



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

La récupération des aides
illégalles et incompatibles :
Un tour d'horizon sélectif de la
jurisprudence européenne depuis
la communication "récupération"
de 2007 de la Commission
européenne

Doctrines | Concurrences N° 1-2012 – pp. 73-86

Jacques DERENNE

jacques.derenne@hoganlovells

- | *Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, Hogan Lovells, Bruxelles*
- | *Maître de conférences à l'Université de Liège
Brussels School of Competition*

Jacques DERENNE
jacques.derenne@hoganlovells

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris,
Hogan Lovells, Bruxelles
Maître de conférences à l'université de Liège
Brussels School of Competition

Abstract

For several years, the recovery of unlawful aid and aid that is incompatible with the internal market has been a priority of the European Commission's State aid policy (the European Commission has created a dedicated recovery unit, commissioned a study on the application of State aid law by Member States – both by national courts and national authorities implementing Commission decisions – and commenced actions for failure to fulfil obligations). Two communications published by the Commission in 2007 ("recovery") and in 2009 ("enforcement") provide a very useful synthesis for practitioners at all levels. When faced with unlawful aid, national courts also have duties and specific powers, which are wider than those of the Commission. As such, they can make a significant contribution, if seized, to the effectiveness of EU State aid law. Recent EU case law (a selection of which is examined here) has clarified a series of important questions concerning these distinct but complementary roles for the Commission and national courts, including: the purpose of recovery, the rules on statutory limitation, the identification of beneficiaries, recovery from a third party, determination of the amounts to be recovered, forms of recovery, the absolute impossibility of giving effect to a decision to recover, the protection of legitimate expectation, the principle of effectiveness, successive failures to fulfil obligations, and pecuniary sanctions.

Depuis plusieurs années, la Commission européenne a fait de la récupération des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur une de ses priorités en matière de politique d'aides d'État (unité spécialisée, étude de la pratique des États membres – actions devant les juridictions nationales et exécution des décisions de la Commission par les autorités nationales –, recours en manquement). Deux communications de 2007 "récupération" et 2009 "mise en œuvre par les juridictions nationales" offrent une synthèse de la matière très utile pour les praticiens à tout niveau. Les juridictions nationales ont des devoirs et des pouvoirs spécifiques, plus étendus que ceux de la Commission face à l'octroi illégal d'aides. Elles contribuent par leur action, une fois saisies par les justiciables concernés, à l'effectivité du droit européen en cette matière. Pour ces deux rôles distincts et complémentaires de la Commission et des juridictions nationales, la jurisprudence européenne (en particulier une sélection de ses arrêts de 2008 à 2011 examinés ici) clarifie toute une série de questions : objet de la récupération, règles de prescription, identification du bénéficiaire, récupération auprès d'un tiers acquéreur, détermination des montants à rembourser, modalités de la récupération, impossibilité absolue d'exécution, protection de la confiance légitime, principe d'effectivité, manquement sur manquement et sanctions pécuniaires.

@ voir également P. de Lanzac, G. Dezobry, « Ententes et marchés publics : La problématique des offres distinctes adressées par une société mère et sa filiale non autonome » et K. Bernard, « Making victims whole: A restitution approach to cartel damages » sur conurrences.com

La récupération des aides illégales et incompatibles : Un tour d'horizon sélectif de la jurisprudence européenne depuis la communication "récupération" de 2007 de la Commission européenne

Introduction

1. Voici déjà plus de quatre ans que la Commission européenne a adopté, le 25 octobre 2007, une communication relative à la mise en œuvre des "décisions enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles [...]" pour améliorer l'application des décisions de récupération ("communication de 2007")¹. Tenant compte des enseignements de l'étude faite à son attention en 2005-2006², la Commission avait pour objectif par cette communication de remédier à la lenteur excessive de la récupération des aides par les États membres.
2. En droit de l'Union européenne, la récupération des aides relève d'abord de la responsabilité de la Commission, qui, depuis le règlement n° 699/1999³, est obligée de faire récupérer par l'État membre concerné toute aide illégale et déclarée incompatible avec le marché intérieur⁴. Mais elle relève également de la responsabilité des États membres. Les États membres sont, en effet, responsables de l'exécution des décisions de la Commission et, en cas de décision négative, de la récupération effective et immédiate de l'aide illégale et incompatible.
3. Consciente de ce que le manque de précisions de certaines de ses décisions en matière d'aide est l'une des raisons de la lenteur du processus de récupération, la Commission s'est engagée, dans sa communication de 2007 précitée, à apporter davantage d'indications aux États membres en ce qui concerne, lorsque c'est

- 1 Communication de la Commission – Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun, *JOCE*, n° C 272 du 15 novembre 2007, pp. 4-17.
- 2 *Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level*, March 2006, coordonnée par T. Jestaedt, J. Derenne et T. Ottervanger (partie I : Par le juge national et partie II : Application des décisions négatives de la Commission par les États membres. Voir sur le site de la DG COMP (sous "études et rapports") : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_1.pdf et http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_2.pdf. Cette étude était annoncée dans le Plan d'action de 2005 : *Communication de la Commission, Plan d'action dans le domaine des aides d'État : "Des aides d'État moins nombreuses et plus ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005 2009"*, COM(2005)107 final du 7 juin 2005, point 55. C'est dans cette étude que la Commission a puisé les nombreux exemples d'affaires nationales qui illustrent les difficultés d'application des règles d'aides d'État au niveau national. La Commission a également pu tenir compte des constatations et des recommandations faites par les auteurs de cette étude, notamment s'agissant de la récupération des aides illégales. Dans sa seconde partie, l'étude était axée sur l'exécution des décisions négatives de la Commission, particulièrement en Allemagne, Belgique, Espagne, France, et en Italie. Elle décrit les autorités nationales responsables pour la récupération, les règles matérielles applicables à la récupération, les procédures, les mesures provisoires, la mesure dans laquelle la protection de la confiance légitime du bénéficiaire peut empêcher une récupération, la récupération dans les procédures collectives et les obstacles à une récupération immédiate et effective.
- 3 Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE [actuellement article 108 TFUE], *JOCE*, n° L 83 du 27 mars 1999, pp. 1-9.
- 4 Il n'est pas inutile de rappeler qu'une aide est dite "illégale" (*unlawful*) lorsqu'elle n'a pas été notifiée ou que, même notifiée, elle a été mise en vigueur sans que la Commission ait pris position dans une décision sur sa compatibilité (la Commission étant seule à pouvoir décider de la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur). La Commission ne peut se satisfaire de l'illégalité d'une aide pour exiger sa récupération (CJCE, arrêt du 14 février 1990, France c/ Commission, aff. C-301/87, Rec. p. I-307), elle doit encore établir son incompatibilité avec le marché intérieur. La compatibilité de l'aide (validité quant au fond de l'aide) doit donc être soigneusement distinguée de sa légalité (régularité formelle de l'aide).

possible, les destinataires de la décision, le montant de l'aide à récupérer et le délai dans lequel la récupération doit être effectuée. Elle a également rappelé aux États membres quel était leur rôle à jouer en matière de récupération et quelles actions ils pouvaient entreprendre pour accélérer la mise en œuvre de ses décisions.

4. Au sein des États membres, un acteur spécifique peut également entrer dans le processus de la récupération d'aides. Une fois saisi, soit par l'État en suite d'une décision de la Commission, soit par un tiers affecté par l'octroi illégal d'une aide, le juge national a également des obligations étendues en matière de récupération d'aides illégales⁵. Contrairement à la Commission, il n'a aucune compétence pour apprécier la compatibilité des aides avec le marché intérieur. Il peut, et doit, se limiter à constater le caractère illégal de l'aide. Ce constat opéré, il jouit de tous pouvoirs (et devoirs) pour en exiger sa récupération ainsi que sa cessation et toute autre mesure appropriée pour restaurer la concurrence faussée par cet octroi illégal. Bien entendu, le juge national est aussi appelé à intervenir après une décision négative de la Commission à l'appui de l'État membre concerné qui peinerait à exécuter son obligation de faire récupérer l'aide illégale et incompatible.

5. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice a ainsi établi le rôle distinct mais complémentaire de la Commission et des juridictions nationales en matière d'aides d'État : à la Commission, l'appréciation au fond et au juge national, la protection des droits subjectifs des tiers en s'assurant de la régularité formelle de l'obligation de notification, pour mettre précisément la Commission en mesure d'exercer son contrôle de compatibilité avec le marché intérieur.

6. L'intervention variée des juridictions nationales en matière d'aides d'État a d'ailleurs fait l'objet d'une communication spécifique de la Commission en 2009 ("communication de 2009"⁶), à la suite notamment d'une mise à jour de l'étude précitée de 2006. Cette mise à jour a contribué également, entre autres, à la mise en ligne de nouvelles pages du site Internet de la DG Concurrence, à partir desquelles le justiciable, l'avocat mais aussi le juge national, peuvent prendre connaissance des précédents adoptés par les juridictions nationales dans les différents États membres, comme c'était déjà le cas pour les affaires jugées en vertu des articles 101 et 102 TFUE⁷.

7. Ainsi, la récupération des aides d'État illégales et incompatibles peut se présenter dans des situations diverses avec différents acteurs, selon que l'aide est :

→ illégale seulement, le juge national étant seul à pouvoir (devoir) intervenir en vertu de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, la Commission devant poursuivre un examen au fond⁸ ;

→ illégale mais déclarée compatible par la Commission, le juge national n'étant pas obligé de faire restituer le capital de l'aide mais devant néanmoins exiger du bénéficiaire le paiement des intérêts d'illégalité couvrant le bénéfice anticipé de l'aide octroyée illégalement, avant la décision de la Commission⁹ ;

→ illégale mais déclarée incompatible par la Commission, celle-ci étant alors obligée d'adopter une décision négative ordonnant à l'État membre concerné la récupération de l'aide en cause et le juge national étant obligé de son côté de prêter main forte, si saisi, à son État membre pour exécuter cette obligation de récupération.

8. L'objet du présent article est de faire un tour d'horizon de l'application de ces principes à partir d'une sélection de la jurisprudence (essentiellement européenne) intervenue depuis la communication de 2007. En raison d'impératifs d'édition, aucune exhaustivité ne pouvait être envisagée et il n'a notamment pas été possible de tenir compte de la pratique décisionnelle récente de la Commission ni des décisions juridictionnelles nationales.

