

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 3-2017 | pp. 112-123

---

### Jacques Derenne

[jderenne@sheppardmullin.com](mailto:jderenne@sheppardmullin.com)

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles

Professeur, Université de Liège, Belgique & Brussels School of Competition

---

### Bruno Stromsky

[bruno.stromsky@ec.europa.eu](mailto:bruno.stromsky@ec.europa.eu)

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

---

### Raphael Vuitton

[raphael.vuitton@curia.europa.eu](mailto:raphael.vuitton@curia.europa.eu)

Référéndaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

# Aides d'État

Jacques Derenne

[jderenne@sheppardmullin.com](mailto:jderenne@sheppardmullin.com)

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles  
Professeur, Université de Liège, Belgique & Brussels School of Competition

Bruno Stromsky\*

[bruno.stromsky@ec.europa.eu](mailto:bruno.stromsky@ec.europa.eu)

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton\*

[raphael.vuitton@curia.europa.eu](mailto:raphael.vuitton@curia.europa.eu)

Référéndaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

## 1. Textes

**112** Le Premier ministre français publie une circulaire présentant la réglementation de l'Union européenne en matière d'aides d'État et énonçant les principes de la politique nationale sur ce sujet (Prem. Ministre, Circulaire du 26 avril 2017 relative à l'application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques, PRMX1712918C)

**116** La Cour de justice de l'Union européenne estime qu'un litige portant sur un rejet de plainte conserve son objet, alors même que la Commission européenne a ultérieurement pris une décision constatant en l'espèce une absence d'aide d'État (CJUE, 31 mai 2017, DEI, aff. C-228/16 P)

**117** Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'analyse de la Commission européenne dans la qualification d'aide et la déclaration d'incompatibilité de mesures en faveur d'une entreprise de transport maritime (Trib. UE, 6 avril 2017, Saremar - Sardegna Regionale Marittima, aff. T-220/14) (Trib. UE, 6 avril 2017, Regione autonoma della Sardegna, aff. T-219/14)

## 2. Jurisprudence européenne (Cour et Tribunal)

**114** La Cour de justice de l'Union européenne considère que l'acceptation, par une société détenue majoritairement par un État membre, de la dation en paiement d'un actif qui est la propriété d'une société, dont cet État membre est le seul actionnaire, est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE (CJUE, 18 mai 2017, Fondul Proprietatea, aff. C-150/16)

**121** Le Tribunal de l'Union européenne estime que la Commission européenne ne pouvait démontrer l'existence d'un avantage pour une compagnie aérienne résultant d'un investissement réalisé par un aéroport, en se fondant uniquement sur la déclaration non étayée d'un État membre sur l'imputation des coûts d'investissement à cette compagnie (Trib. UE, 27 avril 2017, Germanwings, aff. T-375/15)

## I. Textes

### Premier Ministre – Circulaire – Politique nationale :

Le Premier ministre français publie une circulaire présentant la réglementation de l'Union européenne en matière d'aides d'État et énonçant les principes de la politique nationale sur ce sujet (*Prem. Ministre, Circulaire du 26 avril 2017 relative à l'application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques, PRMX1712918C*)

Alors que la politique européenne en matière d'aides d'État connaît depuis quelques années un profond renouvellement et une vaste modernisation, les orientations françaises en la matière reposaient encore sur la circulaire du Premier ministre du 26 janvier 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises (*JORF* n° 26 du 31 janv. 2006, p. 1602). Afin d'adapter ces orientations au nouveau contexte européen, et plus particulièrement de revoir les conditions de mise en œuvre des dispositifs d'aides nationaux, le Premier ministre a adressé aux ministres et aux préfets une nouvelle circulaire le 26 avril 2017, laquelle abroge celle du 26 janvier 2006.

Dans le souci "d'assurer la sécurité juridique des dispositifs [d'aides] et leur conformité avec la réglementation pour la période 2014-2020", cette circulaire, d'une part, fournit aux administrations les éléments d'information et de méthodologie nécessaires pour appréhender la réglementation en matière d'aides d'État et, d'autre part, définit les principes constituant le fondement de la politique française dans ce domaine.

### Un outil d'information

Eu égard à la sensibilité politique des soutiens publics aux activités économiques nationales et de la forte attente des administrations, qui ont besoin d'une information claire et précise sur les règles applicables dans ce domaine, il est nécessaire de fournir à ces administrations les outils leur permettant d'appréhender au mieux les aides d'État. La circulaire y pourvoit par le biais de six fiches qui lui sont annexées.

Ces fiches ont une "vocation généraliste, à fin principale d'orientation et non de prescription". En d'autres termes, ces fiches ne constituent qu'un premier moyen d'appréhender la problématique des aides d'État. Elles ne sauraient toutefois pas exonérer les administrations d'une "appropriation plus approfondie selon les spécificités qu'une politique publique revêtirait".

Avec l'aide de ces fiches, les administrations chargées de projets de mesures susceptibles de relever de la réglementation en matière d'aides d'État devront vérifier, premièrement, si ces mesures constituent de telles aides et, deuxièmement, si elles relèvent des règlements *de minimis*, des règlements d'exemption par catégorie, ou constituent la compensation d'obligations de services d'intérêt économique général (SIEG). Si tel n'est pas le cas, les administrations en cause doivent préparer la notification de ces projets, en vérifiant leur conformité avec les encadrements et les lignes directrices applicables. S'ils n'entrent pas dans le champ d'application de ces derniers, les paragraphes 2 et 3 de l'article 107 TFUE constitueront la base de la notification.

Afin de permettre cet examen, les six fiches abordent successivement :

- la notion d'aides d'État, en énonçant les critères qui permettent de déterminer si une mesure nationale est susceptible de constituer une aide d'État (fiche 1) ;
- les dispositions permettant de considérer une aide comme compatible avec le marché intérieur, et notamment les règlements d'exemption (fiche 2) ;

\*Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient.

- les conditions d'octroi des aides d'État (fiche 3);
- les règles procédurales à respecter, tant au niveau national que vis-à-vis de la Commission (fiche 4);
- le contrôle des aides d'État, et plus particulièrement le rôle de la Commission et des juges nationaux (fiche 5);
- le panorama des textes applicables en la matière (fiche 6).

Si l'effort didactique mérite d'être salué, en ce qu'il ne peut qu'être utile à des administrations peu au fait du droit des aides d'État, l'on peut regretter que l'exercice de systématisation n'ait pas été poussé plus avant. C'est ainsi que la fiche 2 intitulée "Réglementation des aides d'État" aborde, en fait, la question de la compatibilité de certaines aides et de leur exemption de notification, sous l'angle des divers règlements d'exemptions, des aides accordées dans le cadre de régimes d'aides approuvés, et des SIEG. La fiche 3 aborde quant à elle, sous l'intitulé "Les conditions d'octroi d'une aide d'État" les critères de compatibilité au regard de l'article 107, paragraphes 2 et 3, TFUE (effet incitatif, non cumul, montant, coûts admissibles, etc.). Une impression de confusion peut ainsi ressortir de la lecture de ces deux fiches. La fiche 4, en revanche, présente le grand avantage d'exposer, de manière simple, l'ensemble du processus devant être respecté avant d'octroyer une aide d'État, et ce tant au plan national (où l'on constate d'ailleurs la fonction nodale du Secrétariat général des affaires européennes) qu'au plan de l'Union.

Quoiqu'il en soit, ces fiches permettent d'enrichir les connaissances et l'expertise des administrations en matière d'aides d'État. Nécessaires, elles ne sauraient, bien évidemment, être suffisantes. C'est la raison pour laquelle, au-delà de l'approfondissement ponctuel sur un dossier spécifique, la circulaire évoque la nécessité de renforcer l'expertise de l'ensemble des administrations françaises en matière de réglementation des aides d'État. Cela passe par une sensibilisation dans le cadre de la formation des agents publics, mais également par la désignation de référents "aides d'État" dans chaque organisme ou direction susceptible de traiter de dossiers d'aides d'État.

