

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 4-2017 | pp. 134-149

Jacques Derenne

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles

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

Bruno Stromsky

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire, Tribunal de l'UE, Luxembourg

Aides d'État

Jacques Derenne*

jderenne@sheppardmullin.com

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

Bruno Stromsky**

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton**

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire, Tribunal de l'UE, Luxembourg

1. Jurisprudence européenne

134 La Cour de justice de l'Union européenne juge qu'une exonération fiscale accordée à une communauté religieuse peut constituer une aide d'État si elle concerne une activité économique de cette communauté
CJUE, 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* c. Ayuntamiento de Getafe, aff. C-74/16

135 La Cour de justice de l'Union européenne confirme qu'une entreprise en procédure collective d'insolvabilité au moment de l'octroi de l'aide ne peut bénéficier du règlement d'exemption générale par catégorie, même lorsqu'elle a elle-même demandé le déclenchement de cette procédure
CJUE, 6 juill. 2017, *Nerea*, aff. C-245/16

137 La Cour de justice de l'Union européenne estime que la loi polonaise sur l'énergie, qui impose aux entreprises vendant de l'électricité aux utilisateurs finaux une obligation d'achat d'électricité produite en cogénération, ne constitue pas une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État
CJUE, 13 sept. 2017, *ENEA*, aff. C-329/15

139 La Cour de justice de l'Union européenne confirme un arrêt du Tribunal de l'Union européenne exigeant de la Commission européenne qu'elle analyse, même à la seule demande du bénéficiaire, tous les éléments qu'un État membre aurait dû prendre en considération pour apprécier, ex ante, le comportement d'un créancier privé hypothétique se trouvant dans une situation similaire
CJUE, 20 sept. 2017, *Fruona Košice a.s.*, aff. C-300/16 P

143 Le Tribunal de l'Union européenne apporte des précisions concernant les obligations pesant sur la Commission européenne à la suite de l'annulation d'une décision en matière d'aide d'État
Trib. UE, 6 juill. 2017, *France* c/ Commission, aff. T-74/14 ; Trib. UE, 6 juill. 2017, *SNCM* c/ Commission, aff. T-1/15

146 Le Tribunal de l'Union européenne considère que la Commission européenne pouvait limiter le montant d'une aide compatible à ce qui était strictement nécessaire pour qu'un projet d'investissement soit mené dans une région défavorisée, au terme d'une analyse approfondie, quand bien même le seuil de déclenchement d'une enquête approfondie prévu par les lignes directrices relatives aux aides régionales n'aurait pas été atteint
Trib. UE, 12 sept. 2017, *BMW*, aff. T-671/14

2. Jurisprudence nationale

148 Le Conseil d'État rejette le pourvoi d'une entreprise mettant en cause la responsabilité de l'État pour l'octroi d'une aide illégale dont elle a bénéficié et la récupération tardive de celle-ci
CE, 7 juin 2017, *Le Muselet Valentin*, n° 386627

1. Jurisprudence européenne

1.1. Cour de justice de l'Union européenne

Exonération fiscale au profit d'une communauté religieuse – Notion d'activité économique – Aide existante : La Cour de justice de l'Union européenne juge qu'une exonération fiscale accordée à une communauté religieuse peut constituer une aide d'État si elle concerne une activité économique de cette communauté (*CJUE, 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* c. Ayuntamiento de Getafe, aff. C-74/16)

Saisie à titre préjudiciel par le *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo* n° 4 de Madrid, la Cour de justice s'est réunie en grande chambre pour se prononcer sur la question de savoir si les exonérations fiscales accordées par l'Espagne à l'Église catholique pour des activités qui n'ont pas de finalité strictement religieuse peuvent constituer une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. L'arrêt de la Cour n'apporte pas de nouvelle solution juridique mais a le mérite de clarifier la question des aides d'État appliquée aux institutions religieuses.

Contexte

En vertu d'un accord conclu en 1979 avant l'adhésion de l'Espagne à l'Union européenne, l'État espagnol accorde à l'Église catholique un certain nombre d'exonérations fiscales. Dans le cas d'espèce, la *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (la "*Congregación*"), une institution de l'Église catholique qui est chargée, entre autres de la gestion d'une école ecclésiastique, demande le remboursement d'un impôt municipal dont elle a dû s'acquitter à l'occasion de travaux de transformation et d'extension du bâtiment abritant la salle de conférences de ladite école, destinée à la tenue, notamment, de réunions, de cours et de conférences. Elle se fonde pour cela sur l'accord de 1979 et sur un arrêté de 2001 qui a reconnu, en faveur de l'Église catholique, une exonération totale de l'impôt en question en relation avec les immeubles détenus par celle-ci, indépendamment de la nature des activités auxquelles ceux-ci étaient affectés.

L'administration fiscale de la commune a rejeté la demande de remboursement au motif que l'exonération fiscale ne serait pas applicable car elle serait demandée pour une activité sans rapport avec les finalités religieuses de l'Église. Saisi du recours de la *Congregación* contre cette décision, le tribunal administratif de Madrid a saisi la Cour de justice de la question de savoir si les exonérations fiscales accordées par l'Espagne à l'Église catholique pour des activités qui n'ont pas de finalité strictement religieuse peuvent constituer une aide d'État.

Afin de répondre à la question posée, la Cour procède en trois étapes : elle se demande d'abord, si la *Congregación* est une entreprise au sens du droit de la concurrence ; puis, si la mesure en cause remplit les conditions de l'article 107, paragraphe 1, TFUE pour être qualifiée d'aide d'État ; enfin, si la mesure litigieuse ne devrait pas être considérée comme une aide existante dans la mesure où elle découle d'un accord signé avant l'adhésion de l'Espagne à l'Union européenne.

* Avec la collaboration de Marie Lagrue, Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles.

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

Notion d'activité économique

La première étape du raisonnement de la grande chambre consiste à établir si la *Congregación* est une entreprise au sens du droit de la concurrence, c'est-à-dire, une entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (point 41). La Cour considère à cet égard que constituent des services susceptibles d'être qualifiés d'activités économiques les prestations fournies normalement en contrepartie d'une rémunération (point 47). S'agissant de l'enseignement, la Cour distingue les cours dispensés par des établissements d'enseignement financés pour l'essentiel par des fonds privés qui constituent bien une activité économique (points 48-49), des cours dispensés par les établissements qui font partie d'un système d'enseignement public et qui sont financés, entièrement ou principalement, par des fonds publics et pour lesquels l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplir sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif (point 50). On notera au passage que la Cour n'exclut pas que certains établissements puissent exercer les deux types d'activités – économiques et non économiques – à condition qu'ils tiennent une comptabilité séparée afin d'exclure toute subvention "croisée" (on peut douter que cette précaution est généralement adoptée s'agissant de l'organisation de l'enseignement dans les États membres présentant une situation similaire de financement privé et public combiné).

S'agissant du cas d'espèce, la Cour constate que la *Congregación* exerce trois types d'activité au sein de l'école, à savoir des activités strictement religieuses, un enseignement subventionné par l'État espagnol et un enseignement libre, sans concours financier de cet État membre (point 52). La Cour renvoie au juge national le soin de déterminer si les activités pédagogiques exercées par la *Congregación* revêtent un caractère économique ou non mais précise tout de même que seules ses activités d'enseignement non subventionnées par l'État espagnol paraissent réunir tous les critères pour être qualifiées d'activités économiques puisqu'elles sont financées pour l'essentiel au moyen de participations financières privées aux frais scolaires (points 57 et 58).

Si le juge national aboutit à la même conclusion que la Cour, il lui faudra encore vérifier si la salle de conférences de l'école est dédiée à un usage relevant exclusivement de l'une ou de l'autre de ces activités d'enseignement, ou à un usage mixte (point 59). Le juge national aurait alors trois options : si l'usage de la salle est réservé aux seules activités d'enseignement subventionnées par l'État, alors l'exonération fiscale en cause ne saurait relever du champ des aides d'État ; la solution inverse s'impose si, au contraire, l'usage de la salle de conférences est dédié uniquement aux activités d'enseignement assurées par la congrégation sans subvention de l'État espagnol ; enfin, dans l'hypothèse d'un usage mixte, l'exonération fiscale en cause serait également susceptible de relever du champ des aides d'État (points 60 à 62).

Qualification d'aide d'État

Quant aux conditions de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, la Cour constate tout d'abord que l'exonération fiscale litigieuse paraît constituer un avantage économique sélectif puisque l'impôt est normalement dû par tous les contribuables qui effectuent des travaux de construction ou de rénovation visés par cet impôt et que l'exonération au profit de l'Église catholique a pour effet d'alléger les charges qui grèvent le budget de la *Congregación* (point 68).

La Cour ne s'étend pas en détails sur les autres critères de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et conclut assez facilement que les conditions d'octroi au moyen de ressources d'État et d'imputabilité, d'affectation des échanges entre États membres et de distorsion de la concurrence paraissent être remplies.

Aide existante

Enfin, la Cour estime que, bien que l'accord de 1979 entre l'Espagne et l'Église catholique ait été conclu avant l'adhésion de l'Espagne à l'Union européenne, l'exonération fiscale en cause ne saurait être considérée comme une aide existante, mais comme une aide nouvelle. En effet, l'impôt espagnol pour lequel la *Congregación* demande une exonération a été introduit postérieurement à l'adhésion de l'Espagne à l'Union européenne, tout comme l'arrêté de 2001 dont résulte l'exonération fiscale litigieuse.

J. D. - M. L. ■

Exemption générale par catégorie – Entreprise en difficulté – Révocation de l'aide : La Cour de justice de l'Union européenne confirme qu'une entreprise en procédure collective d'insolvabilité au moment de l'octroi de l'aide ne peut bénéficier du règlement d'exemption générale par catégorie, même lorsqu'elle a elle-même demandé le déclenchement de cette procédure (*CJUE, 6 juill. 2017, Nerea, aff. C-245/16*)

Les entreprises en difficulté sont exclues du champ d'application du règlement d'exemption générale par catégorie, de même qu'elles sont généralement exclues du champ d'application des lignes directrices sur la compatibilité des aides avec le marché intérieur. Elles relèvent normalement des seules lignes directrices relatives aux aides au sauvetage et à la restructuration. En effet, une entreprise en difficulté n'est pas considérée comme un véhicule idoine pour poursuivre les objectifs d'intérêt général susceptibles de justifier la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur.

La définition des entreprises en difficulté n'est pas tout à fait la même dans ces dernières lignes directrices et dans le règlement d'exemption générale par catégorie, ce dernier en retenant une définition simplifiée pour les petites et

moyennes entreprises, afin de faciliter la tâche des États. Dans tous les cas cependant, les entreprises faisant l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité sont qualifiées d'entreprises en difficulté.