9. L'examen de cette jurisprudence, sélectionnée par thèmes, (section II) sera précédée d'un rappel des grands principes développés antérieurement et sur lesquels se fonde la communication de 2007 de la Commission (section I).

I. Principes jurisprudentiels généraux en matière de récupération d'aides

10. La communication de 2007, qui est la première de la Commission sur le sujet depuis que la Cour de justice a confirmé, en 1973, le principe de la restitution des aides illégales et incompatibles, est une remarquable synthèse des principes en matière de récupération. Ces derniers peuvent être résumés comme suit en donnant une large place aux extraits des arrêts de la Cour (Cour de justice de l'Union européenne) et du Tribunal (Tribunal de l'Union européenne), qu'il est utile parfois de citer dans leur texte

5 Voir E. Righini, "Godot Is Here: Recovery As an Effective State Aid Remedy" in *Le droit des aides d'État dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, 2008, pp. 265-288 et J.-P. Keppenne et K. Gross, "Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le contrôle des aides d'État", *op. cit.* pp. 391-408. Voir également J. Derenne et C. Kaczmarek, "La récupération des aides illégales : le rôle du juge national dans le "private enforcement" du droit des aides d'État", *ERA Forum* (2009) 10: 251-268.

6 Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales, *JOUE* n° C 85 du 9 septembre 2009, pp. 1-22.

7 On notera que depuis une cinquantaine d'années, il semble qu'il y ait en réalité plus d'affaires "aides d'État" que d'affaires "anti-trust" qui aient été traitées par les juges nationaux. On se référera notamment à ce sujet au livre édité dans le cadre de la mise à jour 2009 de l'étude "aides d'État" de 2006 précitée : J. Derenne, A. Müller-Rappard, C. Kaczmarek (eds), *Enforcement of EU State aid rules at national level – 2010 – Reports from the 27 Member States*, Lexicon, Berlin, 2010, pp. 363. Voir également, le *State Aid Thesaurus* de Hogan Lovells sur www.concurrences.com et P. Nemitz (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures – The Role of National Law and Practice*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, volume 29, pp. 425, publié à la suite du Congrès FIDE de 2006.

8 On mentionnera, pour être complet, que la Commission, en vertu du règlement n° 659/1999 peut adopter une décision d'injonction de suspension (article 11, paragraphe 1 de ce règlement, appliqué assez rarement) ou encore une décision de récupération provisoire (article 11, paragraphe 2, aucun cas d'application à ce jour, tant les conditions d'application ont été rendues strictes par les États membres dans ce règlement du Conseil).

9 CJUE, arrêt du 12 février 2008, CELF e.a. c/ SIDE (CELF I), aff. C-199/06, Rec., p. I-469. Voir également, CJUE, arrêt du 11 mars 2010, CELF e.a. c/ SIDE (CELF II), aff. C-1/09, Rec., p. I-2099. Sur ces arrêts, voir J. Derenne, "Juge national et récupération d'aide illégale : enseignements des arrêts 'CELF I & II'", *Revue de Droit Commercial Belge-Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, RDC-TBH 2010/7, pp. 673-684.

original. Il n'est, en effet, pas question de faire une synthèse de la communication de 2007 qui développe ces éléments de manière systématique.

1. Principe de restitution et obligations de la Commission et des juridictions nationales

11. La Commission est “compétente, lorsqu'elle constate l'incompatibilité d'une aide avec le marché commun, pour décider que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier ; (...) cette suppression ou modification, pour avoir un effet utile, peut comporter l'obligation d'exiger le remboursement d'aides octroyées en violation du traité (...)”¹⁰. Depuis 1999, le règlement n° 659/1999 (article 14, paragraphe 1) oblige la Commission à ordonner la restitution des aides illégales et incompatibles, sous la réserve du respect des principes généraux de droit européen¹¹. Le juge national doit également, en principe, faire rembourser une aide illégale : “Toute autre interprétation conduirait à favoriser l'inobservation par les États membres de l'interdiction visée à l'article [108], paragraphe 3, du traité. Ainsi, dans l'hypothèse où les juridictions nationales ne pourraient ordonner que la suspension de tout nouveau versement, les aides déjà octroyées subsisteraient jusqu'à la décision finale de la Commission constatant l'incompatibilité de l'aide avec le marché commun et ordonnant sa restitution. Eu égard à l'importance pour le bon fonctionnement du marché commun que revêt le respect de la procédure de contrôle préalable des projets d'aides d'État, les juridictions nationales doivent, en principe, faire droit à une demande de remboursement des aides versées en violation de l'article [108], paragraphe 3, du traité. Toutefois, (...) des circonstances exceptionnelles peuvent se présenter dans lesquelles il serait inapproprié d'ordonner le remboursement de l'aide. (...) une juridiction nationale à laquelle il est demandé d'ordonner la restitution d'aides doit faire droit à cette demande si elle constate que les aides n'ont pas été notifiées à la Commission, à moins que, en raison de circonstances exceptionnelles, la restitution ne soit inappropriée”¹².

2. Objet de la récupération

12. Elle revient à “effacer l'avantage” dans le chef du bénéficiaire pour restaurer la situation concurrentielle : “L'obligation pour l'État de supprimer une aide (...)

¹⁰ CJCE, arrêt du 12 juillet 1973, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. 70/72, Rec., p. 813, point 13.

¹¹ La décision de la Commission du 2 août 2004 concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom (*JOUE* n° L 257 du 20 septembre 2006, p. 11) reconnaît ce principe en décidant de ne pas exiger de l'État français, étant donné le caractère innovant de son interprétation (et donc la protection de la confiance légitime de France Télécom), la récupération de l'aide que France Télécom aurait reçue en vertu d'une série de déclarations du gouvernement français par lesquelles il rendait publique son intention de faire le nécessaire pour aider France Télécom à surmonter ses problèmes de financement et ses difficultés financières. Le Tribunal allait annuler cette décision s'agissant de la condition du transfert de ressources d'État (TUE, arrêt du 21 mai 2010, République française, France Télécom SA, Bouygues SA et Bouygues Télécom SA et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS Télécom) c/ Commission, aff. jtes T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, Rec. p. II-2099 - pourvois croisés pendants devant la Cour : Bouygues et Bouygues Télécom c/ Commission et Commission c/ France, aff. jtes C-399/10 P et C-401/10 P).

¹² CJCE, arrêt du 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. / La Poste e.a.*, aff. C-39/94, Rec., p. I-3547, points 68 à 71.

incompatible (...) vise, (...) au rétablissement de la situation antérieure, (...) cet objectif est atteint dès que les aides en cause, augmentées le cas échéant des intérêts de retard, ont été restituées par le bénéficiaire, (...). Par cette restitution, le bénéficiaire perd en effet 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”¹³. La récupération n'est pas une “sanction” : en effet, son objectif “(...) est de faire perdre à son bénéficiaire l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents et de rétablir la situation antérieure au versement de ladite aide (...). Ainsi, la récupération des aides illégales ne saurait constituer une sanction non prévue par le droit communautaire, même si elle est mise en œuvre longtemps après l'octroi des aides en question (...). En d'autres termes, les décisions de la Commission dans le domaine des aides d'État ordonnant la récupération de celles-ci sont des mesures de rétablissement de la situation antérieure et n'ont pas un caractère pénal”¹⁴. La récupération s'entend avec intérêts : “(...) le rétablissement de la situation antérieure (...) suppose que tous les avantages financiers résultant de l'aide, (...), aient été éliminés. Il s'ensuit qu'une décision de la Commission (...) peut imposer le recouvrement d'intérêts sur les sommes octroyées aux fins d'éliminer les avantages financiers accessoires auxdites aides. (...) ces intérêts ne sont pas des intérêts moratoires, (...) mais représentent l'équivalent de l'avantage financier provenant de la mise à disposition gratuite du capital en cause pour une certaine période. En conséquence, lesdits intérêts ne peuvent courir qu'à compter de la date à partir de laquelle le bénéficiaire de l'aide a effectivement disposé dudit capital”¹⁵ ; ces principes sont repris et détaillés par l'article 14, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999 et par les articles 9 à 11 du règlement n° 794/2004. Toutefois, la Commission ne doit pas nécessairement fixer le montant exact de l'aide à restituer : “(...) aucune disposition du droit communautaire n'exige que la Commission, lorsqu'elle ordonne la restitution d'une aide déclarée incompatible avec le marché commun, fixe le montant exact de l'aide à restituer. Il suffit que la décision de la Commission comporte des indications permettant à son destinataire de déterminer lui-même, sans difficultés excessives, ce montant (...)”¹⁶.

3. Respect des principes d'équivalence et d'effectivité dans les modalités de récupération

13. “En l'absence de réglementation communautaire en la matière, (...) il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne sont pas moins favorables que celles

¹³ CJCE, 4 avril 1995, *Commission c/ Italie*, aff. C-348/93, Rec., p. I-673, points 26 et 27. Voir également arrêt du même jour, *Commission c/ Italie*, aff. C-359/93, Rec., p. I-699.

¹⁴ TPICE, arrêt du 10 avril 2003, *Scott c/ Commission*, aff. T-366/00, Rec., p. II-1763, point 65 – pourvoi rejeté dans les affaires C-276/03 P et C-290/07 P.

¹⁵ TPICE, arrêt du 8 juin 1995, *Siemens c/ Commission*, T-459/93, Rec., p. II-1675, points 97 à 101, confirmé sur pourvoi : affaire C-278/95 P.

