes de laquelle la catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de deux cent cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas cinquante millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas quarante-trois

vigueur le 1^{er} janvier 2005. Elle devra entraîner une adaptation de la définition retenue dans le règlement.

13. Aux termes de l'article 7 du règlement, une aide n'est exemptée de notification qu'à la condition qu'une demande d'aide ait été adressée à l'Etat membre avant l'exécution du projet ou que l'Etat membre ait adopté des dispositions législatives donnant au bénéficiaire le droit à l'aide sur la base de critères objectifs. Ceci reflète un principe sous-jacent à toute politique d'aide à l'investissement : le bénéficiaire ne mérite pas de subventions publiques, s'il aurait de toute façon entrepris l'investissement sans lesdits subsides. La Commission, pour sa part, considère d'une manière constante qu'une aide n'est pas nécessaire lorsque l'entreprise qui demande à en bénéficier pour une opération est déjà effectivement en train de la réaliser. La prudence élémentaire commande donc de ne pas lancer un investissement avant d'avoir sollicité l'octroi de subventions.

14. Le règlement stipule que l'intensité brute de l'aide à l'investissement ne peut pas dépasser 15 % pour les petites entreprises et 7,5% pour les moyennes entreprises. Si l'investissement est réalisé dans une région admise à bénéficier d'aides à finalité régionale au sens de l'article 87, par. 3, c) du traité CE, l'intensité de l'aide peut être augmentée de 10%, sous réserve de ne pas excéder le plafond des aides à l'investissement à finalité régionale et à la condition que l'intensité nette totale de l'aide ne dépasse pas 30% ⁴⁴. Les investissements régionaux couverts par l'article 87, par. 3, a), CE peuvent être augmentés de 15%, sous réserve que l'intensité nette totale n'excède pas 30 % ⁴⁵.

L'intensité de l'aide brute concernant les services de conseil non permanents par des conseillers externes peut aller jusqu'à 50%. Les frais afférents à la participation aux foires et expositions peuvent également être remboursés jusqu'à 50%.

S'agissant des aides à la recherche et au développement, le règlement prévoit une exemption de notification si l'intensité brute de l'aide ne dépasse pas 35 % pour le développement préconcurrentiel, 60 % pour la recherche industrielle et 100 % pour la recherche fondamentale ⁴⁶. Les aides aux études de faisabilité technique préalables aux activités de recherche industrielle ou aux activités de développement

millions d'euros, la petite entreprise étant une entreprise qui occupe moins de cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas dix millions d'euros et la micro-entreprise, celle qui occupe moins de dix personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas deux millions d'euros. Le critère d'indépendance est remplacé par celui d'autonomie, qui fait aussi l'objet d'une définition révisée.

⁴⁴ Ce plafond est fixé pour chaque Etat membre dans la carte approuvée par la Commission pour l'octroi des aides à finalité régionale.

⁴⁵ Article 4, par. 3.

⁴⁶ Article 5*bis*, qui précise aussi les dépenses pouvant être prises en considération ; il s'agit des dépenses de personnel, des coûts des instruments et du matériel, dans la mesure où ils sont utilisés pour le projet de recherche, des coûts des bâtiments et des terrains dans les mêmes conditions, les coûts des services de consultants, ainsi que de certains frais généraux et d'exploitation.

préconcurrentielles sont exemptées de l'obligation de notification à la condition que l'intensité brute de l'aide, calculée sur la base des coûts de ces études, n'excède pas 75 % ⁴⁷. Les aides destinées à couvrir les coûts liés à l'obtention et à la validation des brevets et autres droits de propriété industrielle peuvent être exemptés à 100% ⁴⁸.

15. Le règlement prévoit enfin des règles spécifiques relatives aux « aides individuelles d'un montant élevé », à savoir celles dépassant certains plafonds de montants, ou d'intensité d'aide brute, qui ne sont pas exemptées de la notification. Les seuils applicables dépendent du type d'aide accordée, et du fait que les aides peuvent être accordées dans des régions qui bénéficient d'aides à finalité régionale ⁴⁹.

16. Par souci de clarté, nous présentons ci-dessous un tableau récapitulatif.

Type d'aide	En dehors de régions assistées	Régions relevant de l'article 87, par. 3, c)	Régions relevant de l'article 87, par. 3, a)
Aides à l'investissement		Plafond d'aide régional + 10% maximum	Plafond d'aide régional + 15% maximum
Petite entreprise	15%		
Moyenne entreprise	7,5%		
Aides aux services de conseil et participation aux foires	maximum 50%		
Aides à la recherche et au développement			
Développement préconcurrentiel	35% +15% ⁵⁰ +10% ⁵¹	+10%	+15%
Recherche industrielle	60% +15% ⁵² +10% ⁵³	+ 10%	+15%
Recherche fondamentale	100%	100%	100%

⁴⁷ Article 5ter. Les dépenses pouvant être prises en compte sont les dépenses de personnel scientifique et technique, ou les coûts des instruments et du matériel.

⁴⁸ Article 5quater. Les coûts pouvant être pris en compte sont tous les coûts antérieurs à l'octroi des droits dans la première juridiction, y compris les coûts d'élaboration, de dépôt et de suivi de la demande, les coûts de renouvellement de la demande avant l'octroi des droits, les coûts de traduction et autres liés à l'obtention ou à la validation des droits dans d'autres juridictions, les coûts de défense de la validité des droits dans le cadre du suivi officiel de la demande et d'éventuelles procédures d'opposition, même si ces coûts sont encourus après l'octroi des droits.

B. Le règlement 68/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant les aides à la formation

17. En 2001, la Commission a reçu soixante-dix-huit fiches d'informations sur des aides, exemptées, en faveur de la formation pour un montant d'un peu plus de quarante millions d'euros ⁵⁴, cent deux fiches d'informations représentant une somme de cent vingt millions d'euros en 2002 ⁵⁵ et cinquante-trois fiches d'informations en 2003 ⁵⁶. Depuis la mise en place du règlement, quatre-vingt-quatorze pour cent (94%) des fiches d'information sont venues principalement de quatre Etats membres : l'Espagne (9%), le Royaume-Uni (20%), l'Italie (24%) et l'Allemagne (41%).

La Commission se montre généralement bienveillante à l'égard des aides à la formation : elle considère en effet que les dépenses allouées à la formation peuvent renforcer la compétitivité de l'industrie européenne et l'attrait de la Communauté pour l'installation de nouvelles entreprises.

18. Le règlement s'applique aux aides publiques à la formation dans tous les secteurs, sauf celui de l'industrie houillère ⁵⁷, qui favorisent un(e) ou plusieurs entreprises ou secteurs en réduisant les coûts qu'ils devraient normalement supporter pour permettre à leurs travailleurs d'acquérir de nouvelles compétences. Il vise les aides à la formation dispensées aussi bien par les entreprises elles-mêmes que par des centres de formation publics ou privés. Le règlement ne couvre pas les projets d'aide de plus d'un million d'euros accordés à une seule entreprise.

⁴⁹ Article 6.

⁵⁰ Projet qui a pour objet des recherches dont l'application peut être multisectorielle et met l'accent sur une approche multidisciplinaire conformément au but, aux tâches et aux objectifs techniques d'un projet ou d'un programme particulier relevant du sixième programme-cadre communautaire pour la recherche et le développement ou du programme Eureka (article 5*bis*, lettre b)).

⁵¹ Projet qui repose sur une coopération transfrontalière effective entre au moins deux partenaires indépendants de deux Etats membres, projet qui repose sur une coopération effective entre une entreprise et un organisme public de recherche, ou projet dont les résultats sont largement diffusés lors de conférences techniques et scientifiques ou publiés dans des revues scientifiques et techniques spécialisées (article 5*bis*, lettre c)).

⁵² Projet visé à l'article 5*bis*, lettre b).

⁵³ Projet visé à l'article 5*bis*, lettre c).

⁵⁴ L'Espagne, l'Italie et le Royaume-Uni représentant chacun environ dix millions d'euros en 2001.

⁵⁵ Vingt-deux millions d'euros pour l'Italie, trente-sept millions d'euros pour le Royaume-Uni et quarante-cinq millions pour l'Autriche en 2002.

⁵⁶ Les montants exacts pour 2003 ne sont pas accessibles à la date de l'écriture du présent texte. Tableau de bord des aides d'Etat – mise à jour du printemps 2004, COM (2004) 256 final du 20 avril 2004, p. 35. La mise à jour de l'automne 2004, COM (2004) 750 final du 16 novembre 2004, a essentiellement été consacrée à un état des lieux dans les nouveaux Etats membres.

⁵⁷ Les aides relevant du règlement (CE) 1407/2002 du Conseil du 23 juillet 2002 concernant les aides d'Etat à l'industrie houillère, JO, n° L 10, p. 33. Cette exception a été introduite suite à l'amendement du règlement 68/2001 par le règlement 363/2004.

19. Le règlement fait une distinction entre la formation générale et la formation spécifique. Selon l'article 2 du règlement, la formation générale procure des qualifications largement transférables à d'autres entreprises ou à d'autres domaines de travail et améliore par conséquent la possibilité du salarié d'être employé, tandis que la formation spécifique ne procure que des qualifications qui sont transférables dans une mesure limitée. La Commission considère qu'une formation est de nature générale si elle est par exemple organisée en commun par plusieurs entreprises indépendantes, si elle est ouverte aux salariés de plusieurs entreprises, si la formation est reconnue, certifiée ou validée par les autorités publiques ou par d'autres organismes auxquels l'Etat membre ou la Communauté ont conféré des compétences en la matière. La formation générale est considérée comme étant la moins susceptible de fausser la concurrence.

Dans la pratique, la distinction entre formation générale et spécifique n'est pas toujours facile à faire. D'un côté, une entreprise entreprendra rarement des mesures de formation si ce n'est pas dans son intérêt spécifique. De l'autre côté, dans l'économie fragile de nos jours, la personne formée bénéficiera d'office d'une formation quelconque, non seulement dans le sens des matières apprises qu'il pourra employer ultérieurement chez un concurrent, mais aussi du point de vue de la valeur commerciale sur le marché du travail : en d'autres termes, toute formation au sein d'une entreprise « renforce » le curriculum vitæ de l'employé, avec la conséquence que l'on devrait pouvoir présumer que la plupart des formations ont un caractère général.

20. Les frais admissibles sont les coûts de personnel des formateurs, les frais de déplacement des formateurs et des participants à la formation, d'autres dépenses courantes (fournitures, matériel, etc.), l'amortissement des instruments et équipements au prorata de leur utilisation pour le projet de formation en question, les coûts des services de conseil concernant l'action de formation et les coûts de personnel des participants à la formation jusqu'à concurrence du total des autres coûts éligibles indiqués ci-dessus ⁵⁸.

21. Les plafonds de l'aide autorisée sont plus élevés pour les formations générales, ainsi que pour les PME, les travailleurs défavorisés, les entreprises situées dans des régions assistées, et pour le secteur spécifique du transport maritime, comme le montre le tableau suivant.

⁵⁸ Article 4.

<i>Pourcentage brut</i>	<i>Formation spécifique</i>	<i>Formation générale</i>
Taux de base ⁵⁹	25 %	50 %
Taux de base à augmenter pour		
PME	+10 %	+ 20 %
Entreprise dans régions sous l'article 87, par. 3, a)	+10 %	+10 %
Entreprise dans régions sous l'article 87, par. 3, c)	+ 5 %	+ 5 %
Travailleurs défavorisés	+10 %	+ 10 %
Secteur du transport maritime ⁶⁰	100 %	100 %

C. Le règlement 2204/2002 de la Commission du 5 décembre 2002 concernant les aides d'Etat à l'emploi

22. Traditionnellement, la Commission a toujours fait preuve de bienveillance envers les aides à l'emploi, comme envers les aides à la formation ; en témoigne le petit nombre de cas d'interdictions dans ce domaine ⁶¹. Cela ne veut toutefois pas dire que la Commission exclut que certaines aides à l'emploi puissent fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Le résultat de cette ambivalence est que le règlement d'exemption ne s'applique qu'aux régimes d'aide : toute aide individuelle à l'emploi accordée indépendamment d'un régime doit donc être notifiée individuellement. Les conséquences sont multiples. D'abord, le règlement ayant effet direct, un régime d'aide devra se contenter de reproduire mécaniquement les conditions du règlement. A cela s'ajoute, ensuite, que les aides individuelles accordées en dehors d'un régime d'aide ne seront pas seulement appréciées à la seule lumière du règlement ⁶², mais que, comme le précise explicitement l'article 9, par. 9, du règlement, ces aides ne peuvent être autorisées par la Commission qu'à la condition qu'« elles soient compatibles avec les règles spécifiques adoptées à l'égard du secteur d'activité du bénéficiaire et qu'il puisse être démontré que leurs effets sur l'emploi l'emportent sur leur incidence sur la concurrence régnant sur le marché en cause ». Si la vérification de la compatibilité

⁵⁹ Grandes entreprises situées dans des régions ne pouvant pas bénéficier d'aides régionales conformément à l'article 87, par. 3, CE.

⁶⁰ Le secteur du transport maritime est sujet à des règles spécifiques. Le bénéficiaire de la formation ne peut pas être un membre actif de l'équipage et la formation doit être dispensée à bord de navires immatriculés dans la Communauté. Voy. les orientations communautaires sur les aides d'Etat au transport maritime, communication C (2004) 43 de la Commission, JO, n° C 13, 17 janvier 2004.

⁶¹ Tableau de bord des aides d'Etat – mise à jour du printemps 2004, précité, p. 29 qui souligne par ailleurs qu'il faut aussi tenir compte du fait que nombre de mesures en faveur de l'emploi, ou en faveur de la formation ne constituent pas des aides d'Etat parce qu'elles ne remplissent pas les critères de l'article 87, par. 1^{er}, du traité. Ce n'est que si une mesure remplit ces critères que la Commission doit l'examiner pour déterminer si elle est compatible avec le marché commun.

⁶² Avec la difficulté – déjà évoquée – due au fait que celui-ci, comme tous les règlements d'exemption, est avare en explications.

avec des règles sectorielles est un exercice relativement aisé, comment démontre-t-on concrètement que l'effet « positif » de l'aide l'emporte sur l'incidence sur la concurrence ? Le règlement, pas plus qu'un quelconque autre texte, ne contient d'indications à cet égard, sauf à se lancer dans une audacieuse application par analogie avec les lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, par. 3, du traité. Le « *rule of reason test* » aurait-il de cette façon trouvé son chemin dans le domaine des aides d'Etat par « la porte de derrière » ?

23. Le règlement s'applique aux régimes d'aides accordées dans tous les secteurs sauf ceux de l'industrie charbonnière, de la construction navale, des aides à l'exportation, des aides favorisant la production intérieure par rapport aux produits importés, certaines aides dans le secteur des transports. Le règlement ne couvre pas non plus, entre autres, les projets d'aide de plus de quinze millions d'euros accordés à une seule entreprise sur une période de trois ans, les aides individuelles qui sont accordées hors d'un cadre de régime d'aide, les régimes d'aide qui visent des secteurs spécifiques ou l'aide pour le maintien de places d'emploi.

24. Seuls les régimes d'aides destinés à favoriser la création de nouveaux emplois ⁶³ et le recrutement de travailleurs défavorisés et handicapés, ou à financer les coûts supplémentaires de l'emploi de personnes handicapées sont exemptés sous ce règlement de l'obligation de notification. Pour que le régime d'aide soit exempté de l'obligation de notification, l'aide doit remplir certaines conditions.

25. Le règlement prévoit que, si l'aide à l'emploi est liée à l'exécution d'un projet d'investissement, la « nécessité » de l'aide doit être établie en démontrant qu'une demande a été déposée avant l'exécution de l'investissement ⁶⁴. Cela signifie concrètement qu'une aide à l'emploi ne doit pas nécessairement être liée à un projet d'investissement.

26. Afin d'encourager les entreprises à créer de nouveaux emplois, le règlement permet d'allouer une aide qui couvre une partie des frais salariaux pendant une certaine période. L'intensité brute de l'aide pour la création de nouveaux emplois est de 15% pour les petites entreprises et 7,5% pour les entreprises de taille moyenne. Lorsque les emplois sont créés dans des régions et des secteurs pouvant bénéficier d'aides à finalité régionale en vertu de l'article 87, par. 3, a) ou c) CE, le plafond de l'aide peut être augmenté de 15% ou 10%, sans pouvoir dépasser le plafond de l'aide régionale. Le règlement stipule encore que ces plafonds supérieurs prévus pour les aides à finalité régionale ne sont applicables qu'à la condition que le bénéficiaire contribue au financement à raison d'au moins 25 % et que l'emploi soit maintenu dans la région considérée ⁶⁵.

27. Pour encourager le recrutement de travailleurs défavorisés et handicapés par tout type d'entreprises, les Etats peuvent accorder une aide allant jusqu'à 50% des charges salariales pour les travailleurs défavorisés et jusqu'à 60% pour les

⁶³ Par opposition aux aides au maintien de l'emploi, qui sont normalement considérées comme incompatibles avec le traité.

⁶⁴ Article 4.

⁶⁵ Article 4.

travailleurs handicapés ⁶⁶. Cette aide est limitée à une période maximale d'une année, à compter de l'embauche. Pour encourager spécifiquement le recrutement de travailleurs handicapés, le règlement prévoit en plus que l'ensemble des coûts liés à leur recrutement, tels que l'adaptation des locaux, l'emploi de personnes chargées uniquement d'assister des travailleurs handicapés, l'adaptation des équipements existants ou l'acquisition de nouveaux équipements afin qu'ils puissent être utilisés par ces travailleurs peuvent être couverts par des aides d'Etat à 100%.

Le règlement ⁶⁷ qualifie de travailleurs défavorisés, entre autres, les personnes de moins de vingt-cinq ans ou celles qui, dans les deux ans suivant la fin de leurs études n'ont pas trouvé d'activité rémunérée, les travailleurs migrants à l'intérieur de la Communauté, les membres de minorités ethniques de la Communauté qui ont besoin de développer leurs compétences linguistiques et professionnelles et d'acquérir une expérience professionnelle, les personnes qui depuis deux ans ne participent pas à la vie active et ne poursuivent pas d'études pour des raisons familiales, les adultes vivant seuls avec des enfants, les chômeurs qui n'ont pas terminé leur cycle d'études secondaires, les chômeurs de plus de cinquante ans, les chômeurs de longue durée

28. Toutes ces informations sont reprises dans le tableau suivant.

<i>Type d'aide</i>	<i>En dehors des régions assistées</i>	<i>Régions sous article 87, par. 3, c)</i>	<i>Régions sous article 8, par. 3, a)</i>
Création d'emplois			
Petite entreprise	15%	Plafond d'aide régionale +10% Maximum 30%	Plafond d'aide régionale +15% Maximum 75%
Moyenne entreprise	7,5%	Plafond d'aide régionale +10% Maximum 30%	Plafond d'aide régionale +15% Maximum 75%
Grande entreprise	--	Plafond d'aide régionale	Plafond d'aide régionale
Recrutement d'un travailleur défavorisé	50%	50%	50 %
Recrutement d'un travailleur handicapé	60 %	60 %	60 %
Coûts supplémentaires à l'emploi d'un travailleur handicapé	100%	100 %	100%

⁶⁶ Article 5.

