

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 4-2016 | pp. 142-157

Jacques Derenne

jderenne@sheppardmullin.com

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

Bruno Stromsky

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référendaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

Aides d'État

Jacques Derenne*

jderenne@sheppardmullin.com

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

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'Union européenne, Luxembourg

1. Cour de justice de l'Union européenne

142 La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne rejetant le recours de l'État belge contre la décision de la Commission européenne déclarant pour partie compatibles et pour partie incompatibles avec le marché intérieur les aides accordées pour le financement des tests de dépistage de l'encéphalopathie spongiforme bovine

CJUE, 30 juin 2016, Belgique c/ Commission, aff. C-270/15 P

144 La Cour de justice de l'Union européenne confirme la validité des mesures de répartition des charges prévues par la communication de la Commission européenne relative aux aides d'État au secteur bancaire en période de crise financière

CJUE, Grde. ch., 19 juill. 2016, Kotnik c/ Slovénie, aff. C-526/14

146 La Cour de justice de l'Union européenne confirme le caractère impératif des conditions d'exemption posées par le règlement d'exemption par catégories, même lorsque la condition violée se limite à un défaut de référence expresse du régime concerné au règlement d'exemption

CJUE, 21 juill. 2016, Dilly's Wellnesshotel, aff. C-493/14

147 La Cour de justice de l'Union européenne estime, en adoptant une approche dynamique, que les changements dans les structures de propriété des sociétés productrices d'électricité doivent être pris en compte lors du calcul du montant de la compensation des coûts échoués dont elles bénéficient

CJUE, 15 sept. 2016, PGE, aff. C-574/14

2. Tribunal de l'Union européenne

150 Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission européenne ordonnant la récupération auprès de l'opérateur historique allemand de services postaux d'une partie des subventions relatives aux retraites des anciens fonctionnaires postaux

Trib. UE, 14 juill. 2016, Allemagne c/ Commission, aff. T-143/12

153 Le Tribunal de l'Union européenne rejette un recours contre une décision de la Commission européenne concluant à l'absence d'aide pour défaut de transfert de ressources d'État du fait de la fixation d'un tarif avantageux pour des services portuaires

Trib. UE, 14 sept. 2016, Trajektina luka Split, aff. T-57/15

1. Cour de justice de l'Union européenne

Santé publique – Notion d'aide d'État – Avantage sélectif: La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne

rejetant le recours de l'État belge contre la décision de la Commission européenne déclarant pour partie compatibles et pour partie incompatibles avec le marché intérieur les aides accordées pour le financement des tests de dépistage de l'encéphalopathie spongiforme bovine

(CJUE, 30 juin 2016, Belgique c/ Commission, aff. C-270/15 P)

Du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2005, les autorités belges ont participé au financement des tests de dépistage de l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB), rendus obligatoires par le règlement n° 999/2001, du 29 mai 2001, fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles (JOCE 2001, L 147, p. 1).

Contexte

Après avoir été saisie d'une plainte et avoir ouvert une procédure formelle d'examen, la Commission a considéré, par la décision 2011/678/UE, du 29 juin 2011 (JOUE 2011, L 274, p. 36), que le financement de ces tests par les autorités belges constituait une aide compatible pour la période allant du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2002 et pour la période allant du 1^{er} juillet 2004 au 31 décembre 2005, mais que, pour la période allant du 1^{er} janvier 2003 au 30 juin 2004, les montants excédant 40 euros par test étaient incompatibles avec le marché intérieur et devaient être récupérés, à l'exception de certaines aides spécifiques répondant aux règles "de minimis".

La Belgique a introduit un recours contre cette décision. Celui-ci fut rejeté par le Tribunal à la faveur d'un arrêt du 25 mars 2015 (Belgique c/ Commission, aff. T-538/11, EU:T:2015:188, comm. R. Vuitton, *Concurrences* n° 2-2015, pp. 147-149). Dans son arrêt, le Tribunal avait notamment retenu, premièrement, que l'absence d'harmonisation du financement des tests de dépistage de l'ESB obligatoires n'excluait pas l'application des dispositions en matière d'aides d'État, deuxièmement, que le financement en cause constituait un allègement d'une charge grevant normalement le budget d'une entreprise et, troisièmement, que ce financement accordait un avantage sélectif.

Saisie en pourvoi par la Belgique, la Cour, par un arrêt du 30 juin 2016, confirme en tout point les appréciations du Tribunal. L'essentiel de cet arrêt réside dans l'examen de la question de savoir si le Tribunal a commis des erreurs de droit et méconnu son obligation de motivation en retenant que le financement des tests de dépistage de l'ESB constituait un avantage sélectif.

Le financement des tests de dépistage de l'ESB constitue un avantage

Dans un premier temps, la Belgique soutenait que c'est à tort et avec une motivation insuffisante que le Tribunal avait rejeté ses arguments selon lesquels le financement des tests de dépistage de l'ESB ne constituait pas un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

* 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.

La réponse apportée par la Cour valide le raisonnement du Tribunal en deux temps.

Elle relève ainsi, premièrement, que le Tribunal s'est borné à reprendre l'appréciation de la Commission et qu'il ne lui était pas reproché d'avoir omis de répondre à un argument tiré de ce que la Commission n'aurait pas précisé à quels autres secteurs elle faisait référence (point 52).

Elle souligne, deuxièmement, qu'il ressort clairement de l'arrêt attaqué que "la situation des opérateurs de la filière bovine a été implicitement mais nécessairement comparée à celle de l'ensemble des entreprises qui, comme eux, sont soumises à des contrôles qu'elles doivent obligatoirement effectuer avant la mise sur le marché ou la commercialisation de leurs produits" (point 53).

Or, même en lisant l'arrêt du Tribunal dans un esprit d'ouverture, voire avec une certaine imagination, cette comparaison implicite n'est pas évidente à constater.

Au surplus, et au-delà du caractère implicite de la comparaison effectuée, force est de constater que la Cour retient ici une vision particulièrement large de la sélectivité sectorielle, en ce qu'elle permet de comparer des situations d'entreprises qui n'entretiennent aucun rapport concurrentiel entre elles, ne sont pas actives dans les mêmes secteurs, et ne sont pas soumises aux mêmes réglementations.

La Belgique faisait d'ailleurs valoir que les autres secteurs ne se trouvaient pas dans une situation comparable dès lors que les tests de contrôle évoqués varient d'un secteur à l'autre.

La Cour écarte de manière abrupte cet argument comme étant inopérant. Elle relève ainsi que la qualification des aides d'État n'a pas trait aux tests eux-mêmes mais à leur financement et que la Belgique n'a pas contesté devant le Tribunal que les opérateurs de la filière bovine bénéficiaient, par le financement des tests de dépistage, d'un avantage qui n'était pas disponible pour les entreprises d'autres secteurs (point 54).

Il découle cependant d'une lecture, certes globale et d'ensemble, de l'arrêt du Tribunal que la Belgique contestait l'appréciation de la Commission selon laquelle le financement des tests ne bénéficiait qu'à un secteur déterminé et faisait valoir que la Commission n'avait pas démontré que ce financement avait introduit des différenciations entre des entreprises qui se trouvaient, au regard de l'objectif de la mesure en cause, dans une situation factuelle et juridique comparable.

En définitive, l'arrêt sous commentaire conforte la vision large du critère de sélectivité sectorielle adoptée par la Commission. Rappelons à cet égard que, lors de l'examen d'un régime d'aide, comme celui en cause en l'espèce, il est nécessaire d'identifier si la mesure en cause, nonobstant le constat qu'elle procure un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d'activités (arrêt Commission c/ MOL, précité, point 60). Cette identification ne peut donc se

faire que par rapport à des points de comparaison. Or, en retenant, à cet effet, des opérateurs se trouvant dans des situations factuelles et juridiques substantiellement différentes de celle des bénéficiaires du régime en cause, l'identification d'un avantage dans le chef du bénéficiaire d'une mesure aboutit *ipso facto* au constat du caractère sélectif de cette mesure. De ce fait, l'examen du caractère sélectif d'un régime d'aide tend à se confondre avec celui d'une aide individuelle, dans le cadre duquel l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer sa sélectivité (arrêt Commission c/ MOL, précité, point 60). Il est donc à espérer que la Cour saura prochainement apporter les précisions nécessaires quant à la détermination du point de référence de l'examen du critère de sélectivité, afin de préserver la distinction existant, à cet égard, entre les aides individuelles et les régimes d'aides.

R. V. ■

Secteur bancaire – Communication – Répartition des charges: La Cour de justice de l'Union européenne confirme la validité des mesures de répartition des charges prévue par la communication de la Commission européenne relative aux aides d'État au secteur bancaire en période de crise financière (CJUE, *Grde. ch.*, 19 juill. 2016, *Kotnik c/ Slovénie, aff. C-526/14*)

Cet arrêt préjudiciel traite de la validité des mesures de répartition des charges (ou mesures de *bail in*) prévues aux points 40 à 46 de la communication de la Commission concernant le secteur bancaire (communication de la Commission concernant l'application, à partir du 1^{er} août 2013, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, JOUE C 216 p. 1, ci-après "la communication de 2013").

Pour mémoire, la communication de 2013, qui met à jour le cadre de l'appréciation de la compatibilité des aides d'État accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, a renforcé les exigences de répartition des charges afin de réduire l'aléa moral (notamment la déresponsabilisation des acteurs économiques) et les distorsions de concurrence. Selon la communication de 2013, les banques confrontées à un déficit de fonds propres doivent, avant de recourir à des recapitalisations publiques, obtenir une contribution des actionnaires et des détenteurs de titres de créance subordonnés.