## Un outil de définition de la politique nationale d'aide d'État

Au-delà des éléments didactiques qu'elle contient, la circulaire participe également à la définition des principes gouvernant la politique française en matière d'aides d'État. Elle met l'accent sur trois d'entre eux.

### Exemption

Le premier de ces principes a trait à la limitation du recours à la procédure de notification à la Commission, qualifiée de "*pièce angulaire de la modernisation des aides d'État*". En effet, il ressort clairement de la circulaire que les autorités françaises cherchent à limiter les notifications de projets d'aides à la Commission en examinant la possibilité de les faire bénéficier d'une exemption. C'est ainsi que les administrations sont incitées à utiliser,

*"en priorité (...) les possibilités d'exemption de notification offertes par les règlements d'exemption soit en définissant un régime exempté spécifique ou une aide ad hoc exemptée, soit en octroyant les aides d'État sur la base des régimes cadre exemptés"*. L'objectif est bien évidemment d'épargner une partie de la charge administrative que représente une procédure de notification.

### Anticipation

Le second principe consiste à favoriser l'anticipation des procédures.

Celle-ci se concrétise principalement par les contacts avec la Commission préalables à la notification d'une mesure. Préconisés par le Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État, ces contacts offrent la possibilité à la Commission de discuter et de fournir des orientations à l'État membre concerné sur la portée des informations à communiquer dans le formulaire de notification pour garantir sa conformité au moment de la notification. Ils sont particulièrement utiles dans le cadre de projets complexes (aide au sauvetage, aide importante à la R&D, aides individuelles d'un montant élevé ou régimes d'aide particulièrement importants ou complexes) et doivent dans ces hypothèses être entamés le plus en amont possible. C'est ainsi que, au regard de "*l'intérêt d'engager des discussions avec la Commission (...) le plus tôt possible, surtout à un stade où la mesure projetée n'est pas définitivement stabilisée, afin de permettre d'éventuels réorientations et amendements*", la circulaire invite les administrations à utiliser la procédure de pré-notification.

La circulaire incite spécifiquement à l'analyse précoce des mesures d'aides contenues dans un projet de loi. En effet, les dispositions d'un tel projet (ainsi que d'un projet de décret en Conseil d'État) sont susceptibles de faire l'objet d'une disjonction lors de leur examen si leur conformité aux règles relatives aux aides d'État, y compris s'agissant de la notification, n'est pas justifiée. Il est donc préconisé par la circulaire que les études d'impact de ces projets de lois incluent, aux côtés de l'analyse de compatibilité avec le droit européen en général, une analyse renforcée au regard des dispositions en matière d'aides d'État.

Toujours dans le même esprit visant à l'anticipation des procédures, la circulaire invite les ministères à établir, tous les ans et au plus tard pour la mi-septembre, une liste indicative de cas susceptibles de faire l'objet de discussions avec la Commission, et les prioriser. Cette liste doit contenir, en particulier, les notifications visant à demander un renouvellement d'une décision favorable arrivée à échéance, lorsqu'il est décidé de poursuivre l'application de l'aide au-delà de la durée de l'autorisation initiale.

L'objectif sous-jacent à la volonté d'anticiper les procédures en matière d'aides d'État est d'éviter l'octroi d'une aide illégale et incompatible avec le marché intérieur, ce qui serait préjudiciable, en premier lieu, au bénéficiaire de cette aide, étant donné qu'il pourrait être amené à la restituer. C'est la raison pour laquelle la circulaire incite

les administrations à vérifier que le calendrier prévu pour l'octroi des aides est compatible avec celui de l'instruction des notifications par la Commission.

## Transparence

Le troisième principe sur lequel insiste la circulaire est celui de la transparence. Pour reprendre les termes du commissaire J. Almunia, *“la transparence renforce l'obligation des administrations de rendre des comptes aux citoyens et rend les politiques publiques plus efficaces”*. C'est la raison pour laquelle la Commission a introduit des exigences en la matière par le biais d'une communication adoptée le 21 mai 2014 et publiée le 27 juin 2014 (JOUE 2014 C 198, p. 30 ; comm. J. Derenne, *Concurrences* n° 4-2014, p. 182). Parmi ces exigences, figure l'obligation pour les États membres de créer des sites Internet consacrés aux aides d'État, où doivent être publiées les informations relatives aux mesures d'aides d'un montant supérieur à 500 000 euros et à leurs bénéficiaires. Cela vise à permettre aux citoyens et aux acteurs intéressés de voir quelles entreprises ont reçu des aides publiques, combien et dans quel but. Afin de respecter cette exigence, la circulaire annonce la création d'un site unique français dédié aux aides d'État. Hébergé sur le site Europe en France (<http://www.europe-en-france.gouv.fr/Centre-de-ressources>), il recensera l'ensemble des bases juridiques françaises relatives à l'octroi d'aides d'État et enregistrées au greffe de la Commission.

R. V. ■

## 2. Jurisprudence européenne (Cour et Tribunal)

### 1.1. Cour de justice de l'Union européenne

**Renvoi préjudiciel – Notion d'aide – Dation en paiement:** La Cour de justice de l'Union européenne considère que l'acceptation, par une société détenue majoritairement par un État membre, de la dation en paiement d'un actif qui est la propriété d'une société, dont cet État membre est le seul actionnaire, est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE (CJUE, 18 mai 2017, *Fondul Proprietatea*, aff. C-150/16)

Mécanisme juridique permettant le paiement d'une dette par la cession au créancier de la propriété d'un bien appartenant au débiteur, la dation en paiement n'a, jusqu'alors, pas été appréhendée de manière exhaustive sous l'angle des dispositions en matière d'aide d'État (voir néanmoins Trib. UE, 23 nov. 2006, *Ter Lembeek*, aff. T-217/02).

L'affaire ayant conduit à l'arrêt sous commentaire en a donné l'occasion à la Cour.

Celle-ci trouve son origine dans la créance détenue par *CE Oltenia*, une société roumaine dont l'actionnaire majoritaire est l'État roumain, à l'égard de la société *Electrocentrale*, dont cet État est l'actionnaire unique, pour un montant d'environ 6,4 millions d'euros. En 2013, l'assemblée générale de *CE Oltenia* a approuvé, à titre de dation en paiement, le transfert de propriété, à son profit, d'une centrale thermoélectrique appartenant à *Electrocentrale*. Cette centrale ayant été évaluée à environ 8,2 millions d'euros, *CE Oltenia* s'est acquittée de la différence entre ce montant et celui de la dette d'*Electrocentrale* en versant à cette dernière une somme d'environ 1,8 million d'euros. *Fondul*, actionnaire minoritaire de *CE Oltenia*, a contesté, devant les juridictions roumaines, la décision de l'assemblée générale de cette dernière, en faisant valoir que la centrale thermoélectrique n'étant pas rentable, la dation en paiement en cause ne bénéficiait qu'à *Electrocentrale* qui, ce faisant, pouvait se maintenir sur le marché de la fourniture d'électricité.

C'est dans ces conditions que la Cour d'appel de Craiova a décidé d'interroger la Cour afin de savoir si la décision de l'assemblée générale de *CE Oltenia* constituait une aide d'État et si elle devait faire l'objet d'une notification.

Les réponses de la Cour n'apportent en définitive que des précisions limitées concernant l'appréhension d'une dation en paiement sous l'angle des aides d'État.

### Une dation en paiement peut constituer une aide d'État

La première question posée par la Cour d'appel de Craiova visait à savoir si la décision d'une société détenue majoritairement par un État membre d'accepter, afin d'éteindre une créance, une dation en paiement d'un actif qui est la propriété d'une autre société dont cet État membre est le seul actionnaire et de s'acquitter d'une somme correspondant à la différence entre la valeur estimée de cet actif et le montant de cette créance, est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE.