Les doutes de la juridiction de renvoi

Le tribunal administratif régional des Marches a éprouvé des doutes sur la manière d'interpréter le règlement d'exemption générale par catégorie dans une situation qu'il considérait comme particulière : après avoir obtenu l'octroi d'une aide et le paiement d'une partie de cette dernière, une entreprise (*Nerea* en l'espèce) avait elle-même demandé à être placée sous un régime de concordat préventif en vue de la poursuite de son activité.

Le procès dont il était saisi opposait *Nerea* à l'administration régionale, qui lui réclamait la restitution des avances perçues dans le cadre d'une aide au développement régional relevant du FEDER, et refusait de lui verser le reliquat de cette aide, au motif qu'une entreprise en difficulté ne peut bénéficier du règlement d'exemption générale par catégorie.

Les deux principaux doutes de la juridiction de renvoi tenaient au fait que le règlement d'exemption excluait de son champ d'application les entreprises "soumises" à des procédures d'insolvabilité, alors qu'en l'espèce *Nerea* avait recouru volontairement à cette procédure, et aussi au degré d'automatisme de l'exclusion, car il pouvait sembler approprié d'examiner de manière casuistique si l'entreprise concernée était ou non en mesure concrètement de terminer le projet d'investissement subventionné, en dépit des difficultés rencontrées.

L'interprétation simple et stricte du règlement d'exemption

Sur les deux points qui préoccupaient la juridiction de renvoi, l'arrêt de la Cour retient une réponse simple et univoque. La Cour observe que le règlement d'exemption par catégorie n'opère aucune distinction entre les différentes procédures collectives d'insolvabilité existantes dans les différents ordres juridiques nationaux, et il est donc sans importance que les procédures aient été déclenchées par les pouvoirs publics ou par l'entreprise elle-même. Elle rejette également l'hypothèse d'un examen *in concreto* de la situation de l'entreprise en difficulté, dès lors qu'elle fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité. Dans tous les cas, cette entreprise est exclue du bénéfice du règlement d'exemption.

Les motifs de rejet de l'examen *in concreto* retiennent l'attention, car ils ne procèdent pas de la définition générale de l'entreprise en difficulté dans les lignes directrices, bien que dans tous les instruments (règlement d'exemption comme lignes directrices) les entreprises en procédure d'insolvabilité soient considérées comme des entreprises en difficulté.

Ces motifs sont en effet tirés des particularités du règlement d'exemption, et, plus spécifiquement de l'objectif de simplification poursuivi par la disposition en cause,

objectif qui serait compromis si les autorités nationales appréciaient elles-mêmes concrètement, au moment où elles examinent l'éligibilité de l'entreprise au bénéfice de l'aide, si elle est en difficulté. Ainsi l'État membre ne vérifie pas si l'entreprise est en difficulté. Il se contente, lorsqu'est en cause cette disposition, de vérifier que les conditions de soumission à une procédure collective d'insolvabilité sont remplies.

On retrouve dans cette affaire, comme dans l'affaire *Dilly's Wellnesshotel* (CJUE, 21 juillet 2016, *Dilly's Wellnesshotel*, aff. C-493/14), le souci de la Cour d'une interprétation stricte des dérogations à la règle générale d'autorisation préalable des aides, les conditions posées par le règlement d'exemption devant recevoir une interprétation simple et mécanique.

L'importance d'une évaluation au moment de l'octroi de l'aide

Un dernier problème, important pour la résolution du litige, se posait, qui n'avait pas été aussi nettement identifié par la juridiction de renvoi, celui de la séquence temporelle des événements. En effet, au moment de l'octroi de l'aide (moment où le bénéficiaire acquiert le "droit" de recevoir l'aide), *Nerea* n'avait pas encore eu recours à la procédure d'insolvabilité et, apparemment, ne constituait pas une entreprise en difficulté.

Or, la Cour souligne que c'est au moment de l'octroi de l'aide que doit être appréciée l'éligibilité de l'entreprise. Ainsi n'est-elle exclue du bénéfice du règlement d'exemption en vertu de la disposition concernée que si elle était en difficulté au moment de cet octroi, de sorte qu'*a priori* (et sous réserve d'une vérification par le juge national) *Nerea* ne peut être exclue du bénéfice du règlement pour ce motif.

On notera une ambiguïté de l'arrêt à cet égard et une tension, sur ce point spécifique, entre les conclusions de l'avocat général et cet arrêt. L'appel à projets comprenait une clause de stabilité de l'opération qui supposait, pour que l'aide demeure acquise, que les paramètres gouvernant l'octroi de l'aide ne soient pas modifiés dans les 5 années suivant son octroi. Quand bien même l'aide était couverte par le règlement d'exemption, l'État membre pouvait la révoquer en application de cette clause, puisque l'entreprise était en difficulté au cours des 5 ans suivant l'octroi. Or, *a priori*, le règlement d'exemption ne devrait avoir ni pour objet ni pour effet d'obliger un État à maintenir le bénéfice d'une aide. C'est ce qu'observait en substance l'avocat général, comme la Commission dans ses observations écrites.

Pourtant, au point 38 de l'arrêt, la Cour précise qu'une aide accordée dans le respect du règlement d'exemption "*ne saurait être révoquée au seul motif que cette entreprise a été soumise à une procédure collective d'insolvabilité à la date à laquelle elle a été octroyée*", ce qui semble pointer (de manière quelque peu surprenante) vers un droit à la conservation du bénéfice de l'aide dans ce cas précis, nonobstant la clause de stabilité incluse dans l'appel à projets.

B. S. ■

Aide accordée par les États ou au moyen de ressources d'État – Obligation d'achat d'énergie produite en cogénération:

La Cour de justice de l'Union européenne estime que la loi polonaise sur l'énergie, qui impose aux entreprises vendant de l'électricité aux utilisateurs finaux une obligation d'achat d'électricité produite en cogénération, ne constitue pas une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État (CJUE, 13 sept. 2017, *ENEA*, aff. C-329/15)

Dans le but d'assurer le développement durable de l'approvisionnement énergétique ou d'en réduire le coût pour leurs économies, les États membres adoptent, depuis plusieurs années, des législations spécifiques. L'inventivité des autorités étatiques n'a, à cet égard, d'égal que la diversité et la complexité des systèmes de soutien mis en place, lesquels font régulièrement l'objet d'une appréhension sous les auspices des dispositions en matière d'aides d'État (voir, à cet égard, CJUE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, aff. C379/98; CJUE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, aff. C206/06, CJUE, 19 déc. 2013, *Association Vent De Colère ! e.a.*, aff. C262/12, Trib. UE, 11 déc. 2014, *Autriche c/ Commission*, aff. T-251/11, Trib. UE, 10 mai 2016, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-47/15). Tel est également le cas de la loi polonaise sur l'énergie à l'origine du litige ayant donné lieu à l'arrêt sous commentaire.

Cette loi impose en effet, sous peine de sanction, aux entreprises d'électricité, qui produisent ou commercialisent de l'électricité et la vendent à des clients finals polonais, de s'approvisionner en électricité issue de la cogénération à hauteur de 15% de la quantité d'électricité vendue à ces utilisateurs au cours de l'année. Rappelons que le principe de la cogénération consiste à produire de l'électricité et de la chaleur en même temps, dans une même installation, et à partir d'une même source d'énergie. En 2006, *ENEA*, une société détenue à 100% par l'État polonais qui produit et vend de l'électricité, ne s'est conformée à l'obligation prévue par la loi qu'à hauteur de 14,596%. En conséquence, le président de l'Office polonais de régulation de l'énergie lui a infligé une amende d'environ 2 millions d'euros.

À l'issue d'un long parcours judiciaire dans le cadre duquel *ENEA* contestait cette sanction, la Cour suprême de Pologne a interrogé la Cour sur la question de savoir si une mesure nationale imposant à des entreprises, tant privées que publiques, une obligation d'achat d'électricité issue de la cogénération constituait une aide d'État.

Partant du constat que, selon la juridiction de renvoi, les conditions d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, relatives à l'existence d'un avantage sélectif, à l'affectation des échanges entre les États membres et à la distorsion de concurrence étaient remplies, la Cour a focalisé son examen sur la question de savoir si la mesure en cause constituait une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, sans procéder à l'examen préalable de l'existence et de la nature de l'avantage.

La Cour n'examine pas l'existence d'un avantage

Prenant acte que la Cour suprême de Pologne considérait que la condition tenant à l'octroi d'un avantage sélectif était remplie, la Cour n'a pas examiné l'existence d'un tel avantage, ni n'en a précisé sa nature. Or, cette précision aurait pu être utile à l'analyse. En effet, afin de déterminer si un avantage est octroyé moyennant une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, il est, en toute logique, nécessaire de circonscrire précisément la nature même de l'avantage en cause.

Ne s'en tenant pas aux appréciations de la juridiction de renvoi, l'avocat général Saugmandsgaard Øe a, quant à lui, examiné, dans ses conclusions, si l'obligation d'approvisionnement issue de la loi polonaise sur l'énergie constituait un avantage.

L'on sait que dans l'affaire *PreussenElektra*, la Cour avait relevé qu'une obligation d'achat, à des prix minimaux, d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables apportait un avantage économique certain aux producteurs de ce type d'électricité, en ce qu'elle leur garantissait, sans aucun risque, des gains supérieurs à ceux qu'ils réaliseraient en son absence (CJUE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, aff. C379/98, point 54).

Toutefois, ainsi que l'avocat général le relève, la situation découlant de la loi polonaise se distingue nettement de celle de cette affaire. En effet, la loi polonaise ne prévoit aucun prix minimal pour l'achat d'électricité issue de la cogénération.

Néanmoins, à l'instar de la juridiction de renvoi, l'avocat général estime que la simple obligation d'approvisionnement confère un avantage aux producteurs d'électricité issue de la cogénération.

À cet égard, il relève que "*l'effet pratique d'une telle obligation d'approvisionnement est de provoquer un accroissement de la demande pour le produit visé qui ne serait pas survenu dans les conditions normales du marché de l'électricité polonais*" (point 58) et que cette "*stimulation de la demande d'électricité issue de la cogénération a conféré un avantage aux producteurs de cette électricité*" (point 59).

En d'autres termes, l'avocat général estime que l'obligation d'approvisionnement a amélioré la position de négociation des producteurs d'électricité issue de la cogénération, dans la mesure où leurs clients potentiels étaient tenus d'acheter une certaine quantité de l'électricité qu'ils produisaient.

Si, économiquement, cette appréciation n'apparaît pas dénuée de fondement, elle ne semble pas prendre en compte le fait que, en l'espèce, l'obligation d'approvisionnement imposée par la loi polonaise pouvait être remplie par une entreprise fournissant de l'électricité à des clients finals polonais, non seulement en achetant de l'électricité issue de la cogénération à un producteur de cette électricité, mais aussi en produisant elle-même une telle électricité. Or, dans cette hypothèse, la simple obligation d'approvisionnement a un impact moins direct sur les conditions du marché.