¹⁶ CJCE, arrêt du 18 octobre 2007, *Commission c/ France*, aff. C-441/06, Rec., p. I-8887, point 29.

concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (...)»¹⁷. La récupération d'une aide illégale antérieure "tient l'octroi d'une aide nouvelle en état" (principe "Deggendorf") : "(...) lorsque la Commission examine la compatibilité d'une aide d'État avec le marché commun, elle doit prendre en considération tous les éléments pertinents, y compris, le cas échéant, le contexte déjà apprécié dans une décision antérieure, ainsi que les obligations que cette décision précédente a pu imposer à un État membre. Il s'ensuit que la Commission était compétente pour prendre en considération, d'une part, l'éventuel effet cumulé des anciennes aides (...) et des nouvelles aides (...) et, d'autre part, le fait que les [anciennes] aides, déclarées illicites (...), n'avaient pas été restituées"¹⁸. La récupération doit s'effectuer "sans délai" et permettre une "exécution immédiate et effective". En effet, l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999 dispose que "Sans préjudice de [l'article 278 TFUE], la récupération s'effectue sans délai et conformément aux procédures prévues par le droit national de l'État membre concerné, pour autant que ces dernières permettent l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission. À cette fin et en cas de procédure devant les tribunaux nationaux, les États membres concernés prennent toutes les mesures prévues par leurs systèmes juridiques respectifs, y compris les mesures provisoires, sans préjudice du droit communautaire". L'arrêt *Scott* ci-après illustre toute la force de ce principe. Enfin, la récupération peut s'opérer auprès de l'acquéreur en cas de détournement d'actifs – "le transfert (...) [de] tous les actifs de la compagnie Olympic Airways, libres de toutes dettes, à la nouvelle société Olympic Airlines (...) était structur[e] d'une manière à rendre impossible, en vertu du droit national, la récupération des dettes de l'ancienne compagnie Olympic Airways auprès de la nouvelle société Olympic Airlines. Dans ces circonstances, ladite opération a engendré une entrave à l'exécution effective de la décision 2003/372 et au recouvrement des aides (...)»¹⁹.

4. Obstacles à la récupération et moyens de défense pour l'État membre: L'impossibilité absolue d'exécution

14. Un État membre poursuivi en manquement pour inexécution d'une décision négative de la Commission ne peut évoquer aucun moyen de défense si ce n'est ce moyen "impossible" : "(...) le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué par un État membre contre un recours en manquement est (...) celui tiré d'une impossibilité absolue d'exécuter la décision en question. (...) un État membre qui, lors de l'exécution d'une décision de la Commission en matière d'aides d'État, rencontre des difficultés imprévues et imprévisibles, qu'elles soient de nature politique, juridique

ou pratique, ou prend conscience de conséquences non envisagées par la Commission doit soumettre ces problèmes à l'appréciation de cette dernière, en proposant des modifications appropriées de la décision en cause. Dans un tel cas, la Commission et l'État membre concerné doivent collaborer de bonne foi en vue de surmonter les difficultés dans le plein respect des dispositions du [TFUE] et, notamment, de celles relatives aux aides (...)»²⁰. L'État membre (son administration et ses juges) est obligé d'écarter tout droit national empêchant la récupération : "(...) l'application des procédures nationales ne doit (...) pas faire obstacle au rétablissement d'une concurrence effective en empêchant l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission. Afin d'atteindre cet objectif, les États membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir l'effet utile de cette décision. Or, en prévoyant l'effet suspensif des recours introduits contre les titres de perception émis pour la récupération d'une aide accordée, la procédure [nationale] (...) en l'espèce ne peut pas être considéré comme permettant l'exécution "immédiate et effective" (...). Ainsi, en méconnaissant les objectifs poursuivis par les règles communautaires en matière d'aides d'État, cette procédure nationale a empêché le rétablissement immédiat de la situation antérieure et prolongé l'avantage concurrentiel indu résultant des aides en cause. [Cette procédure] (...) aurait donc dû être laissée inappliquée. (...) l'effet suspensif des recours introduits devant les juridictions nationales ne saurait être considéré comme indispensable pour garantir une protection juridictionnelle effective au regard du droit communautaire (...)»²¹. Enfin, le principe de l'équilibre des compétences institutionnelles a primauté sur celui de l'autorité de chose jugée. En effet, l'autorité de chose jugée dont est revêtu une décision juridictionnelle nationale ne saurait être opposée à l'exécution d'une décision négative antérieure de la Commission²². Les obstacles de droit national doivent être écartés en cas de nécessité pour assurer la conformité au droit européen et, en cas de défaillance, l'État engage sa responsabilité, devant la Cour de justice à l'égard de ses obligations internationales (manquement – articles 258 TFUE et 260 TFUE) mais également, de toute personne préjudiciée du fait de la violation de ses obligations résultant du TFUE²³.

II. Illustrations récentes de la jurisprudence

15. Ces principes relatifs à la récupération des aides illégales et incompatibles sont illustrés ci-après par la jurisprudence européenne récente, en suivant comme grille de lecture :

17 CJCE, arrêt du 7 septembre 2006, Laboratoires Boiron, aff. C-526/04, Rec., p. I-7529, point 51.
18 TPICE, arrêt du 13 septembre 1995, TWD Deggendorf c/ Commission, aff. jtes T-244/93 et T-486/93, Rec., p. II-2265, point 56.
19 CJCE, arrêt du 12 mai 2005, Commission c/ Grèce, aff. C-415/03, Rec., p. I-3875, points 33-34.

20 CJCE, arrêt du 18 octobre 2007, Commission c/ France, aff. C-441/06, Rec. p. I-8887, points 27-28.
21 CJCE, arrêt du 5 octobre 2006, Commission c/ France (Scott), aff. C-232/05, Rec., p. I-10071, points 50 à 60.
22 CJCE, arrêt du 18 septembre 2007, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c/ Lucchini SpA (anciennement Lucchini Siderurgia SpA), aff. C-119/05, Rec. p. I-6199.
23 CJCE, arrêt du 19 novembre 1991, Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c/République italienne, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec., p. I-5357 ; CJCE, arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e.a., aff. jtes C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029 ; CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, Rec., p. I-10239 et CJCE, arrêt du 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, aff. C-173/03, Rec., p. I-5177.

→ l'objet de la restitution et ses modalités (annulation des actes portant exécution des mesures d'aides illégales, règles de prescription, identification des bénéficiaires, détermination des montants à récupérer et formes de la récupération – sections 1 à 5) ;

→ les moyens de défense de l'État membre confrontés au principe d'effectivité (impossibilité absolue d'exécuter une décision négative, protection de la confiance légitime, retards d'exécution et sanctions corrélatives de l'État membre – sections 6 à 8).

1. Récupération, conséquence logique de l'illégalité de l'aide

16. Dans son arrêt *Residex Capital* du 8 décembre 2011, la Cour devait répondre à des questions préjudicielles du Hoge Raad néerlandais portant sur sa compétence pour annuler une garantie octroyée illégalement par une autorité publique afin de couvrir un prêt accordé par une société financière à une entreprise qui n'aurait pas pu obtenir un tel financement dans des conditions normales de marché et sur son obligation d'annuler une garantie obtenue dans de telles conditions.

17. En l'espèce, le Hoge Raad se demandait si l'annulation de la garantie constituait une mesure efficace pour rétablir la situation antérieure à l'octroi du crédit, notamment aux fins de la protection des intérêts des parties affectées par une distorsion de concurrence résultant de l'octroi de ce crédit (l'annulation de la garantie n'entraînant pas pour autant la suppression de la distorsion de concurrence, c'est-à-dire du crédit dont le bénéficiaire de la garantie n'aurait pas pu bénéficier dans des conditions normales de marché).

18. En rappelant les règles applicables, la Cour, on doit le souligner, fait référence à la communication précitée de 2009 de la Commission²⁴. La Cour confirme bien entendu la pleine compétence du Hoge Raad pour tirer toutes les conséquences de l'illégalité constatée, y compris en ce qui concerne la validité des actes comportant la mise à exécution de ladite garantie.

19. À la question de savoir si le droit de l'Union impose aux juridictions nationales d'annuler une garantie octroyée dans ces conditions, la Cour revient sur le principe fondamental selon lequel "la conséquence logique de la constatation de l'illégalité d'une aide est sa suppression par voie de récupération afin de rétablir la situation antérieure"²⁵ : le principal objectif de la récupération d'une aide illégale est "d'éliminer la distorsion de concurrence causée par l'avantage concurrentiel procuré par une telle aide", le bénéficiaire perdant "l'avantage dont il disposait sur le marché par rapport à ses concurrents et la situation antérieure au versement de l'aide est rétablie"²⁶.

20. En éclairant ensuite, de sa propre initiative, le Hoge Raad sur la question de l'identification des bénéficiaires (sur

laquelle on reviendra ci-après), la Cour juge en substance que, quel que soit le bénéficiaire de l'aide, le droit de l'Union n'impose pas l'annulation d'un acte en particulier (en l'occurrence la garantie en cause). Par contre, les mesures prises par les juridictions nationales quant à la validité des actes relatifs à la mise à exécution des aides illégales doivent permettre d'atteindre l'objectif de restauration de la situation concurrentielle antérieure à cet octroi. En conséquence, l'annulation de la garantie n'est pas nécessairement la mesure la plus efficace et celle du contrat sous-jacent "susceptible d'entraîner la restitution réciproque des prestations exécutées par les parties ou la disparition d'un avantage pour l'avenir, peut être mieux à même d'atteindre l'objectif du rétablissement de la situation concurrentielle antérieure à l'octroi de l'aide"²⁷, car elle permettra la récupération du montant global de l'aide en cause, qui n'était pas limitée à la garantie mais au crédit qui avait pu être octroyé grâce à celle-ci.

21. S'agissant de la récupération entendue comme une mesure constituant la conséquence quasi automatique d'une aide illégale (sous la seule réserve, rappelle le Tribunal, de la contrariété à un principe général de droit européen), l'arrêt *Regione autonoma della Sardegna* du 20 septembre 2011 vient en déduire que la Commission n'a pas de marge d'appréciation à cet égard. Dès lors, le Tribunal juge qu'"une fois qu'elle a exposé les raisons pour lesquelles elle considère que l'aide en cause est illégale et incompatible avec le marché commun, elle ne saurait être tenue de motiver la décision ordonnant la récupération"²⁸.

22. Dans la pratique, on constate une frilosité certaine de la part des juridictions nationales à user pleinement de leurs pouvoirs, dans le respect de leurs obligations de droit européen, notamment lorsqu'il s'agit de faire récupérer une aide illégale²⁹.

27 *Ibidem*, points 44 à 47.

28 TUE, arrêt du 20 septembre 2011, Regione autonoma della Sardegna (Italie) c/ Commission, affaires T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, non encore publié au Recueil, point 152 (pouvoirs : affaires C-630/11 P et C-631/11 P).

29 On peut prendre comme exemple un jugement du président du Tribunal de commerce de Bruges qui ordonne la suspension de la mise en œuvre d'une aide illégale à la mine d'Ostende jusqu'à la fin de la procédure formelle d'examen de la Commission européenne, sans toutefois tirer toutes les conséquences de l'illégalité de l'aide en cause, en ordonnant notamment la récupération de celle-ci (Prés. trib. com. Bruges, 12 février 2009, Zeebrugse Visveiling c. Exploitatie Vismijn Oostende NV/Pakhuizen Oostende NV (00886/08). Voir J. Derenne et M. Smeets, "Chronique «Aides d'État» - Application des règles sur les aides d'État dans des affaires concernant la Belgique (juridictions belges et européennes, Commission européenne – Années 2009 et 2010", *Revue de la Concurrence Belge-Tijdschrift voor Belgische Mededinging* (RCB-TBM), 2011-2, pp. 100-132).