⁶⁷ Article 2. On notera que la définition de travailleur défavorisé dans ce règlement n'est pas la même que celle utilisée dans le règlement 68/2001 concernant la formation.

D. Le règlement 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant les aides de minimis

29. Ce règlement, qui reprend pour l'essentiel la communication de la Commission relative aux aides *de minimis* de 1996⁶⁸, précise que les aides d'Etat n'excédant pas un plafond de cent mille euros sur une période de trois ans à une seule et même entreprise, n'affectent pas les échanges entre les Etats membres et ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence. Par voie de corollaire, de telles aides ne tombent pas dans le champ de l'article 87, par. 1, CE et échappent à l'obligation de notification de l'article 88, par. 3, CE.

30. Le règlement s'applique à tous les secteurs sauf le secteur de la production, la transformation et la commercialisation de produits agricoles et de produits de la pêche, ainsi que de l'aide en faveur d'activités liées à l'exportation. Originellement, le secteur des transports était aussi exclu, comme cela était déjà le cas dans la communication de 1996, mais la Commission a décidé en mars 2004 d'étendre l'application du règlement à ce secteur⁶⁹, compte tenu de la lourdeur de la procédure de notification, de l'effet minime de ce type d'aide sur la concurrence et de son souci de traiter tous les secteurs de la même façon. Les mêmes raisons ont d'ailleurs conduit la Commission à adopter un règlement spécifique pour les secteurs de la pêche et de l'agriculture⁷⁰. Seules restent donc exclues de l'exemption de notification les aides à l'exportation.

31. Pour chaque nouvelle aide allouée, l'autorité doit notamment vérifier le montant total des aides *de minimis* que le bénéficiaire a reçues au cours des trois années précédentes⁷¹. Le plafond de cent mille euros s'applique à toute aide *de minimis* reçue d'autorités publiques quels qu'en soient la forme et l'objectif. Ceci n'implique pas que le bénéficiaire ne puisse pas recevoir des aides relevant d'autres régimes ou règlements d'exemptions par catégorie. Les différents types d'aides peuvent en effet être appliqués en parallèle.

4. Quelques remarques relatives à l'application des règlements

32. Une difficulté pour le praticien réside dans le fait que les termes utilisés dans les règlements ne sont pas toujours clairs et que les calculs à entreprendre ne sont pas toujours simples⁷². Ainsi, le critère de l'intensité de l'aide se fondant sur les concepts

⁶⁸ Communication de la Commission relative aux aides *de minimis*, JO, n° C 68, 1996, p. 9.

⁶⁹ Communiqués de presse de la Commission, « La Commission n'examinera plus les Aides d'Etat au transport pour de petits montants », IP/04/290.

⁷⁰ Vu les spécificités de ces secteurs, avec leurs propres règles en matière d'aides d'Etat, il n'est pas possible d'appliquer le règlement 69/2001 aux secteurs de la pêche et de l'agriculture, règlement (CE) 1860/2004 de la Commission du 6 octobre 2004 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides *de minimis* dans les secteurs de l'agriculture et de la pêche précité.

⁷¹ Considérant 5 du règlement 69/2001.

⁷² A. SINNAEVE, *op. cit.*, p. 1490 ; A. SINNAEVE, « Die ersten Gruppenfreistellungsverordnungen im EG-Beihilfenrecht », *EuZW*, 2001, p. 71 ; Chr. KOENIG, J. KÜHLING, « Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (KMU) unter Berücksichtigung der geplanten EG-Verordnung für KMU », *DVBl*, 2000, p. 1025.

d'aide brute et nette est loin d'être limpide ⁷³ ; il en va de même en ce qui concerne certains aspects de la définition des PME (en particulier le critère d'indépendance), les conditions d'exemption pour les services de conseil, la définition de l'investissement, ou encore la distinction entre la formation spécifique et la formation générale dans le règlement concernant les aides à la formation, qui sont susceptibles de soulever des difficultés.

L'apparente simplicité du règlement 69/2001 concernant les aides *de minimis*, est, elle aussi, quelque peu trompeuse. Ainsi, au Royaume-Uni, le Department of Trade and Industry (DTI) conseille aux autorités qui administrent des régimes d'aides d'éviter d'utiliser ce règlement et d'opter pour l'utilisation des règlements d'exemption par catégorie ou les régimes d'aide si possible ⁷⁴. Le problème avec l'aide *de minimis* réside notamment dans son identification. Selon le règlement *de minimis*, une entreprise peut recevoir des aides d'Etat jusqu'à un plafond de cent mille euros sur une période de trois ans. Avant d'octroyer l'aide, l'autorité doit s'informer auprès de l'entreprise, pour vérifier qu'elle n'a pas déjà reçu d'autres aides *de minimis*. Or l'autorité oublie parfois de signaler au bénéficiaire de l'aide la nature *de minimis* de celle-ci, bien que ceci soit stipulé à l'article 3 du règlement *de minimis*. Ou alors c'est l'entreprise qui omet d'indiquer dans ses comptes la nature spécifique de l'aide. Il en résulte qu'obtenir une information complète de l'entreprise n'est pas toujours aisé et que le risque d'excéder le plafond est réel. Un moyen dont l'administrateur de l'aide dispose, est d'exiger de l'entreprise qu'elle fournisse tous les détails sur les aides de moins de cent mille euros reçues pendant les trois dernières années ⁷⁵. L'administrateur devra alors essayer d'isoler l'aide *de minimis* d'une aide reçue sous un autre règlement d'exemption par catégorie, un régime d'aide ou une aide notifiée. Le règlement *de minimis* prévoit en outre la possibilité pour les Etats de mettre en place un registre central des aides *de minimis*, contenant des informations complètes sur chaque aide *de minimis* accordée par une autorité de l'Etat. Bon nombre d'Etats membres ont toutefois choisi de ne pas mettre en place un tel registre central ⁷⁶. Sans doute leur choix n'est-il pas étranger au fait qu'ils doivent conserver pendant dix ans toutes les informations relatives aux aides *de minimis* et que la Commission peut les demander à tout moment ⁷⁷.

Le problème du cumul et de l'identification de l'aide se pose aussi pour les règlements d'exemption par catégorie quoique dans une moindre mesure. Il est vrai que les aides *de minimis* ne sont pas liées à un projet spécifique et sont dès lors plus difficiles à suivre. De plus, le montant relativement bas des aides accordées favorise

⁷³ Articles 4 (3) et 6 du règlement 70/2001 concernant l'application d'aide d'Etat en faveur des PME.

⁷⁴ <http://www.dti.gov.uk/ccp/stateaid/notification.htm#deminimis>

⁷⁵ Avec le nom du régime d'aide si possible.

⁷⁶ Certains des nouveaux Etats membres, tels que la Lituanie, avaient en revanche déjà mis en place un tel registre pour les aides *de minimis* avant leur adhésion.

⁷⁷ Le règlement *de minimis* met donc en place, à travers l'article 3, le même système de contrôle que les règlements d'exemption par catégorie, avec la différence qu'il ne prévoit aucune obligation de notification par fiches de renseignement. Voy. *supra*.

vraisemblablement les difficultés liées à leur identification. Mais la différence sans doute la plus importante tient dans le fait qu'une autorité qui accorde une aide soumise à un règlement d'exemption par catégorie doit en informer la Commission par les fiches d'information, avec référence explicite au règlement d'exemption.

33. En cas de doute concernant l'application des règlements, l'autorité qui octroie une aide a toujours la possibilité de procéder à sa notification. En pratique, elle contactera d'abord les autorités nationales qui s'occupent des aides d'Etat ⁷⁸. A la lecture des règlements d'exemption par catégorie, on pourrait croire que les autorités nationales doivent élaborer les aides d'une façon telle qu'elles remplissent les conditions des règlements d'exemption, sans qu'il puisse y avoir interaction ou contacts possibles avec la Commission (qui n'aura pour sa part que la tâche de recevoir les fiches d'informations ⁷⁹, de les publier au *Journal officiel* et, suite à un contrôle éventuel postérieur de l'aide, de lancer une procédure d'investigation et d'infraction si nécessaire).

La pratique est toutefois différente. Souvent les problèmes en matière d'application des règlements sont adressés de façon *ad hoc* à la Commission et ce, préalablement à l'envoi des fiches et à l'octroi de l'aide. Les autorités nationales peuvent contacter la Commission pour demander des clarifications sur les règlements. A cet égard, l'on regrettera que la Commission ne regroupe pas ses avis dans un document accessible à toute personne intéressée, comme elle l'a fait pour le règlement 1400/2002 concernant l'exemption par catégorie dans le secteur automobile avec sa brochure explicative et celle contenant les questions fréquemment posées ⁸⁰. Les Etats membres et la Commission disposent aussi d'un réseau sécurisé électronique interne, appelé CIRCA, au travers duquel il est possible d'échanger des expériences et de provoquer des discussions. L'accès en est limité aux seuls fonctionnaires nationaux qui ont explicitement été désignés par leur Etat à cet effet.

34. La Commission a pris le parti de limiter la durée des règlements d'exemption concernant les aides d'Etat en faveur des PME, de la formation et de l'emploi, ainsi

⁷⁸ Par exemple le State Aid Policy Unit du DTI au Royaume-Uni, le Scottish Executive State Aid Unit en Ecosse ou le Coördinatiepunt Staatssteun du ministère des Affaires intérieures aux Pays-Bas, qui ont un rôle de coordination et d'information en matière d'aide d'Etat. Tous les pays n'ont pas un tel service centralisé et souvent les compétences dans la matière sont dispersées parmi les différents ministères nationaux.

⁷⁹ Quand la Commission reçoit les fiches d'information, elle vérifie en principe uniquement si les conditions formelles sont remplies.

⁸⁰ Règlement (CE) 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux, *JO*, n° L 203, 2002, p. 30 ; Brochure explicative concernant l'application de l'article 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/explanatory_brochure_fr.pdf ; Questions fréquemment posées, http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/distribution/faq_fr.pdf.

que le règlement concernant les aides *de minimis*, lesquels ont cours jusqu'au 31 décembre 2006. Elle pourra à ce moment décider de les prolonger, de les adapter ou même de les abolir ⁸¹. Dans ce dernier cas, l'aide initialement exemptée devient une aide nouvelle (et non une aide existante) qui devra être notifiée à la Commission. Une idée qui s'est faite jour à la Commission est de mettre en place un seul grand règlement d'exemption qui remplacerait les différents règlements d'exemption et résoudrait les différents problèmes concernant l'application des règlements. La Commission commencera en 2005 un processus de consultation et de réflexion pour identifier et discuter de ces problèmes.

35. Comme nous l'avons déjà mentionné, les aides d'Etat qui veulent bénéficier des règlements d'exemption par catégorie doivent être communiquées à la Commission à travers les fiches d'information ⁸².

Il se peut toutefois qu'un Etat membre néglige de notifier à la Commission ou oublie de mettre la référence au *Journal officiel*. La question se pose alors de savoir de quelle manière, et dans quelle mesure, ces oublis sont susceptibles d'affecter la nature juridique de l'aide. A cet égard, les règlements d'exemption précisent que toutes les conditions fixées dans les règlements doivent être remplies pour que l'aide soit considérée compatible avec le marché commun.

Pourrait-on en déduire que, suite aux négligences évoquées (de type procédural), l'aide accordée doit être considérée comme illégale, même si les critères de fond sont par ailleurs remplis ? Il est évident que c'est un argument que le concurrent de l'entreprise qui reçoit cette aide essaiera d'utiliser, en établissant un parallèle avec l'aide illégale au sens de l'article 1, f) du règlement de règlement de procédure ⁸³. Logiquement, la Commission devrait alors ouvrir une enquête, conformément à l'article 10 du règlement, à l'issue de laquelle elle devrait rendre une décision visée par le chapitre III du règlement. La Commission, pourtant, ne suit pas cette thèse restrictive, quand il s'agit d'aide tombant sous l'empire d'un règlement d'exemption par catégorie. Certes, il demeure préférable que les Etats membres n'oublient pas d'envoyer des fiches d'information ou ne négligent pas de mettre la référence du *Journal officiel*. Toutefois, frapper l'aide d'illégalité est considéré comme une sanction disproportionnée dès lors que les critères de fond sont remplis ⁸⁴. En pratique, quand la Commission est informée d'un tel problème ⁸⁵, elle inscrira cette information dans son registre interne des « cas présumés », contactera l'Etat membre pour vérifier si l'information reçue est correcte, vérifiera si l'aide pourrait tomber à première vue sous

⁸¹ Les règlements prévoient qu'à l'expiration de la durée de validité des règlements, les régimes d'aides exemptés resteront exemptés durant une période d'adaptation de six mois.

⁸² Voy. *supra*, n° 7.

⁸³ Voy. aussi A. SINNAEVE, « Block exemptions for state aid... », *op. cit.*, p. 1488.

⁸⁴ La Commission a certainement moins de contrôle sur les aides qui sont octroyées, dans un système d'exemption, avec des vérifications postérieures, qui donne un plus grand rôle aux administrations nationales mais, comme nous l'avons déjà souligné, c'est le prix à payer pour pouvoir faire face au nombre grandissant d'aides.

⁸⁵ A savoir la non-communication d'une aide.

le règlement d'exemption par catégorie et demandera à l'Etat de rectifier la situation, après quoi la Commission procédera au contrôle postérieur ordinaire de telles aides.

De même, dans le cas de l'aide *de minimis*, la Commission ne considère pas que l'aide est illégale si l'autorité oublie d'informer le bénéficiaire de l'aide du caractère *de minimis*, comme prescrit par l'article 3 du règlement *de minimis*.

36. Un dernier point qui mérite d'être soulevé est la situation du tiers, et les moyens dont il dispose pour savoir qui reçoit quelle aide et de quelle source.

La Commission reconnaît qu'avec la décentralisation, les autorités, les juridictions nationales et les citoyens doivent jouer un plus grand rôle dans le système de contrôle des aides d'Etat. On constate notamment que le juge, en vérifiant si les conditions d'un règlement d'exemption sont réunies, se prononce en effet sur la compatibilité de l'aide avec le marché commun, ce qui représente une « première » dans le droit des aides d'Etat ! Il existe toutefois des limites à l'intervention du juge. D'abord, rien n'empêche l'Etat membre défendeur de notifier à la Commission (pour approbation individuelle) une mesure étatique que le juge considérerait comme non susceptible de bénéficier d'une exemption. Ensuite, le juge national ne peut pas non plus se prononcer sur la question de savoir si une mesure non exemptée est compatible avec le marché commun en raison d'un autre encadrement. Dans ces conditions, on ne doit peut-être pas s'attendre à voir se développer une jurisprudence abondante. D'autant que les mesures étatiques exemptées revêtent rarement une importance telle que les concurrents saisissent la justice. Notons toutefois qu'il serait intéressant de voir comment les juges nationaux (mais également la Commission si elle est saisie) vont appliquer le quasi-« *rule of reason test* » mentionné plus haut dans le domaine des aides à l'emploi ⁸⁶.

37. En théorie, chaque personne intéressée peut vérifier « qui bénéficie de quelle aide », grâce à la publication des fiches d'informations dans le *Journal officiel*, sauf dans le cas d'une aide non notifiée bien entendu. Un plaignant potentiel aura alors la possibilité, s'il le juge nécessaire, de s'adresser à la Commission ou aux juridictions nationales (puisque les règlements sont directement applicables dans les Etats membres).

Mais la pratique est toutefois moins simple. En matière d'aide notifiée, conformément à l'article 3 du règlement 659/1999, toute aide qui doit être notifiée en vertu de l'article 2, par. 1^{er}, du règlement ne peut être mise à exécution que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant. La Commission informera l'Etat membre de sa décision d'autoriser l'aide de façon individuelle à travers une lettre. L'Etat membre ne doit donc pas attendre que la décision de la Commission soit publiée au *Journal officiel* pour pouvoir accorder l'aide. Le tiers, en revanche, n'apprendra l'existence de l'aide qu'après la publication de la décision de la Commission au *Journal officiel*. En matière d'aide exemptée de notification, la situation est évidemment un peu différente, étant donné que l'Etat membre ne doit pas attendre une approbation de la Commission. L'Etat membre ne doit qu'informer la

⁸⁶ Voy. n° 22.

Commission par une fiche d'information dans un délai maximal de vingt jours à partir de l'octroi de l'aide. La Commission vérifiera alors les éléments formels et publiera la fiche, après l'avoir traduite, au *Journal officiel*.

D'une analyse simple des fiches d'informations ⁸⁷, il ressort cependant qu'en pratique le tiers ne sera informé des aides (exemptées de notification) octroyées qu'après seize mois en moyenne ! Pour les aides notifiées, le tiers pourra prendre connaissance, via le *Journal officiel*, des communications succinctes de la Commission adoptées en application de l'article 4, par. 1^{er} et 2 du règlement 659/1999 en moyenne deux mois après la décision de la Commission ⁸⁸. Pour les décisions d'ouverture d'une procédure formelle d'investigation ⁸⁹, on constate un délai d'en moyenne dix à douze semaines entre la décision de la Commission et la publication au *Journal officiel*. La Commission s'est fixé comme objectif (interne) de voir de telles décisions publiées dans un délai d'un mois, mais la publication la plus rapide jusqu'à présent semble avoir été faite après un délai de six semaines. Les décisions de la Commission de clôturer une procédure formelle d'examen sont publiées en moyenne six mois après la prise de décision. Vu que les fiches d'informations sont assez sommaires et étant donné le temps pris pour leur traduction en comparaison avec les décisions et communications des aides notifiées, il semble que la Commission ne considère pas l'information des tiers sur les aides exemptées comme une matière prioritaire.

38. La situation du tiers paraît donc s'être aggravée suite à l'adoption des règlements d'exemptions par catégorie ⁹⁰. La Commission est consciente des problèmes que ces retards de traductions et de publications engendrent et une des solutions qu'elle compte adopter est de ne pas attendre que ces documents soient traduits dans tous les langues officielles, mais de déjà publier les fiches sur le site de la DG Concurrence à titre purement informatif dans une version linguistique en attendant que les autres versions soient traduites. Du point de vue du tiers, on ne peut qu'applaudir une telle initiative.

5. Conclusion

39. L'adoption des règlements d'exemption constitue une étape importante dans la politique de décentralisation et de responsabilisation des Etats membres en matière d'aide d'Etat. Elle a conféré une base juridique plus solide à des pratiques existantes et contribue à la transparence et, d'une certaine façon, à l'augmentation de l'efficacité des acteurs impliqués dans l'attribution de l'aide d'Etat, de sorte que la Commission peut se concentrer sur les formes d'aide les plus nocives pour la libre concurrence et la construction d'un marché commun.

⁸⁷ Analyse à laquelle nous avons procédé, basée sur les fiches d'informations des aides d'Etat, bénéficiant du système de règlement d'exemption, publiées dans le *Journal officiel* entre le 1^{er} janvier 2004 et le 20 septembre 2004.

⁸⁸ Souvent ces communications sont mêmes traduites et publiées moins d'un mois après la décision de la Commission.

⁸⁹ Voy. article 6 du règlement 659/1999.

⁹⁰ Sur le même thème, le lecteur voudra bien se référer à la contribution de G. Schohe dans le présent ouvrage.