Il n'en demeure pas moins que l'avocat général conclut que “en altérant les conditions normales de marché au profit des producteurs d'électricité issue de la cogénération, l'obligation d'approvisionnement confère un avantage à ces derniers au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE”.

Cette conclusion mérite une attention toute particulière dès lors qu'elle traduit une vision relativement extensive de la notion d'avantage. En effet, il peut en être déduit qu'une mesure nationale qui, par ses effets, altère les conditions normales de marché, en favorisant certains producteurs peut conférer à ces derniers un avantage. Or, selon cette conception, l'avantage n'est qu'indirect et ne se traduit que par le biais présumé des forces du marché. Forces dont les effets ne sont toutefois pas systématiques et rationnels...

Une obligation d'achat d'électricité issue de la cogénération ne constitue pas une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État

L'imputabilité de la mesure en cause à l'État ne faisant aucun doute, dès lors que l'obligation d'approvisionnement en électricité issue de la cogénération a été instaurée par la loi polonaise, la condition tenant à l'existence d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État a été au cœur de l'examen de la Cour.

À cet effet, la Cour rappelle, tout d'abord, qu'une mesure consistant, notamment, en une obligation d'achat d'énergie peut relever de la notion d'“aide” bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État. En effet, l'article 107, paragraphe 1, TFUE 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'État. Même si des sommes correspondant à la mesure d'aide 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'État”. Tel n'est en revanche pas le cas, souligne la Cour, lorsque des entreprises, majoritairement privées, ne sont pas mandatées par l'État pour gérer une ressource d'État, mais sont uniquement tenues à une obligation d'achat au moyen de leurs ressources financières propres (CJUE, 19 déc. 2013, *Association Vent De Colère ! e.a.*, aff. C262/12, points 19, 21 et 35).

En l'espèce, la Cour rappelle tout d'abord que la mesure en cause consiste à imposer aux fournisseurs d'électricité de vendre une part d'électricité issue de la cogénération représentant 15% de leurs ventes annuelles d'électricité aux utilisateurs finaux et que le président de l'Office polonais de régulation de l'énergie approuvait les tarifs maximaux de vente d'électricité aux utilisateurs finaux de telle sorte que la charge financière résultant de cette obligation d'achat ne pouvait pas être systématiquement répercutée par les entreprises sur les utilisateurs finaux. Elle en déduit que, “dans certaines circonstances, les fournisseurs d'électricité acquerraient l'électricité issue de la

cogénération à un prix supérieur à celui pratiqué dans le cadre de la vente aux utilisateurs finaux ce qui induisait un surcoût à leur endroit” (point 29). Partant, la Cour estime que, “en l'absence d'une répercussion intégrale d'un tel surcoût sur l'utilisateur final, de son financement par une contribution obligatoire imposée par l'État membre ou encore d'un mécanisme de compensation intégrale, (...) les entreprises d'approvisionnement n'étaient pas mandatées par l'État pour gérer une ressource d'État, mais finançaient une obligation d'achat leur incombant au moyen de leurs ressources propres” (point 30).

La Cour enrichit ensuite son raisonnement avec quelques précisions :

- la seule circonstance que l'État détenait la majorité du capital d'une partie des entreprises soumises à l'obligation d'achat ne permet pas d'inférer l'existence d'une influence dominante permettant d'orienter l'utilisation des ressources de ces entreprises au sens de la jurisprudence mentionnée au point précédent (point 32). En effet, l'obligation d'achat s'appliquait indifféremment aux fournisseurs d'électricité, que leur capital soit majoritairement détenu par l'État ou par des opérateurs privés ;

- le comportement d'ENEA n'a pas été dicté par des instructions émanant des autorités publiques ; la décision de refuser les offres de vente d'électricité issue de la cogénération au cours de l'année 2006 résultant en fait de décisions commerciales prises en toute autonomie ;

- l'imputabilité de la mesure à l'État polonais ne permet pas d'inférer l'existence d'une influence dominante de celui-ci au sein d'une entreprise dont il est actionnaire majoritaire. En substance, la Cour relève qu'il n'existe aucun élément établissant un lien entre l'action de l'État en sa qualité d'actionnaire majoritaire au sein d'une entreprise et l'intervention de ce dernier en sa qualité de législateur ;

- le fait que la sanction pécuniaire infligée à ENEA est destinée à un fonds national pour la protection de l'environnement est, de l'avis de la Cour, sans influence, dès lors qu'aucun élément ne permet de déterminer si les sommes ainsi récoltées étaient affectées ou non au soutien des entreprises productrices d'électricité issue de la cogénération.

Dans ces conditions, la Cour estime qu'une mesure imposant à des entreprises tant privées que publiques une obligation d'achat d'électricité issue de la cogénération ne constitue pas une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État.

Conclusion

Eu égard à la nature particulière de la mesure en cause en l'espèce, la solution dégagée par la Cour s'imposait à l'évidence et ne prête donc guère le flanc à la critique. L'on regrettera simplement que la Cour n'ait pas, comme l'avocat général Saugmandsgaard Øe, évoqué la question de l'existence d'un avantage, même si celle-ci n'était, certes, pas strictement nécessaire.

R. V. ■

Critère du créancier privé – Notion d'aide – Obligations d'enquête : La Cour de justice de l'Union européenne confirme un arrêt du Tribunal de l'Union européenne exigeant de la Commission européenne qu'elle analyse, même à la seule demande du bénéficiaire, tous les éléments qu'un État membre aurait dû prendre en considération pour apprécier, *ex ante*, le comportement d'un créancier privé hypothétique se trouvant dans une situation similaire (CJUE, 20 sept. 2017, *Frucona Košice a.s.*, aff. C-300/16 P)

La série des affaires *Frucona* ne sera pas passée inaperçue. Ces arrêts ont d'ores et déjà marqué l'interprétation du critère du "créancier privé" en aides d'État (désigné de manière générique à présent par la Commission comme "opérateur en économie de marché" – voir la communication de la Commission relative à la notion d'"aide d'État" visée à l'article 107, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE n° C 262, pp. 1 à 50).

Une interprétation extensive des situations requérant l'application du critère du créancier privé et des obligations de la Commission à cet égard

Une jurisprudence bien connue n'identifie pas d'avantage dans des opérations économiques réalisées par des entités publiques lorsqu'elles sont réalisées dans les conditions normales du marché. Ce principe se décline quelle que soit l'action de l'État: investissement, crédit, vente (privatisation), achat. L'affaire en cause concerne l'action de "l'État créancier", en particulier lorsque l'administration fiscale renégocie des dettes fiscales et est amenée à décider des abandons de créances, vu l'état de défaillance du débiteur, en vue d'obtenir au moins le paiement d'une partie de la créance fiscale. Le critère du créancier privé consiste dans ce cas à comparer le comportement du créancier public avec celui d'un créancier privé hypothétique se trouvant dans une situation similaire pour déterminer si son action contient une aide d'État.

L'arrêt annoté amène la Cour, en se prononçant sur un second pourvoi dans ces affaires "*Frucona*", à confirmer la position du Tribunal à la suite du premier arrêt sur pourvoi, et à étendre à l'extrême l'application du critère par la Commission. Selon la Cour, le comportement du créancier public doit être comparé à celui d'un créancier privé hypothétique qui disposerait de tous les atouts de la puissance publique (même celui de la prérogative fiscale, comme dans l'affaire *EDF* – CJUE, 5 juin 2012, *Commission cl EDF*, aff. C-124/10 P; voir J.-Y. Chérot, *Concurrences*, n° 3/2012, pp. 169-171). En outre, cette comparaison doit se faire selon des modalités qui font abstraction de tout élément subjectif, même d'une admission expresse par l'autorité publique d'être intervenue en dehors des conditions normales de marché. Selon la Cour, la Commission doit s'affranchir de toute considération

subjective et chercher, notamment à la demande du bénéficiaire de la mesure litigieuse, à s'entourer de tous les éléments objectivement pertinents pour la qualification de la mesure (notamment en les obtenant de l'État) et à procéder à une appréciation globale de ceux-ci.

Faits et procédure

Les arrêts précédents dans cette affaire ont déjà été commentés et on se permettra de s'y référer (voir, J.-Y. Chérot, *Concurrences*, n° 1/2011, pp. 157-158 ; J. Derenne, *Concurrences*, n° 2/2011; B. Stromsky, *Concurrences*, n° 2/2013, p. 143 ; B. Stromsky, *Concurrences*, n° 2/2016, pp. 166-169). Pour faciliter la compréhension de cet arrêt, les descriptions suivantes doivent être faites.

Frucona Košice est une entreprise slovaque produisant des alcools et spiritueux. À la suite de difficultés financières, elle a bénéficié de plusieurs reports de paiement de droits d'accise et n'a plus été du tout en mesure d'acquiescer ses dettes fiscales, se retrouvant dans une situation relevant de la liquidation judiciaire ou du concordat. L'administration fiscale a choisi de poursuivre la voie du concordat, notamment par l'abandon de 65% des créances (pour l'essentiel fiscales). Un rapport d'audit évaluant les avantages respectifs du concordat et de la liquidation judiciaire avait été soumis à cette administration. Nonobstant l'homologation judiciaire du concordat, l'autorité fiscale a ensuite indiqué à *Frucona Košice* que la remise partielle de dettes était une aide qui devait être approuvée par la Commission européenne. La Slovaquie a demandé à celle-ci de l'autoriser comme aide au sauvetage.

Par une première décision du 7 juin 2006 (C 25/05), la Commission a ordonné la récupération de cette aide qualifiée d'incompatible. Le Tribunal a rejeté un recours de *Frucona* (arrêt du 7 décembre 2010, aff. T-11/07) et, sur pourvoi, la Cour a annulé cet arrêt (arrêt du 24 janvier 2013, aff. C-73/11 P). Selon la Cour, la Commission avait omis de prendre en compte, dans l'appréciation du critère du créancier privé, la durée de la procédure de liquidation judiciaire. Alors que l'affaire était renvoyée devant le Tribunal pour statuer sur les moyens qui n'avaient pas été examinés par celui-ci en première instance, la Commission a retiré sa décision et en a adopté une nouvelle, le 16 octobre 2013, se fondant directement sur les nouvelles indications de la Cour.

En comparant l'acceptation du concordat (remise de 65% de la créance) au comportement qu'aurait eu un créancier privé en économie de marché, la Commission, dans sa nouvelle décision de 2013, a relevé que l'autorité fiscale détenait plus de 99% des créances enregistrées et était un créancier distinct dont les créances pouvaient être honorées à tout moment au cours de la procédure de liquidation judiciaire grâce à la vente des actifs garantis. Un des éléments clés dans la position de la Commission était que l'État slovaque lui-même avait admis que l'octroi du concordat dans ces conditions constituait une aide, reconnaissant qu'au moment du concordat, la question de l'existence d'une aide d'État n'avait tout simplement pas été envisagée puisque l'État pensait octroyer une aide au sauvetage.