Dans l'affaire en cause, la Banque centrale slovène avait constaté en 2013 que cinq banques slovènes présentaient des déficits de fonds propres d'une telle ampleur qu'elles ne disposaient pas d'avoirs suffisants pour satisfaire leurs créanciers et couvrir la valeur des dépôts. En vue d'assurer la stabilité du secteur financier slovène, la Banque centrale slovène avait alors pris plusieurs mesures en vue de leur recapitalisation, sauvetage ou liquidation. Afin de satisfaire aux exigences de répartition des charges de la

loi slovène sur le secteur bancaire transposant la communication de 2013, ces mesures comprenaient la liquidation des fonds propres des actionnaires, ainsi que celle des titres hybrides et des titres de créance subordonnés.

La Cour constitutionnelle slovène, saisie de nombreuses demandes de contrôle de constitutionnalité de la loi sur le secteur bancaire de la part d'investisseurs privés, pose à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles portant sur la validité et l'interprétation de la communication de 2013.

Caractère contraignant de la communication de 2013

Il était en premier lieu demandé à la Cour de se prononcer sur le caractère contraignant à l'égard des États membres de la communication de 2013.

Suivant les conclusions de l'avocat général Wahl, la Cour rappelle sa jurisprudence bien établie (voir notamment nos observations à propos de l'arrêt du 8 mars 2016, Grèce *c/* Commission, C-431/14 P in *Concurrences* n° 2-2016, pp. 149-150) selon laquelle l'effet de l'adoption de la communication de 2013 est circonscrit à celui d'une autolimitation par la Commission de son pouvoir d'appréciation, en ce sens que si un État membre notifie à la Commission une aide conforme à ces règles, cette dernière doit en principe l'autoriser (point 43 de l'arrêt).

En revanche, la communication de 2013 n'a pas d'effet contraignant vis-à-vis des États membres. Ceux-ci conservent en effet la faculté de notifier à la Commission des projets d'aide qui ne satisfont pas aux critères prévus par la communication de 2013 en sollicitant l'application directe de l'article 107, paragraphe 3, b) TFUE. Dans ce cas, la Commission peut autoriser de tels projets dans des circonstances exceptionnelles. En théorie, une aide ne satisfaisant pas à la condition préalable de répartition des charges pourrait donc être autorisée par la Commission dans certaines circonstances.

Validité de l'obligation de répartition des charges

S'agissant plus précisément des points 40 à 46 de la communication de 2013 qui prévoient la répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés à la couverture des coûts de restructuration des banques en détresse afin de combler leur déficit de fonds propres, la Cour confirme leur validité au regard des articles 107 et 109 TFUE en se fondant sur trois principaux arguments.

Tout d'abord, la Cour relève que, lors de son contrôle de la compatibilité des mesures d'aides d'État, la Commission a pu à juste titre considérer que des mesures de répartition des charges s'imposaient afin de limiter les aides d'État au minimum nécessaire. En effet, l'absorption des pertes par les fonds propres ainsi que la contribution des créanciers subordonnés soit par la conversion de leurs créances en fonds propres, soit par la réduction de la valeur de ces créances, constituent des mesures

susceptibles de limiter l'importance de l'aide d'État accordée (points 54 à 56).

Ensuite, de telles mesures visent également à limiter les distorsions de concurrence en empêchant que les banques dont les actionnaires et les créanciers subordonnés ne contribuent pas à la diminution du déficit de fonds propres reçoivent une aide d'État plus élevée que celle qui aurait été suffisante pour combler le déficit résiduel de fonds propres (point 57).

Enfin, la Cour souligne l'importance de telles mesures afin de lutter contre le problème de l'aléa moral lié au fait que les individus sont enclins à prendre des décisions risquées lorsque les éventuelles conséquences négatives de ces dernières sont supportées par la collectivité. Pour cette raison, les banques ne doivent donc pas être amenées à considérer la possibilité de se voir octroyer une aide d'État comme une incitation à recourir à des instruments financiers plus risqués et susceptibles de causer des pertes importantes (point 58).

Absence de violation du principe de la protection de la confiance légitime et du droit de propriété

La Cour rejette également l'argument selon lequel l'obligation de répartition des charges violerait le principe de protection de la confiance légitime et le droit de propriété.

S'agissant tout d'abord du principe de la protection de la confiance légitime, la Cour estime que le fait qu'au cours des premières phases de la crise financière, les investisseurs n'aient pas été appelés à contribuer au sauvetage des banques ne constitue pas une assurance précise et inconditionnelle susceptible de faire naître la confiance légitime des actionnaires et des créanciers subordonnés. Selon une jurisprudence constante, les opérateurs économiques ne sont en effet pas fondés à placer leur confiance dans le maintien d'une situation existante. En tout état de cause, même à supposer que l'on soit dans une situation susceptible d'engendrer la confiance légitime des investisseurs, l'objectif consistant à garantir la stabilité du secteur financier sans dépenses publiques excessives constitue un intérêt public supérieur au principe invoqué (points 62 à 69).

S'agissant ensuite du droit de propriété, la Cour considère que *“les actionnaires étant responsables des dettes de la banque à concurrence du capital social de celle-ci, le fait que les points 40 à 46 de la communication concernant le secteur bancaire exigent que, pour remédier au déficit de fonds propres d'une banque, préalablement à l'octroi d'une aide d'État, ces actionnaires contribuent à absorber les pertes subies par celle-ci dans la même mesure qu'en l'absence d'une telle aide d'État ne saurait être considéré comme affectant leur droit de propriété”* (point 74 de l'arrêt).

La communication de la Commission concernant le secteur bancaire est donc conforme au droit de l'Union.

J. D. – M. L. ■

Exemptions par catégorie – Caractère impératif des conditions d'exemption – Réductions de taxes : La Cour de justice de l'Union européenne confirme le caractère impératif des conditions d'exemption posées par le règlement d'exemption par catégorie, même lorsque la condition violée se limite à un défaut de référence expresse du régime concerné au règlement d'exemption (CJUE, 21 juill. 2016, *Dilly's Wellnesshotel*, aff. C-493/14)

Enjeu de l'affaire

Durant les dernières années, le champ des exemptions d'aides par catégories s'est considérablement élargi, au point de représenter une part très substantielle des aides accordées par les États membres. Cependant, les États membres se sont parfois affranchis des conditions d'exemption et de compatibilité posées par les règlements généraux d'exemption par catégories. Dans un tel contexte, faut-il considérer que toutes les conditions d'exemption posées par un règlement d'exemption sont obligatoires ? Faut-il opérer une distinction entre des conditions qui sont impératives et d'autres conditions, plus formelles, plus mineures, qui ne le seraient pas, ou dont la violation ne mettrait pas fin au bénéfice de l'exemption ?

C'est à ces questions que répond la Cour, pour la première fois, dans l'arrêt *Dilly's Wellnesshotel*. De manière très tranchée, la Cour considère que l'ensemble des obligations précises qui s'imposent aux États membres, conformément au règlement d'exemption, ont un caractère impératif et que leur méconnaissance fait perdre le bénéfice de l'exemption revendiquée.

Naissance du litige

Dilly's Wellnesshotel est un prestataire de services. À la fin de l'année 2011, il a demandé à l'administration fiscale autrichienne le remboursement des taxes sur l'énergie qu'il avait acquittées au titre de cette année. Cependant, une loi du 30 décembre 2010 avait exclu les entreprises de services du remboursement des taxes sur l'énergie, seules les entreprises fabriquant à titre principal des biens corporels conservant le bénéfice de ce remboursement. L'administration fiscale a donc rejeté la demande de *Dilly's Wellnesshotel*.

Cette dernière a alors tiré argument de la violation par la loi du 30 décembre 2010 du droit des aides d'État. L'administration autrichienne, pour sa part, soutenait que les dispositions pertinentes de cette loi étaient couvertes par l'article 25 du règlement d'exemption par catégories n° 800/2008, qui prévoyait l'exemption des régimes d'aides en faveur de l'environnement sous forme de réductions de taxes environnementales qui remplissent les conditions énoncées par la directive 2003/96/CE restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité.

La juridiction autrichienne saisie du litige opposant *Dilly's Wellnesshotel* à l'administration fiscale a éprouvé des doutes sur la possibilité pour cette dernière de se prévaloir utilement du règlement d'exemption, étant donné que plusieurs obligations posées par ce règlement n'auraient pas été respectées. Elle a donc posé des questions préjudicielles à la Cour de justice. Concrètement, la Cour examine si l'absence, dans un régime d'aides tel que celui en cause, d'une référence expresse au règlement d'exemption, par la citation de son titre et l'indication de sa référence de publication au Journal officiel de l'Union européenne, s'oppose à ce que ce régime soit exempté.

L'exemption doit demeurer une exception

La Cour rappelle, de manière assez solennelle, que l'obligation de notification constitue l'un des éléments fondamentaux du système de contrôle mis en place par le traité dans le domaine des aides d'État. L'exemption demeure une exception à cette règle fondamentale. La Cour en déduit, qu'"en tant que tempérament à la règle générale que constitue l'obligation de notification, le règlement n° 800/2008 et les conditions prévues par celui-ci doivent être entendues de manière stricte" (point 37 de l'arrêt).

Elle observe également que les règlements généraux d'exemption par catégorie d'aides ont notamment pour objectif d'augmenter la transparence et la sécurité juridique, et que les conditions d'exemption énoncées par ces règlements permettent de remplir ces objectifs.

Il ne reste plus alors à la Cour qu'à observer que l'obligation de faire référence, dans le régime exempté, au règlement d'exemption n'a pas été respectée, pour conclure que les conditions d'une exemption ne sont pas remplies.

De l'importance de la transparence des aides exemptées

On notera aussi qu'il n'est pas possible de pallier rétroactivement les lacunes du régime d'aides pour qu'il bénéficie de l'exemption. La Cour rejette ainsi l'argument du gouvernement autrichien tiré de la mesure d'exécution adoptée en 2014 visant à remédier à cette absence de référence du régime au règlement d'exemption.