L'application des règlements ne va toutefois pas sans soulever quelques difficultés que nous avons tenté de mettre en évidence dans cette contribution. A cela s'ajoute que, pour certains Etats parmi les nouveaux Etats membres, le principe même d'une réglementation des aides d'Etat est très novateur ⁹¹. Dans ces conditions, il serait utile que la Commission clarifie la matière, par exemple en publiant sur son site des « Questions et réponses ». Enfin, il est regrettable que la situation des tiers se soit encore détériorée en matière d'accès à l'information dès lors qu'avec la décentralisation, ils sont en principe appelés à jouer un rôle déterminant dans le système de contrôle des aides.

40. D'un point de vue politique (et de façon légèrement provocatrice), on constate que les autorités nationales de concurrence sont les grands absents de la décentralisation. Il est vrai qu'il existe un préjugé communautaire concernant l'absence d'indépendance de ces autorités vis-à-vis des autorités qui accordent les aides. A notre avis, ce préjugé n'est pas justifié. Les aides en question ne concerneront que rarement les grands projets d'intérêt national comme par exemple le sauvetage d'Alstom ou les subventions pour la nouvelle usine de Volkswagen. Elles seront plus souvent de taille « locale ». Ne sous-estimons pas non plus la déontologie des autorités nationales de concurrence qui font souvent preuve d'une grande indépendance vis-à-vis des grands groupes industriels, probablement moins faciles à gérer que des autorités locales ou régionales. Dans ces conditions, pourquoi ne pas impliquer les autorités nationales de concurrence au moins dans le contrôle des aides exemptées (vu que le recours à la Commission ou aux tribunaux nationaux reste toujours ouvert) ?

⁹¹ Et la Commission est consciente qu'il existe parfois des difficultés. Tableau de bord des aides d'Etat – mise à jour du printemps 2004, précité, p. 47.

L'identification du bénéficiaire de l'aide

Laure LEVI ¹

1. Introduction

1. La notion de bénéficiaire d'une aide d'Etat a suscité, ces dernières années, une attention particulière. La détermination du bénéficiaire est en effet importante à deux égards : d'une part, en amont, pour évaluer si, eu égard à la qualité et à l'identité du bénéficiaire, la mesure examinée présente les caractéristiques d'une aide et, d'autre part, en aval, pour déterminer auprès de qui récupérer une aide reconnue comme étant incompatible avec le marché commun et illégale parce que versée avant que la Commission ne se soit prononcée. C'est sur ce dernier aspect que se concentre la présente contribution.

2. Comme on le sait, le remboursement doit, dans la mesure du possible, permettre de rétablir la situation antérieure au versement de l'aide afin de préserver l'effet utile des dispositions des traités relatives aux aides d'Etat ². La récupération d'une aide illégale est la conséquence logique de la constatation de son illégalité ³.

La problématique gagne en complexité lorsque la structure de la propriété du bénéficiaire de l'aide, voire son existence, évolue entre le moment où l'aide lui a été

¹ Associé De Backer, collaborateur scientifique auprès de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles.

² Arrêt du 21 mars 1990, aff. C-142/87, *Belgique c. Commission* (« Tubemeuse »), *Rec.*, p. I-959 ; arrêt du 21 novembre 1991, aff. C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, *Rec.*, p. I-5505 ; arrêt du 10 juin 1993, aff. C-183/91, *Commission c. Grèce*, *Rec.*, p. I-3131 et arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI e.a.*, *Rec.*, p. I-3547.

³ Arrêt du 21 mars 1990, *Belgique c. Commission* (« Tubemeuse »), *op. cit.*

octroyée et le moment où la Commission prend sa décision ou entre le moment de la décision de la Commission et celui où l'Etat membre exécute cette dernière. Vers qui l'Etat membre peut-il – ou doit-il – alors se retourner pour obtenir récupération de cette aide ? La réponse à cette question diffère-t-elle selon qu'il s'agit d'une opération sur actions, c'est-à-dire d'une vente des parts de la société bénéficiaire (« *share deal* ») ou d'un transfert d'actifs, c'est-à-dire d'une vente de tout ou partie des actifs de la société bénéficiaire (« *asset deal* ») ?

3. Ces questions se retrouvent au cœur de cette contribution ; elles seront analysées en tenant compte des développements auxquels elles ont donné lieu, non seulement dans la pratique de la Commission mais également dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Trois affaires récentes feront l'objet d'une analyse plus approfondie : il s'agit des affaires *Banks*⁴, *Seleco*⁵ et *System Microelectronic Innovation*⁶. Avant de les aborder, il est toutefois utile de rappeler brièvement le contexte jurisprudentiel dans lequel ces affaires sont intervenues.

2. Analyse de l'état antérieur de la jurisprudence relative à la notion de bénéficiaire débiteur de l'obligation de restitution

4. Pour identifier le bénéficiaire d'une aide, le principe est qu'il faut prendre en considération le critère de l'effectivité. En cette matière, comme en toute autre de la concurrence, l'approche de la Commission – confortée par les juridictions des Communautés européennes – est de nature économique. Elle vise à retenir les entreprises qui ont (ont eu) la jouissance effective de l'aide, que ces entreprises soient celles qui ont perçu directement l'aide ou non.

Cela se conçoit dès lors que, comme le fait remarquer M. Keppenne⁷, une seule et même mesure peut profiter simultanément à diverses personnes⁸. De même, le bénéficiaire d'un prêt reposant sur des fonds publics peut être autre que l'emprunteur⁹. Enfin, si une aide sert à financer l'achat d'un bien, cette aide n'est

⁴ Arrêt du 20 septembre 2001, aff. C-390/98, *H.J Banks & Co. Ltd c. The Coal Authority et Secretary of State for Trade and Industry*, Rec., p I-6117 (ci-après l'affaire ou l'arrêt *Banks*).

⁵ Arrêt du 8 mai 2003, aff. C-328/99 et C-399/00, *Italie et SIM 2 Multimedia SpA c. Commission*, Rec., p I-4035 (ci-après, l'arrêt *Seleco*) et décision 2000/536/CE de la Commission européenne, du 2 juin 1999, relative à l'aide d'Etat octroyée à l'Italie à Seleco SpA, JO, n° L 227, 7 septembre 2000, p. 24 (ci-après, la décision *Seleco*).

⁶ Arrêt du 29 avril 2004, aff. C-277/00, *Allemagne c. Commission*, non encore publié au Recueil (ci-après, l'arrêt *SMI*), et décision 2000/567/CE de la Commission, du 11 avril 2000, relative à l'aide d'Etat accordée par l'Allemagne en faveur de System Microelectronic Innovation GmbH, Francfort-sur-Oder (Brandebourg), JO, n° L 238, 22 septembre 2000, p. 50 (ci-après, la décision *SMI*).

⁷ J.-P. KEPPEPNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 1999, spéc. p. 97, point 120.

⁸ Arrêt du 13 juin 2002, aff. C-382/99, *Pays-Bas c. Commission*, Rec., p. I-5163.

⁹ Arrêt du 3 juillet 2003, aff. C-457/00, *Belgique c. Commission*, Rec., p. I-6931.

pas nécessairement une aide à l'acheteur mais peut être une aide au vendeur si le prix d'achat est surévalué par rapport au prix du marché.

5. C'est également l'unité économique plutôt que l'organisation juridique de sociétés qui sera prise en considération. Partant, si un groupe de personnes morales forme une unité économique, ce groupe sera retenu comme ne constituant qu'une seule entreprise, de sorte que l'aide pourra être récupérée auprès de toutes les entités du groupe ¹⁰.

De même, le fait qu'une aide soit versée par l'Etat à une société mère, société holding sans activité propre, ne fait pas obstacle à ce que sa filiale soit considérée comme en retirant un avantage ¹¹.

6. Cette approche est similaire à celle suivie par la Commission en d'autres domaines du droit de la concurrence, lorsque, par exemple, il s'agit de déterminer l'imputabilité des amendes en matière d'ententes. Le cas de la « saga » Petrokjemî, société dont les actifs avaient été transférés, dans le cadre d'une fusion, à une nouvelle société parente Statoil, entre le moment de sa participation à un cartel et l'imposition d'amendes en constitue l'illustration : la Commission a, en effet, imposé les amendes à Statoil en se fondant sur la continuité économique et fonctionnelle entre l'entreprise initiale et son successeur ¹².

7. Les groupes de société peuvent également être organisés à des fins de détournement. Ainsi en est-il de l'aide, versée à une entreprise du groupe, et déclarée compatible au regard du profil de cette entreprise, qui est en réalité ensuite utilisée pour financer les activités d'autres entreprises du groupe. Ce sont alors ces dernières entreprises qui doivent être considérées comme les bénéficiaires et c'est au regard de

¹⁰ Arrêt du 14 novembre 1984, aff. 323/82, *Intermills, Rec.*, p. 3809, point 11. Toutefois, si les aides versées à ce groupe visent à assurer la survie de filiales déficitaires du groupe se trouvant en situation difficile par leur intégration dans le périmètre du groupe, ce sont ces filiales qui seront considérées comme les bénéficiaires finales des interventions financières (décision de la Commission du 25 mars 1987 relative aux aides accordées par le gouvernement français à deux groupes sidérurgiques, *JO*, n° L 1290, 14 octobre 1987, p. 21).

¹¹ Arrêt du 19 septembre 1985, aff. 172/83 et 226/83, *Hoogovens Groep, Rec.*, p. 2831, point 34.

¹² Décision 86/398 de la Commission, du 23 avril 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.149 – Polypropylène), *JO*, n° L 230, 18 août 1986, p. 1, par. 97 à 102. Voy. également l'arrêt du 16 décembre 1975, aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie e.a.* (dite « Sucre »), *Rec.*, p. 1663 ; l'arrêt du 28 mars 1984, aff. 29-30/83, *CRAM et Rheinzink, Rec.*, p. 1679 ; l'arrêt du 17 décembre 1991, aff. T-6/89, *Enichem Anic SpA, Rec.*, p. II-1623 ; l'arrêt rendu sur pourvoi du 16 novembre 2000, aff. C-279/98 P, *Cascades SA, Rec.*, p. I-9693 et l'arrêt rendu sur pourvoi dans les affaires « ciment » du 7 janvier 2004, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a.*, non encore publié au *Recueil* (spécialement en ce qui concerne Aalborg Portland et Cimenteries françaises).

leur profil que doit être examinée la compatibilité des aides ¹³. L'idée est d'assurer l'effet utile des décisions de la Commission ¹⁴.

8. Les diverses procédures de faillite et autres redressements, concordats et liquidations, sont un terrain intéressant quant à l'identification de l'entité tenue au remboursement. Quel peut en effet être le bénéficiaire de l'aide dans les cas où les mesures ont été consenties à la société avant la procédure de faillite ?

9. L'obligation qui incombe à l'Etat membre de rétablir le *status quo ante* peut contraindre ce dernier à forcer la société bénéficiaire à déposer son bilan et à être déclarée en faillite. La liquidation a une valeur significative à l'égard de la concurrence, puisque les entreprises concurrentes qui peuvent avoir été préjudiciées du fait de l'aide incompatible, auront l'occasion de remplir ou d'acquérir la part de marché laissée par l'entreprise en liquidation, voire d'acquérir les actifs vendus de cette société. Partant, l'Etat membre n'est, en principe, pas tenu d'aller « au-delà » de la société faillie pour exécuter son obligation, par exemple en s'adressant à l'acquéreur d'actifs de la société faillie.

10. Ce principe est toutefois nuancé dans certains cas. En effet, lors d'une faillite emportant la liquidation de la société faillie, il arrive souvent qu'une autre entité juridique, nouvelle ou existante, reprenne les actifs de l'entreprise liquidée. Dans nombre de cas, cette reprise d'actif intervient à un prix particulièrement bas. On pourrait en déduire que, si ce prix a été fixé aussi bas, c'est en partie en raison de l'intervention étatique. Toutefois, la procédure judiciaire de liquidation emportant la « fin » de l'entreprise qui a bénéficié directement de l'intervention publique, il y a en principe rupture dans la continuité de l'activité de cette entreprise. Les contrôles que la Commission effectue visent alors davantage à vérifier si la cession des actifs de la société faillie à la nouvelle entité se déroule de façon régulière, conformément au droit national et si les liquidateurs agissent de façon indépendante ¹⁵. S'il s'agit

¹³ Décision de la Commission du 22 juillet 1998 concernant le détournement d'aides à la restructuration destinées à MTW-Schiffswerft et à Volkswerft Stralsund, deux sociétés appartenant à l'ancien groupe Brener Vulkan Verbund, et le versement non autorisé d'un crédit à l'investissement de 112,4 millions de marks allemands au chantier naval MTW-Schiffswerft (*JO*, n° L 108, 27 avril 1999, p. 34). A rapprocher des détournements auxquels peuvent conduire les sociétés de défaisance en droit français (décision de la Commission du 20 mai 1998 concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, *JO*, n° L 221, 8 août 1998, p. 28).

¹⁴ En matière d'imputabilité des amendes, le Tribunal de première instance suit la même approche. Voy. arrêt du 11 mars 1999, aff. T-134/94, *NMH Stahlwerke, Rec.*, p. II-239 ; arrêt du 20 mars 2002, aff. T-9/99, *HFB Holding, Rec.*, p. II-2429.

¹⁵ Dans une affaire Duferco Belgium SA, la Commission n'a pas remis en cause la cession de certains actifs de la société faillie, les Forges de Clabecq, à la société Duferco Clabecq. Cette cession est intervenue en accord avec le juge national qui avait constaté que, notamment, le prix offert était adéquat, qu'aucune offre supérieure n'avait été adressée à la curatelle et encore qu'aucun autre mode de liquidation ne paraissait permettre un résultat net supérieur (aide NN 121/2000 – Belgique « Participation financière de la Région wallonne dans l'entreprise « Duferco Belgium SA » », http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2000/nn121-00_fr.pdf).

d'une simple vente d'actifs sans continuité économique, les aides ne sont pas censées suivre les actifs vendus et c'est la société mise en liquidation qui sera tenue au remboursement. Ainsi, en cas de faillite, l'obligation de récupération est satisfaite par la déclaration de créance faite par le dispensateur de l'aide auprès de la curatelle de la société faillie ¹⁶. En cas de continuité économique de l'entreprise (*going concern*), c'est l'entité qui assure la pérennité de l'entreprise faillie, grâce aux moyens de production qui lui ont été transférés, qui reste tenue de son passif et donc de la restitution éventuelle de l'aide.

11. Ce travail d'identification de l'existence ou de l'absence d'une continuité de l'activité économique peut s'avérer difficile. A propos des aides versées à Alfa Romeo, la Commission a tenu compte du fait que le repreneur, Fiat, n'avait pas acquis la totalité de l'actif d'Alfa Romeo et avait limité son engagement financier à l'égard de l'endettement même du groupe à un certain montant. Lorsque la holding Finmeccanica a revendu une partie d'Alfa Romeo au groupe Fiat, elle l'a fait, comme en témoigne la proposition concurrente et équivalente du groupe Ford, au prix du marché. Par conséquent, la Commission a considéré que Fiat, acquéreur, n'était pas tenu de restituer les aides déclarées incompatibles, l'obligation de restitution incombant à Finmeccanica qui avait repris toutes les activités restantes d'Alfa Romeo liquidée et, en particulier, les créances et engagements financiers encore existants ¹⁷.

12. Dans l'hypothèse d'une vente des parts de la société bénéficiaire, la position de la Cour n'était pas véritablement claire. Alors que dans le premier arrêt *ENI-Lanerossi*, elle a considéré qu'il revenait aux quatre entreprises bénéficiaires de restituer les aides ¹⁸, la Cour semble pencher, dans le second arrêt *ENI-Lanerossi*, en faveur de la restitution des aides par le vendeur et non par les entreprises bénéficiaires vendues ou encore par les acquéreurs ¹⁹. En qualifiant la SNAM (qui avait succédé à Lanerossi après le premier arrêt) de bénéficiaire des aides, la Cour a en effet considéré que

¹⁶ Arrêt du 21 mars 1990, *Belgique c. Commission* (« *Tubemeuse* »), précité.

¹⁷ Décision 89/661 de la Commission, du 31 mai 1989, concernant les aides accordées par le gouvernement italien à l'entreprise Alfa Romeo, point XI (*JO*, n° L 394, 30 décembre 1989, p. 9) et arrêt du 21 mars 1991, *Italie c. Commission* (dit « *Alfa Romeo* »), aff. C-305/89, *Rec.*, p. 1603. Voir également sur cette question, l'arrêt du même jour, aff. C-303/88, *Italie c. Commission* (dit « *ENI-Lanerossi I* »), *Rec.*, p. 1433.

¹⁸ Arrêt du 21 mars 1991, aff. C-303/88, *op. cit.*, point 57. La décision de la Commission déclarait illicites les aides accordées au groupe ENI-Lanerossi sous forme d'injections de capitaux dans ses filiales (décision 89/43/CEE de la Commission, du 26 juillet 1988, relative aux aides accordées par le gouvernement italien à ENI-Lanerossi, *JO*, n° L 16, 20 janvier 1989, p. 52). L'avocat général van Gerven identifiait, lui, les bénéficiaires comme étant « ENI-Lanerossi, c'est-à-dire les filiales bénéficiaires de l'aide, la société-mère (Lanerossi SpA) et la société « grand-mère » (ENI) » (point 23).

¹⁹ Arrêt du 4 avril 1995, *Commission c. Italie* (dit « *ENI-Lanerossi II* »), *Rec.*, p. I-699, point 22.

la récupération s'était correctement faite, en ce que cette société avait restitué les aides ²⁰.

13. Tel était l'état de la jurisprudence, lorsque la Cour a rendu ses arrêts dans les affaires *Banks*, *Seleco* et *SMI*. Ces affaires vont contribuer à poser de précieux jalons dans la problématique du bénéficiaire tenu au remboursement lorsque le bénéficiaire initial n'existe plus tel qu'il était au moment de l'octroi de l'aide.

3. L'affaire *Banks*

14. Au cœur de cette affaire, se trouve l'industrie minière au Royaume Uni. Celle-ci, jusqu'en 1994, était nationalisée et relevait d'une entité, la British Coal Corporation (British Coal) qui avait la propriété de la quasi-totalité des réserves charbonnières du Royaume-Uni. Cette entité avait également, en principe, le droit exclusif d'extraire et de traiter le charbon au Royaume-Uni mais elle pouvait accorder à des tiers des licences d'extraction de charbon à ciel ouvert, moyennant le paiement d'une redevance. En 1994, la privatisation de l'industrie minière fut décidée. A cette fin, un nouvel organisme régulateur fut créé, la Coal Authority, qui reçut la propriété de l'ensemble des gisements exploités et non exploités de British Coal. La Coal Authority ne pouvait toutefois exercer elle-même des activités minières ; il lui incombait d'accorder des licences ou concessions à cet effet, moyennant le paiement de redevances, que la Coal Authority devait reverser en totalité au Secretary of State. Toujours dans le cadre de la privatisation, le Secretary of State adopta un premier plan de restructuration, qui laissait à British Coal les actifs lui permettant de poursuivre son activité d'exploitation existante et lui octroyait les licences d'exploitation dont elle avait besoin ainsi que les concessions correspondantes, et ce à titre gratuit. Dans un deuxième temps, les activités d'exploitation de British Coal ont été réparties entre plusieurs sociétés appartenant à la Couronne qui reçurent, à leur tour, les licences et concessions nécessaires. Ces entreprises d'Etat furent également exonérées du paiement de la redevance. Enfin, dans un troisième temps, une adjudication publique de privatisation eut lieu relativement aux sociétés de la Couronne. Les parts de ces sociétés furent acquises par des sociétés privées, qui ne furent tenues à aucun versement ultérieur, en contrepartie du droit d'exploiter le charbon en application des licences et concessions précédemment détenues par les sociétés acquises.