Cette affaire nous semble illustrer l'un des écueils de la jurisprudence CELF selon laquelle le juge national n'est pas obligé de demander la restitution de l'aide illégale en cas de décision compatible de la Commission. Ce principe ne s'applique pourtant que lorsque le juge national est en présence d'une décision déjà adoptée de la Commission. En l'espèce, la Commission n'avait pas encore statué définitivement.

On peut déceler dans cette affaire une tendance chez les juges nationaux à être (illégalement) tentés d'anticiper une décision positive de la Commission pour ne pas tirer toutes les conséquences d'une violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE alors qu'au moment où ils statuent, aucune décision de la Commission n'est encore intervenue quant au fond. Décider comme le juge de Bruges l'a fait en l'espèce revient à spéculer sur une décision positive de la Commission, en violation de l'obligation de sauvegarde des droits subjectifs des tiers affectés par l'octroi illégal de l'aide en cause. Vu les graves conséquences en l'espèce d'une restitution (mise en faillite sans doute inéluctable), le juge pouvait envisager la solution de mesures provisoires (placement de l'aide sur un compte bloqué – par analogie avec le cas d'une décision négative contestée devant une juridiction : communication 2007, point 70 – bien qu'en l'espèce les conséquences auraient pu être identiques) ou tout au moins contacter la Commission dans le cadre de la coopération avec celle-ci. Toujours est-il que la décision négative de la Commission qui s'en suivit dans cette affaire a de toute façon entraîné la disparition de la mine d'Ostende qui a cédé ses actifs à celle de Zeebrugge avant d'être mise en liquidation, ce qui a entraîné la création de la Vlaamse Visveiling clôturant par la même occasion la procédure de récupération d'aide illégale et incompatible initiée par la Commission (affaire CR 1/2010).

24 CJUE, arrêt du 8 décembre 2011, *Residex Capital IV CV* c/ Gemeente Rotterdam, aff. C-275/10, non encore publié au Recueil, points 25, 26 et 29.

25 *Ibidem*, point 33. Voir aussi récemment, CJUE, arrêt du 28 juillet 2011, *Mediaset* c/ Commission, aff. C-403/10 P, non encore publié au Recueil, point 122.

26 *Ibidem*, point 34, et renvoi à l'arrêt précité du 4 avril 1995, *Commission* c/ Italie, aff. C-350/93, Rec. p. I-699, point 22.

2. Prescription

23. Comme évoqué ci-dessus, l'obligation de récupération ne connaît que deux limites : d'une part, lorsque cette récupération serait contraire à un principe général de droit européen (les principes de la protection de la confiance légitime ou sécurité juridique sont les plus souvent invoqués mais ils sont interprétés de manière très restrictive par la jurisprudence – voir ci-après) et d'autre part, en cas d'application de la règle de prescription prévue par l'article 15 du règlement n° 659/1999³⁰.

24. Dans son arrêt *Département du Loiret*, le Tribunal a considéré que l'expression de l'article 15 précité "toute mesure prise par la Commission (...) interrompt le délai de prescription", visait notamment de simples demandes de renseignement de la Commission à l'État membre concerné³¹. La décision d'engager la procédure formelle d'examen ou une décision d'injonction d'information ne sont donc pas les seuls actes interruptifs de prescription de la part de la Commission.

25. Le point de départ du délai de prescription (jour de l'octroi de l'aide illégale) a également fait l'objet de jurisprudence. Dans son arrêt *Cipriani* de 2008, le Tribunal juge que le délai de prescription ne commence à courir qu'à la date à laquelle l'aide illégale "a été versée" et non pas à celle où la mesure d'aide est adoptée. Ainsi, "dans le cas d'un régime d'aide institué plus de dix ans avant la première interruption de la prescription, les aides illégales et incompatibles octroyées sur la base de ce régime au cours des dix dernières années sont dès lors soumises à récupération"³².

26. Cette question est revenue dans l'affaire *France Télécom* (taxe professionnelle) qui a donné lieu à un arrêt sur pourvoi de la Cour le 8 décembre 2011. Dans cette affaire, la Commission avait décidé que le délai de prescription commençait à courir le jour de l'octroi effectif de l'aide à France Télécom (annuellement) et non pas le jour de l'adoption du régime fiscal en cause³³.

30 "1. Les pouvoirs de la Commission en matière de récupération de l'aide sont soumis à un délai de prescription de dix ans.

2. Le délai de prescription commence le jour où l'aide illégale est accordée au bénéficiaire, à titre d'aide individuelle ou dans le cadre d'un régime d'aide. Toute mesure prise par la Commission ou un État membre, agissant à la demande de la Commission, à l'égard de l'aide illégale interrompt le délai de prescription. Chaque interruption fait courir de nouveau le délai. Le délai de prescription est suspendu aussi longtemps que la décision de la Commission fait l'objet d'une procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes.

3. Toute aide à l'égard de laquelle le délai de prescription a expiré est réputée être une aide existante".

31 TPICE, arrêt du 10 avril 2003, *Département du Loiret c/ Commission*, aff. T-369/00, Rec. p. II-1789, points 81 à 85.

32 TPICE, arrêt du 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani SpA e.a.c/ Commission*, aff. jtes T-254/00, T-270/00 et T-277/00, Rec., p. II-3269, point 364.

33 Décision de la Commission du 2 août 2004 concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom, *JOCE* n° L 269 du 14 octobre 2005, p. 30, point 49 : "dans le cas des régimes d'aides, le délai de prescription pour la récupération commence à courir non pas le jour de l'instauration du régime, mais le jour où l'aide a effectivement été accordée au bénéficiaire. (...) Dès lors, le délai de prescription des aides accordées à FT au titre de ce régime fiscal spécifique ne commence pas à courir le jour de l'adoption de la loi n° 90-568, mais le jour où l'aide a été effectivement accordée à FT, c'est-à-dire annuellement au moment où la taxe professionnelle était due"; décision confirmée par le Tribunal : TPICE, arrêt du 30 novembre 2009, République française, et France Télécom SA c/ Commission, aff. jtes T-427/04 et T-17/05, Rec. p. II-4315, points 202-203 et 322-323; arrêt confirmé par la Cour le 8 décembre 2011.

27. Dans son arrêt du 8 décembre 2011, la Cour confirme cette interprétation en jugeant "que la détermination de la date d'octroi d'une aide est susceptible de varier en fonction de la nature de l'aide en cause". En l'espèce, le régime fiscal de France Télécom était pluriannuel et se traduisait par des versements ou par l'octroi périodique d'avantages. La date d'adoption de l'acte fondant l'aide et celle de l'octroi effectif de celle-ci peuvent être séparées par un laps de temps important. Dans ce cas, aux fins du calcul du délai de prescription, seule compte la date d'octroi effectif de l'aide au bénéficiaire³⁴.

28. La Cour a donc confirmé le raisonnement du Tribunal selon lequel "en raison de l'annualité de la taxe professionnelle, l'aide en cause ne pouvait pas être considérée comme ayant été accordée avant l'année 1994, puisque c'est au cours de celle-ci qu'ont été adoptés les actes juridiques contraignants permettant, pour la première fois, de constater l'existence de l'écart d'imposition"³⁵.

29. Enfin, l'article 15, paragraphe 3, précité du règlement n° 659/1999 (toute "aide prescrite" est réputée être une aide existante) a été interprété par le Tribunal dans son arrêt *Gibraltar* de 2002 en ce que "loin d'être l'expression d'un principe général transformant une aide nouvelle en aide existante, [il] exclut seulement la récupération des aides instituées plus de dix ans avant la première intervention de la Commission"³⁶.

3. Identification du bénéficiaire et récupération auprès d'un tiers acquéreur

a) Identification du bénéficiaire

30. La question de l'identification des bénéficiaires (de ceux qui ont eu la jouissance effective de l'aide) a été évoquée plus haut à propos de l'affaire *Residex* précitée.

31. Alors que la question du Hoge Raad ne portait pas sur cette problématique, la Cour va l'inviter à l'examiner car elle était intimement liée à la question posée qui portait sur l'annulation de la garantie en tant que modalité efficace ou non de récupération de l'aide. La Cour en effet relève qu'"afin de procéder à ce remboursement, il est essentiel que les juridictions nationales identifient le bénéficiaire ou, le cas échéant, les bénéficiaires de l'aide. En effet, lorsqu'une aide est octroyée sous forme de garantie, les bénéficiaires de cette aide peuvent être soit l'emprunteur, soit le prêteur ou, dans certains cas, ces derniers conjointement" (point 37 de l'arrêt précité).

32. En l'espèce, le prêteur *Residex* aurait également été susceptible de tirer un profit économique de la garantie en cause étant donné que l'emprunteur se trouvait dans une situation financière telle qu'il n'aurait pas été en mesure d'obtenir un crédit sur les marchés de capitaux et que, dès lors *Residex* n'a pu lui octroyer un prêt à un taux préférentiel

34 CJUE, arrêt du 8 décembre 2011, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-81/10 P, non encore publié au Recueil, point 82.

35 *Ibidem*, point 86.

36 TPICE, arrêt du 30 avril 2002, *Government of Gibraltar c/ Commission*, aff. jtes T-195/01 et T-207/01, Rec. p. II-2309, point 130.

par rapport à celui en vigueur sur le marché que grâce à la garantie obtenue (sans que Residex ne rémunère par ailleurs celle-ci). La Cour invite donc la juridiction de renvoi à examiner ces questions en vue “de faire procéder (...) à la récupération du montant global de l’aide en cause” (point 43 de l’arrêt précité).

33. La problématique était également examinée dans l’affaire *DHL/Leipzig-Halle*, à propos d’engagements de l’exploitant public de l’aéroport de Leipzig-Halle de garantir l’opération en continu d’une piste déterminée et qu’au moins 90 % des transports aériens effectués par ou pour DHL puissent être réalisés à tout moment à partir de cette piste. DHL contestait que ces engagements avaient été “mis à sa disposition” et qu’elle en avait bénéficié, ceux-ci devant être considérés comme nuls et non avenues *ab initio* (nullité d’un contrat de droit civil pour violation de l’article 108, paragraphe 3, TFUE).