D'une manière plus générale, la Cour rappelle, dans les termes suivants, l'intérêt de la condition litigieuse imposée par le règlement d'exemption : "[...] une référence expresse au règlement n° 800/2008 dans une mesure d'aide donnée permet aux bénéficiaires, ainsi qu'à leurs concurrents, de comprendre les raisons pour lesquelles cette mesure peut être mise en œuvre, alors qu'elle n'a été ni notifiée à la Commission ni autorisée par cette dernière. Une telle référence permet ainsi non seulement à la Commission d'exercer son contrôle, mais également aux tiers intéressés d'être informés des mesures d'aides envisagées, afin qu'ils puissent éventuellement exercer leurs droits procéduraux."

Il est assez clair que la Cour a entendu, au-delà du cas d'espèce, donner une indication générale sur la nature impérative de toutes les conditions d'exemption posées

par les règlements d'exemption par catégorie et écarter toute tentation de distinguer entre conditions mineures et conditions essentielles, conditions formelles et conditions substantielles. On notera à cet égard que deux des questions posées par la juridiction de renvoi portaient sur des conditions d'exemption spécifiques aux aides régimes d'aides en faveur de l'environnement sous forme de réductions de taxes environnementales, conditions d'apparence plus substantielles d'application de l'exemption. Cependant, ces questions ne sont pas examinées par la Cour, étant devenues sans objet du fait de la réponse à la première question préjudicielle posée

Il existe au moins quatre bonnes raisons de se réjouir de cette orthodoxie :

- la logique d'autorisation préalable des aides d'État prévue par le traité est respectée, l'exemption de l'aide étant ramenée à sa juste place d'exception ;
- la transparence des aides est appréciée à sa juste mesure, non pas comme une simple formalité, mais comme une préoccupation majeure et légitime ;
- la solution retenue par la Cour favorise une interprétation simple des règlements d'exemption : une condition est une condition et elle s'impose sans qu'il y ait lieu d'évaluer au cas par cas les conséquences de sa violation ;
- enfin, il convient de se rappeler que le fait qu'une aide ne soit pas couverte par un règlement d'exemption n'empêche pas un État membre de la notifier à la Commission, de manière à ce que celle-ci se prononce sur sa compatibilité avec le marché intérieur. La solution retenue par la Cour n'encourt donc pas le reproche d'une rigidité excessive.

B. S. ■

Marché intérieur de l'électricité – Coûts échoués : La Cour de justice de l'Union européenne estime, en adoptant une approche dynamique, que les changements dans les structures de propriété des sociétés productrices d'électricité doivent être pris en compte lors du calcul du montant de la compensation des coûts échoués dont elles bénéficient (CJUE, 15 sept. 2016, PGE, aff. C-574/14)

Dans le contexte de l'ouverture du secteur de l'électricité à la concurrence, opérée initialement par la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOCE 1996, L 27, p. 20), certains États membres ont été amenés à octroyer des aides en faveur d'entreprises productrices d'électricité. Celles-ci visaient à compenser les coûts, communément appelés "coûts échoués", générés par le fait que ces entreprises ne pourraient plus respecter des engagements

ou des garanties d'exploitation, contractés antérieurement à l'ouverture du marché. Ces engagements ou garanties peuvent dans les faits recouvrir des formes diverses : contrats d'achat à long terme, investissements réalisés avec une garantie implicite ou explicite de débouchés, investissements en dehors de l'activité normale, etc.

Contexte

Afin d'indiquer comment elle entendait apprécier les aides destinées à compenser ces coûts, la Commission a adopté, le 6 août 2001, une communication relative à la méthodologie d'analyse des aides d'États liées à des coûts échoués (SG(2001) D/290869).

Elle a ensuite été amenée à se prononcer, conformément à cette méthodologie, sur certaines mesures de soutien mises en place par les États membres. Parmi celles-ci figure le régime mis en œuvre par la Pologne, qui, en 2007, a adopté une loi pour indemniser les entreprises productrices d'électricité des coûts échoués qu'elles pourraient subir (ci-après la "loi de 2007"). Cette loi prévoit les conditions dans lesquelles les coûts occasionnés aux producteurs en conséquence de la résiliation anticipée des contrats de vente d'électricité à long terme peuvent être compensés par une aide d'État. Une annexe de cette loi énumère les producteurs pouvant bénéficier de cette compensation.

En pratique, le mécanisme de compensation établi par la loi de 2007 prévoit, tout d'abord, le versement au producteur d'une avance au titre des coûts échoués à hauteur d'un montant qui ne peut toutefois pas dépasser un plafond prévu dans ladite loi, puis un apurement annuel du montant de l'avance versée, effectué par le président de l'autorité polonaise de régulation du secteur de l'énergie (ci-après "URE") sur la base, notamment, du résultat financier réel du producteur concerné. Ainsi, le président de l'URE établit le montant de la compensation due à un producteur pour une année donnée et, à la fin de la période concernée, un décompte final des sommes versées et dues au producteur est effectué sous la forme d'un ajustement.

Par une décision 2009/287/CE du 25 septembre 2007 (JOUE 2009, L 83, p. 1), la Commission a considéré que les compensations prévues par la loi de 2007 constituaient une aide d'État en faveur des producteurs énumérés en annexe de ladite loi mais que celle-ci était compatible avec le marché commun en vertu de la méthodologie des coûts échoués.

PGE est une entreprise polonaise productrice d'électricité éligible à la compensation au titre des coûts échoués, son nom figurant en annexe de la loi de 2007. PGE avait en effet conclu un accord d'achat d'électricité à long terme avec PSE, l'opérateur historique polonais. Si, à l'époque où elle a pris des engagements dont le remboursement est susceptible de faire naître des coûts échoués, PGE ne faisait pas partie du même groupe d'entreprises que ELB, un autre producteur d'électricité polonais, tel n'était plus le cas à la date de l'adoption de la loi de 2007 ainsi qu'à celle de l'adoption de la décision 2009/287.

Or, la loi de 2007 prévoit que lorsqu'un producteur éligible à la compensation fait partie d'un groupe d'entreprises, il y a lieu de tenir compte, dans le calcul des coûts échoués, de la situation de tout producteur et entité appartenant audit groupe et poursuivant des activités économiques dans le domaine de la production d'électricité sur le territoire de la Pologne.

En 2010, le président de l'URE a fixé le montant de l'ajustement annuel des coûts échoués pour *PGE* à environ 5 millions euros pour l'année 2009. À cette fin, il a pris en compte le fait que *PGE* et *ELB* appartenait, au cours de cette année, au même groupe d'entreprises. *PGE* a contesté cette décision devant les juridictions polonaises, en demandant la fixation de l'ajustement annuel des coûts échoués à environ 26,4 millions d'euros ou l'annulation de la décision en cause. Saisie au stade de la cassation, la Cour suprême de Pologne a décidé de sursoir à statuer et d'interroger la Cour.

En effet, afin de trancher le litige dont elle était saisie, la Cour suprême devait notamment se prononcer sur la question de savoir si le versement des aides autorisées par la Commission par la décision 2009/287 devait être effectué en fonction de la situation initiale des entreprises d'électricité bénéficiaires, telle que décrite dans la loi de 2007, ou bien en fonction de la situation existant au moment de son exécution (en l'occurrence en 2009). Dans la première hypothèse, il n'y aurait pas lieu de prendre en compte l'appartenance de *PGE* à un groupe, de sorte que la compensation serait, en substance, calculée au regard de sa seule situation, et serait donc plus importante que celle qui lui a été accordée dans le contexte de la seconde hypothèse.

Au préalable se posait également la question de l'étendue du pouvoir des juridictions nationales lors de la mise en œuvre d'un régime d'aide qui a été apprécié par la Commission, avant ladite mise en œuvre, et considéré comme compatible avec le marché commun.

La confirmation de l'étendue du pouvoir des juridictions nationales

C'est ainsi que, par sa première question, la Cour suprême visait à obtenir des éclaircissements sur la question de savoir si l'article 107 TFUE et l'article 4, paragraphe 3, TUE, lus en combinaison avec la décision 2009/287, devaient être interprétés en ce sens qu'ils s'opposaient à ce que, lorsque la Commission a examiné un régime d'aides d'État à la lumière de la méthodologie des coûts échoués et l'a considéré compatible avec le marché intérieur avant sa mise en œuvre, les autorités et les juridictions nationales procèdent à leur tour, lors de ladite mise en œuvre, à la vérification de sa conformité aux principes retenus dans cette méthodologie.

À cet égard, la Cour prend soin, à titre liminaire, de souligner les principes régissant la répartition des pouvoirs entre la Commission et les juridictions nationales, dans le cadre du système de contrôle des aides d'État. Elle rappelle en particulier que ces juridictions ne sont pas compétentes pour statuer sur la compatibilité de mesures

d'aides ou d'un régime d'aides d'État avec le marché intérieur, cette appréciation relevant de la compétence exclusive de la Commission, agissant sous le contrôle des juridictions de l'Union (arrêts du 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434, points 51 et 52, et du 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, EU:C:2013:755, point 28) (point 32).

C'est sur la base de ces principes que la Cour devait indiquer si les juridictions polonaises pouvaient évaluer la conformité de la mise en œuvre du régime d'aides prévu par la loi de 2007 avec les principes retenus dans la méthodologie des coûts échoués, alors que la Commission, dans sa décision 2009/287, en avait déjà établi la compatibilité avec le marché intérieur, précisément en vertu de cette méthodologie.

À l'évidence, toute réponse positive à cette question aurait impliqué une remise en cause du partage des pouvoirs établi entre la Commission et les juridictions nationales. Cela confinerait en effet à permettre à ces juridictions d'empiéter sur des compétences exclusives réservées à la Commission en ce qui concerne l'appréciation de la compatibilité des aides d'État avec le marché intérieur.