15. C'est dans ce contexte que la société Banks, établie au Royaume Uni et exerçant des activités d'extraction du charbon à ciel ouvert a cessé, à partir du 31 octobre 1995, de payer les redevances qu'elle devait à la Coal Authority. Devant le juge national,

²⁰ Il est vrai que la question au centre de ce second arrêt portait sur l'identification de la personne auprès de laquelle la restitution devait être faite (l'Etat, comme le soutenait la Commission, ou le holding ENI, comme le soutenait l'Italie) et non sur l'identification du bénéficiaire, tenu à la restitution. Toutefois, la Cour a bien validé que c'était au vendeur de restituer et cette identification n'était nullement remise en cause par la Commission alors même que dans le cadre de la procédure en référé relative à la première affaire, la Commission avait déclaré que la demande de récupération visait exclusivement les quatre filiales (arrêt du 21 mars 1991, aff. C-303/88, *op. cit.*, point 59).

Banks, se fondant sur le constat que ses concurrents principaux ne devaient pas payer de telles redevances à la Coal Authority, fit valoir qu'elle était victime d'une discrimination interdite par l'article 4, b) du traité CECA ou, à titre subsidiaire, que les redevances en cause étaient des « charges spéciales » interdites par l'article 4, c) du même traité. Banks ne soutenait donc pas que ses concurrents avaient reçu une aide, sous forme d'exemption, qui devait être restituée ; mais elle sollicitait d'être, comme ses concurrents, exonérée des redevances et elle demandait également le remboursement des redevances auxquelles elle avait été assujettie. Mais la juridiction nationale a posé à la Cour la question de savoir non seulement si la différence de traitement incriminée constituait une discrimination ou une charge spéciale mais également si elle pouvait être qualifiée d'aide.

La Cour de justice a estimé que la British Coal et les sociétés de la Couronne qui lui ont succédé avaient bénéficié d'une aide, dont le montant correspondait au montant des redevances que la Coal Authority leur aurait normalement réclamé sans l'intervention du Secretary of State ²¹.

16. Mais la Cour ne s'est pas arrêtée là. Elle a ajouté que le juge national devait rechercher s'il est possible de faire droit aux demandes des justiciables permettant de contribuer au rétablissement de la situation antérieure au versement de cette aide. Et, dans ce contexte, la Cour s'est attachée à la question, qui ne lui avait pourtant pas été posée, du remboursement de l'aide et, plus particulièrement, à celle de l'entité tenue à ce remboursement. La Cour souligne que les sociétés de la Couronne ayant succédé à British Coal ont été acquises ultérieurement dans le cadre d'une procédure d'adjudication ouverte et concurrentielle aux conditions du marché. Elle considère que, dès lors que ces adjudicataires ont racheté les sociétés en cause au prix du marché, l'élément d'aide a été évalué au prix du marché et inclus dans le prix d'achat. Par conséquent, il ne revient pas aux entreprises privées adjudicataires de rembourser l'aide. En revanche, comme le prix de vente reflète les conséquences de l'aide antérieure, c'est le vendeur de la société qui garde le bénéfice de l'aide et c'est donc au vendeur qu'il incombe de restituer l'aide ²².

17. Poursuivant son analyse, la Cour a ensuite ajouté que la restitution par le vendeur ne pouvait cependant avoir d'effet utile que si celui-ci ne se confondait pas, d'un point de vue économique, avec le pourvoyeur de l'aide, car alors il se rembourserait lui-même. Selon la Cour, tel est le cas en l'espèce. En effet, c'est l'Etat qui est le pourvoyeur de l'aide puisque c'est à lui qu'auraient dû être versées les redevances

²¹ La Cour a, en revanche exclu toute aide en faveur des entreprises privées qui ont acquis les parts de l'une des sociétés de la Couronne après avoir constaté qu'elles avaient quant à elles dû payer une contrepartie pour l'acquisition des concessions et licences appartenant à ces sociétés.

²² La Cour limite toutefois la portée de son *obiter dictum* par la formule « en principe ». En outre, elle retient que dans un tel cas, « (...) le rétablissement de la situation antérieure doit, en premier lieu, être assuré par le remboursement de l'aide par le vendeur ». Cela signifie-t-il que, en cas par exemple de défaut du vendeur, d'autres acteurs de l'opération seraient tenus par le remboursement ?

qui n'ont pas été payées par British Coal et les sociétés qui lui ont succédé. Que les sommes tirées de la privatisation aient été affectées *in fine* à l'Etat ou à British Coal, l'Etat cumule la qualité de vendeur et de pourvoyeur de l'aide. La Cour conclut que le rétablissement de la situation antérieure ne peut donc être assuré par le remboursement de l'aide.

18. La Cour ajoute que ce rétablissement ne saurait davantage être atteint par le non-assujettissement rétroactif de Banks ainsi que des autres exploitants aux redevances litigieuses. En effet, selon une jurisprudence constante, les redevables d'une contribution obligatoire ne sauraient exciper de ce que l'exonération dont bénéficient d'autres personnes constitue une aide d'Etat pour se soustraire au paiement de ladite contribution. Par conséquent, compte tenu de la qualification d'aide de la mesure en cause, les demandes formulées par Banks dans le litige au principal ne peuvent être accueillies, sans préjudice toutefois d'une éventuelle action en responsabilité que Banks pourrait engager.

19. L'arrêt *Banks* apporte ainsi un nouveau critère par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour relative aux opérations sur les actions, à savoir le critère du prix. Désormais, le prix se révèle déterminant pour désigner comme bénéficiaire et débiteur de l'obligation de restitution une entité autre que l'entreprise à laquelle les aides ont été octroyées. Lorsqu'une telle société est vendue à un prix qui reflète sa valeur de marché après l'octroi des aides, c'est-à-dire à un prix qui inclut la valeur des aides, celles-ci doivent – en principe – être restituées, en premier chef, par le vendeur. En revanche, si le prix tient compte du risque pour l'acheteur de devoir rembourser tout ou partie des aides, la valeur des aides n'a pas été incluse complètement dans ce prix. Dès lors, le vendeur ne peut être tenu au remboursement des aides. Ce serait alors à l'acheteur – ou à la société bénéficiaire de l'aide, voire au groupe dans l'hypothèse d'une unité économique ? – qu'il appartiendrait de rembourser.

La Cour a confirmé ce critère dans un arrêt rendu sur pourvoi le 24 septembre 2002²³. Se référant explicitement à la jurisprudence *Banks*, la Cour affirme que « lorsqu'une société bénéficiaire d'une aide a été vendue au prix du marché, le prix de vente reflète en principe les avantages correspondant à l'aide versée antérieurement et c'est le vendeur de ladite société qui, au moyen du prix qu'il reçoit, conserve le bénéfice de l'aide » et que « dans ces conditions, il n'est pas anormal que, le cas échéant, le remboursement d'une aide incompatible avec le marché commun versée à une société qui a été vendue par la suite pèse, en définitive, sur le vendeur, à l'égard duquel une telle situation ne saurait traduire l'existence d'une sanction ».

4. L'affaire *Seleco*

20. L'affaire *Seleco* s'inscrit dans un cadre différent de l'arrêt *Banks*. Pour comprendre les enjeux de cette affaire, il convient d'en rappeler le contexte factuel et, en particulier, les différentes évolutions du groupe *Seleco*.

²³ Arrêt du 24 septembre 2002, aff. C-74/00 P et C-75/00 P, *Falck et Acciaierie di Bolzano, Rec.*, p. I-7869, points 180 et 181.

Seleco, était une société, dont le capital était détenu en partie par le privé et en partie par le public, exerçant ses activités sur le marché de l'électronique. Elle a montré des fléchissements dès 1993 et a bénéficié de diverses mesures de recapitalisation, d'abandons de créances et d'emprunts obligataires, mesures à l'égard desquelles la Commission a ouvert une procédure d'examen. En 1995, soit après la décision d'ouverture de la procédure, Seleco a constitué une société – Multimedia –, dont elle était le seul propriétaire-actionnaire et au sein de laquelle elle a réuni ses activités les plus rentables. Quelques mois plus tard, en juin 1996, Multimedia a été transformée en société par actions et, le mois suivant, Seleco a vendu un tiers de ses actions dans Multimedia à Italtel, ainsi qu'un deuxième tiers à la société Friulia, une société financière entièrement contrôlée par la région du Frioul-Vénétie Julienne dont elle est chargée de promouvoir le développement économique. Les actions restantes ont été transférées à une société écran qui appartenait à Seleco et, enfin, vendues à une société privée au cours d'une vente publique judiciaire qui eut lieu le 20 décembre 1997, dans le cadre de la liquidation judiciaire de Seleco, après sa déclaration en faillite en avril 1997.

21. Le 2 juin 1999, la Commission a adopté une décision par laquelle elle a considéré que différentes mesures d'intervention publiques en faveur de Seleco, à savoir des abandons de créances, des achats de créances pour des montants inférieurs aux montants de la créance, la conversion en actions d'un prêt, un apport en capital ou encore l'octroi d'un prêt convertible, devaient être qualifiées d'aide et que ces aides étaient incompatibles avec le marché commun.

La Commission conclut, à l'article 2, par. 1^{er}, de sa décision que :

« L'Italie prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer les aides visées à l'article 1^{er} et déjà mises illégalement à la disposition des bénéficiaires, auprès de Seleco SpA et, pour la partie qui ne pourrait pas être récupérée auprès de Seleco SpA, auprès de la société Seleco Multimedia Srl et de toute autre entreprise au profit de laquelle ont été transférés des actifs de sorte à priver la présente décision de ses effets ».

22. C'est donc une véritable injonction que la Commission a donnée à l'Etat quant à la question de savoir comment – et surtout auprès de qui – ce dernier devait récupérer les aides. La Commission ne s'est en effet pas contentée de sa formule sibylline habituelle imposant à l'Etat membre de récupérer les aides auprès du bénéficiaire, ce dernier devant être identifié par l'Etat membre, mais elle a identifié elle-même le bénéficiaire. Par ailleurs, la Commission est allée au-delà de l'approche traditionnelle selon laquelle, une fois qu'une entreprise est en faillite, il y a exécution régulière par l'Etat de son obligation d'obtenir récupération de l'aide par une simple déclaration de la créance auprès de la curatelle en vue de son inscription au passif de la faillite ²⁴.

²⁴ On peut relever que ce n'était toutefois pas la première fois que la Commission agissait de la sorte. Ainsi, dans une décision du 22 décembre 1998 concernant des aides accordées par l'Allemagne à l'entreprise Riedel-de Haën, la Commission a imposé à l'Allemagne de prendre les mesures nécessaires pour demander la restitution de l'aide à l'entreprise Riedel-de Haën AG

23. Dans le cadre du recours en annulation diligenté par le gouvernement italien et par la société SIM 2 Multimedia SpA, qui avait pris la succession juridique de la société Multimedia, la Cour a été appelée à se prononcer sur la validité de l'obligation imposée par la Commission de récupérer les aides d'Etat non seulement auprès de Seleco mais également auprès de Multimedia et de toute autre entreprise auprès de laquelle ont été transférés des actifs. SIM 2 Multimedia SpA soutenait bien évidemment que seule Seleco était tenue à la restitution de l'aide.

24. La Cour n'a pas remis en cause le principe que la Commission puisse, à l'égard d'une opération relative aux actifs, imposer une obligation de récupération non seulement auprès de l'entreprise de départ (tombée en faillite en l'espèce) mais également, au-delà de cette dernière, auprès d'une autre entreprise, dans la mesure nécessaire pour atteindre la totalité du montant de l'aide et garantir l'effet utile d'une décision de récupération. Ce dernier serait mis en péril si, au titre des mesures d'assainissement que prend une entreprise en difficulté économique, cette dernière était autorisée à soustraire certains de ses actifs, et en particulier ses actifs les plus rentables (comme en l'espèce), de son patrimoine ou du patrimoine de l'entreprise mère lors de la récupération des aides.

25. Mais, ajoute la Cour, encore faut-il toutefois que l'entreprise qui a acquis les actifs puisse être considérée comme bénéficiaire de l'aide. Tel sera le cas si cette entreprise assure la pérennité de l'activité de l'entreprise « de départ » grâce aux moyens de production qui lui ont été transférés, lorsque certains éléments du transfert permettent de constater une continuité économique entre les deux entités (« *going concern* »).

La Cour applique à cet égard sa jurisprudence bien établie en matière de transfert d'actifs. Elle va toutefois apporter des précisions supplémentaires en définissant les critères qui permettent de conclure à l'existence d'une telle continuité.

et à ses successeurs. Si cela devait être impossible, l'Allemagne s'est vue tenue de prendre les mesures nécessaires pour demander restitution de l'aide mentionnée à l'entreprise Riedel-de Haën GmbH. Riedel-de Haën GmbH était identifiée comme l'entreprise du groupe qui a repris l'entreprise Riedel-de Haën AG ou son successeur et/ou qui utilise les biens de production acquis par Riedel-de Haën grâce à l'aide (décision 1999/671 de la Commission, du 22 décembre 1998, *JO*, n° L 267, 15 octobre 1999, p. 51. On peut également mentionner la décision 1999/720 du 8 juillet 1999 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par l'Allemagne en faveur de Gröditzter Stahlwerke GmbH et de sa filiale Walzwerk Burg GmbH où la Commission a précisé que la restitution devait se faire auprès de Gröditzter ou de toute autre entreprise à laquelle des actifs ont été transférés de manière à priver la décision de restitution de tout effet (*JO*, n° L 292, 13 novembre 1999, p. 27) (décision contre laquelle un recours en annulation a été introduit et reconnu non fondé mais qui ne portait pas sur cette question (arrêt du 28 janvier 1993, aff. C-334/99, *Allemagne c. Commission, Rec.*, p. I-1139)) ainsi que la décision 2002/865, du 30 octobre 2001 relative à l'aide d'Etat accordée par l'Allemagne en faveur de Graf von Henneberg Porzellan GmbH où la Commission a désigné le bénéficiaire comme « la société Graf von Henneberg Porzellan GmbH constituée en 1990 et actuellement en règlement judiciaire, la société Graf von Henneberg Porzellan GmbH constituée en 1995 qui répond également de l'aide accordée à ses prédécesseurs en droit, et toutes les autres entreprises auxquelles les actifs des personnes morales précitées ont été ou seront transférés de telle sorte que les suites de la présente décision seront éludées » (*JO*, n° L 300, 8 novembre 2002, p. 1).

Au titre des critères pertinents, ont ainsi été retenus l'objet du transfert, l'identité des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise reprenneur et de l'entreprise de départ, le moment où le transfert a lieu ou encore la logique économique de l'opération. En l'espèce, le transfert était intervenu alors que la procédure d'enquête formelle était ouverte et n'avait pas abouti. Il était vraisemblable, de surcroît, qu'il n'y ait pas eu, de Seleco vers Multimedia, uniquement transfert d'actifs mais également transfert de personnel et donc transfert de dettes sociales, ce qui permettait de déduire qu'il y avait bien eu une continuité économique entre les deux entités, de sorte que Multimedia était devenue bénéficiaire des aides accordées à Seleco. Après la vente par Seleco des deux tiers de ses actions dans Multimedia, celle-ci était par ailleurs restée sous le contrôle de Seleco ou de l'un de ses actionnaires, la société Friulia.

26. Restait alors à trancher la question du prix du transfert. La Cour constate que la valeur de la branche cédée par Seleco à Multimedia en échange de la totalité des actions de cette dernière, avait été estimée par un expert assermenté et que le prix payé par Friulia et Italtel pour l'achat, intervenu quelques mois après cette cession, des deux tiers des actions que Seleco détenait dans Multimedia correspondait en substance aux deux tiers de la valeur de la branche Multimedia telle qu'elle avait été estimée par l'expert.

La Cour relève alors que la Commission n'a pas démontré que ledit expert avait estimé la valeur de la branche Multimedia cédée par Seleco à Multimedia en prenant en considération le risque que cette dernière société soit tenue, le cas échéant, de restituer tout ou partie des aides octroyées à Seleco. Dès lors, en ce qui concerne la première étape de l'opération (transfert d'actifs appartenant à Seleco de Seleco à Multimedia) (« *asset deal* »), la Cour reproche à la Commission de ne pas avoir démontré ce qu'elle soutient, à savoir que l'expert assermenté aurait pris en compte le risque d'un remboursement des aides lors de son estimation de la valeur de la branche Multimedia.

27. En ce qui concerne la seconde étape de l'opération (le transfert des deux tiers des actions dans Multimedia à Italtel et à Friulia et, dans un deuxième temps, le transfert du dernier tiers des actions dans le cadre de la liquidation de Seleco) (« *share deal* »), si la Cour reconnaît que la vente des actions d'une société bénéficiaire d'une aide illégale par un actionnaire à un tiers n'a pas d'influence sur l'obligation de récupération (c'est-à-dire que c'est toujours cette société bénéficiaire, qui a gardé la personnalité juridique, qui est tenue à la restitution), elle s'écarte toutefois de ce principe pour tenir compte des particularités de l'espèce. Ces particularités résident dans la circonstance qu'il s'agissait de la vente d'actions de la société Multimedia, faite par Seleco, qui a créé cette société et dont le patrimoine bénéficie du prix de vente des actions. Dans ces conditions, la Cour considère qu'il ne saurait être exclu que Seleco ait conservé le bénéfice des aides reçues par la vente de ces actions au prix du marché.

28. La position de la Cour s'inscrit ainsi dans la lignée de la jurisprudence *Banks*, à laquelle elle se réfère d'ailleurs expressément ²⁵ : la vente des actions au prix

²⁵ Point 83 de l'arrêt.

du marché peut transférer le bénéfice des aides dans le chef du vendeur, avec pour conséquence que c'est au vendeur de restituer les aides.

29. La Cour reproche, enfin, à la Commission de ne pas avoir pris en considération les conséquences de sa décision, imposant à Multimedia la restitution des aides accordées à Seleco, à l'égard de la société privée qui a acquis le dernier tiers des actions dans Multimedia au cours d'une vente publique judiciaire dans le cadre de la liquidation de Seleco.

30. Il est intéressant de noter que, dans ses conclusions, l'avocat général concluait au rejet du recours ²⁶. Il considérait en effet que le transfert d'actifs de Seleco à Multimedia s'était fait dans le cadre d'une continuité économique, au sein d'une même unité économique et donc d'une seule entreprise. Quant au transfert d'actions, il a entraîné, selon lui, le transfert du contrôle de cette entreprise auprès de tiers (Friulia et Italtel). L'avocat général a également relevé que l'ensemble de l'opération a eu lieu alors que la procédure formelle d'examen était en cours.