34. Dans un arrêt du 7 octobre 2010, le Tribunal rejette fermement la thèse défendue par les requérantes. Même à supposer que les engagements en cause soient considérés comme nuls et non avenues en droit allemand, “cela n’aurait aucune conséquence sur l’obligation de récupération et sur la légalité de la Décision”³⁷.

35. Selon le Tribunal, “admettre la thèse des requérantes porterait gravement atteinte à l’application des règles relatives aux aides d’État ainsi qu’à l’objectif de l’obligation de récupération des aides illégales. En effet, elle permettrait aux États membres, dont le droit interne reconnaît la nullité des actes par lesquels des aides illégales sont octroyées, de faire bénéficier à des entreprises de telles aides tout en rendant impossible leur récupération, dans l’hypothèse où la Commission en aurait constaté l’incompatibilité et en aurait ordonné la récupération”³⁸.

b) Récupération auprès d’un tiers acquéreur

36. On connaît la jurisprudence, un peu confuse au début, qui a conduit la Commission à étendre l’obligation de récupération des aides illégales et incompatibles auprès de tiers à leurs bénéficiaires initiaux. En résumé, un transfert de l’avantage à récupérer peut résulter de l’acquisition par un tiers à un prix inférieur à celui du marché des actifs ou des actions du bénéficiaire initial de l’aide. Ce tiers peut parfois être une société créée en vue de contourner l’obligation de restitution et avec laquelle il existe une continuité économique (notamment lorsque le transfert ne répond à aucune logique économique si ce n’est celle de priver d’effet la décision de récupération)³⁹.

37 En effet, DHL avait effectivement bénéficié, depuis le début des opérations à l’aéroport de Leipzig-Halle, des garanties stipulées. Si ces conditions d’exploitation n’avaient pas été respectées, l’exploitant public de l’aéroport aurait dû dédommager DHL de tout préjudice et de toute perte. DHL a bénéficié gratuitement de ces engagements et a donc bénéficié d’un avantage (l’existence d’une aide n’était d’ailleurs pas contestée).

38 TUE, arrêt du 7 octobre 2010, *DHL Aviation SA/NV et DHL Hub Leipzig GmbH c/ Commission*, aff. T-452/08, non encore publié au Recueil, points 34 et 43.

39 CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Allemagne c/ Commission* (“SMI”), aff. C-277/00, Rec., p. I-3925, points 75 et ss. ; CJCE, arrêt du 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia SpA/ Commission* aff. jtes C-328/99 et C-399/00, Rec., p. I-4035, point 83 ; CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Banks*, aff. C-390/98, Rec. p. I-6117, point 77. Voir communication de 2007, points 32 à 35.

37. Dans l’affaire dite *Olympic Airways*, à la suite de l’arrêt de la Cour de 2005⁴⁰ qui avait déterminé les bénéficiaires effectifs des aides visées dans une décision du 11 décembre 2002 de la Commission, se posait la question de l’application de ces principes à la suite des mesures de privatisation d’Olympic Airways, devenue Olympic Airways Services (OA), et de la création d’Olympic Airlines (NOA). La question spécifique de la continuité économique entre les deux entités était notamment au centre des débats. Dans une décision du 14 septembre 2005, contestée devant le Tribunal par la République hellénique, OA et NOA, la Commission constatait l’octroi de diverses aides à OA et NOA et en ordonnait le remboursement⁴¹.

38. La Commission concluait, en se fondant sur l’analyse de l’arrêt de la Cour de 2005 relatif à la continuité économique entre OA et NOA, à l’extension de l’obligation de récupération à NOA en ce qui concerne en particulier l’aide litigieuse à OA antérieure à la scission. Elle se référait également à cet élément dans son examen de compatibilité, l’aide nouvelle à NOA ne pouvant être déclarée compatible aussi longtemps que les aides antérieures à la scission n’avaient pas été récupérées, notamment auprès de NOA, celle-ci étant le successeur d’OA aux fins de la récupération des aides.

39. Dans son arrêt du 13 septembre 2010, le Tribunal considère que, nonobstant l’absence, regrettable, d’indications claires dans le dispositif de la décision (qui n’identifie pas explicitement NOA comme le bénéficiaire effectif d’une partie de l’aide à OA), la Commission a bien imposé à l’État grec de récupérer l’aide octroyée à OA avant la scission, auprès d’OA ou de NOA, la répartition de l’obligation de restitution entre ces deux sociétés devant être déterminée lors de l’exécution de la décision⁴². Le Tribunal juge ensuite que “la Commission n’est pas tenue de préciser dans quelle mesure chaque entreprise bénéficiaire a profité du montant de l’aide en cause” et que c’est à l’État membre de déterminer le montant à rembourser par chacune de ces entreprises⁴³ (voir *infra*).

40. Le Tribunal conclut à l’absence d’erreur manifeste d’appréciation de la Commission dans sa constatation d’une continuité économique entre OA et NOA, aux fins de la récupération de l’aide litigieuse octroyée à OA avant

40 CJCE, arrêt du 12 mai 2005, *Commission/Grèce*, aff. C-415/03, Rec., p. I-3875. Par cet arrêt, la Cour a constaté un manquement pour inexécution de la décision du 11 décembre 2002 ainsi qu’un transfert par l’État grec des éléments d’actif les plus rentables d’OA, libres de toutes dettes, à NOA, appartenant également à cet État et bénéficiant d’une protection spéciale à l’égard des créanciers (par dérogation aux dispositions du droit commun et aux obligations du droit commercial). Selon la Cour, cette construction juridique rendait impossible, en vertu du droit national, la récupération des aides octroyées et entravait l’exécution effective de la décision du 11 décembre 2002. Par arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007 (*Olympiaki Aeroporia Ypiresies c/ Commission*, aff. T-68/03, Rec. p. II-2911), cette décision a été annulée partiellement, en ce qu’elle visait la tolérance à l’égard de la pérennisation du non-paiement, d’une part, de redevances d’aéroport dues par OA à l’Aéroport international d’Athènes (AIA) et, d’autre part, de la taxe sur la valeur ajoutée due par OA sur le carburant et les pièces de rechange.

41 Dans un arrêt du 14 février 2008 (*CJCE, Commission c/ Grèce*, aff. C-419/06, Rec., p. I-27 – publication sommaire), la Cour a constaté un manquement à cette décision.

42 TUE, arrêt du 13 septembre 2010, *République hellénique, Olympiakes Aerogrammes AE, et Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c/ Commission*, aff. jtes T-415/05, T-416/05 et T-423/05, non encore publié au Recueil, points 110 à 128.

43 Point 126 de l’arrêt précité.

la scission⁴⁴. Selon lui, la Commission pouvait transposer le raisonnement de la Cour à ce sujet alors même qu'au moment de son arrêt en mai 2005, le transfert en cause avait déjà été effectué⁴⁵.

41. Le Tribunal ajoute que “les critères jurisprudentiels d'identification du bénéficiaire effectif d'une aide présentent un caractère objectif” (prix de transfert non conforme aux conditions du marché, transfert ayant pour effet de contourner l'obligation de restitution de l'aide litigieuse, moment du transfert des actifs comme indice d'un effet de contournement). Tout élément intentionnel doit donc être exclu de l'analyse comme, en l'espèce, le fait que la restructuration du groupe Olympic Airways et le transfert des activités de vol à NOA auraient été imposés par la logique économique d'une récupération plus efficace de l'aide octroyée à OA grâce à la privatisation de NOA. La logique économique de l'opération de transfert d'actif doit être examinée sous l'angle du rétablissement de la situation concurrentielle dans le secteur concerné⁴⁶.

4. Détermination des montants à récupérer

42. La détermination du montant à récupérer fait également l'objet de nombreux litiges. Pourtant, la Commission insiste dans sa communication de 2007 sur le fait que, si elle dispose des données nécessaires à cet effet, elle s'efforcera de donner une indication précise du montant des aides à récupérer mais qu'elle n'est “pas légalement tenue de le faire”. Il suffit en effet, selon la jurisprudence, que “la décision de la Commission comporte des indications permettant à l'État membre concerné de déterminer lui-même, sans difficultés excessives, ce montant”⁴⁷.

43. Ce principe général est réaffirmé par la Cour dans son arrêt sur pourvoi dans l'affaire *Mediaset* qui invoquait la violation du principe de sécurité juridique à l'encontre d'un arrêt du Tribunal rejetant son recours contre une décision ne permettant pas, selon elle, d'établir une méthodologie

de récupération adéquate. Le Tribunal avait notamment considéré qu'il appartenait au droit national et, partant, au juge national de déterminer le montant de l'aide à récupérer. La Cour répète que “la Commission peut valablement se limiter à constater l'obligation de restitution des aides en question et laisser aux autorités nationales le soin de calculer le montant précis des sommes à restituer”⁴⁸.

44. L'arrêt *Freistaat Sachsen* du 24 mars 2011⁴⁹ illustre par ailleurs le risque de la Commission à indiquer ce montant quand elle le peut alors même qu'il s'agit de déclarer compatible une aide illégale. Dans cette affaire, la Commission avait déclaré compatible une aide de 350 millions d'euros pour la construction d'une nouvelle piste et d'autres infrastructures aéroportuaires à l'aéroport de Leipzig-Halle financés par un apport en capital. Toutefois, la Commission indiquait par ailleurs dans sa décision que certains des frais concernés relevaient de l'exercice de missions publiques et ne pouvaient être qualifiés d'aide d'État. La Commission a néanmoins considéré que la totalité de l'apport en capital constituait une aide d'État, une appréciation définitive quant aux frais concernés n'étant pas nécessaire puisqu'il s'agirait de toute façon d'une aide compatible.

45. Après avoir rappelé le principe de la non-obligation d'indiquer le montant exact à récupérer en cas d'aide illégale et incompatible, le Tribunal critique la position de la Commission : “(...) sans qu'il soit nécessaire d'examiner si un tel principe s'applique également lorsque la Commission déclare une aide compatible avec le marché commun, il doit être considéré que, dans l'hypothèse où elle décide d'indiquer le montant d'une aide d'État, au sens de l'article [107], paragraphe 1, [TFUE], dans le dispositif d'une décision, la Commission se doit d'indiquer le montant exact de celle-ci” (point 228 de l'arrêt précité).