C'est d'ailleurs ce que la Cour souligne lorsqu'elle relève que "permettre à une juridiction nationale, dans le cadre de la mise en œuvre d'un régime d'aides d'État [...], de se prononcer à son tour sur la compatibilité d'un tel régime avec le marché intérieur reviendrait en substance à attribuer à cette juridiction le pouvoir de substituer sa propre appréciation à celle opérée par la Commission, en l'occurrence dans sa décision 2009/287" (point 36).

Enfonçant le clou, la Cour avance que "reconnaître à une juridiction nationale la possibilité de procéder à une telle appréciation conduirait précisément celle-ci à dépasser les limites de ses propres compétences visant à assurer le respect du droit de l'Union relatif aux aides d'État, ainsi qu'à violer l'obligation de coopération loyale avec les institutions de l'Union" (point 37). À cet égard, la Cour envisage en particulier la possibilité que l'examen de la juridiction nationale conduise à une décision contraire à celle adoptée par la Commission.

Néanmoins, la Cour admet que, lorsque la Commission se prononce sur la compatibilité d'un régime, il ne saurait être exclu que le contexte factuel pris en considération par celle-ci subisse une modification entre le moment où elle procède à son examen et celui auquel elle adopte sa décision définitive, situation qui pourrait conduire une juridiction nationale à s'interroger sur la pertinence de la décision de la Commission lorsqu'elle examine si une mesure donnée relève d'un régime d'aides autorisé. Toutefois, la Cour exclu catégoriquement qu'il puisse être remédié à un tel problème en attribuant aux juridictions nationales des compétences réservées à la Commission. Au contraire, elle estime que la solution devrait être recherchée dans la délimitation des rôles complémentaires, mais distincts que ces acteurs jouent dans le domaine des aides d'État (point 39).

Se faisant plus explicite à cet égard, la Cour rappelle la voie à suivre dans une telle hypothèse. C'est ainsi que, si elle éprouve des doutes quant à l'interprétation d'une décision de la Commission ayant qualifié d'aide d'État une mesure déterminée, la juridiction nationale peut demander à cette institution des éclaircissements ou, selon les circonstances, peut ou doit, conformément à l'article 267, deuxième et troisième alinéas, TFUE, déférer une question préjudicielle à la Cour portant sur l'interprétation de l'article 107 TFUE.

La Cour conclut donc que, lorsque la Commission a examiné un régime d'aides d'État à la lumière de la méthodologie des coûts échoués et l'a considéré compatible avec le marché intérieur avant sa mise en œuvre, les autorités et les juridictions nationales ne peuvent pas procéder à leur tour, lors de la mise en œuvre de l'aide en cause, à la vérification de sa conformité aux principes retenus dans cette méthodologie.

Une approche dynamique de l'évaluation des coûts échoués

L'objet de la seconde question posée par la Cour suprême visait à déterminer si, lors de la fixation de l'ajustement annuel de la compensation des coûts échoués à verser à un producteur appartenant à un groupe d'entreprises, il y avait lieu de tenir compte de cette appartenance et, dès lors, du résultat financier de ce groupe, au moment où la Commission a examiné la compatibilité du système en cause avec le marché intérieur ou plutôt à la date à laquelle l'ajustement est effectué.

En d'autres termes, la Cour devait choisir entre une approche "statique" et une approche "dynamique" de la mise en œuvre des critères applicables pour calculer le montant de la compensation des coûts échoués.

À cet égard, la Cour rappelle liminairement que, par la décision 2009/287, la Commission a autorisé le régime de compensation des coûts échoués prévu par la loi de 2007 et, plus particulièrement, que ce régime a été considéré comme compatible avec le marché intérieur précisément "en vertu de la méthodologie des coûts échoués". Elle en déduit que les dispositions pertinentes de cette décision doivent être lues à la lumière de cette méthodologie, en vue de préciser les critères selon lesquels il importe de calculer le montant annuel de la compensation des coûts échoués ainsi que l'éventuel ajustement final dudit montant.

Or, la méthodologie des coûts échoués décrite dans sa communication de 2001 tient compte, pour le calcul de la compensation à verser, du développement d'une concurrence véritable sur le marché. C'est la raison pour laquelle la Cour constate que cette méthodologie repose sur la prémisse que "les conditions de concurrence du marché de l'électricité se caractérisent par une évolution sensible et avalise ainsi la prise en considération de changements afférents à certains aspects dudit marché dans l'État membre concerné" (point 48). Cette appréciation est confirmée par le fait que la communication prévoit notamment que :

- "[l]e dispositif de versement de l'aide doit permettre de tenir compte de l'évolution effective future de la concurrence";

- "le montant de l'aide versée sera nécessairement subordonné au développement d'une concurrence véritable, et le calcul des aides versées au fur et à mesure du temps devra tenir compte de l'évolution des facteurs pertinents pour mesurer le degré de concurrence atteint";
- les États membres doivent soumettre à la Commission un rapport annuel "qui vise en particulier à préciser l'évolution de la situation concurrentielle" du secteur de l'électricité, ce rapport devant contenir les informations concernant les modifications éventuelles relatives à la structure du marché énergétique dans cet État membre.

Dans ces conditions, et dès lors qu'elle repose sur une situation concurrentielle devenue obsolète et ne prend pas en compte l'évolution des conditions de concurrence du marché de l'électricité évoquée dans la communication de la Commission, l'approche statique du calcul du montant de la compensation des coûts échoués ne pouvait valablement être retenue.

La Cour retient ainsi que la décision 2009/287 doit être interprétée selon une approche "dynamique" et que, ce faisant, "l'ajustement annuel de la compensation des coûts échoués doit être effectué en considération de la situation réelle du marché au moment où ce montant est calculé, ce qui implique d'évaluer l'évolution de la concurrence dans le marché concerné" (point 52).

La Cour estime donc que tous les changements dans les structures de propriété des sociétés productrices d'électricité tombent sous le champ d'application de la décision 2009/287 et, de ce fait, doivent être pris en compte par les autorités ou les juridictions nationales lorsqu'elles procèdent à la correction du montant annuel de la compensation des coûts échoués.

Loin d'être indispensable au raisonnement, la Cour ajoute deux arguments renforçant son inclinaison pour l'approche dynamique.

Premièrement, elle fait noter, en substance, que l'idée même d'ajustement *a posteriori*, sur laquelle repose le système polonais, consiste à prendre en compte des éléments nouveaux apparus après l'octroi de la compensation des coûts échoués (point 54).

Deuxièmement, elle souligne que l'approche dynamique permet également "d'éviter la réouverture systématique de la procédure de contrôle préalable prévue à l'article 108 TFUE dès qu'apparaît le moindre changement dans la structure des groupes d'entreprises concernés" (point 55).

La Cour conclut en indiquant que, lors de la détermination de l'ajustement annuel de la compensation des coûts échoués à verser à un producteur appartenant à un groupe d'entreprises, il y a lieu de tenir compte de cette appartenance et, dès lors, du résultat financier de ce groupe, à la date à laquelle l'ajustement est effectué.

R. V. ■

2. Tribunal de l'Union européenne

Opérateur historique – Notion d'aide d'État – Avantage sélectif : Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission européenne ordonnant la récupération auprès de l'opérateur historique allemand de services postaux d'une partie des subventions relatives aux retraites des anciens fonctionnaires postaux (*Trib. UE, 14 juill. 2016, Allemagne c/ Commission, aff. T-143/12*)

La saga des aides d'État octroyées à *Deutsche Post* vient de connaître un nouveau rebondissement, par le biais d'un arrêt du Tribunal annulant, de nouveau, une décision de la Commission s'y rapportant. Depuis l'ouverture de la première procédure formelle d'examen de ces aides en 1999, ce n'est pas moins d'une dizaine de recours dont ont eu à connaître les juridictions de l'Union. S'il est inutile de revenir sur l'ensemble des méandres de cette procédure, il est néanmoins nécessaire d'en rappeler, à grands traits, le contexte.

Contexte

Issue de la transformation en société par action et de la privatisation, en 1995, de l'ancien opérateur historique allemand de services postaux, à savoir de *Postdienst* (anciennement *Deutsche Bundespost*), *Deutsche Post* a repris les fonctionnaires de cet opérateur et a été obligée de cotiser à un fond de pension dont ces derniers bénéficient. Entre 1995 et 1999, *Deutsche Post* a versé un montant forfaitaire annuel à ce fond alors qu'elle a, à compter de 2000, versé 33 % du total des salaires des fonctionnaires qu'elle employait. Le solde du coût des pensions était supporté par l'État, ce financement public des pensions s'étant élevé à 37 milliard d'euros entre 1995 et 2010.

À la suite d'une plainte d'UPS, la Commission a ouvert, en 1999, une procédure formelle d'examen concernant plusieurs aides en faveur de *Postdienst* et *Deutsche Post*. Parmi ces aides, figurait le financement public des pensions des employés de ces sociétés. Après avoir adopté une première décision en 2002, déclarant incompatible avec le marché commun une aide de 572 millions d'euros accordée à *Deutsche Post* pour compenser les pertes subies dans le cadre de l'acheminement de colis, et avoir étendu la procédure en cause à deux reprises, en 2007 et en 2011, la Commission a adopté la décision 2012/636/UE (JOUE 2012, L. 289, p. 1). Par cette décision, la Commission a considéré que certains transferts publics en faveur de *Deutsche Post* constituaient une aide d'État compatible avec le marché intérieur et que la garantie étatique dont cette entreprise bénéficiait pour des pertes contractées avant 1995 devait être considérée comme une aide existante. En revanche, la Commission a estimé que le financement public des pensions constituait une aide d'État illégale, incompatible avec le marché intérieur, laquelle devait être récupérée.