Il en conclut que c'est bien SIM 2 Multimedia SpA, ayant succédé à Multimedia, cessionnaire des actifs, qui devrait être tenue au remboursement.

L'avocat général ne se prononce toutefois pas, du moins explicitement, sur les motifs pour lesquels Friulia et Italtel sont exclues de cette obligation. Ceci est d'autant plus étonnant qu'il se base sur la théorie du groupe, selon laquelle une aide accordée à une entité d'un groupe doit faire l'objet d'une récupération auprès de l'ensemble du groupe. Or, Friulia était l'une des sociétés mères de Seleco.

En outre, l'avocat général ne retient pas explicitement le montant du prix payé comme élément pertinent pour le travail d'identification du débiteur de l'obligation de restitution, sauf indirectement en distinguant l'espèce de l'affaire *Alfa Romeo* ²⁷, notamment parce que le prix du transfert y avait été « raisonnable » et résultait d'une procédure transparente.

31. Comme on le voit, la Commission s'autorise, et sa position n'a pas été déniée dans son principe par la Cour, à « poursuivre » dans certains cas les actifs et donc à forcer l'Etat membre à aller « au-delà » de l'entreprise de départ pour exécuter son obligation de rétablir le *status quo ante*. La question se pose dès lors de savoir dans quels cas et sur la base de quels critères la Commission peut exercer un tel droit de suite.

M. Slocock ²⁸ a identifié à cet égard trois questions qui paraissent pertinentes en cas de transfert d'actifs.

- Les actifs se trouvent-ils toujours dans le même « *ultimate ownership* » ?
- Le transfert des actifs s'est-il fait aux conditions du marché ?
- L'objet du transfert était-il de contourner le risque d'un remboursement et donc y avait-il fraude ?

²⁶ Aux points 77 à 82 de ses conclusions, il dresse les différentes hypothèses qui peuvent affecter la vie d'une société et son identité pour en tirer des conclusions sur la désignation du débiteur de l'obligation de restitution.

²⁷ Arrêt du 21 mars 1991, aff. C-305/89, *Italie c. Commission, Rec.*, p. I-1603.

²⁸ B. SLOCOCK, « Who can be the beneficiary of a State Aid ? », *Competition Policy Newsletter*, 2000/1, p. 7 et spéc. p. 9.

32. Dans la décision précitée 2002/865, du 30 octobre 2001 relative à l'aide d'Etat accordée par l'Allemagne en faveur de Graf von Henneberg Porzellan GmbH, la Commission a constaté que la seconde entité, bien que distincte de la première, avait poursuivi l'activité de cette dernière, que les deux sociétés possédaient les mêmes actifs, étaient présentes sur les mêmes marchés de produits, sous la même marque, et fabriquaient les mêmes produits avec les mêmes installations et le même personnel ; qu'après la cession, le contrôle de la nouvelle personne morale est resté entre les mêmes mains ; et, enfin, que la seconde entité avait acquis des actifs (immobilisations) sans procédure d'appel d'offres de sorte qu'il ne pouvait être conclu que le prix acquitté correspondait à la valeur vénale mais, au contraire, l'acquéreur avait profité lui aussi de l'aide qui avait été accordée à la première entité. Dans ces conditions, alors même qu'il n'était nullement question de détournement ou de fraude, la Commission a considéré que, pour éviter que sa décision ne perde son effet utile et que la distorsion de concurrence continue, la récupération ne pouvait se limiter à l'entreprise de départ, mais devait s'étendre à l'entreprise qui en assure la pérennité grâce aux moyens de production qui lui ont été transférés. En d'autres termes, la Commission est arrivée à la conclusion que les actifs se trouvaient toujours dans le même « *ultimate ownership* » et que leur transfert ne s'était pas fait aux conditions du marché.

5. L'affaire SMI

33. Les faits à l'origine de cette affaire sont une nouvelle fois assez complexes. La Treuhandanstalt (THA) ²⁹, propriétaire de la société Mikroelektronik und Technologie GmbH (MTG), qui a succédé à l'entreprise VEB/Kombinat Halbleiterwerk, située dans le Land de Brandebourg et constituée avant la réunification de l'Allemagne, cède, en janvier 1993 (avec effet en mars de la même année), à la société américaine Synergy Semiconductor Corporation (Synergy) 49 % du capital de MTG. En outre, MTG change à deux reprises de dénomination en 1993 : elle devient successivement Halbleiter Electronic Frankfurt (O) GmbH (HEG) et puis System Mikroelektronik GmbH (SMI). Le 28 juin 1994, la THA transfère sa participation au capital de SMI (51 %) au Land de Brandebourg. Au cours de la période 1993-1997, SMI a obtenu des financements de la THA (et du successeur de la THA, la Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS)) et du Land de Brandebourg pour un montant total de 135,1 millions de DEM.

Le 25 avril 1997, SMI sollicite sa mise en liquidation judiciaire, ce qui entraîne le changement de sa dénomination sociale en « SMI in Gesamtvollstreckung » (SMI en liquidation (SMI iG)). Le 30 juin 1997, SMI iG cesse à son tour ses activités et, le lendemain, une procédure de liquidation judiciaire est ouverte et, dans la foulée, un liquidateur est nommé. Le même jour, pour permettre la poursuite de l'activité de SMI, le liquidateur crée deux sociétés de cantonnement : Silicium Mikroelektronik Integration GmbH (SiMI), détenue à 100 % par SMI iG, et Microelectronic Design

²⁹ L'organisme allemand de droit public chargé de la restructuration des entreprises de l'ex-République démocratique allemande.

& Development GmbH (MD & D), détenue à 100 % par SiMI. SiMI, avec un capital social de cinquante mille DEM et un effectif de cent cinq salariés, devait poursuivre les activités de SMI, en utilisant à titre onéreux les actifs de cette dernière. MD & D, dotée du même capital, devait, quant à elle, exercer des activités de conseil, de marketing, d'étude et de création de produits, ainsi que la prestation de services dans le secteur de la micro-électronique. Le 29 juillet 1997, le Land de Brandebourg octroie à SiMI un prêt de quatre millions de DEM, avec un taux d'intérêt égal au taux du marché, majoré de 3 %. La BvS accorde à SiMI un autre prêt, d'un montant d'un million de DEM pour compenser les pertes prévues pour les douze premiers mois d'activité.

Le liquidateur et le Land de Brandebourg tentent ensuite de trouver un repreneur privé. Après plusieurs négociations infructueuses, 80 % des actions de MD & D sont vendues, le 28 juin 1999, à la société américaine Megaxess Inc (Megaxess), alors que les 20 % restants sont cédés à trois salariés de MD & D. Le 14 juillet 1999, MD & D achète les parts sociales de SiMI à leur valeur nominale de cinquante mille DEM (valeur nominale totale), ainsi que les actifs (biens meubles) de SMI iG pour la somme de 1,7 million de DEM.

34. La Commission adopte le 11 avril 2000 une décision aux termes de laquelle :

- les subventions accordées par la THA à SMI pour un montant total de 64,8 millions de DEM et le prêt de 70,3 millions de DEM consenti à cette société par le Land de Brandebourg constituent des aides d'Etat incompatibles avec le marché commun (article 1^{er}) ;
- la subvention d'un million de DEM accordée à SiMI par BvS et le prêt de quatre millions de DEM consenti à cette société par le Land de Brandebourg constituent des aides d'Etat incompatibles avec le marché commun (article 2) ;
- la République fédérale d'Allemagne doit prendre toutes les mesures nécessaires aux fins de la récupération, en prenant soin de préciser que « le terme bénéficiaires englobe les sociétés SMI, SiMI et Microelectronic Design & Development GmbH (MD & D), de même que toute entreprise à laquelle les actifs de SMI, de SiMI ou de MD & D ont été ou seront transférés sous une forme destinée à contourner les conséquences de cette décision » (article 3).

35. Cette décision a été contestée par l'Allemagne qui a critiqué, notamment, l'ordre de récupération des aides auprès d'entreprises autres que SMI, ce qui va conduire la Cour à analyser chacune des opérations d'évolution des entités, par rapport aux deux aides identifiées par la Commission.

A. Les aides accordées à SiMI

36. La Commission considérait qu'il appartenait à MD & D de restituer ces aides, en sa qualité d'acquéreur des parts sociales de SiMI.

La Cour n'a pas suivi la Commission. Elle a considéré que, puisque la vente des actions de SiMI à MD & D n'avait pas empêché SiMI de conserver sa personnalité juridique et de continuer à exercer les activités ayant bénéficié des aides, SiMI avait bénéficié de l'avantage concurrentiel lié aux aides. Par conséquent, c'est bien à elle qu'il revient de restituer les aides et non pas à l'acheteur.

La Cour ajoute qu'il en irait autrement si le prix de vente des actions de SiMI à MD & D n'avait pas été celui du marché – que la Cour définit par référence au critère de l'opérateur en économie de marché³⁰. Dans ce cas, en effet, l'acheteur pourrait bénéficier d'un avantage puisque l'élément d'aide n'a pu être évalué au prix du marché et inclus dans le prix d'achat. Mais la Cour constate que, en l'espèce, la Commission n'a pas procédé à cet examen du prix de vente, ce qui entache sa décision d'illégalité.

37. Force est donc de constater que la Cour apparaît plus assertive qu'elle ne l'était dans l'affaire *Banks*. Il n'est, en effet, plus question de « en principe » ou du fait que le vendeur est celui qui est « en premier lieu » tenu au remboursement. A cela s'ajoute que la Cour ne se réfère plus, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Seleco*, aux circonstances de l'espèce pour justifier que ce n'est pas à l'entreprise bénéficiaire de l'aide de rembourser cette dernière.

B. Les aides accordées à SMI

38. La Commission avait identifié comme « bénéficiaires » de ces aides à la fois « SiMI, MD & D et toute entreprise qui aurait acquis les actifs de l'une de ces trois sociétés pour contourner les conséquences de la décision ». La Commission n'avait donc pas hésité à rendre ces sociétés et entreprises solidairement responsables de la restitution des aides accordées à SMI.

39. De son côté, la Cour commence par rappeler qu'en cas de faillite, l'inscription au tableau des créances de la société faillie constitue une mesure suffisante pour assurer le rétablissement de la situation antérieure et l'élimination de la distorsion de concurrence, pour, ensuite, indiquer que, si des sociétés de cantonnement sont constituées pour poursuivre tout ou partie de l'activité de la société faillie, ces dernières peuvent être tenues à l'obligation de restitution dès lors qu'elles conservent la jouissance effective de l'avantage concurrentiel découlant des aides. Tel serait le cas, selon la Cour, si ces sociétés avaient acquis les actifs sans paiement d'un prix conforme au marché ou si la création de ces sociétés a pour effet de contourner l'obligation de restitution.

Mais, constate alors la Cour, d'une part, le seul fait pour SiMI d'avoir pris en location des installations de SMI ne suffit pas à établir qu'elle a bénéficié de l'avantage concurrentiel découlant des aides accordées à SMI et le prix de la location était conforme au marché. D'autre part, les opérations de vente-achat qui ont eu lieu³¹ ne démontrent pas une volonté de contourner les conséquences d'une décision de la

³⁰ Le prix du marché est ainsi défini comme dans l'affaire *Banks*, comme étant « le prix le plus élevé qu'un investisseur privé agissant dans des conditions normales de concurrence était prêt à payer pour cette société dans la situation où elle se trouvait, notamment après avoir bénéficié d'aides d'Etat » (point 80 de l'arrêt). Pour de plus amples développements sur cette notion, le lecteur voudra bien se reporter à la contribution de C. Smits dans le même ouvrage.

³¹ Vente de MD & D à Megaxess, vente des parts sociales de SiMI à MD & D et vente à MD & D des actifs de SiMI.

Commission. En l'espèce, ces opérations se sont réalisées au prix du marché (et le prix obtenu a été versé à la masse de liquidation grevée de l'obligation de restitution), à l'initiative de l'administrateur de la faillite agissant sous contrôle judiciaire et dans l'intérêt des créanciers, et dans le cadre d'une procédure suffisamment ouverte et transparente.

Partant, la Cour a considéré que SiMi et MD & D ne pouvaient être tenues au remboursement des aides accordées à SMI. Elle a conclu dans le même sens à l'égard de Megaxess qui s'était bornée à acquérir 80 % des parts sociales de MD & D.

6. Conclusions

40. Essayons – même s'il s'agit d'une gageure – de synthétiser l'enseignement des trois arrêts étudiés.

41. En cas d'opération par actions (« *share deal* »), c'est la société bénéficiaire des aides qui reste tenue au remboursement. Dès lors qu'elle garde en principe l'avantage concurrentiel lié aux aides, il lui appartient (à elle personnellement ou au groupe en cas d'unité économique) de restituer les aides. L'obligation de restitution n'incombe donc ni au vendeur des actions ni à leur acheteur.

Toutefois, la Cour nuance aussitôt ce principe et, ce faisant, prend le risque de le vider de sa substance. En effet, elle souligne la nécessité d'examiner le prix de vente des actions. Si ce prix est celui du marché, c'est le vendeur qui conserve le bénéfice de l'aide et qui est donc tenu à son remboursement (affaires *Banks* et *Seleco*). Si ce prix n'est pas le prix du marché, l'élément d'aide n'a pu être évalué au prix du marché et inclus dans le prix de vente, de sorte que l'acheteur bénéficie de tout ou partie des avantages découlant de l'aide. Il pourrait alors être tenu au remboursement de cette dernière (affaires *Banks* et *SMI*). Relevons toutefois que la Cour ne s'est jamais exprimée de façon aussi claire. En effet, elle s'est limitée à exclure que l'acheteur puisse être tenu au remboursement si le prix de vente des actions est celui du marché.

Dès l'instant où le prix de vente des actions est acceptable, ce ne sera donc plus la société bénéficiaire qui sera tenue au remboursement.

A l'instar de l'avocat général Tizzano ³², il est toutefois permis de se demander pour quelle raison l'obligation de restitution ne devrait pas incomber, en toute hypothèse, à la société bénéficiaire (et non au vendeur voire à l'acheteur des actions). Quel que soit le prix de vente de ses actions, cette dernière conservera toujours un avantage concurrentiel sur le marché puisque c'est elle qui agit sur le marché (alors que le vendeur ou l'acheteur pourraient ne pas y être actifs). Partant, se retourner contre le vendeur ou l'acheteur ne permettra pas le rétablissement du *status quo ante*.

42. En cas de transfert d'actifs (« *asset deal* »), c'est le vendeur qui est tenu au remboursement. Ce principe doit toutefois être nuancé en cas de continuité économique entre les deux entités : celle qui a vendu les actifs et celle qui les a acquis. Si une telle continuité existe, ce qui suppose un examen reposant sur plusieurs critères (le prix de vente, qui est l'un de ces critères, sera déterminant à l'instar d'un

³² Conclusions préalables à l'arrêt du 29 avril 2004, aff. C-277/00, préc.

« *share deal* »). Si les actifs ont été vendus au prix du marché, défini selon le critère de l'opérateur en économie de marché, les aides accordées au vendeur se répercutent sur le prix de vente et c'est le vendeur qui conserve le bénéfice des aides et est donc le débiteur de l'obligation de restitution. En revanche, si le prix de vente n'est pas celui du marché mais a été fixé compte tenu du risque pour l'acheteur de devoir rembourser tout ou partie des aides, l'acheteur peut être tenu au remboursement. Dans ce cas, c'est en effet l'acheteur qui conserve la jouissance effective de l'avantage concurrentiel découlant des aides.

43. Dans les deux cas (« *share deal* » et « *asset deal* »), il sera également tenu compte de ce que les opérations peuvent viser à contourner une obligation éventuelle de remboursement, par exemple parce qu'elles ont eu lieu alors que la procédure formelle d'examen était en cours. Dans ce cas, et sous réserve de l'examen des autres éléments pertinents, l'obligation de remboursement peut incomber à l'entreprise qui a acheté.

44. Dans une intervention récente ³³, Madame Rehbinder, directeur à la direction générale Concurrence, direction des Aides d'Etat, semble réserver à la fraude un caractère prépondérant à une poursuite des actifs auprès de l'acheteur en cas de faillite :

« Another aspect of recovery is that negative decisions often come late in the lifetime of companies in difficulties. These difficulties have already resulted often in the insolvency of the company. The recovery claim does not normally have high priority in insolvency procedures. In some cases, circumvention of a forthcoming recovery decision has been attempted by creating new legal entities to take over the assets of the undertaking subject to the recovery decision. The Commission has recently been vigilant in reacting to such transactions and has extended the recovery obligation to the new legal entity taking over assets. However, it is emphasized that this only applies in clear situations of circumventions ».

Ainsi, si la société bénéficiaire tombe en faillite, une déclaration de créance au passif de la faillite constitue une mesure d'exécution régulière de l'obligation de récupération de l'aide. Il n'en n'irait autrement, c'est-à-dire il ne saurait y avoir fondement à poursuivre la récupération de l'aide auprès de l'entité acquéreuse, que si cette entité n'a été créée ou ne s'insère que dans un objectif d'échapper de façon irrégulière, frauduleuse, à l'obligation de restitution. Cela signifie-t-il que la Commission renoncerait à poursuivre les actifs dans d'autres hypothèses, ainsi lorsqu'il y a « simple » *going concern* sans fraude ? Cela semble peu probable, ne fût-ce qu'à la lecture du règlement 794/2004 de la Commission du 21 avril 2004

³³ M. REHBINDER, « Recent developments in Commission's State Aid Policy and Practice », in A. BIONDI, P. EECKHOUT et J. FLYNN (ed.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, p. 117 et spéc. p. 129.

concernant la mise en œuvre du règlement 659/1999 du Conseil portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE ³⁴.

45. Comme on a pu le constater, l'état de la jurisprudence quant à l'identification du bénéficiaire de l'aide, tenu par l'obligation de remboursement, n'est pas – encore – définitif. Si l'on comprend et partage le souci de la Commission de se prémunir contre des fraudes visant à soustraire des actifs à une restitution, par exemple par la constitution d'entités ³⁵, la Commission pourrait jouer un rôle plus actif à cet égard. Ainsi, une façon de prévenir la fraude pourrait, dans certains cas, résulter de la rapidité avec laquelle la Commission peut agir ainsi que des pouvoirs d'injonction que lui confèrent les articles 10 et 11 du règlement 659/1999 ³⁶.

³⁴ Le considérant n° 10 de ce règlement dispose en effet que « la récupération vise à rétablir la situation telle qu'elle existait avant l'octroi de l'aide illégale. Afin d'assurer l'égalité de traitement, il convient de mesurer objectivement l'avantage résultant de l'aide à partir du moment où celle-ci a été mise à la disposition de l'entreprise bénéficiaire, *quels que soient les résultats des décisions commerciales que l'entreprise bénéficiaire aurait prises par la suite* » (JO, n° L 140, 30 avril 2004, p. 1) (nous soulignons).