Mais, la décision de la Commission examine néanmoins si le comportement de l'État était comparable à celui d'un créancier privé. Elle conclut que celui-ci aurait choisi, placé dans la même situation que l'autorité fiscale, une procédure de liquidation judiciaire ou d'exécution fiscale plutôt que la proposition de concordat poursuivie par l'administration fiscale. L'annulation d'une partie de la dette dans le cadre du concordat constitue donc une aide d'État, déclarée incompatible avec le marché intérieur, et devant être récupérée.

Frucona Košice a introduit un second recours en annulation. Le Tribunal annule à nouveau la décision de la Commission : celle-ci aurait commis des erreurs de fait et de droit en considérant que les procédures de liquidation judiciaire et d'exécution fiscale étaient plus avantageuses que la proposition de concordat.

La Commission a soulevé six moyens d'annulation à l'encontre de l'arrêt du Tribunal. Ils sont tous rejetés par la Cour, au terme d'assez longs développements. Sur certains points, la position de la Cour tend à marquer une vraie rupture par rapport à ce qui pouvait être compris du critère de l'opérateur en économie de marché (les enseignements de l'arrêt sont généraux et vont au-delà de la situation spécifique de créancier privé).

Le critère du créancier privé peut être utilement invoqué par le bénéficiaire de la mesure étatique alors même que l'État admet l'existence d'une aide et la Commission doit examiner l'ensemble des options qu'un créancier privé aurait raisonnablement envisagées pour adopter une mesure similaire

La Commission invoquait des points non dépourvus d'intérêt et de fondement cohérent :

- le critère du créancier privé se référerait au point de vue subjectif de l'organisme public lorsqu'il prend la mesure en cause ; un tiers ne saurait se substituer à lui ; seul l'État membre disposerait de l'ensemble des éléments pertinents qui ont formé sa décision ;

- en l'espèce, l'État slovaque aurait toujours indiqué que la mesure constituait une aide d'État ;

- le Tribunal n'aurait pas imposé à *Frucona Košice* d'établir que la mesure relevait de la qualité d'un créancier privé ;

- le Tribunal aurait fait de l'application du critère de créancier privé "un exercice abstrait visant à reconstituer d'office le comportement de l'hypothétique créancier privé idéal, rationnel et pleinement informé" (point 15 de l'arrêt).

La Cour rappelle les éléments constitutifs du critère du créancier privé, opérant comme qualification d'une mesure : ce critère "ne constitue pas une exception ne s'appliquant que sur la demande d'un État membre, lorsque les

éléments constitutifs de la notion d'aide d'État incompatible avec le marché commun, figurant à l'article 107, paragraphe 1, TFUE, sont réunis. En effet, ce critère, lorsqu'il est applicable, figure parmi les éléments que la Commission est tenue de prendre en compte pour établir l'existence d'une telle aide" (point 23).

La Cour aurait pu plus simplement rappeler à ce stade de l'arrêt que la notion d'aide est une notion objective, résultant d'une analyse juridique stricte, qui ne saurait prendre en considération les intentions et autres considérations subjectives de l'État membre concerné. La question de savoir si l'État s'est comporté comme un opérateur en économie de marché ne devrait en effet pas dépendre des déclarations ou intentions de l'État mais seulement de l'analyse objective de la nature de la mesure elle-même. D'une manière un peu surprenante, l'État pourrait donc être amené à se comporter en opérateur en économie de marché sans le savoir ou sans le vouloir...

Il incombe donc à la Commission d'examiner ce critère indépendamment de toute demande en ce sens, lorsqu'il apparaît qu'il pourrait être applicable. "Rien ne s'oppose à ce que le bénéficiaire de l'aide puisse invoquer l'applicabilité de ce critère" (point 26). Le critère de l'opérateur privé s'apprécie également en prenant en compte "la nature économique de l'action de l'État membre et non la façon dont, subjectivement, cet État membre pensait agir ou les lignes de conduite alternatives envisagées par cet État membre avant d'adopter la mesure en cause" (point 27).

La Cour rappelle que "le critère du créancier privé tend à examiner si 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 qui chercherait à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières (...) et, partant, si cette entreprise aurait pu 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 (...)" (point 28). Elle en conclut que l'examen de la Commission "ne saurait se limiter aux seules options que l'autorité publique compétente a effectivement prises en compte, mais doit nécessairement viser l'ensemble des options qu'un créancier privé aurait raisonnablement envisagées dans une telle situation" (point 29).

Le Tribunal n'a pas mal interprété la décision litigieuse

Selon la Commission, sa décision n'a pas inclus une considération selon laquelle le critère du créancier privé était applicable aux faits de l'espèce.

La Cour juge que la décision "ne spécifie pas expressément que le critère du créancier privé serait inapplicable en l'espèce" et qu'elle fait au contraire "une application de ce critère sur laquelle est explicitement fondée [sa] conclusion (...), selon laquelle la mesure litigieuse constitue une aide d'État" (point 35). La Commission n'a pas non plus, relève la Cour, demandé à l'État slovaque des informations pertinentes à cet égard et procédé à une appréciation globale

de ces éléments. Enfin, selon la Cour, “*la Commission a appliqué le critère du créancier privé après avoir indiqué, (...) que le bénéficiaire avait fait valoir que l’acceptation de la proposition de concordat ne constituait pas une aide d’État, car la procédure de liquidation judiciaire aurait été moins favorable à l’État slovaque*” (point 37).

La Commission doit mener une enquête diligente et impartiale en vue d’appliquer le critère du créancier privé

Position de la Commission

La Commission soutient encore qu’en examinant le critère du créancier privé, elle doit “*déterminer le point de vue subjectif de l’autorité publique et le comparer à celui qu’un créancier privé aurait eu dans les mêmes circonstances*”, en se limitant aux “*éléments disponibles et les évolutions prévisibles au moment où la décision a été prise par cette autorité publique*” (point 42). Le critère s’applique “*ex ante*” et sur le fondement de l’appréciation effectivement réalisée par l’État membre concerné au moment où il a pris sa décision. La Commission ne saurait, selon elle, “*reconstituer d’office le comportement de l’hypothétique créancier privé idéal, rationnel et pleinement informé*” (point 45). La Commission insiste sur le fait qu’elle n’a pas à examiner “*des informations ou des éléments qui n’ont pas effectivement été pris en considération par l’État membre concerné*” (point 46).

Par ailleurs, la Commission reproche au Tribunal de “*créer une exigence nouvelle selon laquelle la Commission devrait reconstituer le comportement de l’hypothétique créancier privé idéal, rationnel et pleinement informé en recherchant tous les éléments et informations « imaginables », exigence qui irait à l’encontre de la philosophie même à la base du critère du créancier privé, à savoir une appréciation du point de vue subjectif de l’autorité publique au moment de sa décision*” (point 48).

La Commission fait également valoir que le Tribunal avait jugé qu’elle n’avait pas accepté, à juste titre, la méthodologie du rapport d’audit pour la détermination des coefficients de liquidation des actifs en cause. Mais, elle revient à son postulat de départ, à savoir qu’elle ne devait effectuer sa vérification que “*par rapport aux informations et aux éléments dont le créancier public était effectivement en possession ou qui étaient de notoriété publique*” pour conclure que le dossier administratif confirmait qu’un créancier privé n’aurait pas consenti au concordat (point 51). En jugeant “*que les éléments du dossier n’étaient pas de nature à étayer à suffisance de droit et de manière univoque les conclusions tirées par la Commission en vue de l’évaluation (...) du produit de la vente des actifs à l’occasion d’une liquidation judiciaire*”, le Tribunal aurait commis une erreur de droit (point 52).

Enfin, la Commission considère le Tribunal a conféré à son obligation d’examen diligent et impartial une portée erronée et qu’il lui a imposé une charge excessive. Le Tribunal n’aurait pas indiqué le type d’éléments supplémentaires que la Commission aurait éventuellement pu solliciter.

Position de la Cour

La Cour juge “*comme étant pertinente toute information susceptible d’influencer de manière non négligeable le processus décisionnel d’un créancier privé normalement prudent et diligent, 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 aux prises avec des difficultés de paiement*” (point 60). Bien entendu, ces éléments doivent être disponibles et les évolutions doivent être prévisibles au moment où la décision en cause a été prise.

La Cour prend soin de rappeler qu’elle ne peut “*substituer son appréciation économique à celle de la Commission*” (point 63). Mais, elle doit “*vérifier non seulement l’exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l’ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s’ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées*” (point 64).

La Cour rejette, comme dans l’examen des moyens précédents, l’analyse de la Commission du critère du créancier privé qui consisterait à, premièrement, “*déterminer le point de vue subjectif de l’autorité publique compétente*” et, deuxièmement, “*comparer l’attitude de cette autorité à celle d’un créancier privé hypothétique*” (point 66).

Répondant au reproche de l’imposition par le Tribunal d’une prétendue charge excessive, la Cour considère que la Commission fait une lecture erronée de l’arrêt attaqué qui se serait limité à ce qui suit :

- l’appréciation du critère du créancier privé doit être effectuée par rapport à la situation la plus proche possible de celle de l’autorité publique en cause ;
- la légalité d’une décision en matière d’aides d’État doit être appréciée en fonction des éléments d’information dont la Commission pouvait disposer au moment où elle l’a arrêtée ;
- ces éléments d’information “*incluent ceux qui apparaissent pertinents pour l’appréciation à effectuer*” et “*dont elle aurait pu, sur sa demande, obtenir la production au cours de la procédure administrative*” (point 71) ;
- la Commission n’est nullement soumise à une obligation générale de s’adjoindre le concours d’experts externes.

Selon la Cour, le Tribunal n’a pas imposé de nouvelles exigences qui seraient incompatibles avec ces principes conformes à la jurisprudence de la Cour : “*le Tribunal s’est borné (...), à relever des contradictions internes de la décision litigieuse et à effectuer les constatations*

factuelles selon lesquelles aucun élément du dossier administratif n'est susceptible de fournir une explication relative aux coefficients de liquidation retenues par la Commission" (point 77).

La Cour relève par ailleurs que "le Tribunal a constaté que la Commission avait omis, tout d'abord, de se renseigner sur la durée prévisible d'une procédure d'exécution fiscale, ensuite, de prendre en compte que celle-ci était susceptible d'être interrompue du fait de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire et, enfin, de se renseigner s'agissant des coûts que peut générer une telle procédure" (point 80). Selon la Cour, il s'agit là d'informations "qu'un créancier privé normalement prudent et diligent, placé dans une situation comparable à celle de l'autorité fiscale locale, ne pouvait a priori pas ignorer" et qui "sont susceptibles, à elles seules, de justifier la décision du Tribunal selon laquelle la Commission a omis de prendre en considération tous les éléments pertinents" (point 81).

La Cour conclut que le Tribunal a correctement précisé l'étendue des obligations d'enquête de la Commission et le type d'éléments supplémentaires qu'elle aurait pu solliciter.