46. Le Tribunal ajoute que l'indication de ce montant exact dans le dispositif d'une décision positive est d'autant plus importante pour ce qui concerne le montant des intérêts que le bénéficiaire peut être amené à payer. En effet, on sait que le juge national éventuellement saisi est tenu d'ordonner au bénéficiaire de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité et le montant de ces intérêts dépendra, notamment, du montant total de l'aide d'État et non pas de la seule part du montant de l'aide illégale considérée comme étant compatible avec le marché intérieur.

47. En l'espèce, le montant de l'aide d'État déclaré compatible par la décision en cause était erroné au regard des motifs de cette décision qui révèlent l'existence de sommes couvrant des missions de services publics ne constituant pas une aide d'État et qui devaient donc être déduites du montant total de l'apport en capital qualifié d'aide d'État. Comme le relève le Tribunal, “la question pertinente en l'espèce n'est pas de connaître le montant de l'aide compatible, mais le montant de l'aide en tant que telle”⁵⁰.

44 Le Tribunal relève notamment le moment du transfert des actifs d'OA à NOA, dans le secteur des activités de vol, qui est intervenu après la décision de 2002 mais avant l'ouverture de la procédure formelle d'examen ayant conduit à l'adoption de la décision attaqué du 14 septembre 2005.

45 Points 138 et 139 de l'arrêt précité. Une injonction de fournir des informations avait été adressée à la République hellénique dès le 8 septembre 2003 et la République hellénique et OA ne pouvaient ignorer, lors de la création de NOA, que les mesures en faveur d'OA antérieures à la scission pourraient faire l'objet de l'enquête de la Commission et qu'elles se situaient dans la continuité de certaines aides antérieures. Compte tenu de la similitude du contexte factuel, l'analyse de l'arrêt du 12 mai 2005 valait également pour les aides antérieures à la scission en cause.

46 Points 146 et 148 à 150 de l'arrêt précité. Le Tribunal note également la circonstance particulière que “la restructuration d'OA et la création de NOA ne constituaient que des opérations provisoires, visant à faciliter la privatisation. Le transfert à NOA du secteur des activités de vol du groupe Olympic Airways a été réalisé par la loi, de manière dérogoratoire au droit commun, et la totalité du capital de cette nouvelle société a immédiatement été dévolue à la République hellénique. Dans ces conditions, en l'absence de paiement d'une contrepartie, par un nouvel acquéreur, aussi longtemps que la privatisation de la compagnie aérienne n'avait pas abouti, il n'y avait pas lieu de vérifier si le montant des aides octroyées à OA avant la scission pouvait être considéré comme inclus dans un prix d'achat conforme aux conditions du marché”.

47 Voir point 37 de la communication de 2007 ; voir, notamment, CJCE, arrêt du 13 juillet 1988, *France c/ Commission*, aff. 102/87, Rec. p. 4067, point 33 et CJCE, arrêt du 7 mars 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-310/99, Rec., p. I-2289, point 91.

48 CJUE, arrêt du 28 juillet 2011, *Mediaset SpA c/ Commission*, aff. C-403/10 P, non encore publié au Recueil, point 127.

49 TUE, arrêt du 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt et Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH c/ Commission*, aff. jtes T-443/08 et T-455/08, non encore publié au Recueil, points 228 et 229.

50 Point 232 de l'arrêt précité.

mise en œuvre de toute procédure de relevé de forclusion permettant la production hors délai d'une créance ; éviter toute continuation d'activité ;

→ pour des entreprises ayant cédé leur activité, effectuer toute démarche concrète en vue de l'examen de la situation de chacune d'elles (vérification du prix des transferts d'activité), éventuellement en se concentrant sur les transferts d'actifs les plus importants, après approbation de la Commission.

60. Deux affaires concernant la France peuvent être évoquées ici pour illustrer ces éléments.

61. Un arrêt de novembre 2008 concerne la récupération des aides résultant du régime fiscal de l'article 44septies du code général des impôts (exonération d'impôts sur les sociétés pendant deux ans pour les sociétés créées en vue de reprendre les activités d'entreprises industrielles en difficulté)⁵⁶.

62. Les débats dans le cadre du recours en constatation de manquement devant la Cour allaient notamment se focaliser sur la récupération des aides à l'encontre des bénéficiaires n'ayant pas cessé leur activité et de ceux ayant cessé leur activité.

63. La Cour rappelle les conditions prévues à l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999 (récupération sans délai et conformément au droit national, pour autant que celui-ci permette l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission ; mesures provisoires en cas de procédure devant les tribunaux nationaux, sans préjudice du droit européen). Elle répète ensuite que le seul moyen de défense d'un État membre est celui tiré d'une impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision et que la Commission et l'État membre doivent collaborer de bonne foi en vue de surmonter les difficultés éventuelles.

64. S'agissant de la récupération des aides à l'encontre des bénéficiaires n'ayant pas cessé leur activité, la Cour constate d'abord que les aides relatives aux exercices 1991 à 1993 ne sont pas en cause dans la procédure de constatation de manquement : la Commission avait en effet déjà admis l'existence d'une impossibilité absolue de récupération à leur égard du fait de l'absence de données fiscales disponibles pour cette période, les bénéficiaires des aides au cours de celle-ci ne pouvant plus être identifiés (règle du droit national qui n'impose la conservation des documents comptables que pendant une période de dix ans).

65. En revanche, la Cour rejette le moyen pour tous les bénéficiaires n'ayant pas cessé leur activité s'agissant des exercices fiscaux postérieurs à 1994. Les difficultés évoquées par les autorités françaises (identification des bénéficiaires, calcul du montant des aides à récupérer, choix

et mise en œuvre des procédures de récupération), relèvent "de difficultés internes imputables au propre fait ou aux omissions des autorités nationales" (point 52 de l'arrêt précité). En outre, les autorités françaises n'ont pas établi les listes d'entreprises soumises à récupération des aides comme exigé par la Commission et n'ont pas poursuivi sans délai une récupération effective.

66. S'agissant de la récupération des aides à l'encontre des bénéficiaires ayant cessé leur activité, la Cour observe que la Commission n'a pas reproché à la France une inexécution de la décision en ce qui concerne les entreprises ayant purement et simplement disparu sans avoir trouvé reprenneur (en effet, par leur cessation d'activité, la distorsion de concurrence en cause disparaît).

67. S'agissant des bénéficiaires ayant cessé leur activité et cédé leurs actifs, la Cour indique que les autorités nationales devaient vérifier la conformité des conditions financières de la cession aux conditions du marché, en prenant notamment en compte "la forme utilisée pour la cession, par exemple celle de l'adjudication publique, censée garantir une vente aux conditions du marché" (point 59 de l'arrêt précité) ou "une expertise éventuellement diligentée à l'occasion de la cession" (point 60 de l'arrêt précité). En cas de cession d'actifs de gré à gré, la Cour rappelle que la "récupération des aides à l'encontre du cessionnaire ne peut être subordonnée à la mention expresse dans l'acte d'un transfert de ces aides. Elle peut être opérée lorsque le cessionnaire a connaissance de l'existence des aides et d'une procédure de contrôle diligentée par la Commission" (point 62 de l'arrêt précité).

68. La Cour conclut en l'espèce que la France "ne peut, pour échapper à la constatation d'un manquement, se contenter d'énoncer des affirmations générales et abstraites, sans se référer à des cas particuliers identifiés, analysés à la lumière de toutes démarches effectivement poursuivies aux fins de l'exécution de la décision. Admettre le contraire reviendrait, par un raisonnement *a priori*, à exclure toute exécution pour l'ensemble de la catégorie des entreprises ayant cessé leur activité, alors que, à l'égard de celles-ci, une impossibilité absolue d'exécution ne peut être retenue, le cas échéant, qu'en fonction de circonstances propres à chacune d'elles" (points 63 et 64 de l'arrêt précité).

69. Or, la France invoquait une impossibilité absolue d'exécution à l'encontre de 204 entreprises ayant cessé leur activité sans justifier "d'aucune démarche effectuée concrètement afin d'examiner la situation de chacune d'elles et d'apprécier si elle imposait ou non une récupération en application des critères énoncés ci-dessus. Elle ne justifie pas même avoir mis à profit l'acceptation par la Commission (...) d'un contrôle limité aux seuls transferts d'actifs les plus importants" (point 65 de l'arrêt précité). Dans ces conditions, la Cour conclut à ce que la condition d'une impossibilité absolue d'exécution n'est pas remplie.

70. Dans un arrêt plus récent de 2011, la Cour prend une position similaire, rejetant tous les arguments de la France. Il s'agissait de la non-exécution de la décision n° 2005/239/CE de la Commission, du 14 juillet 2004, concernant certaines

⁵⁶ CJCE, arrêt du 13 novembre 2008, Commission c/ République française, aff. C-214/07, Rec., p. I-8357. Voir J.-Y. Chérot, Concurrences n° 1/2009, pp. 146-147, A propos de certaines décisions juridictionnelles nationales sur ce régime d'aides, voir J. Derenne, Chronique Aides d'Etat Concurrences n° 1/2012.

mesures d'aide mises à exécution par la France en faveur des aquaculteurs et des pêcheurs⁵⁷.

71. La Cour rappelle les principes précités et, s'agissant des délais, elle relève que les reports de délais accordés par la Commission pour répondre aux demandes d'informations successives ne sauraient en aucune manière être interprétés comme l'octroi d'un délai supplémentaire pour procéder à la récupération des aides en cause en exécution de la décision.

72. La Cour note ensuite que, dans le cadre de leurs échanges avec la Commission, les autorités françaises n'avaient invoqué aucune impossibilité absolue d'exécuter la décision mais avaient simplement "exposé diverses justifications pour expliquer le retard pris dans la procédure de récupération ainsi que la nécessité d'analyser la situation de chacune des entreprises concernées" (point 36 de l'arrêt précité). Ces difficultés constituant "toutes des difficultés internes imputables au comportement propre des autorités nationales ou aux omissions de ces dernières (...), les arguments fondés sur lesdites difficultés ne sauraient être accueillis" (points 37 et 38 de l'arrêt précité).

73. La Cour répète d'ailleurs que la difficulté relative à l'identification des bénéficiaires des aides en cause, due à la nécessité de vérifier la situation individuelle de chaque entreprise concernée, n'est pas de nature à justifier la non-exécution d'une décision.