Tant *Deutsche Post* (aff. T-152/12) que l'Allemagne (aff. T-143/12) ont introduit un recours contre cette décision.

Sans que ces recours – qui se recoupent dans une très large mesure – n'aient fait l'objet d'une jonction, le Tribunal a, à la faveur de l'arrêt du 14 juillet 2016, fait droit aux prétentions de l'Allemagne et a annulé la décision 2012/636, en ce qu'elle a trait au financement public des pensions.

Alors que la contestation de l'existence d'un avantage économique, était au cœur de ce litige et a, d'ailleurs, conduit à l'annulation de la décision attaquée, le Tribunal a néanmoins longuement examiné, pour les rejeter, d'autres griefs soulevés par l'Allemagne au soutien de son recours. Sans intérêt notoire, ceux-ci ne justifient pas d'être abordés dans le cadre de la présente chronique.

L'existence d'un avantage au profit de *Deutsche Post*

Si, dans son recours, l'Allemagne prétendait que, à supposer qu'un avantage sélectif existe, son ou ses bénéficiaires ne sont pas une entreprise au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, elle contestait plus fondamentalement l'existence même d'un tel avantage.

Le premier de ces griefs est écarté vigoureusement par le Tribunal. Ce dernier constate en effet que, sans le financement public des pensions, *Deutsche Post*, dont la qualité d'entreprise n'est pas contestable, aurait dû verser, en faveur des anciens fonctionnaires de ses prédécesseurs en droit, une somme supplémentaire rapportée aux salaires versés, dont elle a été en partie déchargée. Le Tribunal en conclut que *Deutsche post* est bien le bénéficiaire de la mesure en cause, et non le fonds de pension des anciens fonctionnaires des services postaux, ou les fonctionnaires retraités eux-mêmes, comme le prétendait l'Allemagne (point 100).

Le deuxième grief appelle une réponse plus détaillée du Tribunal. Avant d'examiner cette dernière, il est nécessaire d'exposer l'analyse opérée par la Commission, dans la décision 2012/636, de l'existence d'un avantage.

La position de la Commission

Dans la décision 2012/636, la Commission a cherché à vérifier si le financement public des pensions avait permis d'éviter à *Deutsche Post* d'avoir à supporter des coûts qui auraient normalement dû grever ses ressources financières et avait ainsi empêché que les forces en présence sur le marché ne produisissent leurs conséquences normales.

À cet effet, la Commission est partie du principe que les coûts découlant de l'application de la législation du travail ou de conventions collectives font partie des coûts normaux qu'une entreprise doit financer sur ses ressources propres. Elle a donc estimé que les charges de retraite, déterminées en vertu d'une telle législation ou de telles conventions, faisaient partie de ces coûts. Elle en a conclu que *Deutsche Post* faisait face, s'agissant des pensions de ses anciens fonctionnaires, à un coût

inhérent à son activité économique. Or, analysant l'évolution du statut de la poste allemande de 1950 jusqu'à 1995, la Commission a estimé que *Deutsche Bundespost* puis *Postdienst* avaient assumé intégralement une charge que *Deutsche Post* ne supportait plus que partiellement, d'où l'existence à son profit d'un avantage.

À cet égard – et c'est important de le relever – la Commission a souligné que la question de savoir si *Deutsche Post* supportait des coûts de retraites plus élevés que ses concurrents privés étaient dénuée de toute pertinence en ce qui concernait la question de savoir si les subventions relatives aux retraites constituait une mesure d'aide d'État, mais que, en revanche, il convenait de les examiner lors de l'examen de la compatibilité de l'aide.

Le cadre d'examen de l'existence d'un avantage

Afin de répondre au grief de l'Allemagne contestant l'existence d'un avantage, le Tribunal rappelle, à titre liminaire, les principes, découlant de la jurisprudence, devant guider l'examen de l'existence de celui-ci.

Il indique ainsi que l'avantage, au sens de l'article 107 TFUE, doit être de nature économique et sélective.

S'agissant de la nature économique, le Tribunal souligne que pèse sur la Commission l'obligation de réaliser une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte, y compris de la situation de l'entreprise bénéficiaire et du marché concerné, pour vérifier si l'entreprise bénéficiaire perçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (point 107). Dans le cadre de cette vérification, la Commission doit tenir compte, en tant qu'éléments du contexte pertinent, de toutes les particularités du régime juridique dont fait partie la mesure nationale examinée. À cet égard, le Tribunal rappelle, premièrement, que l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais définit celles-ci en fonction de leurs effets, et, deuxièmement, qu'une intervention n'ayant pas pour effet de mettre les entreprises auxquelles elle s'applique dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence ne tombe pas sous le coup de l'article 107, paragraphe 1, TFUE (point 108). Le Tribunal rappelle également que, dès lors que ce dernier article a pour seul objet d'interdire des avantages qui favorisent certaines entreprises, la notion d'aide ne recouvre que des interventions qui allègent les charges grevant normalement le budget d'une entreprise et qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans les conditions normales de marché. Dans ce contexte, le Tribunal met en exergue la jurisprudence "*Combus*" (arrêt du 16 mars 2004, *Danske Busvognmand* c/ Commission, aff. T-157/01, EU:T:2004:76), dont l'application était disputée et qui s'est avérée décisive en l'espèce, nonobstant le fait que ladite jurisprudence apparaît comme étant relativement isolée. Rappelons que, selon cette jurisprudence, une mesure par laquelle un État membre libère une entreprise, initialement tenue par la loi de continuer à employer les fonctionnaires de

son prédécesseur en droit et d'indemniser ledit État en contrepartie des traitements et des pensions dont celui-ci poursuivait le versement, du désavantage structurel que constitue le statut privilégié et coûteux de ces fonctionnaires par rapport à celui des employés des concurrents privés de ladite entreprise ne constitue pas, en principe, une intervention allégeant les charges grevant normalement le budget d'une entreprise et, par suite, une aide (arrêt *Danske Busvognmand* c/ Commission, précité, points 56 et 57). Toutefois, le Tribunal précise que, même dans ce cas de figure, il doit exister un rapport direct entre les coûts supplémentaires effectivement supportés et le montant de l'aide, ce qui permet de mesurer l'effet net de ladite aide (point 110).

S'agissant de la nature sélective, le Tribunal rappelle que l'article 107, paragraphe 1, TFUE interdit les aides d'État "favorisant certaines entreprises ou certaines productions", c'est-à-dire les aides sélectives (point 111). Dans ce contexte, le Tribunal expose notamment que c'est "uniquement par rapport aux concurrents de l'entreprise en cause que doit être apprécié" l'existence d'un avantage (point 112). Or, outre le fait qu'un tel principe ne découle pas de manière explicite de la jurisprudence qui est citée par le Tribunal au soutien de cette affirmation (à savoir l'arrêt du 27 septembre 2012, *Italie* c/ Commission, aff. T-257/10, EU:T:2012:504, point 70), l'on peut s'interroger sur l'adéquation de celui-ci avec la vision large de la sélectivité sectorielle retenue par la Cour, et ce encore récemment dans l'arrêt du 30 juin 2016, *Belgique* c/ Commission (aff. C-270/15 P, EU:C:2016:489, comm. R. Vuitton, cette chronique). Certes, comme le souligne le Tribunal pour étayer son raisonnement, il ressort de la jurisprudence que, par la restitution de l'aide, le bénéficiaire perd l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents et la situation antérieure au versement de l'aide est rétablie. Ce tend à confirmer que l'avantage conféré doit être examiné par rapport aux concurrents. Il n'en demeure pas moins que, traditionnellement, la jurisprudence se réfère, plus largement, à un examen par rapport aux entreprises se trouvant "dans une situation factuelle et juridique comparable" (arrêts du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline* et *Wiertersdorfer & Peggauer Zementwerke*, aff. C-143/99, EU:C:2001:598, point 41 ; du 29 avril 2004, *GIL Insurance*, aff. C-308/01, EU:C:2004:252, point 68, et du 3 mars 2005, *Heiser*, aff. C-172/03, EU:C:2005:130, point 40).

Deutsche Post n'a pas bénéficié d'un avantage par rapport à ses concurrents

Afin de déterminer si, en l'espèce, la mesure en cause conférerait à *Deutsche Post* un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, le Tribunal a, en application du cadre d'examen qu'il a exposé, examiné si cette mesure avait pour effet de renforcer la position de cette entreprise par rapport à celle qui lui fait concurrence.

À cet effet, le Tribunal estime nécessaire de tenir compte d'éventuelles obligations pesant sur *Deutsche Post* en vertu de la législation nationale concernant le financement des retraites qui ne pèsent pas sur les concurrents de cette entreprise. Il souligne en effet que "l'imposition,

en vertu d'un acte de puissance publique, d'une obligation de supporter le coût intégral des retraites du personnel doté du statut de fonctionnaire au lieu de contribuer à l'assurance retraite exclut que le financement de ce coût soit qualifié d'avantage, à condition que ce financement ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour mettre les obligations de *Deutsche Post* sur un pied d'égalité avec les obligations des entreprises qui lui font concurrence". L'existence d'un avantage peut donc être admise, selon le Tribunal, uniquement si le financement en question dépasse ce seuil (point 132).

Sur ce point, le Tribunal relève que, dans la décision 2012/636, la Commission s'est contentée de considérer qu'il existait un avantage du seul fait de la prise en charge partielle, par l'État, du coût des retraites des anciens fonctionnaires, alors que cette prise en charge n'existait pas auparavant. Or, le Tribunal constate que, même à supposer cette assertion exacte, elle ne suffit pas à établir que *Deutsche Post* était avantagée par rapport à ses concurrents.