³⁵ Un parallèle pourrait être fait avec la matière des marchés publics où la Cour a considéré que « un contrat répondant aux conditions énoncées à cette disposition ne saurait perdre son caractère de marché public de travaux lorsque les droits et les obligations du pouvoir adjudicateur sont transférés à une entreprise qui ne constitue pas un tel pouvoir. L'objectif de la directive 93/37 (relative aux procédures de passation des marchés publics de travaux), qui réside dans la réalisation effective de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services en matière de marchés publics de travaux, serait en effet compromis si l'application du régime de la directive pouvait être exclue du seul fait que les droits et obligations qui incombent au pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un appel d'offres sont transférés à une entreprise qui ne répond pas aux conditions énoncées à l'article 1^{er}, sous b), de la directive 93/37 » (arrêt du 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann, Rec.*, p. I-73, point 43).

³⁶ Règlement 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, JO, n° L 83 du 27 mars 1999, p. 1.

Le statut du plaignant

Gerrit SCHOHE ¹

1. Introduction

1. Force est de constater que la procédure administrative en matière d'aides d'Etat souffre de ce qui pourrait s'assimiler à une « malformation de naissance ». A une exception près, elle se déroule, en effet, exclusivement entre la Commission et l'Etat membre dans lequel réside le bénéficiaire de l'aide ². A la différence du droit des ententes, les entreprises concernées, c'est-à-dire le bénéficiaire de l'aide ainsi que ses concurrents, ne se voient reconnaître aucun rôle, si ce n'est celui de sources d'informations pour la Commission.

L'absence de procédure contradictoire est d'autant moins satisfaisante que, bien souvent, la question de savoir si une aide a été octroyée à une entreprise peut s'avérer une question de survie pour ses concurrents.

Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que l'aide permet en effet à son bénéficiaire de mettre sur le marché des produits ou des services qui, à défaut de ce soutien financier, ne s'y trouveraient pas ou, à tout le moins, de les offrir à de meilleures conditions que ses concurrents.

¹ Rechtsanwalt/attorney-at-law (New York), Dr. jur., LL.M. (Mich.), avocat associé Morgan Lewis Bockius, Bruxelles. L'auteur remercie vivement M^{me} Eva Rayle, Rechtsanwältin dans le même cabinet, pour sa précieuse collaboration.

² Voy. par exemple, l'arrêt du 6 mars 2003, aff. T-228/99 et T-233/99, *Westdeutsche Landesbank*, non encore publié au *Recueil*, point 140. Pour une analyse des précisions apportées par cette affaire à la notion d'investisseur privé, le lecteur voudra bien se référer à la contribution de C. Smits dans le présent ouvrage.

Cette distorsion de concurrence justifie d'ailleurs certainement le pouvoir important reconnu à la Commission par les articles 87 et 88 CE ³.

2. Bien évidemment, un concurrent qui ne profite pas d'un soutien analogue à celui du bénéficiaire aura tout intérêt à s'opposer à l'autorisation de la Commission ou à la mise en œuvre de cette aide par l'Etat membre intéressé avec la difficulté, déjà évoquée, que les voies procédurales dont il dispose sont très étroites, compte tenu du caractère bilatéral « Commission-Etat membre » de la procédure.

La première phase de la procédure administrative consiste en un examen préliminaire auquel la Commission procède au titre de l'article 88, par. 3, CE. Pratiquement, cette phase est amorcée lorsque l'Etat membre notifie la mesure de soutien financier qu'il envisage d'accorder à la Commission, lorsqu'un tiers attire l'attention de la Commission sur la mesure en question, ou encore lorsque l'institution se saisit d'un cas de sa propre initiative. Si, à la fin de cet examen préliminaire, la Commission ne rencontre pas de « difficultés sérieuses », elle peut décider que la mesure n'est pas une « aide » ou qu'il s'agit bien d'une aide mais que celle-ci est compatible avec le marché commun. La Commission donne alors son « feu vert » et l'Etat membre peut procéder à la mise en œuvre de la mesure concernée.

Cette phase préliminaire, on l'aura compris, est donc secrète. Cela signifie que la mesure examinée peut être approuvée par la Commission, sans que des tiers ou les autres Etats membres en soient informés. A cela s'ajoute le fait que, conformément à l'article 26, al. 3, du règlement de procédure ⁴, à l'issue de ce premier examen, la Commission, peut se contenter de la publication, dans le *Journal officiel*, d'un sommaire extrêmement bref, appelé « cartouche » et que cette publication intervient souvent après de longs mois, alors que le bénéficiaire a déjà pu tirer profit du soutien financier dont il a fait l'objet ⁵.

3. La deuxième phase se déroule selon la procédure prévue à l'article 88, par. 2, CE ; elle vise à permettre un examen approfondi des cas dans lesquels la Commission, à la fin de la phase préliminaire, a décelé des « difficultés sérieuses ».

³ Pour de plus amples développements sur la question, le lecteur voudra bien se référer à la contribution de J.-Fr. Bellis dans le présent ouvrage.

⁴ Règlement (CE) 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (devenu article 88), *JO*, n° L 83, 27 mars 1999, p. 1.

⁵ A noter que le délai de l'article 230, al. 5, CE ne commence à courir qu'au moment où le demandeur a pris connaissance du texte intégral de l'acte en question. Pour éviter que le tiers puisse remettre son recours « aux calendes grecques », il est tenu de demander ce texte à la Commission dès qu'il en a appris l'existence, et ceci dans un délai raisonnable (arrêt du 6 juillet 1988, aff. 236/86, *Dillinger Hüttenwerke*, *Rec.*, p. 3761 ; ordonnance de la Cour du 5 mars 1993, aff. C-102/92, *Ferriere Acciaierie Sarde*, *Rec.*, p. I-801, point 19 ; conclusions de l'avocat général Cosmas du 24 avril 1995 sous l'aff. C-309/95, *Commission c. Conseil*, *Rec.*, p. I-655, nos 35 et 38 ; arrêt du 19 mai 1994, aff. T-465/93, *Consorzio gruppo di azione locale Murgia Messapica c. Commission*, *Rec.*, p. II-361), faute de quoi son droit d'agir en justice échoit. Une fois que le tiers a rempli son obligation de demander le texte intégral, le délai de l'article 230, al. 5, CE commence à courir à partir du moment où il a pris connaissance de l'intégralité du contenu et de la motivation de la décision positive.

C'est seulement à l'occasion de l'ouverture de la procédure de l'article 88, par. 2, CE que les « intéressés », selon les termes de cet article, ont le droit de présenter leurs observations à la Commission. Ainsi, le droit pour les « intéressés » de présenter des observations n'existe qu'une seule fois, au début de l'enquête de la Commission. La possibilité d'exprimer leurs points de vues sur les résultats de l'enquête menée par la Commission, et qui fondera sa décision finale, ne leur est donc pas reconnue et ils devront, dans le meilleur des cas, se contenter d'un dialogue avec leur gouvernement national, dont l'intérêt ou la volonté d'agir, cela se conçoit, fluctue au gré des contingences politiques.

4. Dans ce contexte, la question de savoir quelles personnes ou entreprises peuvent être qualifiées de parties « intéressées », au sens de l'article 88, par. 2, CE, revêt une importance toute particulière.

A supposer même qu'une entreprise puisse être qualifiée d'« intéressée », surgit alors une autre difficulté : encore faut-il avoir connaissance non seulement de l'existence d'une mesure de soutien financier mais aussi de ses modalités. L'on ne peut en effet s'exprimer utilement sur l'intervention d'un Etat membre que si l'on est averti, au moins dans les grandes lignes, des caractéristiques de cette mesure et des circonstances qui l'entourent. Comment les tiers « intéressés » peuvent-ils en prendre connaissance ?

A ces questions, la Cour de justice a donné les réponses suivantes.

(1) S'agissant de la portée du terme « intéressé » au sens de l'article 88, par. 2, CE, la haute juridiction a précisé que cette notion inclut « non seulement l'entreprise ou les entreprises favorisées par une aide, mais tout autant les personnes, entreprises ou associations éventuellement affectées dans leurs intérêts par l'octroi de l'aide, notamment les entreprises concurrentes et les organisations professionnelles »⁶.

(2) S'agissant de la prise de connaissance des « intéressés », celle-ci est réputée satisfaite par la publication au *Journal officiel*, laissée aux soins de la Commission, d'une annonce d'ouverture de la procédure et d'un exposé sommaire des éléments dont elle dispose au début de son enquête⁷. En d'autres termes, la question de l'accès au dossier de la Commission ne se pose même pas. Dans l'optique de la Cour, la publication au *Journal officiel* a pour but principal de permettre à la Commission de s'entourer des informations utiles et de se former une opinion quant à la manière de procéder⁸. Quand bien même la publication aurait comme fonction supplémentaire de garantir aux autres Etats membres et aux cercles intéressés de faire connaître

⁶ Arrêt du 19 mai 1993, aff. C-198/91, *Cook, Rec.*, p. I-2487, points 22 et suiv. et arrêt du 15 juin 1993, aff. C-225/91, *Matra, Rec.*, p. I-3203, points 17 et 18 ; voy. aussi l'article 1, sous h) du règlement de procédure.

⁷ Arrêt du 14 novembre 1983, aff. 323/82, *Intermills, Rec.*, p. 3809, point 17 ; arrêt du 24 septembre 2002, aff. C-73/00 P et C-75/00 P, *Falck et Acciaierie de Bolzano, Rec.*, p. I-7869, point 80.

⁸ Arrêt du 12 juillet 1973, aff. 70/72, *Commission c. Allemagne, Rec.*, p. 813, point 19. Voy. également l'article 20, al. 1, du règlement (CE) 659/1999 du 22 mars 1999 (ci-après « règlement de procédure »).

leurs points de vue ⁹, il n'en demeure pas moins que les tiers « intéressés », y inclus le bénéficiaire et ses concurrents, ne sont traités, nous le répétons, que comme informateurs.

Dans ces conditions, quels sont les moyens de protection juridique dont disposent encore les concurrents du bénéficiaire ? Nous nous proposons de distinguer notre réponse selon les différentes voies de recours qui s'ouvrent à ceux-ci.

2. Recours en annulation

5. Le plus souvent, un concurrent du bénéficiaire formera un recours devant le Tribunal de première instance afin d'obtenir l'annulation de la décision de la Commission qui soit n'a pas qualifié d'aide la mesure attaquée soit, tout en la qualifiant d'aide, l'a déclarée compatible avec le marché commun (ci-après « décision positive »).

Il faut à cet égard mettre en évidence un des paradoxes de la matière : si, dans le cadre de la procédure administrative, le concurrent doit se limiter à une seule prise de position, devant le Tribunal, en revanche, il est investi de tous les droits d'un demandeur – pourvu bien entendu que son recours soit recevable.

6. Il ne faut cependant pas se réjouir trop vite, car la recevabilité du recours intenté par le concurrent soulève des difficultés pratiques considérables. En effet, selon une jurisprudence constante, elle implique la démonstration du caractère « individuellement concerné » du requérant ¹⁰, alors même que, par définition, il ne fait pas partie des destinataires de la décision attaquée, puisque celle-ci est adressée aux seuls Etats membres ¹¹.

Aux termes de la jurisprudence *Plaumann*, les concurrents « ne sauraient prétendre être concerné(s) individuellement (...) que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire » ¹². Le simple fait que les concurrents puissent être considérés comme partie « intéressée » ne saurait suffire à admettre la recevabilité de leur recours, il faut encore qu'ils établissent qu'ils se trouvent dans une situation particulière les caractérisant par rapport à tout autre opérateur.

⁹ Arrêt du 29 mars 1984, aff. 84/82, *Allemagne c. Commission*, *Rec.*, p. 1451, point 13.

¹⁰ Le critère supplémentaire de l'« intérêt direct » du requérant ne pose guère de problème quand l'Etat membre a déjà exécuté la mesure ou quand la future exécution ne fait pas de doute. Ceci vaut à la fois pour les aides individuelles et pour les régimes d'aides.

¹¹ Arrêt du 2 avril 1998, aff. C-367/95 P, *Sytraval et Brink's France*, *Rec.*, p. I-1719, point 41, dans laquelle la Cour ne fait pas sienne une proposition du Tribunal selon laquelle la Commission, lorsqu'elle « classe » une plainte, prend, à l'égard du plaignant, une décision susceptible de recours, et elle doit, même durant la phase préliminaire, engager un débat contradictoire avec le plaignant, et examiner d'office les griefs que n'aurait pas manqué de soulever le plaignant s'il avait pu être entendu. Voy. arrêt du 28 septembre 1995, aff. T-95/94, *Sytraval et Brink's France c. Commission*, *Rec.*, p. II-2651, point 66.

¹² Arrêt du 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Plaumann*, *Rec.*, p. 199.

7. Dans son appréciation de l'« intérêt individuel » du requérant, la Cour a, dans un premier temps, distingué entre la phase préliminaire de l'article 88, par. 3, CE et la procédure approfondie prévue à l'article 88, par. 2, CE ¹³.

S'agissant de recours dirigés contre des décisions positives rendues à l'issue de l'examen préliminaire, dans les affaires *Cook* ¹⁴ et *Matra* ¹⁵, la Cour a constaté que le refus de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen privait les intéressés de leur droit de présenter des observations à la Commission, de telle sorte que les bénéficiaires de la garantie de l'article 88, par. 2, CE ne pouvaient en obtenir le respect s'ils n'avaient pas la possibilité de contester la décision de la Commission devant la Cour. La Cour en a conclu que tous les intéressés au sens de l'article 88, par. 2, CE étaient donc recevables à attaquer une telle décision, que la Commission estime qu'une aide était compatible ou qu'elle soit d'avis que l'existence même de l'aide devait être écartée. Admettre la recevabilité de tels recours apparaissait comme la seule manière de garantir l'exercice effectif du droit d'être entendu reconnu aux personnes « intéressées » dans le cadre de la procédure contradictoire ¹⁶.

Si cette approche apparaissait comme la plus conforme à l'exigence d'une protection juridique efficace ¹⁷, elle semble toutefois ne pas avoir emporté l'adhésion du Tribunal qui, dans un second temps, tout en se référant à la jurisprudence *Matra* et *Cook*, a introduit une condition supplémentaire : selon le Tribunal, il faudrait, pour qu'une entreprise puisse être considérée comme un tiers « intéressé » et donc bénéficier des garanties procédurales assurées à ce titre, qu'elle soit un concurrent direct du bénéficiaire ou à tout le moins qu'elle démontre que la mesure litigieuse

¹³ En outre, il y a lieu de distinguer entre les aides individuelles et les régimes d'aides. S'agissant de ces derniers, l'Etat membre n'est pas tenu d'informer la Commission de chaque aide qui rentre dans le cadre du régime approuvé par la Commission. Le concurrent doit alors démontrer que l'aide individuelle se trouve en dehors de ce cadre. Voy. arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-47/91, *Italie c. Commission* (« *Italgrani* »), *Rec.*, p. I-4647, points 21, 25, 26 et 33 à 35. En outre, il appartient au concurrent d'attaquer la décision dans laquelle la Commission a approuvé le régime d'aides devant le juge communautaire. Voy. arrêt du 17 juin 1999, aff. T-82/96, *Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses (ARAP), e.a.*, *Rec.*, p. II-1889, points 38 à 40.

¹⁴ Arrêt de la Cour du 19 mai 1993, aff. C-198/91, *Rec.* p. I-2487.

¹⁵ Arrêt de la Cour du 15 juin 1993, aff. C-225/91, *Rec.* p. I-3203.

¹⁶ Parmi les personnes « intéressées », figurent, outre les concurrents, les associations professionnelles. Les recours de ces dernières sont recevables à la double condition qu'elles représentent légitimement les intérêts de leurs membres et que ceux-ci soient « individuellement concernés ». A noter cependant l'arrêt *Van der Kooy* aux termes duquel une association pourrait faire valoir que, pendant la procédure administrative, elle a occupé une position particulière en tant que négociateur (arrêt du 2 février 1988, aff. 67/95, *Van der Kooy*, *Rec.*, p. 219, points 21 et suiv.). La substance de cet arrêt semble avoir été érodée par la jurisprudence postérieure (voy. cependant, l'arrêt du 23 septembre 2000, aff. T-55/99, *CETM*, *Rec.*, p. II-3207, point 23 présentant un mélange d'approches dont l'une est celle de l'arrêt *Van der Kooy*).

¹⁷ Telle qu'elle est reconnue par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

est de nature à affecter substantiellement sa position concurrentielle sur le marché en cause ¹⁸.

S'agissant des recours introduits à l'encontre de décisions positives rendues par la Commission à l'issue de la procédure formelle d'examen de l'article 88, par. 2, CE, les exigences liées à leur recevabilité paraissent encore plus strictes. Cela peut cependant se comprendre, dès lors que, dans le cadre de cette procédure, les « intéressés » ont eu la possibilité de s'exprimer (même si ce n'est qu'une seule fois).

Dans l'affaire *Cofaz* ¹⁹, la Cour a ainsi jugé que l'intérêt individuel des parties « intéressées » était établi lorsque deux conditions étaient remplies : d'une part, elles ont joué un rôle actif dans le déclenchement et le déroulement de la procédure administrative ²⁰ ; d'autre part, leur position sur le marché est substantiellement affectée par la mesure d'aide qui fait l'objet de la décision attaquée.

Loin d'être satisfaisante à nos yeux, cette jurisprudence n'est, en outre, pas d'une grande constance. Ainsi, certaines décisions ont admis que la « jurisprudence *Cofaz* » ne doit pas être interprétée en ce sens que les entreprises ne pouvant pas démontrer l'existence de circonstances identiques ne sauraient jamais être considérées comme individuellement concernées ²¹ et qu'une entreprise pourrait aussi invoquer des « circonstances particulières l'individualisant de manière analogue à celle du destinataire » ²². A titre d'exemple, une action a été jugée recevable, alors même que tous les demandeurs n'avaient pas participé à la procédure administrative ²³. Mais, dans d'autres cas, la jurisprudence s'en est strictement tenue à une application cumulative du rôle actif dans la procédure administrative et d'une atteinte sensible à la position du demandeur sur le marché ²⁴. Enfin, ces conditions sont parfois appréciées de manière particulièrement rigoureuse : ainsi, le Tribunal, après avoir constaté qu'une entreprise n'avait pas déposé de plainte et n'avait pas déposé d'observations dans le

¹⁸ Arrêt du 21 mars 2001, aff. T-69/96, *Hamburger Hafen- und Lagerhaus et autres*, Rec., p. II-1039, point 41. En l'espèce, la demanderesse, une société allemande de transbordement portuaire, avait attaqué des aides néerlandaises qui avaient pour effet de diminuer les prix de transport de conteneurs au port de Rotterdam, le site des concurrents de la demanderesse. Le Tribunal a estimé que la demanderesse n'était pas un concurrent direct des bénéficiaires des aides litigieuses et qu'elle n'avait pas fourni d'éléments suffisants de nature à démontrer que sa position concurrentielle sur le marché a été affectée par l'octroi des aides litigieuses. Son recours a donc été déclaré irrecevable. Voy. aussi l'arrêt du 16 septembre 1998, aff. T-188/95, *Waterleiding Maatschappij*, Rec., p. II-3713, points 54 et 64 et suiv.

¹⁹ Arrêt du 28 janvier 1986, aff. 169/84, *Cofaz*, Rec., p. 391, points 24 et suiv.

²⁰ Cette condition mérite réflexion : comment, en effet, le concurrent peut-il intervenir si l'Etat membre ne lui cède pas la parole devant la Commission ?

²¹ Arrêt du 27 avril 1995, aff. T-435/93, *ASPEC e.a.*, Rec., p. II-1281.