7. Protection de la confiance légitime : Circonstances exceptionnelles

74. De la même manière que l'argument tiré d'une impossibilité absolue d'exécuter une décision négative, ceux tirés de la prétendue violation du principe de la protection de la confiance légitime ou de circonstances exceptionnelles semblent bien eux aussi voués à l'échec perpétuel devant les juridictions européennes.

75. Au vu de l'obligation de notification préalable et de non-exécution avant l'approbation de la Commission, la Cour déduit du "caractère impératif du contrôle des aides d'État opéré par la Commission" que "les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue à l'article [108 TFUE] et [qu'] un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer que ladite procédure a été respectée. En particulier, lorsqu'une aide est (...) illégale (...), le bénéficiaire de l'aide ne peut avoir, à ce moment, une confiance légitime dans la régularité de l'octroi de celle-ci"⁵⁸.

57 CJUE, arrêt du 20 octobre 2011, *Commission c/ France*, aff. C-549/09, non encore publié au Recueil. Voir également CJUE, arrêt du 5 mai 2011, *Commission c/ Italie*, aff. C-305/09, non encore publié au Recueil ; CJUE, arrêt du 4 avril 2011, *Commission c/ Pologne*, aff. C-331/09, non encore publié au Recueil, points 70 à 73 ; CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Commission c/ Slovaquie*, aff. C-507/08, non encore publié au Recueil, points 42 à 64.

58 Arrêt *France Télécom* précité du 8 décembre 2011, point 59. Voir également arrêt *Mediaset* précité, points 171 à 177 et CJUE, arrêt du 9 juin 2011, *Territorio Histórico de Vizcaya - Diputación Foral de Vizcaya, Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava, et Territorio Histórico de Guipúzcoa - Diputación Foral de Guipúzcoa c/ Commission*, aff. jtes C-465/09 P à C-470/09 P, non encore publié au Recueil, points 148 à 166.

76. Dans l'affaire *France Télécom* (taxe professionnelle) précitée, le régime fiscal en cause n'avait pas été notifié à la Commission. La Cour rejette à ce sujet l'argument fondé sur la prétendue complexité du régime fiscal (France Télécom faisait valoir qu'une obligation de notification n'existait pas, puisque l'existence d'un avantage n'était pas établie) : "(...) ni la prétendue complexité du régime fiscal en cause ni la nature périodique de la mesure d'aide ne sont susceptibles de soustraire l'État membre à son obligation de notification ou de générer une quelconque confiance légitime au profit de la société bénéficiaire de l'aide" (point 62 de l'arrêt précité).

77. Dans son arrêt *ThyssenKrupp* de 2010⁵⁹, le Tribunal a fait une analyse plus détaillée des circonstances avancées par un bénéficiaire pour faire valoir la violation du principe de la confiance légitime. Le Tribunal s'y livre à un véritable exposé théorique de la manière dont la Commission doit prendre en compte l'éventuelle confiance légitime d'un bénéficiaire lorsqu'elle adopte une décision ordonnant la récupération d'une aide illégale. Le Tribunal y insiste sur les changements induits par l'adoption du règlement de procédure n° 659/1999 : "l'adoption du règlement n° 659/1999 a créé une situation nouvelle en ce qui concerne la récupération des aides incompatibles, dont il convient de tirer toutes les conséquences juridiques"⁶⁰. Le Tribunal juge ensuite que la Commission a bien vérifié s'il existait en l'espèce des circonstances exceptionnelles et a conclu à juste titre à l'absence de telles circonstances.

8. Principe d'effectivité

78. L'intervention du juge national est parfois source de retard d'exécution d'une décision négative de la Commission, que celle-ci soit contestée ou non devant le Tribunal de l'Union européenne.

79. Le juge national peut être saisi d'un recours du bénéficiaire contre l'ordre national de récupération lui-même pris en exécution de la décision négative de la Commission, qui n'hésite pas à saisir la Cour pour "manquement judiciaire"⁶¹.

80. La Cour a rendu plusieurs arrêts constatant un manquement à l'exécution de décisions négatives de la Commission, suite à des retards d'exécution dus notamment à des procédures juridictionnelles nationales.

59 TUE, arrêt du 1^{er} juillet 2010, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA c/ Commission*, aff. T-62/08, non encore publié au Recueil. Arrêts similaires dans les affaires *Cementir Italia* (affaire T-63/08) et *Nuova Terni Industrie Chimiche* (affaire T-64/08) rendus également le 1^{er} juillet 2010.

60 "L'article 14, paragraphe 1, dudit règlement confirme le caractère systématique de la récupération (première phrase), tout en prévoyant une exception (seconde phrase) lorsque la récupération va à l'encontre d'un principe général du droit de l'Union. Il existe donc une disposition de droit dérivé dont la Commission doit tenir compte lors de l'adoption de ses décisions et qui peut l'amener à renoncer, le cas échéant, à exiger la récupération des aides incompatibles. Il est incontestable que la violation d'une telle disposition peut être invoquée au soutien de l'annulation d'une partie de la décision exigeant la restitution" (points 275 et 276 de l'arrêt précité).

61 Voir sur cette notion, les conclusions de M. l'avocat général Geelhoed avant l'arrêt du 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, Rec., p. I-14637. Pour un exemple où la Commission a finalement retiré sa requête suite à l'exécution de l'État membre, voir *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-187/06 (*JOUE* n° C 154 du 1^{er} juillet 2006, p. 10). Il s'agissait de l'exécution de la décision de la Commission du 24 avril 2002 (aide au groupe Beaulieu - Ter Lembeek, *JOCE* n° L 296, du 30 octobre 2002, p. 30, décision confirmée par TPICE, arrêt du 23 novembre 2006, *Ter Lembeek International c/ Commission*, aff. T-217/02, Rec. p. II-4483 ; confirmé sur pourvoi dans l'affaire C-28/07 P).

a) Défaut d'utilisation de tous les moyens d'ordre judiciaire à disposition de l'État

81. Dans un arrêt condamnant la République slovaque le 22 décembre 2010⁶², la Cour devait connaître d'arguments relatifs à la portée du principe de l'autorité de chose jugée. Un bénéficiaire d'aide illégale et incompatible (remise de dettes dans le cadre d'un concordat) avait été mis en demeure par le bureau compétent des impôts slovaques de rembourser cette aide puis avait été poursuivi devant le tribunal slovaque compétent qui avait rejeté la demande, une cour d'appel confirmant ce rejet au motif qu'il n'était pas possible de réviser la décision de concordat dès lors que celle-ci était devenue définitive. Un recours extraordinaire contre cette décision de la cour d'appel n'avait, semble-t-il, pas été introduit par les autorités slovaques.

82. La Cour rappelle les principes d'exécution immédiate et effective de l'obligation de récupération en l'interprétant comme une obligation de résultat (sans utiliser cette expression) qui laisse toutefois à l'État membre le choix des moyens à mettre en œuvre pour arriver à ce résultat : "(...) un État membre qui, en vertu d'une telle décision de la Commission, se trouve obligé de récupérer des aides illégales est libre de choisir les moyens par lesquels il exécutera cette obligation, pourvu que les mesures choisies ne portent pas atteinte à la portée et à l'efficacité du droit de l'Union (...)" (point 51 de l'arrêt précité).

83. La Cour poursuit en constatant que les moyens choisis en vue de récupérer l'aide d'État illégale par voie judiciaire n'ont pas abouti à cette "récupération de l'aide illégale et les conditions normales de concurrence n'ont donc pas été rétablies" (point 54 de l'arrêt précité). La Cour relève ensuite que la décision juridictionnelle validant l'accord de concordat ayant acquis force de chose jugée date de 2004 et est donc antérieure à la décision par laquelle la Commission a imposé la récupération de l'aide litigieuse.

84. La Cour en conclut que la situation en cause "se distingue de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Lucchini*, précité, mis en avant par la Commission, dans lequel la Cour a jugé que le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit de l'Union et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive (voir point 63 dudit arrêt *Lucchini*)" (point 56 de l'arrêt précité)⁶³.

85. La Cour rappelle ensuite l'importance que revêt le principe de l'autorité de la chose jugée pour répéter que "le droit de l'Union n'impose pas dans tous les cas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant force de chose jugée à une décision juridictionnelle, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit de l'Union par la décision

en cause (...)"⁶⁴ (point 60 de l'arrêt précité). Mais, sans aller plus loin dans cette discussion, la Cour se contente ensuite de constater que les autorités slovaques disposaient, selon leur droit national, de moyens dont l'utilisation diligente aurait pu leur donner la possibilité de récupérer l'aide en cause mais qu'elles n'ont pas apporté d'éléments précis quant aux conditions dans lesquelles elles auraient utilisé les moyens ainsi mis à leur disposition.

86. La Cour en conclut que la République slovaque n'a pas apporté suffisamment d'éléments permettant de considérer qu'elle aurait entrepris, dans le délai qui lui était imparti, toutes les démarches qu'il lui était possible de mettre en œuvre afin d'obtenir le remboursement de l'aide en cause.

87. Le recours en manquement est donc accueilli faute de ces éléments dont on peut deviner qu'ils auraient pu (au cas où le recours extraordinaire avait été formé par exemple) défendre efficacement la République slovaque⁶⁵.

b) Décisions de juridictions nationales retardant la récupération

88. Dans deux arrêts concernant l'Italie, la Cour revient également sur des situations plus classiques de retards d'exécution dus à des décisions juridictionnelles annulant des demandes de récupération pour des raisons de droit national non liées à la légalité de la décision négative de la Commission.

89. Dans le premier arrêt de mai 2011, la Cour fait référence à son arrêt *Scott* de 2010 (voir *infra*) aux termes duquel "l'annulation d'un acte national de mise en œuvre d'une décision de la Commission ordonnant la récupération de l'aide illégale, qui fait obstacle à l'exécution immédiate et effective de ladite décision, est inconciliable avec les exigences qui découlent de l'article 14, paragraphe 3, du [...] règlement n° 659/1999"⁶⁶. En l'espèce, bien qu'en appel l'annulation de l'acte national d'injonction de paiement ait été réformée, cette procédure a provoqué un retard dans l'exécution de la décision négative justifiant le manquement constaté par la Cour.