En effet, le Tribunal relève en effet qu'il est possible de considérer que, à la suite de l'application de la mesure en cause, *Deutsche Post* était moins désavantagée qu'avant l'adoption de ladite mesure, mais qu'elle continuait à l'être par rapport à ses concurrents, ou qu'elle se trouve à parité avec eux, sans être, par conséquent, bénéficiaire d'un avantage. En effet, selon le Tribunal, la charge qu'entraîne le coût intégral des retraites imposé à *Deutsche Post* avant 1995 dans un environnement monopolistique est telle que l'entreprise en question n'aurait pas été en mesure de faire face à ses concurrents et aurait donc dû quitter le marché en l'absence de mesures la libérant partiellement de celle-ci (point 143).

À cet égard, le Tribunal précise que la notion de "charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise", au sens de la jurisprudence, n'inclut pas les charges imposées à une seule entreprise en vertu de dispositions législatives qui dérogent aux règles généralement applicables aux entreprises concurrentes et qui ont pour effet de lui imposer des obligations ne pesant pas sur ces dernières. En revanche, les "charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise" sont celles qui résultent du régime général (point 144).

Le Tribunal conclut donc qu'est erronée la position selon laquelle le seul élément déterminant aux fins de l'appréciation de l'existence d'un avantage est que "les entreprises supportent d'une manière ou d'une autre la totalité des coûts des retraites". Il en conclut également que c'est à tort que la Commission a écarté, comme inopérante au stade de l'examen d'une aide d'État, l'argumentation de l'Allemagne selon laquelle *Deutsche Post* était sujette à des obligations légales en matière de financement des retraites de son personnel plus importantes que celles pesant sur ses concurrents.

Fondé sur une conception objective de la notion d'avantage, le cadre d'examen appliqué en l'espèce par le Tribunal permet d'appréhender concrètement si *Deutsche Post* a bénéficié d'un avantage par rapport à ses concurrents.

S'il est séduisant, le raisonnement ainsi mis en œuvre n'est pas sans impliquer quelques tensions avec les solutions jurisprudentielles dégagées dans des cas similaires. Il apparaît en particulier difficilement conciliable avec les précédents qui ont déterminé l'existence d'un avantage, non par rapport aux entreprises concurrentes, mais par rapport à la situation de l'entreprise bénéficiaire, antérieure à la mise en œuvre de la mesure en cause (voir, notamment, arrêt du 26 février 2015, *Orange c/ Commission*, aff. T-385/12, EU:T:2015:117, point 37).

Précisions sur l'examen que la Commission aurait dû mettre en œuvre

Dans un souci de complétude et de précision, le Tribunal poursuit son raisonnement en indiquant que la Commission aurait dû, dès l'appréciation de la notion d'avantage, vérifier si, en prenant en charge la différence entre, d'une part, la somme forfaitaire fixée entre 1995 et 1999 et le montant total du coût des retraites des anciens fonctionnaires de *Deutsche Post* et, d'autre part, la somme représentant 33 % des salaires bruts des fonctionnaires en activité et ce même montant total, l'État allemand avait conféré à cette entreprise un avantage économique à l'égard de ses concurrents.

Il indique de manière explicite que c'est bien au stade de l'examen de la preuve de l'existence d'un avantage, que la Commission doit démontrer qu'une exonération partielle de l'obligation de cotiser au fonds de protection des retraites constitue, pour un ancien opérateur historique, un avantage économique sélectif (point 148).

Toujours dans un souci de précision, le Tribunal indique que, "en cas de succession de mesures visant à compenser les charges imposées à une seule entreprise en vertu de dispositions législatives qui dérogent aux règles généralement applicables aux entreprises concurrentes et qui ont pour effet de lui imposer des obligations ne pesant pas sur ces dernières, la Commission doit, lors de l'examen d'une de ces mesures sous l'angle du droit des aides d'État, tenir compte des effets produits par les mesures précédentes, afin de déterminer si la dernière mesure dont elle est saisie, au regard de celles qu'elle avait déjà analysées, constitue ou non une surcompensation, ce qui permet, par voie de conséquence, de considérer cette surcompensation, si elle est établie, comme constitutive d'un avantage économique, étant rappelé qu'il est toujours loisible à l'État membre, dans le cadre de l'examen d'une nouvelle mesure, de démontrer que cette dernière ne conduit pas à franchir le seuil à partir duquel l'entreprise qui en bénéficie est avantagée par rapport aux entreprises concurrentes". Il rappelle toutefois que le cas d'espèce ne concerne pas l'hypothèse d'une succession de dispositions examinées par la Commission au fur et à mesure de leur notification mais l'analyse du financement public des pensions à la suite de plaintes d'entreprises concurrentes (point 149).

En l'espèce, le Tribunal constate que, si la Commission a cherché à établir l'existence effective d'un avantage économique sélectif, ce n'est qu'au stade de l'examen de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur. Or, seuls les éventuels montants dépassant ce qui était nécessaire

afin d'aligner le coût des retraites imposé à *Deutsche Post* avant 1995 sur celui supporté par ses concurrents auraient été de nature à conférer à cette dernière un tel avantage et, dès lors, à constituer une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE (point 150).

Dans ces conditions, le Tribunal considère que la Commission ne s'est pas acquittée de son obligation de prouver l'existence d'un avantage au profit de *Deutsche Post*.

Conclusion

En définitive, il est à noter que l'arrêt sous commentaire possède une indéniable portée didactique, en ce qu'il ne se limite pas à un examen sec et abrupt de la légalité de la décision entreprise mais expose de manière claire et détaillée le cadre d'analyse dans lequel il s'inscrit et l'examen que la Commission aurait dû mettre en œuvre. Reste néanmoins à savoir si la méthodologie d'identification d'un avantage ainsi proposée peut se concilier avec les précédents jurisprudentiels dans le cadre desquels la situation des concurrents du bénéficiaire de la mesure en cause n'a pas été considérée comme le point de référence.

R. V. ■

Notion d'aide d'Etat – Ressources d'Etat – Décision constatant l'absence d'aide : Le Tribunal de l'Union européenne rejette un recours contre une décision de la Commission européenne concluant à l'absence d'aide pour défaut de transfert de ressources d'État du fait de la fixation d'un tarif avantageux pour des services portuaires (*Trib. UE, 14 sept. 2016, Trajektna Iuka Split, aff. T-57/15*)

Cet arrêt du Tribunal retient l'attention surtout pour la question traitée: la conclusion d'absence d'aide d'État pour défaut de transfert de ressources d'État en se fondant sur la jurisprudence *PreussenElektra*, qui ne trouve pas souvent d'affaires qui s'y prêtent (arrêt du 13 mars 2001, C-379/98, EU:C:2001:160).

Contexte

Trajektna Iuka Split d.d. ("*Trajektna*"), est l'opérateur privé qui exploite le terminal passagers du port de Split en Croatie (trafic intérieur et international). Elle a été privatisée en 2003, puis a bénéficié, en 2003, d'une concession exclusive, par l'autorité portuaire de Split, pour la fourniture des services portuaires pendant une durée de douze ans.

Trajektna a dénoncé à la Commission, en 2013-2014, les tarifs imposés par l'autorité portuaire de Split pour le trafic intérieur à un niveau inférieur d'au moins 40 % à celui des tarifs pratiqués dans les autres ports de Croatie et des montants maximaux des tarifs pour le trafic international significativement plus élevés que ceux

concernant le trafic intérieur. Or, les services portuaires dans le domaine du trafic intérieur représentent environ 80 % des activités de *Trajektna*. 90 % du trafic intérieur dans le port de Split est effectué par *Jadrolinija*, un opérateur de ferries détenu par l'État croate. En conséquence de ces mesures, *Jadrolinija* recevrait un avantage correspondant à la différence entre les tarifs applicables pour les services fournis dans le cadre du trafic intérieur dans d'autres ports de Croatie et les tarifs appliqués par l'autorité portuaire de Split pour les services fournis dans le cadre du trafic intérieur dans le port de Split.

La plainte de la *Trajektna* à la Commission est triple: elle dénonce (i) une aide d'État en faveur de *Jadrolinija*, (ii) de prétendus abus de position dominante par l'autorité portuaire de Split sur la base des articles 102 et 106 TFUE (décision de rejet de la Commission le 28 novembre 2014 – voir affaire en cours T-70/15) et (iii) des violations des règles du marché intérieur par la Croatie en ce qui concerne le port de Split sur la base de l'article 56 TFUE (procédure en infraction contre la Croatie depuis le 24 novembre 2014).

L'arrêt en cause traite de la validité de la décision du 15 octobre 2014 de la Commission rejetant la plainte en matière d'aides d'État.

Procédure administrative devant la Commission

La plainte a été déposée le 22 août 2013 et la Commission a adressé à *Trajektna*, dès le 4 octobre 2013, une lettre d'évaluation préliminaire indiquant que, sur la base d'un examen *prima facie*, la mesure ne comportait pas de transfert de ressources d'État et donc ne pouvait être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. À la suite des échanges habituels avec l'État croate et la plaignante, la Commission a rejeté la plainte le 15 octobre 2014 (décision SA.37265).

Recevabilité

Un point préalable est intéressant à noter, par lequel l'arrêt se termine d'ailleurs. La Commission avait soulevé l'irrecevabilité du recours ainsi qu'à titre subsidiaire, d'une série de moyens d'annulation, ne demandant le rejet au fond du recours qu'à titre encore plus subsidiaire.

Sans que les motifs d'irrecevabilité soient évoqués par l'arrêt, on peut noter le pragmatisme de la septième chambre du Tribunal qui conclut son arrêt par: "Dans un souci d'économie de la procédure, il ressort de ce qui précède que l'ensemble du recours doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer préalablement sur sa recevabilité (...)" (point 84). À méditer lorsqu'on envisage des moyens d'irrecevabilité.