Le pourvoi de la Commission est rejeté.

Quelques commentaires

Cet arrêt est dans la droite ligne (d'une manière générale) d'autres affaires comme *Ryanair / Aéroport de Charleroi* (Trib. UE, 17 décembre 2008, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-196/04) ou *EDF* (CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, aff. C-124/10 P) qui exigent de la Commission une application stricte du test de l'opérateur en économie de marché alors qu'à première vue cette application pouvait ne pas s'imposer à l'évidence, vue la nature de l'action de l'État (exercice par l'État de son pouvoir fiscal notamment).

Mais, c'est la première fois, sauf erreur, que la Commission se voit obligée en quelque sorte de "soulever d'office" le critère de l'opérateur en économie de marché (en tout cas son analyse approfondie), contre la position affichée par l'État membre concerné, certes à la suite d'une demande d'un bénéficiaire (mais, la Cour est claire à ce sujet : "lorsqu'il apparaît que le critère du créancier privé pourrait être applicable, [la Commission se doit] d'examiner cette hypothèse indépendamment de toute demande en ce sens" (point 25)). Jusqu'ici, c'était en réponse à la défense de l'État membre qui prétendait agir selon les conditions normales de marché que la Commission devait (comme jugé, par exemple, dans l'arrêt *EDF*), effectuer une appréciation globale en prenant en compte, outre les éléments fournis par cet État membre, tout autre élément pertinent en l'espèce lui permettant de qualifier la mesure (arrêt *EDF* précité, points 82 et 86). Mais la jurisprudence ne franchissait pas la limite de l'examen d'office : pas plus

tard que le 6 juillet 2017, le Tribunal répétait encore que la Commission n'était pas obligée de tenir compte d'éventuels éléments de fait ou de droit qui auraient pu lui être présentés pendant la procédure administrative, mais qui ne l'ont pas été au motif que la Commission ne doit pas examiner d'office et par supputation quels sont les éléments qui auraient pu lui être soumis (affaire *SNCM*, commentée plus haut par R. Vuitton : Trib. UE, 6 juill. 2017, *France c/ Commission*, aff. T-74/14; Trib. UE, 6 juill. 2017, *SNCM c/ Commission*, aff. T-1/15, en particulier point 99).

Pour bien apprécier la portée des nouvelles indications de l'arrêt *Frucona*, il conviendra d'analyser les décisions à venir de la Commission dans le cadre desquelles le critère de l'opérateur en économie de marché est susceptible de s'appliquer. Il est possible que la Commission réclame à présent des États membres bien plus d'informations à cette fin, même si l'État membre n'a pas imaginé (ou n'a pas voulu) se comporter selon des conditions normales de marché.

En revanche, à première analyse, la position de la Cour résulte de la nature objective de la notion d'aide d'État. Un État ne saurait altérer cette notion par les indications subjectives qu'il entendrait donner à la Commission et celle-ci est obligée (comme le juge national d'ailleurs) d'appliquer systématiquement la notion, nonobstant tout commentaire à cet égard par l'État (ou le bénéficiaire ou d'autres tiers).

Les bénéficiaires de mesures étatiques susceptibles de relever du critère de l'opérateur en économie de marché seront bien avisés d'examiner attentivement la défense de l'État. Il s'agit là d'une situation parfois assez inconfortable pour les bénéficiaires – ou d'autres tiers – vus leur absence de droits de la défense et leur manque de participation formelle à la procédure administrative d'une manière vraiment utile (sauf dans les limites, peu utiles, de l'article 108, paragraphe 2, TFUE). À eux de pousser la Commission à poser les bonnes questions et de l'aider à examiner objectivement une situation parfois présentée de façon biaisée par les États membres dont le souci premier est parfois éloigné du droit, si l'on peut dire.

Enfin, comme indiqué, les principes de l'arrêt de la Cour ne peuvent que s'appliquer également aux juridictions nationales saisies de mesures susceptibles d'être qualifiées d'aides d'État. Ces juridictions, elles aussi, devront examiner la question d'une manière "proactive" également, ce qui peut s'avérer encore plus compliqué que pour la Commission.

J. D. ■

À NOTER

Obligation de récupération –

Inexécution : La Cour de justice de l'Union européenne constate que la Belgique a manqué à ses obligations en ne récupérant pas l'aide illégale et incompatible avec le marché commun versée dans le cadre du financement des tests de dépistage de l'encéphalopathie spongiforme bovine (CJUE, 13 sept. 2017, *Commission c/ Belgique*, aff. C-591/14)

De 2001 à 2005, les autorités belges ont financé les tests de dépistage de l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB), rendus obligatoires par le règlement n° 999/2001, du 29 mai 2001 (*JO* 2001, L 147, p. 1). Par la décision 2011/678/UE, du 29 juin 2011 (*JO* 2011, L 274, p. 36), la Commission a notamment considéré que ce financement était, pour la période allant de 2003 à mi-2004, partiellement incompatible avec le marché intérieur et que les sommes correspondantes devaient être récupérées. Le recours introduit par la Belgique contre cette décision a été rejeté par un arrêt du Tribunal (Trib. UE, 25 mars 2015, *Belgique c/ Commission*, aff. T-538/11, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 2-2015, pp. 147-149), lequel fut confirmé par la Cour sous pourvoi (CJUE, 30 juin 2016, *Belgique c/ Commission*, aff. C-270/15 P, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 4-2016, pp. 142-144). Estimant que les autorités belges n'avaient pas pris les mesures nécessaires afin de récupérer ces aides illégales et incompatibles, la Commission a saisi la Cour d'un recours en manquement au titre de l'article 108, paragraphe 2, deuxième alinéa, TFUE. Recours auquel il a été fait droit à la faveur d'un arrêt du 13 septembre 2017, *Commission c/ Belgique* (aff. C591/14). Si les autorités belges ne contestaient pas que les aides en cause n'avaient pas été récupérées, elles avançaient des arguments de trois ordres. Ceux-ci avaient trait à une qualification incorrecte du financement des tests ESB d'aides d'État, à une impossibilité d'exécution de la décision litigieuse et à l'application des règles de *minimis*. Peu enclins à convaincre la Cour, celle-ci écarte – sans surprise – ces arguments et constate que la Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 288, quatrième alinéa, TFUE et des articles 2 à 4 de la décision de 2011.

J. D. ■

2.2. Tribunal de l'Union européenne

Cabotage maritime – Annulation – Obligations de la Commission :

Le Tribunal de l'Union européenne apporte des précisions concernant les obligations pesant sur la Commission européenne à la suite de l'annulation d'une décision en matière d'aide d'État (Trib. UE, 6 juill. 2017, *France c/ Commission*, aff. T-74/14; Trib. UE, 6 juill. 2017, *SNCM c/ Commission*, aff. T-1/15)

La disparition de son acteur principal – par liquidation judiciaire – n'empêche par la saga judiciaire des aides d'État accordées à la *Société nationale Corse Méditerranée (SNCM)* de se poursuivre. L'épilogue apparaît néanmoins de plus en plus proche.

Contexte

Le litige ayant conduit aux arrêts sous commentaire, les derniers en date de la saga, trouve son origine dans la décision de la Commission 2009/611/CE du 8 juillet 2008 (*JO* 2009, L 225, p. 180). Par celle-ci, la Commission a considéré, d'une part, que les aides octroyées à la *SNCM* dans le cadre d'un plan de restructuration, datant de 2002 et consistant dans un apport en capital de 76 millions d'euros, étaient illégales mais compatibles avec le marché intérieur. Elle a estimé, d'autre part, que les aides octroyées dans le cadre d'un second plan, datant de 2006 et mis en œuvre l'occasion du transfert de la *SNCM* au secteur privé, ne constituaient pas des aides d'État. Les mesures en cause dans le plan de 2006 consistaient notamment en un prix de vente négatif de la *SNCM* pour un montant de 158 millions d'euros, un apport en capital de 8,75 millions d'euros, et une avance en compte courant de 38,5 millions d'euros en faveur du personnel de la *SNCM* en cas de nouveau plan social. *Corsica Ferries*, qui avait réussi à obtenir l'annulation d'une première décision concernant le plan de 2002 (Trib. UE, 15 juin 2005, *Corsica Ferries France c/ Commission*, aff. T349/03, comm. A. Alexis, *Concurrences*, n° 3-2005, pp. 111-112) a introduit un recours contre la décision de 2008, lequel a partiellement prospéré. En effet, par un arrêt du 11 septembre 2012, *Corsica Ferries c/ Commission* (aff. T-565/08, comm. J. Derenne, *Concurrences*, n° 4-2012, pp. 136-137), le Tribunal a conclu à une erreur d'appréciation de la Commission concernant, d'une part, la cession de la *SNCM* à un prix négatif de 158 millions d'euros et, d'autre part, l'apport en capital d'un montant de 8,75 millions d'euros. Il a également estimé que l'analyse concernant une partie des aides accordées dans le cadre du plan de 2002 devait être revue, puisqu'elle était fondée sur la prémisse erronée selon laquelle les mesures relatives au plan de 2006 n'étaient pas des aides. Statuant sur pourvoi, la Cour a confirmé cet arrêt du Tribunal (CJUE, 4 sept. 2014, *SNCM et France c/ Commission*, aff. jtes C-533/12 P et C-536/12 P, comm. J. Derenne, *Concurrences*, n° 4-2014, pp. 183-184).

Restait donc à la Commission, à la suite de l'arrêt du 11 septembre 2012, de tirer les conséquences de l'annulation partielle sa décision de 2008. Dans ce contexte, la France et la *SNCM* sollicitaient la réouverture de la procédure formelle d'examen, afin de permettre aux tiers intéressés de s'exprimer. La Commission a refusé de faire droit à cette demande tout en permettant à la France et à la *SNCM* de déposer des observations. Elle a, ensuite, adopté la décision 2014/882/UE du 20 septembre 2013 (*JO* 2014, L 357, p. 1), par laquelle elle a considéré que 15,81 millions d'euros de l'apport en capital prévu en 2002 et les trois mesures mises en œuvre par les autorités françaises en 2006 constituaient des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur.

C'est cette décision qui a fait l'objet d'un recours, tant de la France que de la *SNCM*, et qui a donné lieu aux arrêts sous commentaire. L'intérêt principal de ces derniers réside dans les précisions apportées par le Tribunal concernant les obligations pesant sur la Commission à la suite de l'annulation d'une décision en matière d'aide d'État. Les développements relatifs aux moyens soulevés par les parties concernant l'appréciation de la matérialité et de la compatibilité des aides en cause sont d'un intérêt plus limité, la France ayant d'ailleurs renoncé, en cours d'instance, à contester ces aspects. Les précisions apportées par le Tribunal, dans le cadre du recours de la *SNCM*, concernant la répartition des rôles entre la Commission et l'État membre dans le cadre de la mise en œuvre du test de l'investisseur privé méritent néanmoins un certain intérêt.