En d'autres termes, elle souhaitait savoir si, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, la dation en paiement en cause pouvait constituer une aide d'État.

Afin de répondre à cette question, la Cour se penche sur les différences conditions requises aux fins de la qualification d'une mesure d'aide d'État.

Concernant la condition relative au financement de la mesure par l'État, la Cour rappelle, de manière didactique, la jurisprudence applicable et renvoie à la juridiction de renvoi le soin de vérifier si la décision de l'assemblée générale *CE Oltenia*, d'une part, constitue un avantage accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et, d'autre part, est imputable à l'État membre considéré. Force est de constater que, au-delà du résumé de l'état de l'art jurisprudentiel en la matière, et notamment s'agissant des mesures adoptées par une entreprise publique, la Cour n'apporte aucun élément nouveau concret et spécifique à la situation en

cause en l'espèce permettant à la juridiction de renvoi de procéder à son appréciation, limitant ainsi l'intérêt du renvoi préjudiciel au regard de la première condition.

Concernant la condition relative à l'existence d'un avantage sélectif, la Cour part de l'évidente prémisse qu'"une dation en paiement approuvée par une société dont l'État est actionnaire majoritaire ne constitue pas nécessairement une aide d'État" (pt. 24). À cet égard, elle rappelle que, selon la jurisprudence, les conditions que doit remplir une mesure pour relever de la notion d'"aide", au sens de l'article 107 TFUE, ne sont pas satisfaites si l'entreprise bénéficiaire pouvait obtenir le même avantage que celui qui a été mis à sa disposition au moyen de ressources d'État dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché. Cette appréciation s'effectue, lorsqu'un créancier public octroie des facilités de paiement pour une dette qui lui est due par une entreprise, par application, en principe, du critère du créancier privé. La Cour souligne à cet égard que de telles facilités de paiement constituent une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE si, compte tenu de l'importance de l'avantage économique ainsi octroyé, l'entreprise bénéficiaire n'aurait manifestement pas obtenu des facilités comparables d'un créancier privé se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle du créancier public et cherchant à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières (CJUE, 24 janv. 2013, *Frucona Košice*, aff. C-73/11 P, pts. 71 et 72).

Après avoir procédé à ces rappels concernant la notion - un temps jugée "mystérieuse" (voir, à cet égard, le point 36 des conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro sous l'arrêt du 14 sept. 2004, Espagne *c/* Commission, aff. C-276/02) - de "créancier privé", la Cour laisse à la juridiction de renvoi le soin d'effectuer une appréciation globale prenant en compte, notamment, la valeur de l'actif qui a fait l'objet de la dation en paiement et le montant du solde acquitté par *CE Oltenia*, afin de déterminer si *Electrocentrale* n'aurait pas obtenu des facilités comparables d'un tel créancier privé.

On regrettera que, au-delà des rappels principiels, la Cour n'ait pas saisi l'occasion pour expliciter, en particulier, en quoi les considérations auxquelles la Cour se réfère et qui concernent les facilités de paiement peuvent être applicables à une dation en paiement, qui n'est une modalité d'extinction de l'obligation du créancier envers le débiteur et non - au sens strict - une facilité de paiement. Dans ce contexte, il est à noter que la nécessité de l'existence d'un accord du créancier pour procéder à une dation en paiement apparaît comme un élément déterminant. Il aurait en effet pu amener à vérifier si, dans les circonstances du cas d'espèce, un créancier privé aurait donné son accord pour procéder à cette dation en paiement. Cet aspect n'a cependant pas été mis en avant par la Cour.

Concernant, enfin, les conditions d'affectation des échanges entre les États membres et de distorsion de la concurrence, la Cour, à nouveau, se borne à rappeler les principes jurisprudentiels constants, découlant notamment des arrêts du 30 avril 2009, *Commission c/ Italie et*

*Wam* (aff. C-494/06 P, pts. 50, 54 et 64) et du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, aff. C-222/04, pts. 141 et 142) et à relever que, dans la mesure où l'électricité fait l'objet d'échanges commerciaux transfrontaliers, l'octroi d'une aide par la décision de l'assemblée générale de *CE Oltenia* est susceptible d'avoir un effet sur le commerce et de fausser la concurrence sur le marché de l'électricité. Elle renvoie donc à la Cour d'appel de Craiova le soin de déterminer si ces conditions sont remplies.

En conclusion la Cour indique que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, la décision d'une société détenue majoritairement par un État membre d'accepter, afin d'éteindre une créance, une dation en paiement d'un actif qui est la propriété d'une autre société dont cet État membre est le seul actionnaire et de s'acquitter d'une somme correspondant à la différence entre la valeur estimée de cet actif et le montant de cette créance est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE, dès lors que (i) cette décision constitue un avantage accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et est imputable à l'État, (ii) l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu des facilités comparables d'un créancier privé, et (iii) ladite décision est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres et de fausser la concurrence (pt. 37). En d'autres termes, une telle décision est "susceptible" de constituer une aide d'État si elle remplit les conditions pour être qualifiée d'aide d'État. Ce qu'il incombe, bien entendu, à la juridiction de renvoi de vérifier...

## L'obligation de notification

Par sa seconde question, la Cour d'appel de Craiova souhaitait savoir si, en cas de réponse affirmative à sa première question, l'aide d'État en cause au principal relevait de l'obligation de notification visée à l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

La réponse s'imposait à l'évidence, mais la Cour prend néanmoins soin d'y répondre avec précision, en rappelant les principes gouvernant le système de contrôle préventif sur des projets d'aides et la répartition des compétences, à cet égard, entre la Commission et les juridictions nationales. Et la Cour de conclure, sans surprise, que, dans l'hypothèse où la décision de l'assemblée générale de *CE Oltenia* constituerait une aide d'État au bénéfice d'*Electrocentrale*, les autorités nationales seraient tenues de notifier cette aide à la Commission avant sa mise à exécution, en application de l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

En conclusion, l'apport de l'arrêt sous commentaire est somme toute, limité, étant dans une large mesure, circonscrit au rappel des principes jurisprudentiels classiques gouvernant la qualification d'une mesure d'aide d'État. Au regard du contenu de l'arrêt sous commentaire, l'on peut même s'interroger sur les raisons ayant justifié de préférer un arrêt à une ordonnance motivée adoptée sur le fondement de l'article 99 du règlement de procédure de la Cour.

R. V. ■

## Décision de classement – Décision confirmative – Non-lieu à statuer:

La Cour de justice de l'Union européenne estime qu'un litige portant sur un rejet de plainte conserve son objet, alors même que la Commission européenne a ultérieurement pris une décision constatant en l'espèce une absence d'aide d'État (CJUE, 31 mai 2017, *DEI*, aff. C-228/16 P)

Cet important arrêt de la Cour donne de la jurisprudence *Athinaïki Techniki* (arrêt du 16 déc. 2010, *Athinaïki Techniki*, aff. C-362/09 P) une interprétation particulièrement rigoureuse, qui limite les possibilités de retrait d'un classement de plainte par la Commission, lorsque cette dernière remplace sa lettre de classement par une décision de ne pas soulever d'objection.

La Cour annule l'ordonnance du Tribunal du 9 février 2016 (aff. T-639/14), par laquelle ce dernier avait prononcé un non-lieu à statuer concernant un recours en annulation dirigé contre une lettre de rejet de plainte. La Cour va également à l'encontre des conclusions de l'Avocat général Wathelet qui proposait de rejeter le pourvoi.

## Un rejet de plainte, suivi d'une décision de première phase

Les faits de l'espèce sont assez simples. *DEI* se plaignait de la fixation, par un tribunal arbitral, d'un prix inférieur aux coûts de l'électricité qu'elle fournissait à la société *Alouminion*. Selon elle, la sentence arbitrale en cause était constitutive d'une aide d'État.