Référence à l'arrêt *PreussenElektra* et à l'arrêt *Aiscat*

La décision attaquée de la Commission se fondait largement sur cet arrêt *PreussenElektra* par lequel la Cour a jugé que, selon les termes résumés par l'arrêt annoté:

“(…) l’obligation faite à des entreprises privées d’acheter à des prix minimaux imposés par un État membre un certain type d’électricité n’entraînait aucun transfert direct ou indirect de ressources d’État aux entreprises productrices de ce type d’électricité. Partant, la répartition de la charge financière découlant pour ces entreprises privées d’approvisionnement en électricité de ladite obligation d’achat entre celles-ci et d’autres entreprises privées ne pouvait pas non plus constituer un transfert direct ou indirect de ressources d’État. (...), dès lors, (...) le fait que l’obligation d’achat était imposée par la loi et conférait un avantage incontestable à certaines entreprises n’était pas de nature à lui conférer le caractère d’une aide d’État au sens de l’article 107, paragraphe 1, TFUE. Selon la Cour, cette conclusion ne saurait être infirmée par la circonstance que la charge financière découlant de l’obligation d’achat à des prix minimaux est susceptible de se répercuter de façon négative sur les résultats économiques des entreprises assujetties à cette obligation et d’entraîner, en conséquence, une diminution des recettes fiscales de l’État. En effet, cette conséquence est inhérente à une telle réglementation et ne saurait être considérée comme constituant un moyen d’accorder aux producteurs de ce type d’électricité un avantage déterminé à la charge de l’État” (point 28 de l’arrêt annoté).

Cette analyse est confirmée par le Tribunal dans son arrêt *Aiscat* du 15 janvier 2013 (T-182/10, EU:T:2013:9, point 105): “(...) les sommes qui correspondent au produit de l’augmentation du péage d’une première autoroute décidée par les autorités étatiques en vue de financer le remboursement des coûts de construction d’une seconde autoroute, versées directement au concessionnaire de cette seconde autoroute, société privée, par les concessionnaires de la première autoroute, également des sociétés privées, transitant ainsi directement et exclusivement entre sociétés privées, sans qu’un quelconque organisme public en acquière, serait-ce de manière passagère, la possession ou le contrôle, ne constituent pas des ressources étatiques au sens de la jurisprudence” (résumé de cet arrêt par l’arrêt annoté, point 29).

Le Tribunal se fonde sur cette ligne de jurisprudence pour rejeter le recours, la Commission ayant à juste titre décidé que la mesure étatique dénoncée par la plainte n’impliquait pas le transfert de ressources d’État.

Position de la Commission

Le Tribunal résume comme suit, aux points 13 à 16 de son arrêt, la position défendue par la Commission dans sa décision :

- une mesure qui redistribue des ressources financières d’une entité privée à une autre sans aucune implication de l’État n’implique pas de transfert de ressources étatiques, “si l’argent circule directement d’une entité privée à une autre, sans passer par une entité publique ou privée désignée par les autorités étatiques pour administrer le transfert”;
- en l’espèce, les ressources financières circulaient directement entre *Trajektma*, entité privée à 100 %, et ses clients, sans passer par une entité publique

ou privée désignée par les autorités étatiques pour administrer le transfert ;

- la Commission en conclut l’absence de transfert de ressources étatiques, conclusion non affectée par le fait que *Trajektma* jouissait, de fait, de droits exclusifs au sens de l’article 106, paragraphe 1, TFUE : cette circonstance ne saurait, à elle seule, signifier que *Trajektma* est suffisamment sous le contrôle de l’État pour que ses ressources privées deviennent automatiquement des ressources d’État.

Rejet par le Tribunal de la position de la requérante

La requérante semble avoir tenté, comme souvent, de développer trop de moyens d’annulation, certains d’entre eux se neutralisant mutuellement d’ailleurs (comme les moyens visant le bien-fondé de la décision et les moyens en dénonçant le défaut de motivation).

Retenons tout d’abord notre attention sur les deux premiers moyens dénonçant en substance l’approche de la Commission relative à l’absence de transfert de ressources d’État.

Avant d’examiner ces moyens, le Tribunal rappelle que “(...) 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. En conséquence, même si les sommes correspondant à la mesure en cause ne sont pas de façon permanente en possession des autorités publiques, 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 (...)” (point 24).

Le Tribunal rejette tout d’abord l’analyse de *Trajektma* soutenant qu’une aide d’État “pourrait également exister dans le cas où la contribution financière provient de ressources privées, dès lors que ces ressources privées sont soumises à un contrôle suffisant de l’État” (point 25 ; la requérante faisant référence à l’arrêt de la Cour du 30 mai 2013, *Doux Élevage*, C-677/11, EU:C:2013:348, point 35 et à la décision de la Commission, du 25 novembre 2014 – (SA. 33995 – Allemagne - électricité d’origine renouvelable et gros consommateurs d’énergie, JO 2015, L 250, p. 122)). Selon le Tribunal, “la mesure en question concerne des tarifs pour les services portuaires qui, (selon la loi croate sur le domaine maritime), bien que fixés par l’autorité portuaire de Split, sont acquittés directement à la requérante par les utilisateurs de ces services, qu’ils relèvent du secteur privé ou du secteur public comme *Jadrolinija*” (point 26). Le Tribunal confirme la position de la Commission dès lors que celle-ci “a relevé que, les ressources financières en cause circulant directement entre la requérante, entité privée à 100 %, et ses clients, ces ressources circulent directement d’une entité privée à une autre, sans passer par une entité publique ou une entité privée désignée par les autorités étatiques, et elle a conclu que la mesure concernée n’impliquait donc pas de

transfert de ressources étatiques” (point 27). Il s’agit de l’application, par analogie, de la jurisprudence *PreussenElektra* précitée.

Le Tribunal rejette ensuite chacun des arguments invoqués par *Trajektna* :

- la décision attaquée ne serait pas conforme à la jurisprudence *Doux Élevage* ; à ce sujet, le Tribunal précise que, “(...) si la Cour a effectivement rappelé, au point 35 de l’arrêt [*Doux Élevage*] (...) sa propre jurisprudence selon laquelle des sommes qui ne sont pas de façon permanente en possession des autorités nationales compétentes tombent sous la qualification d’aide du fait qu’elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition desdites autorités, elle a néanmoins, contrairement à ce que laisse supposer la requérante, conclut au point 36 dudit arrêt que ces critères n’étaient pas remplis dans l’affaire ayant donné lieu à cet arrêt, étant donné que l’entité recevant les ressources décidait de leur utilisation, que les autorités nationales ne pouvaient pas utiliser les ressources concernées, et que celles-ci n’étaient pas constamment sous contrôle public et donc n’étaient pas à la disposition des autorités étatiques” (point 33) ; dès lors, *Trajektna* ne peut faire valoir qu’elle ne serait pas libre de disposer de ses ressources parce qu’elle n’est pas libre de fixer ses tarifs ni l’étendue de ses services : “si la requérante n’a pas cette liberté, c’est parce qu’elle a accepté d’assurer les services prévus par la loi sur le domaine maritime à des tarifs prétendument bas lorsqu’elle a conclu le contrat de concession de l’exploitation du port de Split. La requérante ne peut donc utilement prétendre qu’elle ne peut pas décider de l’utilisation des ressources provenant des tarifs fixés par l’autorité portuaire de Split, ni que les autorités nationales peuvent utiliser ou disposer de ces ressources, de telle manière qu’elles les contrôlèrent au sens de l’arrêt [*Doux Élevage*] (...). En l’espèce, il s’agit non pas d’un contrôle par les autorités croates des ressources de la requérante, mais de la contrepartie du contrat de concession qu’elle a conclu” (point 34) ;
- *Trajektna* faisait ensuite valoir qu’au contraire de l’affaire *Aiscat*, elle subissait une perte du fait de la mesure en cause ; le Tribunal constate qu’elle n’avance aucune preuve à ce sujet ou que les documents en cause ont été présentés tardivement ; en tout état de cause, “la question de savoir si la requérante, société de droit privé, a subi des pertes est, (...), sans pertinence pour déterminer si des ressources étatiques ont été engagées. En effet, l’article 107 TFUE vise à protéger la concurrence dans le marché intérieur et ne saurait être détourné de cette finalité pour être utilisé comme moyen de remettre en cause les conditions financières d’un contrat de concession que le concessionnaire estime inéquitable” (point 36) ;
- *Jadrolinija* serait le principal bénéficiaire des tarifs excessivement bas : le Tribunal explique qu’il “s’agit d’une situation de fait, d’ailleurs non prouvée par

la requérante, susceptible d’évoluer et qui ne remet pas en cause la constatation de la Commission (...), selon laquelle les ressources financières circulent directement d’une entité privée à une autre. En effet, que des entreprises publiques puissent également profiter de tarifs avantageux, au même titre que des entreprises privées, ne saurait remettre en cause ladite constatation” (point 38) ;

- la Commission se serait écartée d’une décision comparable dans laquelle elle aurait exposé que le critère pertinent en termes de ressources étatiques, quelle que soit leur origine initiale, était celui du degré d’intervention de l’autorité publique dans la définition des mesures en cause et de leurs méthodes de financement : le Tribunal rappelle qu’en tout état de cause, “c’est dans le seul cadre de l’article 107, paragraphe 1, TFUE que doit être apprécié le caractère d’aide d’État d’une mesure et non au regard d’une prétendue pratique décisionnelle antérieure de la Commission” (point 40).

Rejet par le Tribunal des autres moyens avancés par la requérante

Trajektna soutenait également les moyens suivants :

- erreur de droit manifeste, en ce que la Commission n’a pas pris en considération l’article 106, paragraphe 1, TFUE, lu en combinaison avec l’article 107, paragraphe 1, TFUE ;
- violation des formes substantielles, en ce que la Commission n’a pas fait suffisamment usage des pouvoirs d’enquête à l’égard de l’État membre qui lui sont conférés par l’article 10, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 659/1999 ;
- défaut de procédure formelle d’examen prévue à l’article 108, paragraphe 2, TFUE ;
- insuffisance de la motivation tant en ce qui concerne l’absence de ressources d’État qu’au regard des dispositions combinées de l’article 106, paragraphe 1, TFUE et de l’article 107, paragraphe 1, TFUE.