La Commission n'avait pas l'obligation de rouvrir la procédure formelle d'examen

La Commission devait-elle rouvrir la procédure formelle d'examen à la suite de l'annulation partielle de la décision de 2008? C'est la question qui était soumise au Tribunal dans le cadre de l'invocation, par la France, d'un moyen tiré de la violation des droits de la défense et, par la *SNCM*, d'un moyen pris de la violation des articles 108, paragraphe 2, et 266 TFUE. Il était ainsi soutenu que, avant d'adopter la décision de 2013, la Commission aurait dû rouvrir cette procédure afin, notamment, de recueillir les informations nécessaires pour se conformer aux motifs de l'arrêt du 11 septembre 2012.

En effet, dans la décision attaquée, la Commission a estimé qu'elle devait fonder sa nouvelle analyse sur les seules informations dont elle disposait lors de l'adoption de la décision de 2008, sans compléter son instruction. Elle a néanmoins pris en compte, à titre subsidiaire, les observations déposées par la France et la *SNCM* à la suite de l'arrêt du 11 septembre 2012.

À cet égard, le Tribunal procède, à titre liminaire, au rappel des principes généraux gouvernant le remplacement d'un acte annulé, tels qu'ils découlent notamment de l'arrêt du 9 juillet 2008, *Alitalia c/ Commission* (aff. T301/01, points 98 à 100). Il souligne en particulier que la procédure visant à remplacer un acte annulé peut être reprise au point précis auquel l'illégalité est intervenue et que l'annulation d'un acte n'affecte pas nécessairement les

actes préparatoires. En effet, l'annulation d'un acte mettant un terme à une procédure administrative comprenant différentes phases n'entraîne pas nécessairement l'annulation de toute la procédure précédant l'adoption de l'acte attaqué indépendamment des motifs, de fond ou de procédure, de l'arrêt d'annulation.

Ensuite, le Tribunal procède à une analyse en trois temps.

Premièrement, il constate que, contrairement à ce que prétendait la *SNCM*, il ne ressort pas de la jurisprudence qu'une annulation, en raison d'erreurs de droit ou d'erreurs manifestes d'appréciation (comme ce fut le cas de la décision de 2008) et non pas d'un défaut de motivation, implique nécessairement la réouverture de la procédure formelle d'examen. En effet, la possibilité de ne pas reprendre toute la procédure précédant l'adoption d'un acte pris en remplacement d'un autre n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier ait été annulé pour vice de procédure. Il constate également qu'aucune disposition ne spécifie les cas dans lesquels la Commission est dans l'obligation de rouvrir la procédure formelle d'examen (aff. T-74/14, point 50; aff. T-1/15, point 69).

Deuxièmement, le Tribunal pose le principe selon lequel *“pour respecter ses obligations tirées de l'article 266 TFUE et mener la nouvelle analyse requise (...) dans un arrêt d'annulation, la Commission peut, en fonction des circonstances de l'espèce, être contrainte de rouvrir la procédure formelle d'examen, d'une part, en vue de recueillir les éléments nécessaires à la nouvelle analyse et, d'autre part, pour donner la possibilité aux tiers intéressés de faire valoir leurs arguments sur les nouvelles analyses menées par la Commission. Il appartient alors à la Commission, dans ces cas de figure, d'analyser tout élément nouveau pertinent et contemporain des mesures en cause, apporté par l'État membre concerné ou les tiers intéressés”*. Le Tribunal prend appui, à cet égard, sur son arrêt du 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais c/ Commission* (aff. jtes T267/08 et T279/08, points 83 et 84, comm. J.-Y. Chérot, *Concurrences*, n° 3-2011, pp. 166-169).

Cette appréciation du Tribunal ne peut qu'être saluée. Et ce d'autant plus eu égard à la circonstance qu'un arrêt d'annulation peut contenir des prescriptions relativement précises concernant la manière dont la Commission devra conduire son nouvel examen d'une mesure ainsi que sur les éléments qu'elle devra prendre en compte à cet égard.

Le Tribunal ne pouvait, en conséquence de ses considérations, que constater que la Commission n'aurait pas dû estimer d'emblée qu'elle devait exclusivement fonder sa nouvelle analyse sur les informations dont elle disposait au moment de l'adoption de la décision de 2008. En effet, l'appréciation de la nécessité de rouvrir la procédure formelle d'examen ne pouvait reposer que sur une appréciation conjointe des motifs de l'arrêt du 11 septembre 2012 et des circonstances de l'espèce.

Troisièmement, procédant lui-même à l'analyse omise par la Commission, le Tribunal constate que cette erreur est sans influence sur la légalité de la décision de 2013, dès lors que, en tout état de cause, il n'y avait pas lieu, pour

mener l'analyse requise par le Tribunal dans l'arrêt du 11 septembre 2012, de reprendre l'instruction de l'affaire.

À cet effet, le Tribunal examine les deux possibilités évoquées précédemment. Ainsi, d'une part, il relève que les motifs de l'arrêt du 11 septembre 2012 n'imposaient pas de rouvrir la procédure formelle d'examen, les éléments nécessaires à la nouvelle analyse, telle qu'évoquée par ces motifs, étant déjà à la disposition de la Commission. D'autre part, il constate que les autorités françaises et la *SNCM*, tout comme les tiers intéressés, ont pu communiquer leurs observations à la Commission à de nombreuses reprises, de sorte que leurs droits d'être entendus et associés à la procédure ont été respectés lors de l'adoption de la décision de 2008, et que, partant, il n'y avait pas lieu de les consulter de nouveau. Le Tribunal relève d'ailleurs que la Commission a donné la possibilité à la France et à la *SNCM* de déposer leurs observations à la suite du 11 septembre 2012, ce qu'elles ont d'ailleurs fait, ce qui, de l'avis du Tribunal, a contribué à l'exercice de leurs droits plutôt qu'à les restreindre. Dans ce contexte, il importe de noter que le Tribunal valide le fait, pour la Commission, d'avoir demandé, à la suite de l'arrêt du 11 septembre 2012, des observations sur l'exécution de celui-ci, une telle pratique étant conforme, selon les juges de Luxembourg, au "*principe de bonne administration*". Le Tribunal relève enfin que ni la France, ni la *SNCM* n'ont défini les nouveaux éléments de preuve qui auraient pu être apportés en cas de réouverture de la procédure formelle d'examen. La France se référait certes à une note du préfet des Bouches-du-Rhône du 5 juillet 2013, mais le Tribunal constate que rien n'explique que ladite note n'ait pas été communiquée à la Commission en temps utile.

Dans ces conditions, le Tribunal conclut que la Commission n'a pas violé les droits de la défense de la France (aff. T-74/14, point 64) ni méconnu ses obligations tirées des articles 108, paragraphe 2, et 266 TFUE (T-1/15, point 84).

L'État membre concerné doit fournir à la Commission les éléments nécessaires pour appliquer le test de l'investisseur privé

Dans le cadre de la contestation de la qualification des mesures en cause d'aides d'État, la *SNCM* faisait grief à la Commission d'avoir inversé la charge de la preuve, ce qui a donné l'occasion au Tribunal d'exposer, de manière explicite, la répartition des rôles entre la Commission et l'État membre dans le cadre de la mise en œuvre du test de l'investisseur privé.

À cet égard, le Tribunal rappelle la jurisprudence selon laquelle, lorsqu'il apparaît que le critère de l'investisseur privé pourrait être applicable, il incombe à la Commission de demander à l'État membre concerné de lui fournir toutes les informations pertinentes lui permettant de vérifier si les conditions d'applicabilité et d'application de ce critère sont remplies et elle ne peut refuser d'examiner de telles informations que si les éléments de preuve produits ont été établis postérieurement à l'adoption de la décision d'effectuer l'investissement en question (aff. T-1/15, point 97).

Il souligne également que la Commission est tenue, dans l'intérêt d'une bonne administration des règles fondamentales du traité relatives aux aides d'État, de conduire la procédure d'examen des mesures incriminées de manière diligente et impartiale, afin qu'elle dispose, lors de l'adoption de la décision finale, des éléments les plus complets et fiables possibles pour ce faire (aff. T-1/15, point 98).

Il fait noter enfin qu'il ne saurait être reproché à la Commission de ne pas avoir tenu compte d'éventuels éléments de fait ou de droit qui auraient pu lui être présentés pendant la procédure administrative, mais qui ne l'ont pas été, la Commission n'étant pas dans l'obligation d'examiner d'office et par supputation quels sont les éléments qui auraient pu lui être soumis (aff. T-1/15, point 99).

De ces considérations, issues d'une jurisprudence établie, le Tribunal déduit que, "*s'il incombe bien à la Commission de prouver l'existence d'une mesure susceptible d'être qualifiée d'aide, il appartient en revanche à l'État membre concerné de lui fournir l'ensemble des éléments pertinents lui permettant de mener un examen diligent et impartial des conditions d'application du test de l'investisseur privé*" (aff. T-1/15, point 100). Il précise qu'"*il appartient à la Commission de permettre à l'État membre concerné et aux tiers concernés de lui apporter les éléments les plus complets et fiables possibles sur les mesures en cause ainsi que sur leur contexte*".

Ces développements nouveaux apparaissent conformes à la jurisprudence aux termes de laquelle si un État membre invoque, au cours de la procédure administrative, le critère de l'investisseur privé, il lui incombe, en cas de doute, d'établir sans équivoque et sur la base d'éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre ressortit à sa qualité d'actionnaire. Ils le sont également à la jurisprudence selon laquelle si l'État membre concerné fait parvenir à la Commission des éléments de la nature requise, il appartient à cette dernière d'effectuer une appréciation globale prenant en compte, outre les éléments fournis par cet État membre, tout autre élément pertinent en l'espèce lui permettant de déterminer si la mesure en cause ressortit à la qualité d'actionnaire ou à celle de puissance publique dudit État membre (CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, aff. C-124/10 P, points 82 et 86).

En marge de ces considérations, il est à noter que le Tribunal confirme la jurisprudence, désormais établie, concernant la valeur probante des rapports établis par des sociétés indépendantes afin de démontrer, dans le cadre de l'application du test de l'investisseur privé, la rationalité du comportement de l'État (Trib. UE, 3 juillet 2014, *Espagne e.a. c/ Commission*, aff. jtes T319/12 et T321/12, points 49 et 50, Trib. UE, 25 juin 2015, *SACE et Sace BT c/ Commission*, aff. T-305/13, point 121). C'est ainsi que le Tribunal confirme que le fait de fournir, lors de la procédure administrative, des études de sociétés de conseil indépendantes commandées peut contribuer à démontrer que l'État membre a mis en œuvre la mesure concernée en sa qualité d'actionnaire. En revanche, l'existence de tels rapports n'est pas nécessairement suffisante en elle-même

pour considérer que l'entreprise bénéficiaire de ladite mesure n'a pas bénéficié d'un avantage économique au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Il appartient en effet à l'État membre d'apprécier le contenu de ces rapports, puis d'endosser, le cas échéant, leurs conclusions. L'État membre concerné ne saurait donc se prévaloir des conclusions de rapports de sociétés de conseil indépendantes, sans avoir lui-même apporté l'ensemble des réponses adéquates aux questions qu'un investisseur privé avisé se serait posées dans les circonstances du cas d'espèce. Dans ces conditions, la Commission n'est aucunement tenue par les conclusions d'études d'expert et doit mener son propre examen, et ce avec la diligence nécessaire.