Consécutivement à des échanges de courriers de la plaignante avec les services de la Commission et de ces derniers avec les autorités grecques, les services de la Commission ont fait savoir à *DEI*, le 6 juin 2014, qu'il n'existait pas d'indications suffisantes pour considérer que cette sentence arbitrale constituait une aide d'État et que les nouvelles informations communiquées par *DEI* ne justifiaient par une nouvelle instruction de sa plainte.

La plaignante a alors déposé un recours en annulation contre cette lettre de classement, qui n'avait pas été adoptée conformément aux règles de procédure.

Le 25 mars 2015, la Commission a adopté (cette fois, dans les règles) une décision remplaçant la lettre attaquée, tout en concluant à nouveau à l'absence d'aide d'État.

La nouvelle décision était adoptée par la Commission et donc purgée du vice de forme entachant la lettre de 2014. Elle ne retenait plus, comme motif de l'absence d'aide d'État, le défaut d'imputabilité de la sentence arbitrale à l'État (la Commission ne se prononçant pas sur ce point), mais seulement l'absence d'avantage, motif qui était plus détaillé que dans la lettre de rejet de plainte.

Cette décision a, à son tour, été attaquée par *DEI* (ce second litige n'a pas encore été jugé par le Tribunal).

## Décision de retrait ou décision confirmative ?

Le Tribunal avait estimé que la lettre attaquée de 2014 avait disparu de l'ordre juridique de l'Union, ayant été abrogée par la décision de 2015. Partant, le litige dont il était saisi avait perdu son objet.

La Cour retient une tout autre approche.

Elle observe tout d'abord que la lettre attaquée est une décision de classement contenant une position définitive de la Commission, par laquelle cette dernière refuse d'ouvrir la procédure formelle d'examen, et donc un acte attaquant empêchant la requérante d'exercer ses droits de partie intéressée.

Ensuite et surtout, la Cour voit dans la décision de 2015, non pas une décision de retrait, mais une décision confirmative de la lettre de 2014. Elle rappelle à cet égard la définition positive et négative de l'acte confirmatif : “*un acte est purement confirmatif d'un acte précédent lorsqu'il ne contient aucun élément nouveau par rapport à ce dernier (...)*” (pt. 33); “[e]n revanche, n'est pas confirmative d'une décision précédente de rejet celle par laquelle il est fait, en tout ou en partie, droit à la réclamation de l'intéressé (...)” (pt. 35).

On peut d'ores et déjà observer que cette définition de l'acte confirmatif recèle une ambiguïté, ou en tout cas une zone grise : un acte par lequel la Commission déclare expressément retirer une décision précédente pour cause d'illégalité et reprend une nouvelle décision comportant la même conclusion, mais adoptée par une autorité compétente (la Commission et non l'un de ses fonctionnaires) et motivée différemment est-elle un acte confirmatif ?

En l'espèce, la Cour semble estimer qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question. En effet, “*à la suite d'un réexamen des éléments qui lui avaient été soumis, la Commission a simplement réitéré son refus d'ouvrir la procédure formelle d'examen sans, d'ailleurs, ajouter aucun élément nouveau*” (pt. 36). “[I]l ne ressort pas de la décision du 25 mars 2015 que, par l'adoption de celle-ci, la Commission ait entendu retirer la décision du 12 juin 2014 afin de remédier à une illégalité dont aurait été entachée celle-ci” (pt. 41).

Cette appréciation se comprend en fonction du rappel effectué au point 40 de l'arrêt, selon lequel une décision de retrait de classement de plainte doit indiquer que la décision retirée est illégale, et mentionner les motifs de son illégalité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Il n'était donc pas nécessaire d'explorer la zone grise.

## Une incertitude sur la portée de la solution retenue

La préoccupation sous-jacente de la Cour est clairement exprimée aux points 37 et 38 de l'arrêt : il s'agit d'assurer l'effectivité des recours en annulation et d'éviter que la Commission à la suite d'un tel recours, ne retire sa décision de classement et “[ne répète] ces opérations autant de fois que nécessaire pour échapper à tout contrôle juridictionnel de son action”.

On notera que l'appréciation, par la Cour, du risque de manœuvres dilatoires en l'espèce, diverge fortement de celle de l'Avocat général qui, précisément, entendait distinguer le présent cas de l'affaire *Athinaiiki Techniki*, notamment par la circonstance qu'ici, il n'existait pas de risque d'abus de droit.

Cet arrêt apparaît donc comme une forme de mise en garde, mais, en dépit d'une certaine ambiguïté, il ne semble pas complètement interdire par principe à la Commission de procéder au retrait d'une décision illégale de classement et à son remplacement par une décision légale de première phase.

La possibilité du retrait d'une décision de classement est en outre confirmée au point 32 de l'arrêt. Par ailleurs, la Cour indique que le recours dirigé contre la décision de 2015 conserve sa pertinence, puisqu'elle suggère que le Tribunal peut inviter la requérante à adapter ses conclusions contre la décision de 2014 pour les diriger contre la décision de 2015. Elle précise aussi que la décision de 2015, bien que constituant un acte confirmatif, peut être attaquée par la requérante, car elle a attaqué dans les délais l'acte qu'elle confirme.

B. S. ■

## 2.2. Tribunal de l'Union européenne

**Notion d'aide d'État – Compensation de service public – Augmentation de capital :** Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'analyse de la Commission européenne dans la qualification d'aide et la déclaration d'incompatibilité de mesures en faveur d'une entreprise de transport maritime (*Trib. UE, 6 avril 2017, Saremar - Sardegna Regionale Marittima, aff. T-220/14; Trib. UE, 6 avril 2017, Regione autonoma della Sardegna, aff. T-219/14*)

Cette affaire (v. égal., *Trib. UE, 6 avril 2017, Regione autonoma della Sardegna, aff. T-219/14* - cette note ne se réfère qu'à l'arrêt T-220/14) concerne l'application des conditions pour qu'une mesure étatique visant à compenser les charges d'un service économique d'intérêt général ne soit pas qualifiée d'aide d'État. Il s'agit des conditions établies par l'arrêt *Altmark* et, dans cette affaire, en particulier de la deuxième condition.

Quatre conditions sont exigées :

- premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit avoir effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public, clairement définies ;
- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent avoir été 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 ;

- troisièmement, la compensation ne doit pas 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 ;
- quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit avoir été 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 ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations (arrêt du 24 juill. 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, pts. 88 à 93). Dans une décision de 2014, la Commission européenne avait décidé que la deuxième condition n'était pas remplie et avait conclu à l'incompatibilité des mesures en cause, dont l'octroi devait être récupéré auprès de *Saremar*. Le Tribunal rejette le recours en annulation contre cette décision.

De nombreux moyens sont développés par la requérante et on s'attachera seulement à ceux (ou aux parties de ceux) qui présentent un intérêt général, détaché des circonstances spécifiques de l'espèce.

### Faits de la cause

*Saremar (Sardegna Regionale Marittima SpA)* est une société maritime qui assurait un service public de cabotage maritime entre la Sardaigne (Italie) et les petites îles sardes, et entre la Sardaigne et la Corse. Une mission de service public a été conférée par l'État italien à *Saremar* et sa privatisation était prévue depuis 2009.

*Saremar* faisait initialement partie du groupe *Tirrenia*, détenu indirectement mais entièrement par l'État italien. Par une loi de 2009, le capital de *Saremar* a été transféré, à titre gratuit, à la *Regione autonoma della Sardegna* (la "RAS"), en vue de sa privatisation. Celle-ci a tardé et les obligations de service public de *Saremar* ont été régies par des prorogations successives de la convention initiale conclue avec l'État italien puis, à compter du 1<sup>er</sup> août 2012, ces obligations ont été maintenues dans le cadre d'une convention conclue entre *Saremar* et la RAS. Cette convention devait produire ses effets jusqu'à l'aboutissement du processus de privatisation.