²² Arrêt du 27 avril 1995, *ASPEC*, précité ; arrêt du 5 novembre 1997, aff. T-149/95, *Ducros*, Rec. p. II-2031 et arrêt du 15 septembre 1998, aff. T-11/95, *BP Chemicals*, Rec., p. I-3149, points 72 et 76.

²³ Arrêt du 27 avril 1995, *ASPEC*, précité et arrêt du 27 avril 1995, aff. T-442/93, *AAC*, Rec., p. II-1329.

²⁴ Voy., à titre d'exemple, arrêt du 23 mai 2000, aff. C-106/98, *Comité d'entreprise*, Rec., p. II-3149, point 75.

cadre de la procédure, a estimé que la participation à la procédure administrative par le biais d'un groupe de travail institué par l'Etat membre a été jugée insuffisante à établir l'intérêt individuel ²⁵.

8. Dans la jurisprudence récente, la distinction entre les deux phases de procédure paraît toutefois s'estomper ²⁶. D'une manière générale, et quelle que soit la phase de procédure, semble prévaloir la référence à un effet négatif sur la position concurrentielle du demandeur. La différence principale semble apparemment résider dans le caractère sensible ou non de cette atteinte : une « simple » atteinte à la position du concurrent serait requise, lorsque la décision positive est rendue à l'issue de la phase préliminaire ²⁷, alors que la même atteinte devrait être « sensible », lorsque cette décision est adoptée à l'issue de la phase approfondie ²⁸.

Ces constatations nous amènent à conclure que, à notre regret, la recevabilité du recours d'un concurrent contre une décision positive de la Commission s'apparente à un véritable « jeu de hasard », source d'une grande insécurité juridique pour le conseiller juridique et son client. A l'origine de ces incertitudes, il y a la jurisprudence *Plaumann* précitée, dont les applications trop rigides ou trop formalistes par les juridictions communautaires ²⁹ ont parfois conduit à ce qui pourrait s'interpréter, à nos yeux, comme une sorte de déni de justice ³⁰ et ce, sans que cela se justifie au regard de l'article 230 CE.

Peut-on admettre un tel déficit dans la protection juridictionnelle des droits des particuliers dans une « Communauté de droit » ? La réponse est assurément négative. En outre, un assouplissement des conditions de recevabilité des recours des concurrents contribuerait à rétablir une « égalité des armes » entre le bénéficiaire de l'aide, dont le recours contre une décision négative est toujours recevable, et ses concurrents à qui l'on reconnaît, certes, le droit d'intenter un recours mais dont on limite fortement les chances de le voir aboutir. A cet égard, une solution pourrait être celle, déjà suggérée par l'avocat général Jacobs de privilégier l'exigence d'un « effet adverse et substantiel » sur les concurrents comme condition de la recevabilité de leurs recours ³¹.

²⁵ Arrêt du 15 septembre 1998, *BP Chemicals* précité. A noter que, dans cette affaire, le recours a été jugé partiellement recevable, en tant qu'il était dirigé contre une décision de la Commission prise à l'issue de la phase d'examen préliminaire.

²⁶ Comme cela résulte en particulier des arrêts du Tribunal du 16 septembre 1998 et du 21 mars 2001 précités

²⁷ Arrêt du Tribunal du 21 mars 2001 précité

²⁸ Arrêt de la Cour du 28 janvier 1986, *Cofaz*, précité ; arrêts du Tribunal du 27 avril 1995, *ASPEC*, précité ; du 6 juillet 1995, aff. T-447/93, *AITEC*, *Rec.*, p. II-1971 ; du 22 octobre 1996, aff. T-266/94, *Skibsvaerftsforeningen*, *Rec.*, p. II-1399, point 47.

²⁹ Arrêt du 25 juillet 2002, aff. C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, *Rec.*, p. I-6719.

³⁰ Arrêt du 5 avril 2004, aff. C-263/02 P, *Jégo-Quéré*, point 34, non encore publié au *Recueil* et arrêt du 5 juin 1996, aff. T-398/94, *Kahn Scheepvaart*, *Rec.*, p. II-477, point 50 *in fine*.

³¹ Conclusions de l'avocat général Jacobs du 21 mars 2002 sous l'aff. C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, *Rec.*, p. I-667.

3. Recours en carence

9. Ce type de recours, prévu à l'article 232 CE, s'impose notamment lorsqu'un concurrent ou un Etat membre a déposé une plainte auprès de la Commission, dans laquelle il dénonce une mesure de soutien financier, et que la Commission s'abstient de réagir. Un tel recours présuppose, on le sait, que pèse sur l'institution une obligation d'agir ³².

Ici aussi, l'effectivité d'un tel recours est remise en cause par les conditions auxquelles la jurisprudence a soumis sa recevabilité : le tiers doit en effet prouver que l'acte que la Commission a omis d'adopter l'aurait atteint, de manière directe et individuelle, au même titre que le destinataire ³³.

10. Cela étant, il convient de distinguer entre trois situations.

La première hypothèse, qui est aussi la plus grave pour le concurrent, est celle dans laquelle ce dernier se plaint d'une aide illégale, c'est-à-dire non notifiée, auprès de la Commission.

Aux termes de l'article 13, al. 2, du règlement de procédure, la Commission n'est soumise à aucun délai pour réagir à la plainte. Il ne lui incombe, comme du reste partout dans le droit de la concurrence, que de trancher dans un délai raisonnable dont la durée – on ne s'en étonnera pas – dépend des circonstances de l'espèce ³⁴. Ainsi, selon le Tribunal, si l'on ne peut reprocher à la Commission de ne pas s'être prononcée dans le délai de deux mois prévu à l'article 4, al. 5, du règlement de procédure (le « délai Lorenz ») ³⁵, un délai de trente-trois mois a, en revanche, été jugé nettement trop long ³⁶. Les incertitudes liées à la portée du « délai raisonnable », combinée à la durée de la procédure devant le juge communautaire, expliquent que peu d'entreprises considèrent le recours en carence comme une option valable.

Il ne leur reste plus alors qu'à demander à la Commission une mesure provisoire en vertu l'article 11 du règlement de procédure (voy. *infra*).

11. Dans la deuxième hypothèse que nous envisageons, l'aide est notifiée. Dans ce cas, la Commission a deux mois à partir de la notification (« délai Lorenz ») pour rendre une décision finale. A défaut, le silence de l'institution vaut approbation ³⁷. L'Etat membre intéressé est alors en droit d'octroyer l'aide pourvu qu'il donne un préavis supplémentaire de quinze jours à la Commission et que celle-ci reste une nouvelle fois muette. Nous sommes d'avis que ce silence s'assimile à une approbation tacite que le

³² Comme le rappelle l'arrêt du 15 septembre 1998, aff. T-95/96, *Gestevisión Telecinco*, *Rec.*, p. II-3407, point 71.

³³ Arrêt du 26 novembre 1996, aff. C-68/95, *T. Port, Rec.*, p. I-6065, point 59.

³⁴ Arrêt du 15 décembre 1999, aff. jtes. T-132/96 et T-143/96, *Freistaat Sachsen et autres*, *Rec.*, p. II-3663, point 213 ; voy. aussi, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 janvier 2004, plainte n° 47169/99, *Voggenreiter c. Allemagne*, disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme, 2004, 150, point 48 par rapport à l'article 6 de la convention des droits de l'homme.

³⁵ Arrêt du 15 septembre 1998, précité, point 78.

³⁶ Arrêt du 10 mai 2000, aff. T-46/97, *SIC, Rec.*, p. II-2129, point 106.

³⁷ Voy. l'article 4, al. 6, du règlement de procédure.

concurrent devrait pouvoir attaquer dans le cadre d'un recours en annulation devant le juge communautaire.

12. La troisième hypothèse vise le cas où, dans le cadre de la procédure prévue à l'article 88, par. 2, CE la Commission n'a pas pris une décision finale dans un délai de dix-huit mois suivant la notification, délai que celle-ci est normalement tenue d'observer en vertu de l'article 7, al. 6, du règlement de procédure. Dans une telle situation, le concurrent peut former un recours en carence à la double condition qu'il ait invité la Commission à rendre une décision et que l'institution reste encore en défaut de prendre position dans les deux mois qui suivent cette invitation.

Théoriquement, si le concurrent obtient gain de cause contre la Commission, il peut envisager d'engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et de réclamer des dommages et intérêts conformément aux articles 288, al. 2, CE et 235 CE. On sait toutefois que, sur ce point, le juge communautaire s'impose une réserve tout à fait particulière afin de ne pas trop intimider les institutions ³⁸.

4. Mesures provisoires

13. Comme nous l'avons déjà évoqué, la Commission, en vertu de l'article 11 du règlement de procédure, peut prendre des mesures provisoires contre l'Etat membre intéressé. Le concurrent n'est pas habilité à demander de telles mesures. Il peut seulement les proposer. Si l'institution ne donne pas suite à sa proposition, il ne lui reste qu'à attendre une décision finale de la Commission. Dans l'intervalle, il n'a d'autre choix que de tolérer la mise en œuvre de l'aide par l'Etat membre.

Une fois que la Commission a pris une décision positive finale, le concurrent peut saisir le juge communautaire. Comme la requête au principal n'a pas d'effet suspensif, l'Etat membre peut verser l'aide tant qu'il y a litispence. Certes, selon la lettre de l'article 242 CE, le concurrent pourrait demander la suspension de l'aide dans le cadre d'une procédure en référé diligentée auprès du président du Tribunal. Les actes de la Commission jouissent toutefois d'une présomption de légalité et les conditions d'une mesure provisoire sont d'une implacable sévérité. Il en résulte que, à notre connaissance, le juge de référé n'a jamais ordonné la suspension d'une décision positive.

14. Comme c'est souvent le cas en droit communautaire, la protection juridique – y compris provisoire – est, en revanche, impressionnante lorsque l'acte prétendument illégal est imputable à un Etat membre plutôt qu'à un organe de la Communauté. Ainsi, le concurrent est bien protégé lorsque, en violation de l'article 88, par. 3, CE, l'Etat membre exécute une aide sans l'avoir notifiée à la Commission ou, s'il l'a notifiée, sans attendre la décision finale de l'institution. L'article 88, par. 3, CE est en effet d'application directe, avec pour conséquence que le concurrent peut saisir le juge national. Si celui-ci qualifie la mesure d'aide, il peut, à titre provisoire, interdire

³⁸ Arrêt du 25 mai 1978, aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG, Rec.*, p. 1209, points 5 et suiv.

la mise en œuvre de l'aide et, pour autant que cette aide est déjà exécutée, en exiger le remboursement ³⁹.

5. Responsabilité civile du bénéficiaire

15. Selon une jurisprudence constante, une entreprise avisée doit s'assurer que l'aide qui lui est offerte a été notifiée et approuvée par la Commission.

On peut donc se demander quelles conséquences peuvent découler d'une violation de cette obligation dans le droit civil national. A cet égard, on peut relever une décision intéressante du Bundesgerichtshof allemand, qui a jugé qu'un contrat par lequel une aide illégale est octroyée est nul et non avenu, malgré l'absence, dans le traité, d'une disposition analogue à l'article 81, par. 2, CE ⁴⁰.

16. Ce qui importe toutefois pour le concurrent, c'est la question de savoir s'il peut, le cas échéant, réclamer des dommages et intérêts du bénéficiaire. A cet égard, la Cour a décidé que la base d'une telle réclamation n'est pas à rechercher dans le droit communautaire, mais bien dans le droit national ⁴¹. Nous ne connaissons pas de décision nationale qui aurait ordonné la réparation du dommage du concurrent.

Notons toutefois que le Bundesgerichtshof a décidé, en droit des ententes, que l'article 81, par. 1, CE a comme fonction, entre autres, de protéger les concurrents, et qu'il en résulte qu'une violation de cette disposition peut donner lieu à des dommages et intérêts selon l'article 823, al. 2, du Code civil allemand ⁴². Etant donné la finalité identique des articles 81, par. 1, CE et 87, par. 1, CE ⁴³, laquelle consiste à garantir une concurrence non faussée dans le marché intérieur au sens de l'article 3, sous b), du traité, il n'est pas exclu que le Bundesgerichtshof condamne un jour une entreprise qui, intentionnellement ou par négligence, a accepté une aide illégale, à des dommages et intérêts en faveur de ses concurrents.

6. Considérations finales

17. Le statut du plaignant est faible : il n'est pas partie à la procédure administrative, doit se contenter d'être un informateur, n'a pas la parole, à une exception près.

Cette situation nous paraît peu compatible avec la jurisprudence selon laquelle, même en l'absence d'une disposition écrite, la Communauté ne peut porter atteinte à la situation d'une personne si cette personne n'a pu utilement exprimer son point

³⁹ Voy. en ce qui concerne les conditions spécifiques de cette forme de protection provisoire : arrêt du 21 novembre 1991, aff. C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et autres c. France*, Rec., p. I-5505, point 12 ; arrêt du 30 janvier 1992, aff. jtes C-363/88 et C-364/88, *Finsider*, Rec., p. I-359, point 25 ; arrêt du 28 janvier 1999, aff. T-230/95, *BAI*, Rec., p. II-123, point 34.

⁴⁰ Arrêt du 4 avril 2003 – V ZR 314/02 –, *EuZW*, 2003, p. 444, 445.

⁴¹ Arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI*, Rec., p. I-3577, points 72 et suiv.

⁴² Arrêt du 28 mai 1998 – KZR 23/96.

⁴³ Comparer l'opinion différente exprimée sur ce point par J.-Fr. Bellis, dans le présent ouvrage.

de vue au préalable et vis-à-vis de l'organe compétent ⁴⁴. La seule communication à la Commission à laquelle le concurrent est limité est-elle suffisante pour honorer cette garantie fondamentale ? La Commission l'affirme, et la jurisprudence semble la suivre.

18. Au nom de la rigueur juridique, l'on pourrait toutefois objecter que plus le pouvoir discrétionnaire de la Commission est large – et, en matière d'aides, il l'est d'une manière particulière –, plus il conviendrait de rehausser le niveau de protection juridique des parties concernées ⁴⁵. Mais au-delà de ces préoccupations théoriques, l'expérience « sur le terrain » c'est-à-dire la défense des intérêts d'une entreprise dont la survie même peut être menacée par l'octroi d'un soutien financier à l'un de ses concurrents, et à qui l'on ne concède que le droit de se faire entendre au début de la procédure de l'article 88, par. 2, CE, fait comprendre à quel point est inacceptable la thèse qui prétend que l'état actuel du droit est satisfaisant. Il est donc temps que l'on cesse de faire croire à l'opinion publique que le système communautaire de protection juridictionnelle des particuliers est complet ⁴⁶ : un rapide examen du statut du plaignant en matière d'aides d'Etat suffit pour se convaincre du caractère délibérément (outrageusement ?) flatteur d'une telle affirmation.

⁴⁴ Voy. arrêts du 12 février 1992, aff. C-48/90 et C-66/90, *Pays Bas c. Commission*, *Rec.*, p. I-627, point 44 ; du 29 juin 1994, aff. C-135/92, *Fiskano*, *Rec.*, p. I-2899, points 39 et 40 ; du 24 octobre 1996, aff. C-32/95 P, *Commission c. Lisretal et autres*, *Rec.*, p. I-5397, point 21 ; du 31 mars 1998, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, *France, SCPA et EMC c. Commission* (« *Kali + Salz* »), *Rec.*, p. I-1453, point 174 ; du 5 octobre 2000, aff. C-288/96, *Allemagne c. Commission*, *Rec.*, p. I-8285, point 99 ; du 15 octobre 2002, aff. jtes C-238/99 P, *Limburgse Maatschappij* (« *PVC II* »), *Rec.*, p. I-8618, point 85 ; du 19 février 1998, aff. T-42/96, *Eyckeler & Malt*, *Rec.*, p. II-401, point 76 ; du 21 janvier 1999, aff. T-129/95, T-2/96 et T-97/96, *Maxhütte*, *Rec.*, p. II-21, point 228 ; du 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor*, *Rec.*, p. II-759, point 145.

⁴⁵ Arrêt du 21 novembre 1991, aff. C-169/90, *Technische Universität München*, *Rec.*, p. I-5495, points 13 et 14.

⁴⁶ Aff. C-263/02 P, *Jégo-Quéré*, *op. cit.*, point 30.

Conclusions

Michel WAELBROECK ¹

1. Les conclusions que l'on peut tirer des contributions qui précèdent sont nombreuses et importantes. Sans prétendre être exhaustif, je voudrais souligner celles qui m'ont le plus frappé. Je reconnais ce qu'il y a de subjectif dans une telle approche, mais je ne vois pas comment y échapper.

1. La notion d'aide étatique

2. Massimo Merola a montré comment, depuis 1983, une évolution s'était fait jour dans l'interprétation donnée par la Cour à la notion d'aide étatique. En exigeant que, pour être soumise au contrôle de la Communauté, une aide ne soit pas accordée uniquement « par l'Etat » mais aussi « au moyen de ressources d'Etat », alors que le texte du traité, ainsi que la jurisprudence des années soixante-dix et quatre-vingt, allaient clairement dans le sens du caractère alternatif de ces deux notions, la Cour a sensiblement rétréci le champ d'application des articles 87 à 89 CE.

Faut-il regretter cette évolution ? Les opinions à ce sujet sont partagées, et l'auteur indique clairement les arguments que l'on peut avancer en faveur de l'une et l'autre thèse.

3. Personnellement, je relève que, même si elle s'est manifestée avec un certain retard, cette évolution est parallèle à celle qu'on a pu observer dans d'autres matières, notamment dans le domaine de la libre circulation des marchandises et celui de la compatibilité avec les objectifs du traité des interventions étatiques dans

¹ Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

l'économie. L'arrêt *Sloman Neptun* et ceux qui l'ont suivi dans la matière des aides d'Etat répondent, comme les arrêts *Keck et Mithouard*, *Meng, Ohra, Reiff* et *Delta*, au souci de ne pas soumettre à la censure des institutions communautaires des domaines d'activité qui relèvent principalement de la sphère de compétence des Etats membres et qui n'affectent le bon fonctionnement de la Communauté que de manière marginale. Cette prudence s'explique non seulement par une plus grande sensibilité de la Cour aux réactions hostiles que sa hardiesse antérieure avait parfois suscitées dans les milieux politiques nationaux mais aussi par une prise de conscience de ce que la position du droit communautaire est désormais suffisamment consolidée, que l'importance du rôle qu'il joue dans la vie des citoyens est généralement reconnue et que les mécanismes législatifs existants sont suffisants pour le faire évoluer lorsque le besoin s'en fait sentir.

A cet égard, j'ai été quelque peu étonné que personne n'ait mentionné les articles 96 et 97 CE. Ces dispositions, qui n'ont reçu qu'une application négligeable jusqu'à présent, me paraissent être les grandes oubliées des discussions académiques. Or, il ne faut pas perdre de vue qu'elles permettent de remédier à toutes les distorsions de concurrence qui ne font pas l'objet de dispositions spécifiques. Le régime de contrôle des aides étatiques instauré par les articles 87 à 89 CE n'est qu'une *lex specialis* par rapport à la *lex generalis* que constituent les articles 96 et 97. Certes, la procédure prévue par ceux-ci est relativement lourde, mais ceci ne doit pas nous faire perdre de vue leur existence. Plutôt que d'étendre à l'excès l'interprétation de la notion d'aide étatique, ne serait-il pas préférable d'examiner si une application plus efficace des articles 96 et 97 permettrait de porter remède aux distorsions de concurrence n'entraînant pas de transfert direct de ressources d'Etat aux entreprises ?