Conclusion

Au-delà des aspects qui viennent d'être abordés, le Tribunal examine, pour les écarter, les moyens pris de la violation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et 107, paragraphe 3, sous c), TFUE avancés par la *SCNM* et celui pris d'une violation de l'obligation de motivation soulevé par la France. Il rejette, *in fine*, les deux recours.

R. V. ■

Aides régionales à l'investissement – Examen approfondi – Effet incitatif – Proportionnalité : Le Tribunal de l'Union européenne considère que la Commission européenne pouvait limiter le montant d'une aide compatible à ce qui était strictement nécessaire pour qu'un projet d'investissement soit mené dans une région défavorisée, au terme d'une analyse approfondie, quand bien même le seuil de déclenchement d'une enquête approfondie prévu par les lignes directrices relatives aux aides régionales n'aurait pas été atteint (*Trib. UE, 12 sept. 2017, BMW, aff. T-671/14*)

L'arrêt *BMW* du Tribunal est intéressant pour comprendre la manière dont s'articulent la marge d'appréciation dont dispose la Commission dans l'examen de la compatibilité des aides avec le marché intérieur, le respect des lignes directrices qu'elle édicte et celui des règlements d'exemption par catégorie. Il montre que la faculté pour la Commission de mener à bien un examen approfondi d'une aide individuelle reste considérable, même dans des domaines qui semblent fort encadrés par des lignes directrices et par des règlements d'exemption. On peut considérer que le respect du principe de proportionnalité sort renforcé de cet arrêt du Tribunal.

En 2010, *BMW* envisageait de construire un nouveau site de production pour la fabrication de véhicules électriques et de véhicules hybrides rechargeables, et s'interrogeait sur la localisation de ce nouveau site à Munich ou à Leipzig. Dans la mesure où elle pouvait bénéficier d'aides au développement régional en installant ce site à Leipzig, son choix s'est porté sur cette ville. Selon les

calculs examinés par ses instances dirigeantes, en l'absence d'aides, l'installation du site à Leipzig aurait entraîné un surcoût de 17 millions d'euros par rapport au choix de Munich. Toutefois, les autorités allemandes ont décidé de notifier à la Commission une aide d'un montant de 49 millions d'euros à *BMW*. Cette aide se rattachait à un régime d'aides qui était couvert par le règlement d'exemption générale par catégories, mais son montant dépassait celui au-delà duquel une notification individuelle était requise par ce même règlement.

Après avoir ouvert la procédure formelle d'examen, la Commission a déclaré l'aide compatible avec le marché intérieur jusqu'au montant de 17 millions d'euros et incompatible au-delà. *BMW* a déposé un recours en annulation contre cette décision, pour autant qu'elle concluait à l'incompatibilité de l'aide.

En substance, les principaux arguments de *BMW* reposaient sur la méconnaissance, par la Commission, des lignes directrices relatives aux aides régionales, du règlement d'exemption par catégorie et du principe de proportionnalité.

Sur le respect des lignes directrices relatives aux aides régionales

Pour comprendre le litige, il faut tout d'abord rappeler une particularité des lignes directrices relatives aux aides régionales. Elles réputent compatibles avec le marché intérieur certaines aides régionales à partir de critères assez rudimentaires (et en particulier sans examen spécifique des effets de l'aide sur la concurrence), et ne prévoient en principe d'examen approfondi que lorsque certains seuils (mentionnés en leur point 68) sont franchis. Le seuil pertinent ici aurait été le dépassement de 25% des ventes du ou des produits considérés sur le marché en cause avant ou après investissement. Or, le marché pertinent était en l'espèce difficile à définir. Aussi la Commission avait-elle procédé à l'ouverture de la procédure et déclenché un examen approfondi selon les lignes directrices relatives aux aides régionales en faveur de grands projets d'investissements sans être parvenue à une conclusion sur le dépassement du seuil de 25%.

Dans ces conditions, *BMW* reprochait à la Commission de n'avoir pas attendu de parvenir à la conclusion que le seuil de 25% était dépassé pour ouvrir la procédure formelle d'examen, d'avoir conclu à tort dans la décision finale que ce seuil de 25% était dépassé, de ne s'être pas alors entourée de toutes les expertises possibles pour déterminer si ce seuil était ou non dépassé et d'avoir procédé à un examen approfondi selon des lignes directrices spécifiques qui n'auraient été applicables qu'en cas de dépassement de ce seuil.

Pour répondre à cette argumentation, le Tribunal se réfère à plusieurs reprises à l'arrêt *Smurfit Kappa* (*Trib. UE, 10 juill. 2012, Smurfit Kappa Group c/ Commission, aff. T-304/08*), dont il ressort notamment que la Commission a toujours la faculté (et même l'obligation) d'ouvrir la procédure formelle d'examen en cas de difficulté sérieuse, quand bien même les seuils de déclenchement de

l'examen approfondi posés par les lignes directrices relatives aux aides régionales ne seraient pas atteints. Il ressort aussi de cet arrêt que la Commission ne peut s'abstenir d'évaluer l'impact des aides régionales sur les échanges entre les États membres et, notamment, d'apprécier les répercussions sectorielles qu'elles sont susceptibles de provoquer dans l'ensemble de l'Union.

Par ailleurs, le Tribunal admet que la Commission dispose d'une certaine marge d'appréciation dans la recherche et l'examen des circonstances de l'espèce et rappelle que, pour apprécier l'existence de difficultés sérieuses, il faut déterminer si, au jour où elle a adopté la décision d'ouverture, elle disposait d'informations suffisamment complètes pour se prononcer sur la compatibilité de la mesure litigieuse avec le marché intérieur.

Dès lors, deux motifs justifient ici l'ouverture de la procédure formelle d'examen: le fait qu'elle pouvait intrinsèquement nourrir des doutes sur la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur et le fait qu'après avoir établi un dialogue avec les autorités allemandes sur la détermination du marché pertinent et des parts de marché de *BMW*, elle ne parvenait pas à exclure que ce seuil soit dépassé (en l'occurrence, même l'Allemagne nourrissait des doutes sur ce point).

Si la Commission était en droit d'ouvrir la procédure formelle d'examen, elle pouvait également procéder à un examen approfondi de l'aide, à la lumière des lignes directrices relatives aux aides régionales en faveur de grands projets d'investissement, quand bien même elle serait parvenue à la conclusion que les seuils prévus par les lignes directrices n'étaient pas dépassés. Le Tribunal écarte donc, comme inopérants les arguments de *BMW* visant à contester le dépassement du seuil de 25%.

Sur le respect du règlement d'exemption par catégorie et du principe de proportionnalité

BMW soutenait que la décision attaquée contenait une appréciation manifestement erronée de l'effet incitatif, de l'opportunité et des effets de l'aide. À certains égards, la requérante a cherché à utiliser le règlement d'exemption par catégorie au soutien de son argumentation. En substance, l'aide qu'elle avait notifiée ne répondait-elle pas à tous les critères de compatibilité retenus par le règlement d'exemption par catégorie puisqu'elle ne se distinguait des aides exemptées que par son montant qui dépassait les seuils de notification individuelle?

Le Tribunal commence par souligner que l'aide examinée ne saurait être considérée comme couverte par le règlement d'exemption, dès lors qu'en raison de son montant, elle doit faire l'objet d'une notification individuelle. Il consacre l'autonomie de l'analyse de compatibilité à conduire par rapport aux dispositions du règlement d'exemption et écarte ainsi les tentatives d'extrapolation de ces dispositions. On ne peut présumer que le montant de l'aide qui résulterait des critères posés par le règlement d'exemption aurait un effet incitatif et répondrait au principe de proportionnalité.

C'est donc à juste titre que la Commission a procédé à une analyse différenciée du caractère incitatif et proportionné de l'aide. Si le Tribunal admet que la compensation des inconvénients du lieu d'implantation, tels qu'ils étaient prévus au moment où l'entreprise concernée a choisi le site de l'investissement puissent être compensés, il reconnaît, avec la Commission, qu'il aurait été disproportionné d'aller au-delà. Comme il l'indique au point 105 de l'arrêt, *"il n'y a pas lieu, par le biais des aides d'État, d'écartier tout risque d'investissement lié à un projet particulier. De tels risques, au contraire, relèvent de la responsabilité de l'entreprise bénéficiaire de l'aide, (...). Le critère pertinent, dans l'évaluation de l'opportunité d'une aide, est uniquement celui de savoir si l'aide était nécessaire pour que le projet d'investissement fût réalisé dans la région assistée en question. (...) tel est le cas si l'aide est «égale à la différence entre les coûts nets d'un investissement dans la région assistée pour l'entreprise bénéficiaire et ceux d'un investissement dans la ou les autres régions»"*. Au point 107, il ajoute qu'*"il ne faut pas permettre aux États membres d'effectuer des versements qui apporteraient une amélioration de la situation financière de l'entreprise bénéficiaire sans être nécessaires pour atteindre les buts prévus par l'article 107, paragraphe 3, TFUE (...)"*.

BMW prétendait encore qu'il aurait fallu tenir compte des surcoûts réels qu'avait entraînés l'installation du nouveau site de production à Leipzig plutôt qu'à Munich. Or ces coûts réels s'étaient révélés plus élevés que le montant prévu au moment où l'entreprise a choisi son site d'implantation.

Le Tribunal rejette cet argument en observant que la proportionnalité de l'aide s'apprécie au moment où le choix définitif de l'entreprise est effectué. En effet, la prise en compte des coûts réels, *a posteriori*, n'a plus d'impact sur le comportement de l'entreprise. La Commission pouvait en outre présumer que le montant de l'aide dépassant ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif de l'aide aurait un effet négatif de distorsion de la concurrence.

BMW estimait enfin que la décision de la Commission portait atteinte à un régime d'aides existantes. Selon la requérante, la Commission ne pouvait pas aller jusqu'à limiter le montant de l'aide compatible à 17 millions d'euros en l'espèce. En application du régime d'aides mis en place par l'Allemagne et couvert par le règlement d'exemption par catégories, un montant de 22,5 millions aurait pu être alloué à *BMW* au titre de ce projet (sans dépasser les seuils de notification individuelle).

Le Tribunal n'accueille pas davantage cet argument et ne considère pas que la Commission ait été en présence d'une aide existante. Il rappelle le caractère fondamental de l'obligation de notification préalable des aides d'État, et confirme qu'en tant que tempérament à la règle générale que constitue cette obligation, le règlement d'exemption par catégorie et les conditions qu'il prévoit doivent être interprétés de manière stricte.