Parallèlement, *Tirrenia*, qui avait continué à assurer les liaisons entre la Sardaigne et le continent, a été cédée à la *Compagnia Italiana di Navigazione SpA* (« CIN »), un consortium d'armateurs privés opérant sur les mêmes liaisons maritimes.

C'est dans ce contexte qu'en avril 2011, la RAS a demandé à *Saremar* d'examiner la possibilité d'effectuer, à titre expérimental, au moins deux liaisons entre la Sardaigne et le continent. Elle a invoqué, à cet égard, les effets adverses de la hausse des tarifs des opérateurs privés en cause sur le système économique et social de la Sardaigne et la nécessité de prendre des mesures urgentes à cet égard. Les liaisons devaient être mixtes (transport de passagers et fret) et le caractère soutenable de l'activité sur le plan économique et financier devait être pris en compte. La RAS a approuvé les tarifs proposés par *Saremar*.

L'élément important de la succession de faits complexes qui ont suivi réside dans le fait que la RAS a laissé libre *Saremar* de déterminer, parmi les tarifs que cette société lui avait soumis, ceux permettant de concilier au mieux l'équilibre budgétaire et la satisfaction des objectifs d'intérêt public. La RAS a ensuite autorisé une dépense de 10 millions d'euros, aux fins de couvrir "l'éventuel déficit" de *Saremar* résultant des liaisons assurées par cette société entre la Sardaigne et le continent.

Il s'agira de la mesure de compensation litigieuse, octroyée en 2012, et notifiée, *ex post*, par les autorités italiennes, pour des raisons de sécurité juridique.

Enfin, point essentiel, dans l'impossibilité de rembourser les aides en cause, *Saremar* a cessé toute activité en mars 2016, après avoir été admise, en juillet 2015, à la procédure de concordat préventif en vue de sa liquidation. Au moment de la procédure orale et de l'adoption de l'arrêt du Tribunal, sa phase de liquidation était à un stade avancé.

## La décision de la Commission

Le 22 janvier 2014, la Commission adopte la décision contestée devant le Tribunal par *Saremar*. Elle concerne cinq mesures avec les prises de position suivantes :

### La mesure de compensation précitée

La Commission décide que la deuxième condition *Altmark* n'est pas remplie. Ayant néanmoins examiné les première et troisième conditions *Altmark* (également non remplies), elle conclut à l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. La Commission décide que cette mesure n'est pas compatible avec le marché intérieur au regard de sa décision 2012/21 du 20 décembre 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE aux aides d'État sous la forme de compensation de la gestion de services d'intérêt économique général ("décision SIEG 2011")

Par ailleurs, la Commission a considéré que *Saremar* était une entreprise en difficulté au sens des lignes directrices sur les aides au sauvetage et à la restructuration (version 2004 applicable). En conséquence, en vertu du point 9 de son encadrement des aides d'État sous forme de compensations de service public ("encadrement SEIG 2011"), elle a décidé que la compatibilité de la compensation litigieuse devait être appréciée au regard de ces lignes directrices de 2004 et de l'article 107, paragraphe 3, c), TFUE.

La Commission en a conclu que la mesure était incompatible avec le marché intérieur. À titre subsidiaire, en tout état de cause, la Commission a conclu que la mesure était incompatible également avec la décision SIEG 2011.

### Augmentation de capital (compensant une réduction de capital couvrant les pertes subies dans le cadre de la procédure de faillite de Tirrenia)

La Commission a décidé que cette augmentation de capital constituait une aide (mesure non conforme au principe de l'opérateur en économie de marché) qui devait être jugée incompatible avec le marché intérieur.

### Financement des activités promotionnelles de Saremar, autorisation à Saremar de contracter un prêt de 3 millions d'euros, lettre d'intention émise par la RAS à destination de l'établissement bancaire concerné, seconde lettre d'intention en faveur de Saremar en vue de lui permettre d'obtenir une autorisation de découvert bancaire.

La Commission a décidé que ces mesures ne constituaient pas des aides d'État.

## Question de procédure spécifique aux questions de récupération des aides d'État

La question de la persistance de l'intérêt à agir de *Saremar* s'est posée dans le contexte de sa mise en liquidation. Le Tribunal confirme qu'il s'agit là d'une question d'ordre public qui doit de toute façon être soulevée d'office (après que le Tribunal s'est vu confirmer, en droit italien, que *Saremar*, en tant que société placée en liquidation ne perdait pas sa capacité à ester en justice). On sait que l'intérêt à agir doit exister au stade de l'introduction du recours et doit perdurer jusqu'au prononcé de la décision juridictionnelle, sous peine de non-lieu à statuer. Cet intérêt à agir "*suppose que l'annulation de l'acte attaqué soit susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques et que le recours puisse ainsi, par son résultat procurer un bénéfice à la personne qui l'a intenté*" (...) et qu'il "*doit être né et actuel et ne peut pas concerner une situation future et hypothétique*" (point 53 de l'arrêt).

En l'espèce, il est clair que *Saremar* avait intérêt à agir à l'introduction de son recours : la décision attaquée a modifié sa situation juridique en ce qu'elle n'était plus en droit de bénéficier des aides en cause et devait s'attendre à devoir, en principe, les restituer (pt. 54). Le Tribunal continue en constatant que la mise en liquidation de *Saremar* n'a pas eu pour effet de remettre en cause, en cours d'instance, son intérêt à agir. En effet, la décision s'impose toujours à elle et ses effets juridiques ne sont pas devenus caducs du seul fait de la mise en liquidation de *Saremar* : la RAS n'a pas encore versé l'intégralité de l'augmentation de capital litigieuse qui, en cas d'annulation de la décision, serait intégrée au patrimoine de *Saremar*. S'agissant des aides déjà versées, la liquidation du bénéficiaire ne remet pas en cause le principe de



la récupération de l'aide : c'est l'inscription, au passif de l'entreprise en liquidation, de l'obligation relative à la restitution des aides concernées qui fait office de récupération (pt. 60). L'annulation de la décision attaquée procurerait donc un bénéfice à la requérante d'autant plus que les aides litigieuses pourraient être intégrées de nouveau à son patrimoine.

*Saremar* conserve donc un intérêt à agir et il y a bien lieu de statuer sur son recours en annulation.

## Appréciation des conditions “Altmark”

### Sur la notion d'aide

*Saremar* développe un moyen tiré d'une violation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, ainsi que d'erreurs manifestes d'appréciation commises par la Commission dans l'application des conditions *Altmark*.

La prétention d'erreurs à la fois dans l'application de ces conditions, de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, révèle une confusion des principes applicables qui va amener le Tribunal à déclarer inopérante la partie du moyen relative à l'article 106 TFUE. En effet, les conditions *Altmark* ont pour seul objet la qualification de la mesure en cause d'aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Ces conditions ne déterminent en rien la compatibilité de cette aide au regard de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, qui requiert, par définition, que la mesure ait été, au préalable, qualifiée d'aide d'État.

Le Tribunal rappelle que les conditions *Altmark* sont cumulatives, distinctes l'une de l'autre et poursuivent leur finalité propre. La Commission n'est donc pas tenue d'examiner l'ensemble de ces conditions, si elle constate qu'une ou plusieurs d'entre elles ne sont pas remplies. En outre, une erreur d'appréciation à l'égard d'une des conditions ne saurait entraîner l'annulation de la décision attaquée si, par ailleurs, l'analyse d'une des conditions non remplies est exempte d'erreur (pt. 91).