64 Ce faisant, la Cour renvoie à ses arrêts du 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239, point 38, du 16 mars 2006, Kapferer, aff. C-234/04, Rec. p. I-2585, point 20 et du 3 septembre 2009, Fallimento Olimpiclub, aff. C-2/08, Rec. p. I-7501, point 22 (on notera que la Cour elle-même n'est pas exempte d'ambiguïté lorsqu'elle associe l'arrêt *Kapferer* à l'arrêt *Olimpiclub* : si le premier arrêt confirme en effet que l'autorité de chose jugée ne cède pas à la primauté du droit européen en ce sens qu'une décision juridictionnelle contraire au droit européen mais devenue définitive ne doit pas être réexaminée ou annulée, le second arrêt traite d'une situation différente, à savoir celle où un juge est amené à prendre une nouvelle décision en application d'une autre décision juridictionnelle contraire au droit européen mais devenue définitive (dans ce cas, la primauté du droit européen lui impose de ne pas suivre le précédent revêtu de l'autorité de chose jugée, à défaut de quoi l'erreur de droit serait perpétuée)).

65 On doit noter que la Cour constitutionnelle de la République slovaque a annulé un arrêt de la Cour suprême slovaque qui avait mal apprécié la force contraignante de la décision de la Commission en l'espèce et avait violé le droit de l'autorité fiscale en cause à une protection juridictionnelle (Ústavný súd, arrêt du 6 avril 2011, II. ÚS 501/2010-94, www.concourt.sk/). La loi nationale slovaque relative aux aides d'État a depuis lors été modifiée de telle manière qu'une décision négative de la Commission soit directement exécutoire à l'encontre du bénéficiaire.

66 CJUE, arrêt du 5 mai 2011, Commission c/ République italienne, aff. C-305/09, non encore publié au Recueil, point 47 faisant référence au point 30 de l'arrêt *Scott* cité ci-après.

62 CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, Commission c. République slovaque, aff. C-507/08, non encore publié au Recueil.

63 Arrêt *Lucchini* : CJCE, arrêt du 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, Rec., p. I-6199.

90. Dans un second arrêt d'octobre 2011⁶⁷, la Cour constate qu'une juridiction nationale avait sursis à l'exécution de nombreux ordres nationaux de récupération et avait suspendu la procédure en se fondant sur le fait que la décision négative de la Commission était contestée devant le Tribunal. Ce faisant, le juge national avait détourné l'article 278 TFUE en donnant *de facto* un effet suspensif au recours devant le Tribunal contre cette décision en l'absence de tout sursis à exécution prononcé par celui-ci en vertu de cet article 278. L'État italien ne pouvait se prévaloir de telles décisions nationales pour justifier sa non-exécution de la décision négative alors que les mesures provisoires prises par le juge national n'avaient clairement pas respecté les conditions strictes de la jurisprudence pour autoriser un juge national à suspendre un acte national d'exécution d'un acte européen dont la légalité serait mise en doute⁶⁸.

c) Annulation possible d'un ordre national de récupération pourvu qu'elle n'entraîne pas la restitution du montant de l'aide illégale

91. Dans son arrêt *Scott* de 2010, sur renvoi préjudiciel, la Cour a rendu un arrêt "sur le fil du rasoir" établissant un équilibre entre le principe général du droit de l'Union de protection juridictionnelle effective (qui garantit le contrôle par le juge national de la légalité formelle d'un acte national visant à récupérer une aide illégale) et le principe d'effectivité résultant de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999 qui exige une récupération immédiate et effective de l'aide illégale.

92. Alors que la France avait déjà été condamnée en 2006 pour non-exécution de la décision négative de la Commission dans l'affaire *Scott – Kimberly Clark*⁶⁹, la cour administrative d'appel de Nantes était saisie de la question de la régularité des titres de recette émis pour la récupération de l'aide illégale au motif de l'absence d'indication sur ceux-ci du nom et prénom de leur signataire. Etant partagée entre son obligation d'annuler les titres de recette pour cette raison et celle d'assurer la récupération immédiate et effective de l'aide illégale, la cour administrative d'appel a saisi la Cour à titre préjudiciel.

93. L'arrêt de la Cour est "équilibré"⁷⁰ : si la Cour reconnaît que "l'annulation d'un titre de recette n'est pas critiquable en tant que telle" (car cela ne résulte que de l'exercice

plein et entier du principe de protection juridictionnelle effective), elle ne peut que constater qu'une telle annulation pourrait, en principe, entraîner, un remboursement de l'aide illégale au profit du bénéficiaire. La Cour va alors se servir du fait qu'en droit français, l'autorité ayant émis les titres de recette est habilitée à régulariser le vice de forme dont ceux-ci sont entachés. Leur annulation n'entraîne donc pas nécessairement la restitution des sommes acquittées en exécution de ces titres. Ce qui permet à la Cour de pouvoir dire pour droit que "l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas, dans des conditions où les sommes correspondant à l'aide en cause ont été déjà récupérées, à l'annulation pour vice de forme, par le juge national, des titres de recette émis afin de récupérer l'aide d'État illégale, lorsque la possibilité de régularisation de ce vice de forme est assurée par le droit national. En revanche, cette disposition s'oppose à ce que ces sommes soient, même provisoirement, versées de nouveau au bénéficiaire de cette aide"⁷¹.

d) "Manquement sur manquement" : Sanctions pécuniaires

94. Enfin, relevons simplement que la Cour a déjà condamné deux fois à ce jour des États membres à des sanctions pécuniaires, en vertu de l'article 260 TFUE, pour non-exécution d'obligations de récupération d'aides illégales et incompatibles⁷².

95. Une affaire est également pendante devant la Cour⁷³. D'autres (trois) sont au stade de la procédure pré-contentieuse⁷⁴.

96. L'article 260 TFUE est donc bien l'arme ultime de la Commission à l'égard des États membres et elle n'hésite plus à s'en servir depuis plusieurs années.

Conclusion

97. La jurisprudence européenne est à la source de la plupart des principes et règles actuellement applicables, qui n'étaient pas prévus par les traités, pour ce qui concerne la question spécifique de la récupération des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur. Cette jurisprudence a certainement encore beaucoup à apporter à la clarification

67 CJUE, arrêt du 6 octobre 2011, *Commission c/ République italienne*, aff. C-302/09, non encore publié au Recueil, points 44 à 55.

68 CJCE, arrêt du 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. Jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. p. I-415 et CJCE, arrêt du 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a. (I)*, aff. C-465/93, Rec. p. I-3761.

69 CJCE, arrêt du 5 octobre 2006, *Commission c/ France*, aff. C-232/05, Rec., p. I-10071 (effet suspensif automatique des recours contre les titres de recette émis par les collectivités territoriales en vue de la récupération des aides illégales en cause). Cette décision allait être partiellement annulée par le Tribunal en 2007 (TPICE, arrêt du 29 mars 2007, *Scott SA c/ Commission*, aff. T-366/00, Rec. p. II-797 ; annulation de la décision pour sa partie la plus importante relative au prix préférentiel du terrain, ne laissant qu'un tarif préférentiel de la redevance d'assainissement à récupérer) mais cet arrêt a été annulé par la Cour sur pourvoi de la Commission (CJUE, arrêt du 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott SA*, aff. C-290/07 P, non encore publié au Recueil).

70 CJUE, arrêt du 20 mai 2010, *Scott SA et Kimberly Clark SAS c/ Ville d'Orléans*, aff. C-210/09, Rec., p. I-4613.

71 Point 33 et dispositif de l'arrêt *Scott* précité.

72 CJUE, arrêt du 17 novembre 2011, *Commission c/ Italie*, aff. C-496/09, non encore publié au Recueil (astreinte d'un montant multiplicateur de 30 millions d'euros selon un pourcentage correspondant aux montants non encore récupérés à la date du prononcé du présent arrêt, par semestre de retard suite à un arrêt de 2004 et somme forfaitaire de 30 millions d'euros).
CJCE, arrêt du 7 juillet 2009, *Commission c/ Grèce*, aff. C-369/07, Rec. p. I-5703 (affaire *Olympic Airways* – astreinte de 16 000 euros par jour de retard suite à l'arrêt du 12 mai 2005 et somme forfaitaire de 2 millions d'euros).

73 *Commission c/ Espagne*, aff. C-529/09 (*JOUE*, n° C 51 du 27 février 2010, p. 21).

74 Lettre de mise en demeure "art. 260" contre la France dans l'affaire du régime de l'article 44septies (affaire SA.1365 - CR57/2002 – arrêt de manquement C-214/07) ; décision de saisine "art. 260" contre l'Italie (affaire SA.9950 - CR 27/1999 – arrêt de manquement C-207/05), requête non encore déposée ; requête "art. 260" contre l'Espagne (affaires SA.10264, SA.10564, SA.10565, SA.10563, SA.10562, SA.10679 – CR 48 à 54CR/1999 – arrêt de manquement C-485/03 à 490/03 et C-184/11), déposée en avril 2011 (affaire C-184/11).

des nombreuses questions à venir, auxquelles vont également contribuer la Commission et les juridictions nationales dans leurs rôles respectifs.

98. La Commission a fait un effort considérable de systématisation et de pédagogie. La jurisprudence récente est venue renforcer cette approche stricte de la Commission, notamment s'agissant de l'application effective du droit européen (primauté du droit européen, récupération auprès de tiers acquéreurs, interprétation stricte du manquement, sanctions pécuniaires des États membres).

99. De leur côté, les juridictions nationales ont vu leurs larges pouvoirs sans cesse renforcés par la jurisprudence européenne, notamment en tant que protectrices des droits subjectifs des tiers, ainsi que du pouvoir de contrôle de compatibilité qui s'impose à la Commission.

100. Mais, il reste encore beaucoup de questions que la jurisprudence va devoir certainement éclaircir au cas par cas : on peut notamment penser aux diverses formes de récupération (qui doivent pouvoir s'ajuster à la réalité économique), à ses modalités précises (qui parfois sont un peu artificiellement définies par la jurisprudence, notamment en cas de procédures collectives), à l'interaction entre les juridictions nationales et la Commission lorsque l'existence même d'une aide pose un réel problème d'application du droit ainsi que lorsque les mesures d'aides sont prises dans des situations d'extrême urgence (par exemple, en cas d'aides au sauvetage qui ont pu être approuvées très rapidement dans le cadre de la crise financière, au contraire des cas de l'économie dite "réelle"). ■

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.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billiard
Jean-Mathieu Cot, Jacques Gunther
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Jean-Christophe Roda, Florian Bien
Silvia Pietrini

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<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>	775 €	926,90 €
<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>	875 €	1046,50 €

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

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - 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