2. Sélectivité et distorsion de concurrence

4. Des études de Denis Waelbroeck et de Jean-François Bellis, il ressort que l'évolution soulignée ci-dessus en faveur d'une interprétation plus « raisonnable » de la notion d'aide étatique se fait toujours attendre lorsqu'il s'agit d'interpréter les mots « qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions » qui figurent à l'article 87, par. 1^{er}, CE. Comme les organisateurs du colloque l'ont très bien vu, cette expression recouvre deux exigences distinctes : d'une part, elle énonce une condition de sélectivité, d'autre part, elle suppose que l'aide entraîne ou menace d'entraîner une distorsion de la concurrence. Ceci n'a pourtant pas empêché la Commission de considérer que la seconde exigence est la conséquence quasi automatique de la première, de sorte que toute aide présentant un caractère sélectif est réputée par là même fausser ou menacer de fausser la concurrence.

5. En ce qui concerne le droit des ententes, la Commission a longtemps adopté une thèse assez semblable, considérant que tout accord limitant la liberté d'action sur le marché des parties ou de l'une d'elles restreint, du fait même, la concurrence. A la suite des critiques de la doctrine et de certains arrêts de la Cour, la Commission a récemment revu son approche. Elle considère désormais que, pour décider si un accord restreint la concurrence, il ne suffit pas d'examiner s'il limite la liberté d'action des parties, mais il faut vérifier, en outre, s'il entraîne des conséquences négatives sur

le fonctionnement du marché. Ce n'est que si cette deuxième condition est remplie que la Commission considère que l'article 81, par. 1^{er}, CE est applicable.

Une telle interprétation est loin de s'être imposée en matière d'aides. Ainsi que certains des exemples mis en avant par MM. Waelbroeck et Bellis le montrent, la Commission considère que la preuve du caractère sélectif d'une aide entraîne automatiquement celle de la distorsion de concurrence.

J'avoue avoir été personnellement convaincu par leur appel en faveur d'une restauration de la notion d'atteinte à la concurrence comme condition autonome d'applicabilité du principe d'incompatibilité des aides.

3. L'opérateur privé en économie de marché

6. Il résulte de la contribution de Catherine Smits que l'opérateur privé en économie de marché reste le seul critère valable permettant de distinguer entre les aides d'Etat, en principe incompatibles avec le marché commun, et les autres interventions publiques, en principe licites, en faveur de certaines entreprises. Certes, ce critère n'est pas toujours d'application aisée, ainsi que l'ont montré les critiques dont, entre autres, l'arrêt *Westdeutsche Landesbank* a fait l'objet.

Il n'est en effet pas toujours facile de savoir comment se comporterait un opérateur privé, vu la large marge de manœuvre dont celui-ci dispose pour régler sa conduite sur le marché. Souvent, l'opérateur privé n'est pas obligé d'adopter certains comportements que la Commission et la Cour exigent de la part des opérateurs publics. Ainsi, l'appel à la concurrence, de plus en plus souvent imposé aux opérateurs publics, n'est pas nécessairement la solution la plus avantageuse, et l'opérateur privé n'est pas obligé d'y recourir s'il estime que les circonstances ne s'y prêtent pas. Néanmoins, force est de reconnaître que, s'agissant d'opérateurs publics, l'appel à la concurrence introduit une certaine garantie contre les décisions arbitraires ou empreintes de favoritisme. Il ne peut être question, à mon avis, de renoncer à l'utiliser lorsqu'il s'agit d'apprécier le comportement de ces opérateurs.

7. Le critère de l'opérateur privé présente certains avantages. Ainsi, il est de nature à pouvoir être appliqué tant aux investissements de l'Etat dans les entreprises, qu'aux prêts et garanties octroyés par lui en leur faveur et aux achats et ventes de biens et services qui leur sont faits. Il est aussi pertinent, comme l'a montré Laure Levi, lorsqu'il s'agit de déterminer à qui l'Etat doit s'adresser pour exiger le remboursement d'une aide lorsque le bénéficiaire a fait l'objet d'un rachat ou d'une autre opération affectant son existence. Ainsi, il ne me paraît pas possible d'y renoncer tant qu'un meilleur critère n'aura pas été découvert.

4. Le financement de missions d'intérêt général

8. L'importance pour la Communauté du bon fonctionnement des services d'intérêt général s'est vu reconnaître par l'introduction de l'article 16 CE dans le traité. Il est indubitable qu'il existe une certaine contradiction entre cet objectif et celui d'un marché libre et concurrentiel. Il ressort des discussions auxquelles ont donné lieu les rapports de Marianne Dony et d'Eric Morgan de Rivery lors du colloque qui a servi de base au présent ouvrage que la jurisprudence n'a pas encore totalement réussi à réduire cette tension.

9. D'une part, l'arrêt *Altmark Trans* dénie le caractère d'aide aux interventions qui se limitent, selon des critères préalablement établis de manière objective et transparente, à couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public dont l'entreprise en question a effectivement été chargée, pour autant que ces coûts ne dépassent pas ceux d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée. Comme le souligne Marianne Dony, ce raisonnement s'explique par la considération qu'en chargeant une entreprise d'une mission qui entraîne pour elle des coûts supplémentaires et en convenant avec elle d'une rémunération permettant de neutraliser ces surcoûts, l'Etat n'accorde à l'entreprise en question aucun avantage par rapport à ses concurrents.

Pourtant, Massimo Merola a fait observer, dans un article récemment publié aux *Cahiers de droit européen*², que de tels financements étatiques sont de nature à favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à ses concurrents, dans la mesure où ils peuvent lui permettre de réaliser des économies d'échelle, d'améliorer son image de marque, ou tout simplement de subsister dans un marché caractérisé par une offre excédentaire. De tels avantages indirects suffisent-ils pour qu'on puisse parler d'aide ? S'en tenant à la ligne tracée par l'article 16 CE, la Cour ne l'a pas accepté.

10. D'autre part, dans l'arrêt *Chronopost*, la Cour a cassé l'arrêt du Tribunal de première instance qui avait jugé que l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste à l'une de ses filiales opérant dans un secteur concurrentiel devait donner lieu au paiement d'un prix correspondant à celui que réclamerait une entreprise privée comparable n'opérant pas dans un secteur réservé. Selon la Cour, La Poste, étant chargée d'un service d'intérêt économique général et ayant dû se doter à cet effet d'infrastructures et de moyens importants ne répondant pas à une logique purement commerciale, se trouvait dans une situation très différente de celle d'une entreprise privée agissant dans des conditions normales de marché. Dès lors, elle était en droit de fournir à sa filiale les services indissociablement liés à cette infrastructure à des prix tenant compte des coûts supportés par elle pour la fourniture de ces services, et non de l'ensemble des coûts qu'aurait dû supporter une entreprise privée qui se serait dotée de moyens comparables. En d'autres mots – et c'est là que je vois une certaine tension entre cet arrêt et l'arrêt *Altmark Trans* – La Poste est autorisée à ne pas faire supporter par ses filiales opérant en régime de concurrence les coûts d'infrastructures dont elle a pu se doter grâce à des financements publics qui, selon l'arrêt *Altmark Trans*, ne sont pas constitutifs d'aides. La position du Tribunal de première instance, en ne permettant pas aux filiales de La Poste de bénéficier de cet avantage concurrentiel artificiel, me paraissait plus cohérente.

² M. MEROLA et C. MEDINA, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *CDE*, 2003, p. 639.

5. Le statut du plaignant et l'adoption de règlements d'exemption – Vers une décentralisation du contrôle des aides ?

11. C'est à juste titre que Gerrit Schohe s'est indigné de la situation tout à fait insatisfaisante que la jurisprudence de la Cour, codifiée par le règlement 659/1999, réserve au plaignant en matière d'aides d'Etat. Qu'il s'agisse de la procédure devant la Commission, où il ne dispose que d'une seule possibilité de faire valoir ses observations et n'a aucun moyen de répliquer, voire même d'être informé, des arguments présentés par l'Etat défendeur, ou des recours devant le Tribunal de première instance, où son droit d'action continue à être sévèrement limité, le plaignant se trouve dans une situation très fragile. Mon expérience de praticien, ainsi que celle de plusieurs de mes anciens confrères ³, confirme ce jugement sévère.

Cette situation est regrettable non seulement du point de vue des entreprises victimes de la concurrence déloyale auquel l'octroi d'aides injustifiées les expose mais aussi du point de vue de l'efficacité de la politique communautaire en matière d'aides d'Etat. En effet, les pouvoirs d'enquête de la Commission en la matière étant extrêmement limités, celle-ci est généralement obligée de se fonder principalement sur les informations qui lui sont fournies par les Etats, lesquels sont en contact étroit avec les entreprises bénéficiaires. Si la Commission était tenue de laisser les entreprises plaignantes intervenir plus activement dans la procédure, le surcroît de travail qui en résulterait pour elle serait très largement compensé par l'information accrue qu'elle obtiendrait en retour.

12. Bertold Bär-Bouyssière a soulevé l'idée intéressante – bien qu'un peu hérétique – de décentraliser le contrôle des aides. Il souligne que, dans de nombreux cas, l'existence de règlements d'exemption, venant se substituer aux lignes directrices ayant existé précédemment, établit une plus grande sécurité juridique. Il en résulte que le jugement à porter sur la compatibilité avec le marché commun d'un grand nombre d'aides est devenu une affaire technique, relativement facile à résoudre.

A mon avis, une décentralisation du pouvoir de contrôler les aides d'Etat ne pourrait au mieux concerner que des domaines strictement circonscrits – tels que ceux qui font l'objet de règlements d'exemptions par catégorie. Il faudrait aussi que les Etats membres se dotent d'autorités indépendantes, spécialisées dans cette matière, vu la nécessité d'éviter tout risque de politisation. Or, on sait que la question a été discutée au moment de la préparation du règlement 659/1999 et qu'elle n'a pas été acceptée par le Conseil. Enfin, toute attribution de pouvoirs de décision aux Etats membres pour contrôler les aides qu'ils octroient à leurs entreprises devrait, compte tenu du conflit d'intérêt permanent qui en résulterait, s'accompagner d'un renforcement parallèle des pouvoirs de contrôle de la Commission sur ces Etats. On ne peut en effet qu'être frappé par l'immense différence existant aujourd'hui entre les

³ Voy. notamment E. MORGAN DE RIVERY et J. ARNOULD, « La grande misère du plaignant en droit communautaire de la concurrence », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, t. II, p. 1357.

pouvoirs dont la Commission dispose pour contrôler l'application aux entreprises des règles de concurrence et ceux, très limités, qui lui sont reconnus en matière d'aides d'Etat.

13. Il y a là matière à réflexion. Peut-être serait-ce un thème pour un nouveau colloque ?

Liste des abréviations

AEFM	Aides d'Etat de faible montant
BEF	Franc belge
BOCCRF	Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CIRCA	Communication and Information Resource Centre Administrator
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CMLRev.	Common Market Law Review
DG	Direction générale
DEM	Deutsche Mark
DTI	Department of Trade and Industry
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ECLR	European Competition Law Review
ELE	Effet limité sur les échanges
ELR	European Law Review
ESP	Peseta espagnole
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ISR	Internationales Seeschiffsregister

JO	Journal officiel
JTDE	Journal des tribunaux. Droit européen
LIT	Lire italienne
NTER	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONSS	Office national de sécurité sociale
OSP	Obligations de service public
PIB	Produit intérieur brut
PME	Petites et moyennes entreprises
RDUE	Revue de droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
SIEG	Service d'intérêt économique général
TPI	Tribunal de première instance
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Table des matières

Remerciements.....	7
Préface	
Anne HOUTMAN.....	9

PREMIÈRE PARTIE

Conditions d'application de l'article 87, par. 1^{er}, du traité CE

Le critère de l'utilisation des ressources publiques	
Massimo MEROLA.....	15
La notion d'avantage et le critère de « l'opérateur en économie en marché »	
Catherine SMITS.....	53
La condition de « sélectivité » de la mesure	
Denis WAELBROECK.....	79
Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique	
Jean-François BELLIS.....	97

DEUXIÈME PARTIE

Le régime juridique des aides d'Etat

Les compensations d'obligations de service public	
Marianne DONY.....	109

Une application sectorielle : l'exemple de la Poste Eric MORGAN DE RIVERY, Nelly LE BERRE-DODET, Sabine THIBAUT-LIGER	153
Les règlements d'exemption en matière d'aides d'Etat Dr. Bertold BÄR-BOUYSSIÈRE.....	171
L'identification du bénéficiaire de l'aide Laure LEVI	195
Le statut du plaignant Gerrit SCHOHE	213
Conclusions Michel WAELBROECK	225
Liste des abréviations.....	231
Table des matières.....	233

Aides d'Etat

Même si elle n'a pas fait formellement l'objet d'une modernisation — au même titre que le droit anti-trust des articles 81 et 82 CE —, la matière des aides d'Etat a toutefois connu, au cours de ces dernières années, de nombreuses modifications législatives et a donné lieu à un contentieux abondant. Plus particulièrement, tant la Cour de justice et le Tribunal de première instance que la Commission ont eu à traiter de nouvelles questions de procédure mais aussi de fond.

Le résultat est un ensemble de décisions et de textes relevant davantage d'une approche casuistique que d'une coordination rigoureuse, et dont le maniement peut s'avérer malaisé.

C'est dans le contexte de ces réflexions que s'inscrit le présent ouvrage sur les « aides d'Etat ». D'éminents spécialistes de cette matière, avocats et/ou académiques, y font le point, mettent en évidence les enjeux ainsi que les lacunes persistantes et, le cas échéant, proposent des pistes pour y remédier.

Le lecteur y trouvera, sous une présentation systématique, des réflexions originales sur, d'une part, les critères qui définissent la notion d'aide d'Etat et, d'autre part, les aspects du régime des aides qui posent à l'heure actuelle le plus de difficultés aux praticiens : la compensation des obligations de service public, l'application des règlements d'exemption, l'identification du bénéficiaire de l'aide en cas de remboursement de celle-ci et le statut du plaignant.

Cet ouvrage est le fruit de la collaboration d'une équipe internationale composée de Bertold Bär-Bouyssière, Jean-François Bellis, Marianne Dony, Anne Houtman, Nelly Le Berre-Dodet, Laure Levi, Massimo Merola, Eric Morgan de Rivery, Gerrit Schohe, Catherine Smits, Sabine Thibault-Liger, Denis Waelbroeck et Michel Waelbroeck.

www.editions-universite-bruxelles.be



9 782800 413532

Règles d'utilisation de copies numériques d'œuvres littéraires publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles et mises à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB

L'usage des copies numériques d'œuvres littéraires, ci-après dénommées « copies numériques », publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles, ci-après dénommées EUB, et mises à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB, implique un certain nombre de règles de bonne conduite, précisées ici. Celles-ci sont reproduites sur la dernière page de chaque copie numérique publiée par les EUB et mises en ligne par les Archives & Bibliothèques. Elles s'articulent selon les trois axes : protection, utilisation et reproduction.

Protection

1. Droits d'auteur

La première page de chaque copie numérique indique les droits d'auteur d'application sur l'œuvre littéraire. La mise à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB de la copie numérique a fait l'objet d'un accord avec les EUB, notamment concernant les règles d'utilisation précisées ici. Pour les œuvres soumises à la législation belge en matière de droit d'auteur, les EUB auront pris le soin de conclure un accord avec leurs ayants droit afin de permettre la mise en ligne des copies numériques.

2. Responsabilité

Malgré les efforts consentis pour garantir les meilleures qualité et accessibilité des copies numériques, certaines déficiences peuvent y subsister – telles, mais non limitées à, des incomplétudes, des erreurs dans les fichiers, un défaut empêchant l'accès au document, etc. -. Les EUB et les Archives & Bibliothèques de l'ULB déclinent toute responsabilité concernant les dommages, coûts et dépenses, y compris des honoraires légaux, entraînés par l'accès et/ou l'utilisation des copies numériques. De plus, les EUB et les Archives & Bibliothèques de l'ULB ne pourront être mis en cause dans l'exploitation subséquente des copies numériques ; et la dénomination des EUB et des 'Archives & Bibliothèques de l'ULB', ne pourra être ni utilisée, ni ternie, au prétexte d'utiliser des copies numériques mises à disposition par eux.

3. Localisation

Chaque copie numérique dispose d'un URL (uniform resource locator) stable de la forme <http://digistore.bib.ulb.ac.be/annee/nom_du_fichier.pdf> qui permet d'accéder au document ; l'adresse physique ou logique des fichiers étant elle sujette à modifications sans préavis. Les Archives & Bibliothèques de l'ULB encouragent les utilisateurs à utiliser cet URL lorsqu'ils souhaitent faire référence à une copie numérique.

Utilisation

4. Gratuité

Les EUB et les Archives & Bibliothèques de l'ULB mettent gratuitement à la disposition du public les copies numériques d'œuvres littéraires sélectionnées par les EUB : aucune rémunération ne peut être réclamée par des tiers ni pour leur consultation, ni au prétexte du droit d'auteur.

5. Buts poursuivis

Les copies numériques peuvent être utilisés à des fins de recherche, d'enseignement ou à usage privé. Quiconque souhaitant utiliser les copies numériques à d'autres fins et/ou les distribuer contre rémunération est tenu d'en demander l'autorisation aux EUB, en joignant à sa requête, l'auteur, le titre, et l'éditeur du (ou des) document(s) concerné(s). Demande à adresser aux Editions de l'Université de Bruxelles (editions@admin.ulb.ac.be).

6. Citation

Pour toutes les utilisations autorisées, l'utilisateur s'engage à citer dans son travail, les documents utilisés, par la mention « Université Libre de Bruxelles – Editions de l'Université de Bruxelles et Archives & Bibliothèques » accompagnée des précisions indispensables à l'identification des documents (auteur, titre, date et lieu d'édition).

7. Liens profonds

Les liens profonds, donnant directement accès à une copie numérique particulière, sont autorisés si les conditions suivantes sont respectées :

- a) les sites pointant vers ces documents doivent clairement informer leurs utilisateurs qu'ils y ont accès via le site web des Archives & Bibliothèques de l'ULB ;
- b) l'utilisateur, cliquant un de ces liens profonds, devra voir le document s'ouvrir dans une nouvelle fenêtre ; cette action pourra être accompagnée de l'avertissement 'Vous accédez à un document du site web des Archives & Bibliothèques de l'ULB'.

Reproduction

8. Sous format électronique

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement le téléchargement, la copie et le stockage des copies numériques sont permis ; à l'exception du dépôt dans une autre *base de données*, qui est interdit.

9. Sur support papier

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement les fac-similés exacts, les impressions et les photocopies, ainsi que le copié/collé (lorsque le document est au format texte) sont permis.

10. Références

Quel que soit le support de reproduction, la suppression des références aux EUB et aux Archives & Bibliothèques de l'ULB dans les copies numériques est interdite.