Sur le fait que la Commission n’aurait pas pris en considération l’article 106, paragraphe 1, TFUE

Le Tribunal juge qu’il “ne saurait être déduit du seul fait qu’une entreprise jouisse de droits exclusifs qu’elle se trouve dans la même situation qu’une entreprise publique” (point 49).

Le Tribunal constate que la requérante s’est méprise quant à l’interprétation du point 63 de l’arrêt *PreussenElektra* qu’elle invoque à son bénéfice. En effet, la Cour a rejeté ce point qui concernait un argument de la Commission (selon lequel la notion d’aide d’État doit être interprétée de façon à s’étendre également à des mesures de soutien décidées par l’État et financées par des entreprises privées). Dans *PreussenElektra*, la Cour a, “au contraire, conclu (...) qu’une réglementation d’un État membre

qui, d'une part, oblige des entreprises privées d'approvisionnement en électricité à acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix minimaux supérieurs à la valeur économique réelle de ce type d'électricité et, d'autre part, répartit la charge financière résultant de cette obligation entre lesdites entreprises d'approvisionnement en électricité et les exploitants privés des réseaux d'électricité situés en amont, ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE" (point 45).

Sur le fait que la Commission n'aurait pas fait suffisamment usage de ses pouvoirs d'enquête

Trajektna reprochait à la Commission de n'avoir pas fait suffisamment usage, à l'égard de l'État croate, de ses pouvoirs d'enquête (demandes de renseignements, injonctions) pour clarifier la question de savoir si l'État exerçait un contrôle sur les fonds en cause.

Le Tribunal constate que le règlement de procédure ne crée des obligations qu'à la charge des États membres sur ce point et que la Commission n'a aucune obligation à "se renseigner davantage auprès de celui-ci lorsque, comme en l'espèce, cela ne lui paraît pas nécessaire pour déclarer qu'une mesure ne constitue pas une aide sans ouvrir la procédure formelle d'examen" (point 56).

Sur le défaut de procédure formelle d'examen

Selon *Trajektna*, la Commission aurait dû ouvrir la procédure formelle de l'article 108, paragraphe 2, TFUE et aurait donc violé ses droits procéduraux en vertu de cette disposition.

On sait que lorsque la Commission n'est pas parvenue, dans le cadre de l'examen d'une notification ou d'une plainte, après un premier examen, à conclure que la mesure étatique en cause ne constitue pas une aide ou constitue une aide compatible avec le marché intérieur, elle est obligée d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE sans disposer à cet égard d'une marge d'appréciation. Cette obligation résulte de la présence de "difficultés sérieuses" dans l'appréciation précitée. Selon la jurisprudence, cette "notion de difficultés sérieuses revêt un caractère objectif. L'existence de telles difficultés doit être recherchée tant dans les circonstances de l'adoption de l'acte attaqué que dans son contenu, d'une manière objective, en mettant en rapport les motifs de la décision avec les éléments dont la Commission disposait lorsqu'elle s'est prononcée sur la compatibilité des aides litigieuses avec le marché intérieur (...)" (point 60). Par contre, la Commission dispose "d'une certaine marge d'appréciation dans la recherche et dans l'examen des circonstances de l'espèce afin de déterminer si celles-ci soulèvent des difficultés sérieuses". La Commission peut ainsi "adapter sa position en fonction des résultats du dialogue engagé, sans que cette adaptation doive être *a priori* interprétée comme établissant l'existence de difficultés sérieuses" (point 61).

En l'espèce, la requérante prétendait que le premier examen de la Commission avait dépassé le délai raisonnable pouvant établir la présence de difficultés sérieuses.

Le Tribunal répond en remarquant tout d'abord que, comme en l'espèce, "dans le cas où les mesures étatiques litigieuses n'ont pas été notifiées par l'État membre concerné, la Commission n'est pas tenue de procéder à un examen préliminaire de ces mesures dans un délai déterminé. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure d'examen préliminaire doit s'apprécier en fonction des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, du contexte de celle-ci, des différentes étapes procédurales que la Commission doit suivre et de la complexité de l'affaire (...)" (point 65). Ensuite, le Tribunal relève que la Commission peut accorder "des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie" (point 66). Enfin, le Tribunal va rechercher le point 48 du code de la Commission de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État qui prévoit que "[e]n principe, dans un délai de douze mois, la Commission s'efforce [...] d'adresser une première lettre administrative au plaignant pour lui exposer ses conclusions préliminaires dans les cas non prioritaires" (point 67).

Sur le fondement de ces éléments et en constatant que la décision est intervenue en moins de 14 mois et que la Commission devait examiner, en parallèle à la plainte en aides d'État, les deux plaintes précitées pour abus et pour infraction aux règles du marché intérieur (requérant coordinations et communications diverses), le Tribunal juge que la durée de treize mois pour l'adoption de la décision attaquée "ne saurait, à elle seule, être une preuve suffisante, apportée par la requérante, à qui la charge incombait, de l'existence de difficultés sérieuses d'appréciation" (point 71).

Par ailleurs, en réponse à l'argument de *Trajektna* soutenant que la Commission aurait objectivement dû éprouver des difficultés sérieuses pour constater l'absence de ressources d'État, le Tribunal peut se contenter de relever que la décision de la Commission se fonde sur la jurisprudence bien établie de la Cour depuis l'arrêt *PreussenElektra*.

Sur la motivation (absence de ressources d'État et application combinée des articles 106, paragraphe 1, TFUE et 107, paragraphe 1, TFUE)

C'est ici que les moyens de la requérante semblent avoir été mal appréciés dès lors qu'il est bien connu qu'au titre du contrôle du respect de l'obligation de motivation, le Tribunal ne peut examiner la légalité au fond des motifs invoqués par la Commission pour justifier sa décision: "(...) dans le cadre d'un moyen tiré d'un défaut ou d'une insuffisance de motivation, les griefs et arguments visant à contester le bien-fondé de la décision attaquée sont inopérants et dénués de pertinence" (point 77).

La requérante faisait valoir une motivation défectueuse s'agissant des critères pertinents pour établir si des ressources d'État étaient engagées, la Commission n'ayant

pas fourni “d’éléments de fait ou de raisons justifiant que les autorités croates n’auraient aucun contrôle sur les fonds bénéficiant à *Jadrolinija* et aux autres exploitants de ferries nationaux dans le port de Split, en dehors du fait que les recettes de la requérante sont privées et non publiques” (point 79).

Le Tribunal constate que “la Commission a exposé les raisons pour lesquelles elle a conclu à l’absence de ressources étatiques” et que, bien entendu, la requérante a pu “comprendre les raisons du rejet de la plainte” et le Tribunal a pu exercer son contrôle, la requérante ayant “pu, sur le fondement de cette motivation, contester le bien-fondé de la décision attaquée » et le Tribunal a pu « vérifier ce bien-fondé au travers de l’examen desdits moyens” (point 80). La question du contrôle étatique sur les fonds en cause relève de l’appréciation du bien-fondé de la décision attaquée et le moyen est inopérant et dénué de pertinence.

Conclusion

Cet arrêt constitue une assez rare application de la jurisprudence *PreussenElektra*, nonobstant les circonstances de fait assez différentes.

D’un côté, dans *PreussenElektra*, l’État membre fixe simplement un prix pour une activité qui se déroule en dehors de tout transfert de ressources, entre des opérateurs privés essentiellement. Mais l’État le fait dans l’intention de conférer un avantage à cette activité spécifique,

tout en ayant la “clairvoyance” de procéder par un moyen ne tombant pas sous le coup des règles sur les aides d’État (ce qui contraste avec de nombreuses mesures récentes en matière d’énergie qui ne peuvent s’empêcher de prévoir un contrôle étroit de l’application des mesures par l’État).

D’un autre côté, la présente affaire donne plutôt l’impression d’un “accident” par lequel une mesure étatique échappe aux règles sur les aides d’État sans que l’État n’ait semble-t-il eu l’intention délibérée de conférer un avantage spécifique à une entreprise ou une activité particulière. Toutefois, la conséquence est la même, l’inapplicabilité des règles sur les aides d’État, par défaut de transfert de ressources d’État.

Les États membres pourraient en tirer la leçon de la recette visant à adopter, tout à fait légalement, des mesures étatiques en dehors du champ des aides d’État. Les entreprises désavantagées par ces mesures et voulant les contester, devraient examiner attentivement l’une des conditions cumulatives de la notion d’aide d’État, le transfert de ressources d’État (et ce, sans que même se pose ici la question de l’imputabilité à l’État).

Le dernier mot viendra toutefois d’un examen des mesures en cause au titre des règles sur le marché intérieur, ce qui ne relève pas de la présente chronique.

J. D. ■

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

Editoriaux

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

Interviews

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

Dossiers

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

Articles

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

Pratiques

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

International

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

Droit & économie

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

Chroniques

ENTENTES

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

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

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

DISTRIBUTION

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

CONCENTRATIONS

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

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

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

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

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

POLITIQUES INTERNATIONALES

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

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Reuves

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

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<h2>> Revue Concurrences Review Concurrences</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	545,00 €	654,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	570,00 €	582,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	850,00 €	1 020,00 €
<h2>> e-Bulletin e-Competitions e-Bulletin e-Competitions</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	760,00 €	912,00 €
<h2>> Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	920,00 €	1 104,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	980,00 €	1 176,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1 100,00 €	1 320,00 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name*

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

11 Passage Sainte Avoie - 75 003 Paris - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

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