Dans sa décision, s'agissant de la deuxième condition, la Commission a considéré que les paramètres de calcul de la mesure de compensation n'avaient pas été établis au préalable, de manière objective et transparente : en effet, les décisions de missions de service public ne prévoient d'ailleurs aucune compensation, cette dernière étant même exclue. La *RAS* était partie du postulat que *Saremar* allait accomplir sa mission de manière rentable ou en maintenant un équilibre budgétaire. Ce n'est qu'une fois qu'un déficit éventuel apparaît qu'un mécanisme de compensation serait mis en œuvre. Des niveaux de tarifs n'étant pas clairement définis, il en découlait nécessairement que les paramètres de calcul de la compensation ne pouvaient avoir été établis, au préalable, de manière objective et transparente.

Cette situation n'est pas conforme à la deuxième condition *Altmark*. Les États membres jouissent d'une large discrétion pour définir une mission de service public et pour déterminer la compensation des coûts de ce service

public. La Commission ne peut pas critiquer l'étendue des missions de service public incombant à l'exploitant public, en particulier le niveau des coûts liés à ce service, ni sur l'opportunité des choix politiques pris, à cet égard, par les autorités nationales, ni sur l'efficacité économique de l'exploitant public (pt. 98). En revanche, au vu de ce contrôle restreint, la deuxième condition *Altmark* “*exige que les institutions soient en mesure de vérifier l'existence de paramètres objectifs et transparents fixés au préalable, ces paramètres devant être précisés de façon à exclure tout recours abusif de l'État membre à la notion de SIEG ayant pour effet de conférer à l'exploitant public un avantage économique sous la forme d'une compensation*” (point 99).

En l'espèce, le Tribunal confirme donc l'analyse de la décision attaquée selon laquelle “*aucune des décisions [de la RAS] (...) [sur] les obligations de service public afférentes, ne prévoient [sic], de manière expresse ou même implicitement, le versement d'une compensation de service public correspondant aux charges entraînées par l'exécution des obligations susmentionnées*” (pt. 100). Au contraire, la *RAS* justifiait l'obligation de maintenir l'équilibre économique des liaisons avec le continent “*en se référant à l'objectif d'éviter le versement d'une aide d'État incompatible*” (pt. 102).

Le Tribunal juge donc que le “*large pouvoir d'appréciation pour déterminer les modalités de calcul de la compensation de service public en cause (...) ne saurait dispenser les autorités nationales de prévoir, au préalable, une compensation de service public. En effet, la détermination, au préalable, des modalités de calcul de cette compensation est nécessaire pour que la deuxième condition Altmark soit remplie et présuppose, par définition, qu'il ait été décidé, également au préalable, d'octroyer une telle compensation*” (pt. 103).

Dans ce contexte, même si “*en l'absence d'une réglementation de l'Union en matière de SIEG, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'une telle compensation de service public ne soit pas prévue (...), la mesure de compensation litigieuse, qui a été accordée ultérieurement au vu des déficits d'exploitation résultant de cette activité, ne saurait être considérée comme une compensation de service public au sens de l'arrêt (...) Altmark*” (pt. 105). “*(...) dans la mesure où une telle compensation n'a pas été prévue au préalable, elle n'a donc pas pu être calculée, comme l'exige la deuxième condition Altmark, sur la base de paramètres objectifs et transparents définis eux-mêmes au préalable*” (pt. 105).

La Commission pouvait donc, à bon droit, considérer que la deuxième condition *Altmark* n'était pas remplie en l'espèce.

Enfin, cette conclusion suffisait à fonder la décision de qualification de la mesure comme une aide dès lors que les conditions *Altmark* sont cumulatives et autonomes (en l'espèce, ces motifs ne dépendent nullement des appréciations portées par la Commission dans le cadre de l'examen de la première ou de la troisième condition *Altmark*).

## Sur l'application des décisions SIEG de 2005 et 2011

Le Tribunal rejette ensuite tous les arguments développés par *Saremar* et il n'est pas utile de les décrire ici vues leurs liaisons exclusives aux faits de l'espèce. On peut juste rappeler ici les quelques principes que le Tribunal rassemble à titre préliminaire de l'examen de ces points.

L'article 106, paragraphe 2, TFUE opère comme une disposition d'exemption de l'application de de l'article 107, paragraphe 1, TFUE pour les entreprises chargées de la gestion de SIEG. Comme mentionné déjà plus haut, *“la Commission, en l'absence d'une réglementation de l'Union harmonisée en la matière, n'est pas habilitée à se prononcer sur l'étendue des missions de service public incombant à l'exploitant public, en particulier le niveau des coûts liés à ce service, ni sur l'opportunité des choix politiques pris, à cet égard, par les autorités nationales, ni sur l'efficacité économique de l'exploitant public”* (pt. 133). Mais, le *“large pouvoir d'appréciation ainsi reconnu à ces autorités nationales ne saurait être illimité”* (pt. 134).

*“Le juge de l'Union, en contrôlant la légalité de l'exercice de ce pouvoir, ne peut pas substituer son appréciation à celle de la Commission”* qui implique des évaluations complexes d'ordre économique et social (pt. 135). Enfin, *“le pouvoir d'appréciation des États membres et celui de la Commission peuvent être limités par les directives et les décisions que cette institution a compétence pour adopter sur le fondement de l'article 106, paragraphe 3, TFUE. Ainsi, la Commission a adopté successivement la décision SIEG de 2005 et la décision SIEG de 2011 en vue de définir les conditions dans lesquelles une compensation de service public peut être réputée conforme à l'article 106, paragraphe 2, TFUE et peut, par conséquent, être exemptée de l'obligation de notification des aides nouvelles prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Ainsi qu'il résulte des articles 11 et 12 de la décision SIEG de 2011, cette dernière abroge la décision SIEG de 2005 et entre en vigueur le 31 janvier 2012”* (pt. 136).

Une des questions discutées était la portée du point 9 de l'encadrement SIEG 2011 qui énonce que l'appréciation des aides aux prestataires de SIEG en difficulté est régie par les lignes directrices des aides au sauvetage et à la restructuration. Sur ce point, *Saremar* soulevait une exception d'illégalité de ce point 9 de l'encadrement en ce *“[qu']il ne permettrait pas d'apprécier, au regard de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, une compensation qui couvre les déficits d'une entreprise en difficulté résultant d'une différence entre les coûts supportés pour l'exécution d'un service public et les subventions reçues à ce titre”* (pt. 188). Le Tribunal juge à ce sujet que *“le pouvoir d'appréciation dont disposent les États membres s'agissant de la définition d'une mission de service public et des conditions dans lesquelles cette dernière est effectuée ne saurait autoriser un recours abusif des autorités nationales à la notion de SIEG dans le seul but de faire bénéficier des entreprises de la dérogation prévue à l'article 106, paragraphe 2, TFUE”* (pt. 190). Pour que cette dérogation s'applique, *“il est nécessaire que la situation économique et financière de l'entreprise bénéficiant desdits droits ou subventions au moment où ils lui sont accordés la*

*mette effectivement en mesure d'accomplir les missions de service public qui lui sont imparties. Dans le cas contraire, la dérogation prévue par l'article 106, paragraphe 2, TFUE pourrait être privée de tout effet utile et, partant, de toute justification, de sorte que le risque d'un recours abusif des États membres à la notion de service public ne pourrait être évité”* (pt. 191). Or, la Commission s'est référée, à bon droit, aux lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration, qui prévoient qu'une entreprise en difficulté au sens de ces lignes directrices est menacée dans son existence même. En conséquence, *“à plus ou moins brève échéance, (...) elle ne saurait être considérée comme en mesure d'accomplir de manière appropriée les missions de service public qui lui sont imparties, tant que sa viabilité n'est pas assurée. Dans ces conditions, la subvention accordée à une telle entreprise en difficulté en vue de compenser les déficits résultant de l'exécution desdites missions de service public ne saurait bénéficier de la dérogation prévue à l'article 106, paragraphe 2, TFUE, mais seulement, le cas échéant, de celle prévue à l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE”* (pt. 192).