Il note, de façon intéressante, que le règlement d'exemption n'emporte pas les mêmes conséquences qu'une décision d'autorisation préalable et relève d'un régime

procédural différent. Le règlement d'exemption repose sur une présomption de conformité avec le marché intérieur. Mais "dans des circonstances telles que celles de l'espèce, une présomption de conformité de l'aide jusqu'à un certain seuil ne saurait prévaloir sur son appréciation individuelle, dès lors qu'il est constant que cette dernière relevait de l'obligation de notification, c'est-à-dire qu'elle était d'une importance jugée de prime abord comme particulière quant à ses éventuels effets sur la concurrence" (point 177).

Cet arrêt a le mérite de rappeler le caractère inaliénable de la compétence de la Commission lorsqu'elle apprécie la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur selon les mérites propres de cette dernière.

B. S. ■

2. Jurisprudence nationale

Responsabilité – Octroi d'une aide illégale – Récupération: Le Conseil d'État rejette le pourvoi d'une entreprise mettant en cause la responsabilité de l'État pour l'octroi d'une aide illégale dont elle a bénéficié et la récupération tardive de celle-ci (CE, 7 juin 2017, *Le Muselet Valentin*, n° 386627)

Un État membre peut-il être tenu responsable de l'octroi illégal d'une aide d'État et de la récupération tardive de celle-ci par le bénéficiaire de cette aide? C'est la question que le Conseil d'État français était appelé à trancher dans le cadre d'un pourvoi introduit par la société *Le Muselet Valentin* contre un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy du 30 octobre 2014 (pour une question assez similaire mais à l'égard d'une partie privée, s'agissant de la même mesure d'aide litigieuse, voir comm. J. Derenne sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris rejetant une action en dommages et intérêts fondée sur la perte du bénéfice de cette aide illégale et incompatible, *Epta Rack, Concurrences* n° 1-2012, pp. 178-179).

Contexte

Cette société avait bénéficié, sur le fondement de l'article 44 septies du Code général des impôts alors en vigueur, d'une exonération d'impôt sur les sociétés, au titre des exercices 1998, 1999 et 2000, en raison de la reprise d'une entreprise en redressement judiciaire. Par une décision 2004/343/CE, du 16 décembre 2003 (*JO* 2004 L 108, p. 38), la Commission a estimé que le régime mis en œuvre par cette disposition du Code général des impôts constituait un régime d'aides illégal et incompatible avec le marché intérieur. Elle a ainsi ordonné la suppression de ce régime et la récupération des aides déjà octroyées. Par un arrêt du 13 novembre 2008, *Commission c/ France* (aff. C-214/07), la Cour a constaté que, en n'exécutant pas, dans le délai imparti, la décision 2004/343, la France avait manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de ladite décision.

C'est dans ce contexte que, le 27 novembre 2009, un titre de perception a été émis à l'encontre de la société *Le Muselet Valentin*, ordonnant le paiement d'une somme de plus de 1,3 millions d'euros, correspondant au montant de l'aide dont elle a bénéficié sur le fondement du régime en cause. Estimant que l'État était responsable d'un préjudice découlant des fautes commises à raison de l'octroi illégal des aides en cause et du retard dans la récupération de celles-ci, *Le Muselet Valentin* a introduit un recours devant les juridictions administratives françaises. Saisi en dernier ressort, le Conseil d'État, tout en rejetant le pourvoi, bottera finalement en touche sans trancher précisément les questions juridiques qui lui étaient posées.

L'État ne saurait être tenu pour responsable du préjudice découlant de l'octroi d'une aide d'État illégale

Alors que *Le Muselet Valentin* mettait indubitablement en cause la responsabilité de l'État en raison du préjudice qu'elle avait subi en raison de l'octroi, en tant que tel, de l'aide illégale en cause, ainsi que du retard, nécessairement imputable à l'État, dans la récupération de celle-ci, les juridictions administratives successivement saisies ont rejeté sa demande, en se fondant sur le fait que la récupération de l'aide résultait d'une obligation issue du droit de l'Union.

Ainsi, prenant appui sur le fait qu'une décision de la Commission demandant à un État membre le recouvrement d'une aide déclarée incompatible avec les dispositions du droit de l'Union prohibant les aides d'État s'impose aux autorités comme aux juridictions nationales lorsque sa validité n'a pas été contestée dans le délai devant les juridictions de l'Union par le bénéficiaire de l'aide, le Conseil d'État admet que la somme devant être acquittée par *Le Muselet Valentin* "ne peut constituer un préjudice indemnisable dès lors que l'État est tenu de procéder à la récupération de l'aide en mettant à la charge du bénéficiaire une somme correspondant au montant de l'exonération d'impôt illégalement accordée".

La réponse apportée par la haute juridiction administrative française n'est pas satisfaisante en ce sens que la question posée en l'espèce n'était pas de savoir si l'État pouvait être tenu de réparer le préjudice découlant de la récupération d'une aide d'État illégale mais, plus précisément, de l'octroi de celle-ci. La circonstance que l'État est tenu de procéder au recouvrement de cette aide illégale n'est à cet égard qu'une question subséquente. En effet, s'il est évident que l'État doit récupérer une aide illégalement octroyée, la question demeure ouverte de savoir si l'entreprise bénéficiaire peut engager sa responsabilité du fait des conséquences découlant de cet octroi. Tel pourrait être particulièrement le cas en présence d'un régime d'aides dont de nombreuses entreprises auraient pu bénéficier de bonne foi alors que l'État avait pleinement connaissance de l'illégalité dudit régime. L'exemple des aides accordées aux agriculteurs dans le cadre des plans de campagne est particulièrement topique à cet égard.

Le raisonnement du Conseil d'État étonne d'autant plus que la jurisprudence selon laquelle le bénéficiaire d'une aide ne saurait, sauf circonstances exceptionnelles, avoir une confiance légitime dans la régularité d'une aide que si celle-ci a été accordée dans le respect des dispositions de l'article 108 TFUE et qu'un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer que cette procédure a été respectée (voir, notamment, Trib. UE, 10 avril 2003, *Département du Loiret c/ Commission*, aff. T-369/00, point 58), aurait pu servir plus utilement de fondement au Conseil d'État pour dénier la responsabilité de l'État dans le cas d'espèce. En effet, en tant qu'opérateur économique diligent, *Le Muselet Valentin* aurait dû être en mesure de s'assurer que l'exonération fiscale dont elle a bénéficié n'avait pas fait l'objet d'un octroi conforme aux dispositions, notamment, de l'article 108 TFUE, et ne saurait donc engager la responsabilité de l'État en raison de cet octroi. Cette jurisprudence, tout aussi constante qu'établie, n'est cependant pas mentionnée par la haute juridiction.

L'État ne saurait être tenu pour responsable du préjudice découlant de la récupération tardive d'une aide d'État illégale

Alors que l'État français a mis plus de 5 ans, à la suite de l'adoption de la décision de la Commission, pour émettre un titre de perception, et que, par conséquent, *Le Muselet Valentin* a dû acquitter, en plus du montant de l'aide en cause, des intérêts portant sur l'ensemble de cette période, le Conseil d'État rejette le recours de cette société en tant qu'il visait la réparation du préjudice subi en raison de cette récupération tardive. À cet égard, il est relevé que “l'obligation de payer les intérêts communautaires (sic) résultait de l'application par [la France] de la décision [de la Commission] et du règlement de la Commission n° 794/2004 du 21 avril 2004 [JO 2004 L140, p.1] et qu'elle ne saurait engager la responsabilité de l'État, dès lors que ces intérêts communautaires avaient pour seul objet de garantir l'effet utile du régime des aides d'État en compensant l'avantage financier et concurrentiel procuré par l'aide illégale entre l'octroi de celle-ci et sa récupération, y compris en cas de retard de l'État à la récupérer”. Le Conseil d'État constate donc l'absence de lien de causalité entre la faute alléguée de l'État et le préjudice subi.

Outre la circonstance que les articles 9 et 11 du règlement n° 794/2004, relatifs au taux d'intérêt applicable à la récupération d'une aide d'État illégale, n'étaient pas applicables en l'espèce, eu égard à l'application *ratione temporis* de ceux-ci (telle que prévue par l'article 13 dudit règlement), il est à rappeler que l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 prévoit que, en cas de décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'État membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire. L'aide à récupérer en vertu d'une décision de récupération comprend, conformément à l'article 14, paragraphe 2, de ce règlement, des intérêts. C'est ainsi que la suppression d'une aide illégale par voie de récupération du montant de l'aide versée, majoré d'intérêts, est la conséquence logique de la constatation d'incompatibilité de cette aide avec le marché commun et vise uniquement au rétablissement de la situation concurrentielle antérieure, cette obligation ne saurait, en principe, présenter un caractère disproportionné par rapport aux objectifs visés par les dispositions du traité en matière d'aides d'État (voir, par exemple, CJUE, 14 janv. 1997, *Espagne c/ Commission*, aff. C-169/95, point 47).

Il n'en demeure pas moins que la question peut se poser de savoir si l'État, qui est chargé de la récupération de l'aide illégale, ne peut être tenu pour responsable du préjudice éventuellement subi en raison de la tardiveté de celle-ci. Tel pourrait être le cas, notamment, dans l'hypothèse où cette récupération aurait lieu au-delà d'un délai raisonnable ou dans celle où l'État membre aurait manqué à ses obligations de récupération découlant d'une décision de la Commission, comme c'est le cas en l'espèce.

En rejetant les allégations de *Le Muselet Valentin* en se fondant sur la seule obligation de récupérer une aide d'État illégale et des intérêts y afférents, le Conseil d'État ne répond pas à cette question. Et ce alors même qu'il aurait pu être objecté à cette société que, au plus tard lors l'adoption de la décision de la Commission, elle avait, en tant qu'opérateur diligent, connaissance de la nécessité de rembourser l'aide en cause et qu'elle devait, dès ce stade, se prémunir contre les conséquences de celle-ci, y compris au regard de l'application éventuelle d'intérêts.

Conclusion

En conclusion, si le pourvoi de *Le Muselet Valentin* était manifestement voué au rejet, il est regrettable que le Conseil d'État n'ait pas saisi cette occasion pour répondre de manière plus précise sur la question de l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'octroi d'une aide illégale et de sa récupération tardive.

R. V. ■

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, Jacques Steenbergen, 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, Tommaso Valletti, 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 anticoncurrentielles, 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

Revue

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

> Abonnements Basic

Revue Concurrences | Review Concurrences

- | | | |
|--|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 545,00 € | 654,00 € |
| <input type="checkbox"/> Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 570,00 € | 582,00 € |

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | |
|--|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 760,00 € | 912,00 € |
|--|----------|----------|

> Abonnement Concurrences+

Devis sur demande
Quote on request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France