Le Tribunal rejette pour ces raisons l'exception d'illégalité soulevée par *Saremar*.

## Sur l'augmentation de capital litigieuse

Dans cette seconde partie du recours, *Saremar* soulève en substance un moyen tiré d'une violation de l'obligation de motivation et moyen tiré d'erreurs manifestes d'appréciation et d'une violation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, dans le cadre de l'appréciation de la conformité de l'augmentation de capital litigieuse au critère de l'investisseur privé en économie de marché.

### Obligation de motivation

*Saremar* soutient que la Commission n'a pas exposé les raisons pour lesquelles elle n'a pas pris en compte le fait que la recapitalisation litigieuse ne serait que la reconstitution de ressources économiques appartenant déjà à ses actifs.

Le Tribunal expédie ce moyen en rappelant que la Commission n'est pas obligée de prendre position sur des éléments qui sont manifestement hors de propos, dépourvus de signification ou clairement secondaires (pt. 217). En l'espèce, le Tribunal relève que la décision attaquée a bien considéré que l'augmentation de capital litigieuse représentait un transfert de ressources. Par ailleurs, s'agissant de l'argument de *Saremar*, le Tribunal considère que, quand bien même l'apport de capital litigieux représenterait une *“reconstitution”* de son patrimoine, *“il n'en constitue pas moins un apport financier de ressources publiques. Dès lors, la Commission ne pouvait être tenue de répondre à cet argument”* (pt. 218).

### Erreurs de droit et d'appréciation

*Saremar* soutient d'abord que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation relative à la nature des ressources correspondant à l'augmentation de capital litigieuse et a, de ce fait, violé l'article 107, paragraphe 1, TFUE et l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

Le Tribunal rappelle que l'article 107, paragraphe 1, TFUE définit les interventions étatiques en fonction de leurs effets (pt. 223). Par conséquent, la Commission ne devait pas se demander si l'augmentation de capital litigieuse correspondait à l'une ou l'autre des activités de *Saremar*. Et il est indiscutable que l'augmentation de capital litigieuse a constitué un transfert de ressources publiques au bénéfice de *Saremar*, quand bien même ce transfert de ressources aurait visé à compenser la perte de ressources antérieures. L'augmentation de capital litigieuse visait à permettre à *Saremar* de retrouver son niveau de capitalisation initial (à la suite de la réduction de capital correspondant au montant de ces créances après utilisation de la réserve légale et des bénéfices des années précédentes). *“Par conséquent, ces créances dépréciées ne constituaient plus, par définition, des actifs au patrimoine de la requérante, puisqu'elles n'étaient plus recouvrables, mais bien des pertes qui ont été couvertes par la réduction de capital susmentionnée de l'entreprise, laquelle a été elle-même compensée par l'augmentation de capital litigieuse”* (pt. 224). L'augmentation de capital litigieuse était également susceptible de *“constituer un avantage économique réel pour Saremar, dans la mesure où, sans cette intervention, elle n'aurait recouvré que partiellement les fonds correspondant au montant des créances détenues sur Tirrenia, compte tenu de la dépréciation de ces créances à hauteur de 50% dans le cadre de la procédure de faillite de Tirrenia”* (pt. 225).

*Saremar* soutient ensuite que la Commission a commis des erreurs manifestes d'appréciation en ce qui concerne l'application en l'espèce du critère de l'investisseur privé en économie de marché.

Selon *Saremar*, la RAS aurait adopté en l'espèce un comportement très prudent d'investisseur privé, en procédant à un apport en capital minimal, en vue d'obtenir un meilleur prix de vente lors de sa privatisation.

Le Tribunal en revanche considère que ceci ne saurait remettre en cause *“la conclusion selon laquelle l'augmentation de capital litigieuse n'apparaît pas fondée sur des évaluations économiques semblables à celles qu'un investisseur privé rationnel aurait conduites avant de procéder à un tel investissement”* (pt. 238). *“Le plan d'entreprise pour les années 2011-2022, approuvé en juillet 2010, n'a pas été réactualisé pour tenir compte des changements significatifs de l'environnement économique survenus postérieurement à son approbation, en particulier l'insolvabilité de Tirrenia, son rachat par CIN et le report de la privatisation de la requérante”* (pt. 239). En outre, *“avant de procéder à l'augmentation de capital litigieuse, [la RAS] n'a pas pris en compte ses perspectives de profitabilité et n'a pas examiné les options autres que cette augmentation de capital, en particulier sa mise en liquidation. À cet égard, il convient de relever que cette dernière option se serait imposée à la RAS si elle n'avait pas procédé à cette augmentation de capital. En effet, (...), compte tenu du niveau du capital de Saremar, qui se trouvait en dessous du seuil légal (...), cette entreprise n'aurait pas pu rester en activité. En tout état de cause, le caractère partiel du versement de l'augmentation de capital litigieuse, invoqué par Saremar, est sans incidence dans la mesure où c'est la décision d'octroyer cette*

*augmentation de capital qui devait être prise en compte en vue de déterminer l'existence d'une aide d'État”* (pt. 240).

*Saremar* soutient enfin que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation relative à la compatibilité de l'augmentation de capital litigieuse.

S'agissant de l'appréciation de la compatibilité, avec le marché intérieur, de l'augmentation de capital litigieuse au regard des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration, *Saremar* conteste la conclusion de la Commission selon laquelle les conditions indiquées dans ces lignes directrices n'étaient pas remplies en l'espèce.

Mais, le Tribunal rejette d'emblée ce moyen en constant que *Saremar* ne se réfère pour ce faire sans autre justification qu'à ses arguments d'un autre moyen examiné plus haut.

Le recours est rejeté dans son intégralité.

J. D. ■

**Avantage – Test de l'investisseur privé – Accès aux documents: Le Tribunal de l'Union européenne estime que la Commission européenne ne pouvait démontrer l'existence d'un avantage pour une compagnie aérienne résultant d'un investissement réalisé par un aéroport, en se fondant uniquement sur la déclaration non étayée d'un État membre sur l'imputation des coûts d'investissement à cette compagnie (Trib. UE, 27 avril 2017, Germanwings, aff. T-375/15)**

Cet arrêt du Tribunal contient notamment d'intéressantes précisions relatives à la manière dont la Commission peut, ou non, se fonder sur les déclarations des États membres, dans l'analyse du test de l'investisseur privé avisé.

L'aéroport public de Zweibrücken a procédé à la rénovation de son terminal, qui a été étendu et modernisé (“le nouveau terminal”); en outre, de nouveaux comptoirs d'enregistrement ont été construits ainsi que des parcs de stationnement, et les effectifs du personnel de cet aéroport ont augmenté. À la même époque, il a conclu des accords de services aéroportuaires avec différentes compagnies aériennes, fixant notamment le montant des redevances aéroportuaires dues pour l'utilisation de l'aéroport. L'une de ces compagnies était *Germanwings GmbH*, compagnie aérienne à bas coût.

Saisie d'une plainte, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen, puis pris une décision finale (la décision de 2014), par laquelle elle estimait que certains des contrats conclus constituaient des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur, dont elle a ordonné la récupération.

Pour conclure à l'existence de l'avantage en faveur des compagnies aériennes avec lesquelles il avait conclu des accords de service aéroportuaires, la Commission a affecté les différents coûts d'investissements réalisés par l'aéroport de Zweibrücken à ces compagnies, en les comparant aux redevances aéroportuaires versées par chacune d'entre elles. Or, la Commission a considéré en substance que le nouveau terminal avait été construit pour *Germanwings* et a imputé les coûts des investissements concernés en conséquence, concluant ainsi que cette dernière avait bénéficié d'un important avantage.

*Germanwings* a déposé un recours contre cette décision finale en invoquant notamment deux moyens tirés d'un défaut de motivation de cette décision (en raison de l'occultation d'un grand nombre de données dans sa version non confidentielle), et de l'absence d'avantage.

En parallèle, *Germanwings* a tenté d'obtenir accès à un certain nombre de documents relatifs à l'affectation du coût des investissements réalisés par l'aéroport de Zweibrücken aux différentes compagnies aériennes concernées.

La Commission a adopté en 2015 une décision ("la décision de 2015") refusant l'accès aux documents en cause pour des motifs tirés de la protection des intérêts commerciaux et de la protection des objectifs des activités d'inspection.

Le Tribunal rejette le recours déposé contre la décision de 2015 en se fondant pour l'essentiel sur une jurisprudence très classique tirée de la présomption générale selon laquelle la divulgation des documents du dossier administratif porterait en principe atteinte à la protection des objectifs des activités d'enquête dans le secteur des aides d'État (CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau*, aff. C-139/07 P, pt. 62). En revanche, il accueille le recours dirigé contre la décision de 2014 et c'est sur ce point qu'il présente un intérêt particulier.

## Sur la motivation de la décision de 2014 et l'occultation de nombreuses données économiques

Le Tribunal observe qu'en effet de nombreuses données économiques ont été occultées dans la version non confidentielle de la décision attaquée, mais il ne conclut pas pour autant que la Commission aurait manqué à son devoir de motivation. Cette appréciation n'est guère surprenante, la jurisprudence en la matière étant assez peu favorable aux requérants. On peut ainsi rapprocher cette solution restrictive de celle retenue par la Cour il y a quelques mois dans l'affaire *Loutraki* (CJUE, 21 déc. 2016, *Club Hotel Loutraki c/ Commission*, aff. C-131/15 P).

Plus précisément, la requérante considérait que la décision de 2014 était insuffisamment motivée car elle n'indiquait pas la ventilation des coûts entre les différents accords.

Le Tribunal relève que la décision de 2014 permet, d'une part, à la requérante de connaître la nature des coûts

supplémentaires imputés à l'accord pertinent, le montant global de ceux-ci ainsi que le raisonnement de la Commission s'agissant des motifs justifiant cette imputation, et, d'autre part au Tribunal d'exercer son contrôle à cet égard (pt. 43). "[D]ès lors que la décision litigieuse faisait ressortir clairement le raisonnement suivi par la Commission pour permettre d'en contester ultérieurement le bien-fondé devant la juridiction compétente, il serait excessif d'exiger une motivation spécifique pour chacun des choix techniques ou chacun des éléments chiffrés sur lesquels s'appuie ce raisonnement (...)" (pt. 45).

Il examine ensuite si, en l'espèce, le détail, pour chaque type de coûts, du montant pris en compte, était strictement nécessaire pour que la requérante puisse comprendre le raisonnement suivi par la Commission, ou pour qu'elle soit en mesure de développer ses moyens de recours. Il estime que ce degré de détail n'était pas nécessaire. D'une part, la requérante, connaissant les types de coûts pris en compte et les montants totaux de ceux-ci, aurait pu les critiquer en avançant ses propres chiffres. D'autre part, la critique de la requérante était principalement concentrée sur la manière dont les coûts ont été imputés à l'accord pertinent, mais elle n'avait pas d'élément visant à démontrer que les coûts totaux étaient erronés. Si tel avait été le cas, en revanche, "il aurait alors appartenu à la Commission de se justifier devant le Tribunal dans le cadre de l'instruction contentieuse" (pt. 49).

Ce n'est donc pas le nombre de données économiques occultées qui est déterminant, mais plutôt la manière concrète dont cette occultation peut compromettre ou non l'exercice du droit de recours.

## Sur l'avantage

Afin de mieux comprendre la controverse relative à l'existence ou non d'un avantage pour les compagnies aériennes, il est utile de rappeler le contenu des paragraphes 63 et 64 des lignes directrices de la Commission sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes que la Commission avait entendu appliquer en l'espèce.

Selon ces lignes directrices, pour éviter l'existence d'un avantage au profit des compagnies aériennes, l'aéroport doit démontrer que, lorsqu'il passe un accord avec une compagnie aérienne (contrat individuel ou régime général des redevances aéroportuaires, par exemple), il est à même de supporter la totalité des coûts engendrés par cet accord pendant toute la durée de son application, en dégagant une marge bénéficiaire raisonnable. Si l'aéroport doit développer un terminal ou d'autres installations ou en construire de nouveaux principalement pour répondre aux besoins d'une compagnie aérienne donnée, ces coûts doivent être pris en considération lors du calcul des coûts marginaux. En revanche, les coûts que l'aéroport doit de toute façon supporter indépendamment de l'accord conclu avec la compagnie aérienne ne doivent pas être pris en considération aux fins de l'examen du respect du principe de l'opérateur privé en économie de marché.

Dans ce contexte, il était essentiel de déterminer si les coûts d'investissement et de personnel exposés par l'aéroport et imputés par la Commission à *Germanwings* avaient bien été supportés par l'aéroport afin de répondre aux besoins de cette compagnie et n'auraient pas été supportés en tout état de cause, indépendamment de l'accord conclu avec celle-ci.

À cet égard, *Germanwings* soutenait que le nouveau terminal et les autres aménagements de l'aéroport n'avaient pas été construits pour elle, mais pour toutes les compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Zweibrücken. Selon, *Germanwings*, il en allait de même s'agissant de l'embauche de personnel supplémentaire par cet aéroport.

Or, le Tribunal observe que l'imputation des coûts réalisée par la Commission dans la décision attaquée repose sur une simple déclaration générale et abstraite des autorités allemandes, qui n'était étayée par aucun élément de preuve tangible. Qui plus est, cette déclaration aurait été faite en suivant des indications de la Commission, ou en tout cas en concertation avec elle et peut-être sous l'influence de cette dernière ou en interprétant les lignes directrices comme signifiant que les coûts supplémentaires exposés par l'aéroport devaient être attribués à la première compagnie aérienne avec laquelle une liaison aérienne avait été instaurée.

Le Tribunal estime donc que la Commission ne disposait pas des éléments les plus complets et les plus fiables pour porter une appréciation en l'espèce sur l'existence d'un avantage dans le chef de *Germanwings* et ne pouvait s'en tenir à la simple reprise de l'appréciation subjective des autorités allemandes.

Il vérifie s'il existe d'autres éléments avancés dans la décision attaquée qui pourraient corroborer l'appréciation de la Commission et, au terme d'un examen assez fouillé (du contenu de l'accord pertinent, de la chronologie des investissements et des accords, de l'existence d'un engagement d'investissement auprès de la requérante, du fait que l'investissement en cause ait pu constituer ou non en pratique une condition sine qua non du démarrage de l'activité commerciale de la requérante), il estime que de tels éléments font défaut.

Partant, l'existence d'un avantage dans le chef de *Germanwings* n'est pas démontrée et la décision est annulée pour autant qu'elle constate l'existence d'une telle aide et en ordonne la récupération.

On retrouve ici une jurisprudence assez proche de celle que retiennent la Cour et le Tribunal lorsqu'ils examinent la valeur probante d'un rapport d'expertise. Il ne faut pas s'en tenir aux conclusions du rapport, mais plutôt examiner la validité du raisonnement et des éléments objectifs et vérifiables sur lesquels il s'appuie. Il semble qu'il en aille de même s'agissant des déclarations d'un État membre (du moins lorsque l'on est potentiellement en présence d'une aide illégale).

B. S. ■

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

---

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

---

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Christine Varney...

---

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninou, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

---

## Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peepkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

---

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrenceuses, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

---

## International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

---

## Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

---

## Chroniques

### ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

### CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

### ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

### JURISPRUDENCES

#### EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

### POLITIQUES INTERNATIONALES

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

---

## Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

---

## Reuves

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas