

L'AFFAIRE FORTIS: DÉCISION DE LA COMMISSION DU 3 DÉCEMBRE 2008 ET ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES DU 12 DÉCEMBRE 2008

(aspects relatifs aux aides d'État)

Jacques DERENNE*

I. Introduction

Depuis septembre 2008, «l'affaire Fortis» a donné lieu à de multiples décisions non seulement des tribunaux mais également de la Commission européenne. Le présent article examine brièvement (i) la décision du 3 décembre 2008 de la Commission qui qualifie d'aides d'État et déclare compatibles avec le marché commun une série de mesures étatiques adoptées en septembre et octobre 2008 en faveur de Fortis Banque SA et Fortis Banque Luxembourg SA (décision adressée à trois États membres)¹ et (ii) les aspects relatifs aux aides d'État de l'arrêt rendu en référé par la Cour d'appel de Bruxelles le 12 décembre 2008 (demande de suspension, entre autres opérations, de l'acquisition, en substance, par l'État belge des actions de Fortis Banque SA suivie par la cession de ses activités bancaires et de ses activités belges en assurances à BNP Paribas)².

D'autres décisions de la Commission sont intervenues à l'égard du sauvetage de Fortis Banque et elles ne seront pas abordées ici:

- décision du 19 novembre 2008 déclarant compatible avec le marché commun un mécanisme de garantie publique en faveur de Fortis Banque³;
- décision du 3 décembre 2008 approuvant au regard du règlement n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations l'acquisition par BNP Paribas du contrôle de Fortis Banque, Fortis Banque Luxembourg et Fortis Insurance Belgium, par voie d'échange et d'achat d'actions⁴;
- décision du 8 avril 2009 d'ouvrir la procédure formelle d'examen de l'article 88, paragraphe 2, CE à l'égard des mesures prises par l'État néerlandais en faveur de Fortis Bank Nederland (affaire aide d'État en cours): si la décision annotée du 3 décembre 2008 relative aux mesures prises en faveur de Fortis Banque SA et Fortis Banque Luxembourg SA inclut également l'examen du rachat de Fortis Bank Nederland en tant qu'aide éventuelle à Fortis Banque, elle n'examine pas la question d'aides éventuelles par les Pays-Bas à Fortis Bank Nederland, qui fait l'objet de cette procédure ouverte en avril 2009⁵;
- décision du 12 mai 2009 approuvant des aides supplémentaires des États belge et luxembourgeois résultant des modifications apportées à l'accord passé

* Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, Partner, Lovells LLP, Bruxelles. Chargé de cours adjoint à l'Université de Liège. L'auteur remercie vivement Cédric Kaczmarek pour son assistance dans la rédaction du présent article.

¹ Aides d'État NN 42/2008 – Belgique; NN 46/2008 – Luxembourg; NN 53/A/2008 – Pays-Bas – Aide à la restructuration en faveur de Fortis Banque et Fortis Banque Luxembourg (voir sur le site de la DG COMP à l'adresse suivante: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>).

² Affaire 2008/KR350 – points 1 à 128 et dispositif publiés en tant que «texte informatif» sur le site de nombreux journaux belges à la mi-décembre 2008.

³ Aide d'État N 574/2008 – Belgique – Garanties publiques en faveur de Fortis Banque (garantie mise en oeuvre par un arrêté ministériel adopté sur la base de l'arrêté royal du 16 octobre 2008 pris en exécution de l'article 117bis de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, qui a créé un cadre réglementaire général pour les interventions des pouvoirs publics en faveur des banques).

⁴ Affaire n° COMP/M.5384 – BNP Paribas / Fortis.

⁵ Aide d'État C11/2009 (ex. NN53b/2008) – Pays-Bas – aide à la restructuration de Fortis Bank Nederland.

entre Fortis Holding, BNP Paribas, Fortis Banque et les autorités belges et luxembourgeoises⁶.

La publication, à la fin du mois de janvier 2009, de la version non confidentielle de la décision précitée de la Commission du 3 décembre 2008 relative aux aides d'État permet d'y voir plus clair s'agissant de certains aspects de «l'affaire Fortis» et de faire quelques commentaires, en connaissance de cause, sur l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 décembre 2008 (dont quelques informations détaillées vont d'ailleurs au-delà de la version non confidentielle du texte de la décision de la Commission). Cet arrêt est frappé d'un pourvoi de l'État (la Société fédérale de participation et d'investissement, «SFPI», agissant au nom de l'État belge) devant la Cour de cassation, aussi nous limiterons-nous à quelques commentaires généraux qu'appelle un premier examen de l'arrêt.

Dans le cadre de la crise financière, la décision «Fortis» de la Commission n'est pas la première des décisions individuelles adoptées par la Commission depuis octobre 2008 mais c'est l'une des premières décisions publiées et surtout il s'agissait de la première fois, au début décembre 2008, que la Commission appliquait sa «nouvelle» base juridique de l'article 87, paragraphe 3, b) CE à une mesure individuelle de restructuration d'une banque⁷ (et non pas seulement, à cette date, à une mesure de liquidation⁸, de simple recapitalisation d'urgence⁹ ou d'octroi de garantie¹⁰). Cette décision permet donc d'illustrer la méthode de la Commission appliquant l'article 87, paragraphe 3, b), CE, à une aide à la restructuration dans un contexte de «*perturbation grave de l'économie d'une État membre*» au moment où la Commission entame une phase de révision des nombreuses décisions prises dans l'urgence depuis

octobre 2008, phase pendant laquelle elle va examiner les plans de restructuration exigés.

On remarquera d'ailleurs que la décision Fortis a été adoptée sans ouverture de la procédure formelle d'examen de l'article 88, paragraphe 2, CE qui oblige la Commission à s'entourer des commentaires des tiers intéressés lorsqu'elle éprouve des «*difficultés sérieuses*» dans son examen de qualification d'aide ou de compatibilité avec le marché commun de la mesure en cause¹¹. Ce n'est pas le cas des aides qui ont d'abord été examinées en vertu de l'article 87, paragraphe 3, c), CE (Northern Rock, IKB, Sachsen LB, WestLB et Hypo Real Estate) pour finalement faire l'objet, s'agissant des affaires non décidées en octobre 2008, d'une décision en vertu de l'article 87, paragraphe 3, b) CE (comme pour WestLB, le 12 mai 2009). L'examen du plan de restructuration de Dexia (13 mars 2009) confirme cette tendance à l'ouverture de la procédure formelle d'examen, au contraire de la restructuration de la Commerzbank approuvée en phase préliminaire le 7 mai 2009; on s'attend toutefois à voir une série d'ouvertures de procédure formelle d'examen pour la révision notamment des mesures de recapitalisation octroyées aux banques depuis octobre 2008, pour lesquelles la Commission exige des mesures de restructuration dans des conditions clarifiées par de nouvelles lignes directrices¹².

L'affaire Fortis a rapidement évolué au niveau belge vers un véritable imbroglio politique, terrain sur lequel nous ne nous aventurerons pas¹³. On lira avec intérêt le rapport préliminaire du 10 avril 2009 des experts de la commission spéciale parlementaire belge «*chargée d'examiner la crise financière et bancaire – belast met het onderzoek naar de financiële en bankcrisis*» (rapport en cours d'examen au Parlement belge et disponible sur des sites de journaux pour l'instant:

<http://static.lecho.be/upload/rapportcommission-3039960.pdf>

voir sur Fortis, les pp. 48-54, 213-215, 242-245, 277-291 et 332 du rapport).

⁶ Aides d'État N 255/2009 et N 274/2009 – Belgique / Luxembourg - aides supplémentaires à Fortis (décision non encore publiée - voir communiqué de presse n° IP/09/743 du 12 mai 2009).

⁷ On notera notamment, depuis lors, quelques décisions importantes à la mi-mai 2009 sur des mesures de restructuration: décisions d'ouverture de la procédure formelle d'examen dans les affaires Bayern LB (C 16/2009), Northern Rock (C 14/2008 – extension de la procédure) et Hypo Real Estate (C 15/2009) et surtout Commerzbank (approbation de la recapitalisation avec restructuration – N 244/2009).

⁸ Roskilde Bank - Danemark, 5 novembre 2008.

⁹ ING - Pays-Bas, 13 novembre 2008 et Aegon - Pays-Bas, 27 novembre 2008 (l'examen des affaires Northern Rock, IKB, Sachsen LB, West LB, Bradford & Bingley, Hypo Real Estate a été initié en vertu de l'approche traditionnelle de l'article 87, paragraphe 3, c) CE mais la décision d'approbation du 12 mai 2009 dans WestLB et les ouvertures de procédure formelle dans les affaires Northern Rock –extension de procédure- et Hypo Real Estate ont été adoptées en vertu de l'article 87, paragraphe 3, b), CE).

¹⁰ Dexia et Fortis, 19 novembre 2008 et JSC Parex Banka - Lettonie, 25 novembre 2008.

¹¹ Voir l'annulation pour cette raison, le 10 février 2009 (affaire T-388/03), par le Tribunal de première instance de la décision de la Commission approuvant le 23 juillet 2003 l'injection de capital de l'État belge dans La Poste (belge).

¹² Lignes directrices sur la restructuration des banques, qui devraient être adaptées en juillet 2009. La Commission y expliquera les éléments spécifiques de «flexibilité» qu'elle applique dans le cadre de ces restructurations par rapport aux lignes directrices de 2004 sur les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté.

¹³ On notera la publication, le 16 mai 2009, du livre de Martine Maelschalck, Marc Lambrechts et Mischaël Sephina, *Banque Route – Comment Fortis a ébranlé la Belgique*, Editions Racine et L'Echo.

L'imbroglia politique est également doublé d'un imbroglia juridico-judiciaire sur lequel un autre rapport était censé faire la lumière dans le cadre d'une enquête parlementaire en bonne et due forme *«sur le respect de la Constitution, en particulier le principe de la séparation des pouvoirs, et des lois dans le cadre des procédures judiciaires entamées à l'encontre de la sa FORTIS»* (voir sur le site de la Chambre des Représentants du royaume de Belgique:

<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/52/1711/52K1711007.pdf>).

Nous n'y reviendrons pas non plus.

Enfin, on n'envisagera pas les conséquences des votes positifs des assemblées générales de Fortis des 28 et 29 avril 2009. Entérinant des accords conclus avec BNP Paribas, modifiés en février 2009 (avenant n° 2) et finalement le 12 mars 2009 (avenant n° 3), ces votes modifient quelque peu la situation juridique que la Commission avait examinée en décembre 2008. Aussi, l'État belge a-t-il notifié ces nouvelles mesures soit comme «non aides», soit comme aides compatibles avec le marché commun.

Le 12 mai 2009, la Commission a adopté la décision positive précitée à l'égard de ces mesures (décision non encore publiée à l'heure d'écrire ces lignes). Il s'agit, selon le communiqué de presse de la Commission, *«des aides supplémentaires des États belge et luxembourgeois résultant des modifications apportées à l'accord passé entre Fortis Holding, BNP Paribas, Fortis Banque et les autorités belges et luxembourgeoises»*.

La Commission a qualifié d'aides d'État compatibles avec le marché commun les mesures supplémentaires suivantes, à savoir, selon le communiqué de presse précité:

1. à l'égard de Fortis Holding:
 - a) prise par l'État belge d'une plus grande part du risque du véhicule d'investissement qui achètera les actifs dépréciés de Fortis Banque, réduisant d'autant l'exposition de Fortis Holding;
 - b) garantie par l'État belge d'un nouveau prêt de 1 milliard € de Fortis Banque à Fortis Holding et sur les engagements financiers de Fortis Holding envers Fortis Banque (obligations découlant de la *Relative Performance Note*);
 - c) option d'achat donnée par l'État belge à Fortis Holding sur les actions de BNP Paribas que l'État acquerra;
2. à l'égard de Fortis Banque:
 - a) octroi par l'État belge d'une garantie «mezzanine» ou garantie «en deuxième perte», sur le

portefeuille d'instruments de crédits structurés détenu par Fortis Banque;

- b) acceptation par l'État belge de l'acquisition par le véhicule d'investissement, dans lequel l'État assume la majeure partie du risque, d'autres actifs dépréciés de Fortis Banque;
- c) recapitalisation de la Banque Générale du Luxembourg (ex Fortis Banque Luxembourg) sera recapitalisée par le Luxembourg.

II. La décision du 3 décembre 2008 de la Commission

A. Les mesures notifiées

Les mesures soumises à la Commission en 2008 ont été notifiées par trois États membres différents à l'égard d'une même entreprise, ce qui est assez rare mais bien entendu justifié par le caractère «Benelux» de Fortis à l'époque. Ces mesures adoptées en faveur de la restructuration de Fortis Banque et Fortis Banque Luxembourg (Fortis Bank Nederland étant finalement reprise par l'État néerlandais) ont été formellement notifiées à la Commission par les autorités belges, luxembourgeoises et néerlandaises, fin septembre 2008, puis fin octobre 2008, dans des circonstances quelque peu chaotiques.

Soulignons dès à présent que ces mesures ont été enregistrées par la Commission comme des aides non notifiées (registre NN) dès lors que la plupart d'entre elles avaient été exécutées avant de pouvoir être examinées par la Commission. Des modifications ont fait suite aux nombreuses discussions engagées avec les services de la Commission. Eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles les aides ont été octroyées, la Commission a demandé aux États membres concernés de lui fournir des informations supplémentaires.

Il n'est pas possible de rappeler de façon exhaustive le contexte dans lequel les mesures en cause ont été adoptées. On renverra aux descriptions des difficultés de Fortis identifiées au point 3.3 de la décision; l'intervention des autorités des États du Benelux s'est notamment matérialisée par un investissement conjoint de 11,2 milliards d'euros dans le capital de la banque, aux fins de venir au soutien de ses activités:

- l'État belge s'est engagé à souscrire une augmentation de capital de la banque pour un montant de 4,7 milliards d'euros, lui conférant ainsi 49,93% du capital de la société; par ailleurs, la Banque nationale de Belgique a mis en place une *«emergency liquidity assistance»* (ELA, octroi urgent de liquidités) en faveur de Fortis Banque pour subvenir à ses besoins urgents de liquidités;

- l'État luxembourgeois s'est engagé à participer au capital de Fortis Banque Luxembourg en souscrivant des obligations convertibles pour un montant de 2,5 milliards d'euros (réduit à 2,4 milliards), ce qui lui permet d'obtenir 49,9% du capital de la banque;
- l'État néerlandais a accepté de participer à une augmentation de capital de Fortis Bank Nederland, filiale de Fortis Banque, pour un montant de 4 milliards d'euros, lui conférant 49% du capital de cette banque, mais cette dernière mesure n'a pas été mise en œuvre, en raison du rachat de Fortis Bank Nederland par celui-ci.

Par la suite, la Belgique a annoncé le rachat des 50,1% de Fortis Banque qu'elle n'avait pas encore acquis à la suite de la mise en œuvre de la première mesure. Cette nationalisation de la banque a permis la création d'une nouvelle entité chargée de gérer les crédits les plus risqués de la banque. Directement après cette annonce, l'État belge a vendu 75% de sa participation dans Fortis Banque à BNP Paribas moyennant une contribution de 8,25 milliards d'euros.

De même, le Luxembourg a annoncé la vente de 16% de Fortis Banque Luxembourg à BNP Paribas pour 800 millions d'euros, portant ainsi à 67% la participation de celle-ci dans Fortis Banque Luxembourg.

Force est de constater que ces différentes transactions, conduites au jour le jour, ont posé le problème du respect des exigences de procédure en matière d'aides d'État, à savoir de l'article 88, paragraphe 3, CE, qui exige la notification préalable à la Commission de tout projet d'aide d'État ainsi que leur suspension jusqu'à la décision finale de la Commission sur leur compatibilité avec le marché commun.

Nous reviendrons sur ce point à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, puisqu'il appartient au juge national de tirer toutes les conséquences du non respect éventuel de cette obligation procédurale (alors qu'on sait que la Commission ne peut s'arrêter à l'illégalité des aides mais doit au contraire examiner leur compatibilité au fond). Quoi qu'il en soit, il est difficile de dire, à la lumière du texte de la décision de la Commission, dans quelle mesure exacte la Commission a été tenue au courant, jour par jour, nuit par nuit, heure par heure, de l'évolution des diverses mesures prises en relation avec la banque, permettant, à tout le moins, le contrôle «en direct» de la compatibilité de ces mesures, à défaut du respect de la procédure de notification préalable. En tout état de cause, aucune des mesures prises jusqu'au 3 décembre 2008 n'a été formellement approuvée au préalable par la Commission. Toutes ces mesures ont donc été adoptées en violation de l'article 88, paragraphe 3, CE (lorsqu'elles ont été exécutées).

Toutefois, même si on a peine à croire certaines déclarations du premier ministre belge de l'époque (qui prétendait que Madame Kroes, Commissaire à la concurrence, n'avait pu être contactée lors des week-ends cruciaux de fin septembre et début octobre 2008), on ne voit guère comment cette obligation procédurale aurait pu être formellement respectée dans les circonstances particulières de cette affaire, tant l'affaire était urgente, complexe et mouvementée et tant Fortis risquait la faillite sans intervention étatique immédiate, avant les 29 septembre 2008 et 6 octobre 2008 à 9 h respectivement...

B. La qualification des mesures notifiées en tant qu'aides d'État

La Commission applique le test de l'investisseur privé en économie de marché pour qualifier les différentes mesures adoptées en faveur de Fortis d'aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, en prenant en compte les circonstances exceptionnelles dans lesquelles elles se sont déroulées.

Injection de capital dans Fortis Banque par l'État belge et l'État luxembourgeois¹⁴

La première mesure concerne l'injection de capital dans Fortis Banque.

La Commission conclut à juste titre que l'État belge ne s'est pas comporté en investisseur privé évoluant en économie de marché, et ce en dépit du fait que les conditions de sa prise de participation se sont faites sur la base du cours de l'action de Fortis et donc sur la base d'un prix de marché. La Commission observe que, dans un premier temps, l'État belge et Fortis ont tout d'abord cherché un investisseur privé pour sauver la banque et elle en conclut que le point de référence pertinent à prendre n'était donc pas le cours de l'action, mais les offres faites par les investisseurs privés (en réalité des offres sur l'intégralité du groupe Fortis¹⁵) qui disposaient d'une information équivalente à celle de l'État (la SFPI, agissant au nom de l'État belge) au moment de la transaction (c'est-à-dire une information meilleure que celle du marché, même si elle demeurait très limitée, l'accès à une *data room* n'ayant eu lieu qu'à partir du 27 septembre 2008).

La prise de participation en cause dans Fortis Banque constitue donc une aide d'État dans la mesure où l'État a

¹⁴ L'État néerlandais n'a pas exécuté les mesures conclues le 3 octobre 2009 mais a plutôt racheté Fortis Bank Nederland et Fortis Insurance Nederland.

¹⁵ Sur ce point, la Commission remarque que «ces offres concernaient l'achat de l'entière du groupe Fortis et non des parties spécifiques. Cependant, même tenant compte d'une décote de holding, le prix proposé par BNP Paribas reste nettement inférieur au cours de clôture de l'action le 26 septembre 2008» (note 6 de la décision).

accepté de payer un prix nettement plus élevé (évaluation de Fortis Banque faite par l'État sur la base d'un prix de 5,2€/action Fortis) que celui que des investisseurs privés étaient prêts à payer dans des circonstances similaires (offre de 1,5€/action Fortis par ING et offre de 2€/action Fortis par BNP Paribas). Les autres conditions de l'aide d'État sont évidemment remplies: la SFPI est contrôlée par l'État, ses ressources sont publiques, l'injection de capital permet à Fortis de rester active sur le marché et fausse donc la concurrence sur les marchés concernés, et affecte les échanges entre États membres vu la concurrence avec de nombreuses filiales de banques étrangères et les activités internationales de Fortis.

L'aide est octroyée à Fortis Banque mais aussi à Fortis SA, «étant donné que l'État accepte de payer un prix plus élevé que le prix de marché pour une part de 49% dans Fortis Banque, la dilution de la participation de Fortis dans le capital de Fortis Banque est moins grande qu'elle ne l'aurait été dans une opération conduite dans des conditions de marché» (note 7 de la décision).

La Commission applique une méthode identique pour évaluer le caractère d'aide d'État de la mesure entreprise par le Luxembourg.

L'État belge semble avoir défendu l'idée d'une valeur de marché de Fortis Banque supérieure au prix payé par l'État, le comportement de celui-ci devant être assimilé à un opérateur avisé en économie de marché. La Commission relève toutefois que «le gouvernement belge reconnaît d'ailleurs être intervenu parce que les offres privées étaient inacceptables» (point 35 de la décision). Dans ces conditions, la qualification d'aide de la Commission ne paraît pas contestable. Nous pensons d'ailleurs que, dans la situation exceptionnelle en cause (Fortis et Fortis Banque étaient insolubles lors des week-ends de fin septembre et début octobre, comme on va le voir avec l'examen de la mesure suivante), l'augmentation de capital puis le rachat d'un opérateur dans une telle situation ne peuvent être assimilés à une opération de marché mais, comme l'État l'a fait à juste titre, à une opération de sauvetage du système financier belge et même européen...¹⁶.

¹⁶ On peut comparer cette situation à de nombreux sauvetages par les États membres: par exemple, s'agissant du sauvetage d'ALSTOM, *mutatis mutandis*, l'État français avait également tenté, dans un premier temps, de prétendre que son injection de capital dans ALSTOM n'était pas une aide mais un investissement avisé; l'État français a modifié ensuite sa position dans la notification complémentaire de décembre 2003 qui conduisit à la décision positive conditionnelle de la Commission en juillet 2004 (JOUE, n° L 150 du 10 juin 2005, p.24). L'investissement s'est en effet avéré «rentable» (l'État a revendu ses parts à Bouygues avec

Assistance urgente de liquidités (Emergency Liquidity Assistance, (E)LA) par la Banque nationale de Belgique. S'agissant de la LA octroyée par la Banque nationale de Belgique (BNB)¹⁷, la Commission applique les principes énoncés dans sa communication "bancaire" du 13 octobre 2008¹⁸ en vertu desquels l'octroi de fonds par une banque centrale à une institution financière¹⁹ peut ne pas

une plus-value élevée), mais c'est une constatation *ex post* qui n'est pas pertinente en matière d'aides d'État pour l'appréciation *ex ante* de la qualification d'aide au moment même de l'adoption de la mesure en cause. Comme pour l'affaire ALSTOM, personne d'autre que l'État ne voulait «investir», dans les mêmes conditions que l'État, dans Fortis/Fortis Banque fin septembre/début octobre 2008. Un État ne peut assimiler les profits faits à l'issue d'une revente de participation dans ces conditions à un «investissement avisé» (celui-ci ne se faisant jamais avec l'aide des moyens –illimités– d'un État, ni en prenant les risques qu'il peut se permettre – ou doit même prendre – dans l'intérêt public précisément, ce qui aboutit à une déclaration de compatibilité, si toutes les conditions pertinentes sont remplies, dans le respect des règles du contrôle dévolu exclusivement à la Commission, autorité supranationale indépendante, tel que l'a voulu le traité CE).

¹⁷ Le texte publié de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles annoté plus bas fournit quelques détails qui ne sont pas contenus dans la version non confidentielle du texte de la décision de la Commission: on apprend ainsi que, ne disposant plus le vendredi 26 septembre 2008 de gage (*collateral*) à fournir au marché interbancaire, Fortis Banque avait fait appel au crédit marginal (*marginal lending facility*) pour 5 milliards € sachant que la banque devait encore faire face, le lundi 29 septembre 2008, à un besoin de liquidités de 30 milliards €. Cette situation ne s'est pas améliorée après les mesures du week-end des 27 et 28 septembre: au 2 octobre, l'engagement de Fortis Banque en LA s'élevait à 51,3 milliards € tirés sur la BNB (soit 15% du PIB de la Belgique et 50% des recettes fiscales du pays en 2007 !), alors que la Nederlandse Bank était déjà intervenue à concurrence de 7 milliards €) - voir point 19 de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 12 décembre 2008. On estime que les LA ont pu s'élever à un total de 120 milliards € au profit de Fortis Banque (voir le livre précité de M. Maeschalk *et alii*, p. 203). D'ailleurs, l'intégralité du bilan de Fortis a été mis en garantie pour ces ELA (*op. cit.*, p. 190). On en est arrivé à une situation où la BNB a vu gonfler ses expositions sur Fortis de manière dangereuse par rapport à ses fonds propres de deux milliards €. Cela a conduit l'État à garantir la BNB (voir la loi du 15 octobre 2008). L'État belge s'est donc exposé à des risques élevés sur une banque dont le bilan était de 600 milliards € alors qu'il n'a qu'une capacité fiscale de 100 milliards €, éléments que n'a pu que rappeler la BCE à la BNB et à l'État belge – voir *op. cit.*, p. 206.

¹⁸ JOUE n° C 270 du 25 octobre 2008.

¹⁹ Ces octrois d'ELA ne sont pas si rares que cela. Rappelons qu'il ne s'agit pas de financer des établissements financiers mais seulement de leur apporter des liquidités de manière temporaire dans des circonstances exceptionnelles. L'article 101 CE dispose en effet: «Il est interdit à la BCE et aux banques centrales des États membres, ci-après dénommées "banques centrales nationales", d'accorder des découverts ou tout autre type de crédit aux institutions ou organes de la Communauté, aux administrations centrales, aux autorités régionales ou locales, aux autres autorités publiques, aux autres organismes ou entreprises publics des États

constituer une aide d'État «lorsqu'un certain nombre de conditions sont remplies, à savoir par exemple:

- l'institution financière est solvable au moment de l'octroi de la facilité de trésorerie, laquelle ne s'inscrit pas dans un ensemble plus vaste de mesures d'aide,

- la facilité est entièrement garantie par une sûreté à laquelle s'appliquent des marges de sécurité, en fonction de sa qualité et de sa valeur de marché,

- la banque centrale pratique vis-à-vis du bénéficiaire un taux d'intérêt pénalisateur,

- la mesure est prise sur l'initiative de la banque centrale et, en particulier, elle ne bénéficie pas de la contre-garantie de l'État» (point 51 de la communication d'octobre 2008).

La Commission conclut à l'existence d'une aide d'État, observant qu'au moins les deux premières conditions ne sont pas remplies: (i) la LA a été accordée directement après l'injection de capital annoncée le soir du 28 septembre 2008 qui, pour sa part, constitue une aide d'État et (ii) les crédits octroyés par la BNB bénéficiaient déjà d'une garantie de l'État belge²⁰ (avec effet rétroactif) en application de la loi du 15 octobre 2008 portant des mesures visant à promouvoir la stabilité financière et instituant en particulier une garantie d'État relative aux crédits octroyés et autres opérations effectuées dans le cadre de la stabilité financière (points 44-45 de la décision)²¹.

On notera que l'intervention de la Bank of England dans le cadre du sauvetage de Northern Rock n'a pas été qualifiée d'aide d'État car elle était intervenue plusieurs jours avant l'intervention de l'État, à un moment où Northern Rock était encore solvable et de la propre initiative de la banque centrale²².

Ce dernier point semble pouvoir constituer un point d'achoppement entre la Commission et la BCE: dans

membres; l'acquisition directe, auprès d'eux, par la BCE ou les banques centrales nationales, des instruments de leur dette est également interdite». Il existe une procédure spéciale pour l'octroi des ELA d'une certaine importance: la BCE doit être informée de l'octroi d'une ELA à partir d'un certain seuil et doit l'autoriser au-delà d'un autre seuil, comme ce fut le cas dans l'affaire Fortis (seuils confidentiels). L'octroi d'une ELA reste discrétionnaire par les banques centrales qui n'agissent qu'en extrême urgence, dans des conditions visant à éviter tout aléa moral.

²⁰ Selon l'État belge, cette garantie visait précisément à garantir l'indépendance de la BNB.

²¹ Voir avis du 8 octobre 2008 n° CON/2008/46 de la BCE (voir note 25 ci-après).

²² Décision du 5 décembre 2007, NN 70/2007, points 32 et 33.

l'esprit de la politique monétaire communautaire, les banques centrales, et la BCE bien sûr, se doivent d'être indépendantes des États membres. Dans ces conditions, la qualification d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, d'une telle intervention d'une banque centrale suppose que la Commission considère qu'une telle décision puisse, dans certaines conditions (telles que précisées au point 51 de la communication d'octobre 2008 précitée), «être imputable» à l'État membre, au sens de la jurisprudence communautaire²³. Ce qui n'est pas évident aux yeux des banquiers centraux²⁴...

Pour en finir avec ce point, nous renvoyons le lecteur aux nombreux avis rendus par la BCE sur demandes des États membres ou de la Communauté, en vertu de l'article 105, paragraphe 4, CE, essentiellement sur des projets législatifs visant à la stabilisation du systèmes financiers (ceux concernant l'État belge étant les plus nombreux, 7 sur les 51 rendus depuis octobre 2008 par la BCE pour 19 États membres concernés à la mi-mai 2009)²⁵.

*Achat par l'État belge de Fortis Banque et revente à BNP Paribas (nationalisation/privatisation)*²⁶

L'affaire Fortis entrera probablement dans les annales du droit communautaire des aides d'État, pour avoir réalisé une nationalisation d'une banque privée, suivie d'une privatisation éclair de celle-ci, ce qui a rarement été vu

²³ Arrêt du 16 mai 2002, France c. Commission (Stardust Marine), aff. C-482/99, Rec., p. I-4397, points 50 à 58.

²⁴ Dans son avis précité n° CON/2008/46, la BCE expose ce qui suit à propos du projet de texte de loi du 15 octobre 2008: «(...) the ECB is of the view in this case that the draft law should unequivocally ensure the NBB's independence to decide on the provision of emergency liquidity assistance. To this end, the draft law should stipulate that the same degree of independence is granted to the NBB as regards the provision of emergency liquidity assistance as with respect to the performance of its ESCB-related tasks. The ECB notes that, except as regards tasks and transactions within the domain of the ESCB, Article 22(1) and 22(2) of the NBB Law provide for the possibility for the Minister of Finance (or their representative) to suspend and/or oppose transactions, measures and/or decisions adopted by the NBB which are contrary to the NBB Law, the NBB's statutes or the interests of the State. In this context and in view of the need to ensure the NBB's full independence in providing emergency liquidity assistance, the ECB would like to take the opportunity of this consultation to draw the attention of the Belgian authorities to the need to clarify these provisions, for instance by expressly excluding Article 12 of the NBB law from their scope» (point 3.3 et 3.4 de l'avis).

²⁵ Voir le site de la BCE (www.ecb.europa.eu) et les avis CON/2008/46, CON/2008/50, CON/2008/61, CON/2008/74, CON/2008/91, CON/2009/25, CON/2009/29 (<http://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/opinions/html/index.en.html>).

²⁶ On n'examinera pas ici l'achat de Fortis Bank Nederland par les Pays-Bas le 3 octobre 2008 (existence d'une aide) ni l'achat par ces mêmes Pays-Bas de Fortis Insurance Nederland le 3 octobre 2008 (inexistence d'aide). Voir les points 48 à 55 de la décision.

dans des circonstances «normales». L'identification de l'élément d'aide dans le cadre de l'achat de Fortis Banque par l'État belge et sa revente immédiate à BNP Paribas est probablement l'exercice le plus difficile dans cette affaire.

La Commission est consciente de ce caractère exceptionnel et l'exprime à plusieurs reprises dans son analyse, puisqu'elle déroule son raisonnement en prenant soin de tenir compte des circonstances «*particulières et exceptionnelles*» de l'espèce (point 57 de la décision).

Privatisation de Fortis Banque

C'est à la lumière de ces circonstances qu'elle analyse tout d'abord si le prix payé par BNP Paribas correspondait au prix de marché (de manière étonnante, la Commission commence par la seconde mesure, chronologiquement, pour ne revenir qu'ensuite à la première mesure).

La Commission retient tout d'abord la circonstance que l'État belge a ouvertement et activement cherché à contacter des investisseurs privés intéressés par l'achat de la banque²⁷ mais aussi (i) qu'un des deux acheteurs potentiels qui avaient manifesté leur intérêt pour le rachat avait confirmé ensuite son intérêt et (ii) que depuis le dernier week-end de septembre tout le marché savait que Fortis et ses entités étaient à vendre, mais qu'aucun autre investisseur que BNP Paribas ne s'est manifesté.

Les autorités publiques voulaient absolument éviter un scénario *stand-alone*, c'est-à-dire une situation où Fortis Banque tenterait de survivre de façon indépendante (en tant que banque nationalisée avec tous les risques budgétaires associés...). Dès lors, la Commission se réfère au test qu'elle applique habituellement pour évaluer le prix d'achat dans le cadre d'un appel d'offres ouvert. Une procédure, ouverte, transparente et inconditionnelle, est la garantie que le prix effectivement payé corresponde au prix de marché et que, dès lors, un achat à ce prix n'octroie aucun avantage à l'acheteur. De façon assez surprenante, la Commission considère, au point 58 de la décision, «*que la procédure de vente de Fortis Banque et de FBL peut être raisonnablement comparée à une telle procédure d'adjudication*», étant donné que, dans ces conditions, tout investisseur intéressé avait la possibilité de se manifester et donc que le prix payé correspond à la valeur du marché²⁸.

²⁷ La Commission (note 15 de la décision) cite les noms des institutions financières contactées par les autorités belges les 27 et 28 septembre 2008: Crédit Agricole, KBC, Santander, ING, BNP, Munich Re et Aegon. ING et BNP Paribas ont manifesté le plus d'intérêts et puis seulement BNP Paribas qui a continué seule les négociations.

²⁸ «*La Commission observe également que, après la tentative de vente du premier week-end, il était connu de tout le marché que Fortis et ses entités étaient à vendre. Si un*

Le raisonnement de la Commission est critiquable même si on le sait marqué par le caractère tout à fait exceptionnel de la situation. Ainsi ne doit-on pas rappeler quelles sont les véritables conditions que la Commission exige, en principe, pour ainsi présumer de l'absence d'aides du fait d'un prix issu de la rencontre de l'offre et de la demande lors d'un appel d'offres ouvert, transparent et inconditionnel ? Sur ce point, le XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence (1993, p. 255) est la référence, qui rappelle les conditions permettant de conclure à une absence d'aide. Même si ce rapport date de plus d'une quinzaine d'années, les critères qui y sont contenus sont toujours la référence dans les décisions récentes de la Commission²⁹. Rappelons-les pour mémoire:

- vente par opération boursière: présomption d'absence d'aide (pas de notification)
- autres ventes:
 - appel d'offres au plus offrant (temps et information aux offrants pour une évaluation des actifs): pas de notification
 - pas d'appel d'offres avant mais évaluation de prix par un expert indépendant au vu des circonstances possibles: notification (présomption d'aide)
 - un seul participant / participants sélectionnés
 - effacement de dettes avant l'opération
 - conversion de dettes en fonds propres ou augmentation de capital
 - conditions inhabituelles rattachées à la vente.

La comparaison effectuée par la Commission avec une procédure d'appel d'offres «*transparente et inconditionnelle*» est assez audacieuse, puisqu'au moment de la revente de Fortis Banque, il n'existait pas de réel mécanisme ou de critères connus à l'avance permettant de mesurer la marge de discrétion dont bénéficiait l'autorité adjudicatrice pour procéder au choix de l'acheteur. Tout s'est passé en quelques heures. Les tiers offrants potentiels ne disposaient donc pas du temps et de

investisseur avait été intéressé par l'acquisition de Fortis Banque et FBL, il aurait eu la possibilité de se manifester. Or, aucun autre investisseur ne s'est manifesté. Dans ces circonstances, la Commission considère que, vu l'urgence de trouver un repreneur pour Fortis Banque, la procédure peut être considérée comme suffisamment ouverte et transparente. Par ailleurs, la Commission n'a pas eu connaissance de conditions posées par les autorités belges qui auraient pu décourager des acheteurs potentiels. Sur base de ce qui précède, il est raisonnable de considérer qu'aucun autre investisseur n'était intéressé par acquérir Fortis Banque et FBL, et que le prix payé par BNP Paribas - en ce compris les conditions de la vente (en particulier le fait que le prix soit payé en actions) - est donc le prix de marché» (points 58 et 59 de la décision).

²⁹ Voir, par exemple, la décision du 10 octobre 2007, affaire Aide d'État n° NN 59/2007 – Roumanie - Privatisation d'Automobile Craiova (former Daewoo).

l'information nécessaires pour faire une évaluation suffisante des actifs en cause.

Dans ces conditions, l'analogie avec la procédure d'appel d'offres transparente et inconditionnelle est un peu exagérée, vu l'urgence sans doute. Au lieu d'appliquer un critère qui est censé devoir s'appliquer dans d'autres circonstances, en risquant donc de le dénaturer, la Commission aurait dû tenter de développer un ensemble de conditions propres à une telle urgence et situation exceptionnelle.

La solution eût sans doute été la même (eu égard aux autres éléments cités ci-après), mais la qualification de la notion d'aide d'État justifiait cet effort spécifique pour la question de procédure en cause. On rappellera en effet qu'au contraire des exemptions de l'article 87, paragraphe 3, CE pour lesquelles la Commission jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire, le caractère objectif de la notion d'aide d'État en vertu de l'article 87, paragraphe 1, CE, ne protège pas la Commission d'un contrôle juridique plein et entier de la part du Tribunal³⁰.

Pour confirmer sa conclusion d'absence d'aide, la Commission examine ensuite d'autres éléments qui vont au-delà de la nature de la procédure suivie: selon la Commission, une série d'éléments corroborent sa conclusion que l'achat de 75% de Fortis Banque par BNP Paribas auprès de l'État belge et de 16,57% de FBL auprès de l'État luxembourgeois ne contient pas d'élément d'aide en faveur de BNP Paribas, cette dernière ayant acquis ces activités à leur prix de marché:

- le prix payé par BNP Paribas est cohérent avec la valorisation de Fortis Banque effectuée par la banque d'affaires engagée par le gouvernement belge dans les jours précédant la transaction avec BNP Paribas;
- BNP Paribas avait annoncé avoir acquis Fortis Banque et FBL pour un prix 0,7 fois la valeur du bilan (*book value*), après dépréciations supplémentaires, ratio similaire à celui d'autres rachats de banques en difficulté (voir notes 18 et 19 de la décision).

Rachat par l'État belge du solde de Fortis Banque (nationalisation)

Dans un second temps, la Commission évalue dans quelle mesure l'achat (préalable à la seconde mesure précitée) par la Belgique auprès de Fortis des 50% restant du capital de Fortis Banque ainsi que son implication à

hauteur de 24% dans la structure de défaisance constituaient une aide d'État³¹.

La Commission procède, à nouveau, à une analyse *in concreto* et prend en compte les circonstances dans lesquelles l'État belge est intervenu. Comme elle l'explique au point 62 de la décision, eu égard à la série de mesures qui ont été adoptées avant la mesure en question, «l'État ne peut pas prétendre qu'en investissant des ressources d'État additionnelles il agit comme un investisseur en économie de marché». Elle en conclut (point 63 de la décision) qu'à la lumière du risque supporté par l'État belge, la transaction effectuée n'aurait pas été jugée intéressante par un investisseur privé en économie de marché.

En conclusion, une aide a été octroyée à Fortis Banque et Fortis mais non à BNP Paribas.

C. L'examen de compatibilité avec le marché commun des mesures notifiées

Une fois l'existence d'une aide d'État avérée, la Commission procède, de manière tout à fait classique, à l'examen de la compatibilité des mesures en cause.

Comme indiqué plus haut, il s'agit de la première décision où la Commission a appliqué l'article 87, paragraphe 3, b) CE à une aide à la restructuration (et non plus à un régime d'aides dans la crise financière ou à l'octroi d'une garantie ou à une mesure de recapitalisation urgente).

Rappelons que l'article 87, paragraphe 3, b) CE dispose que «*Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun: (...) b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre*». Cette disposition n'a été appliquée que trois fois depuis 1958, dans des contextes exceptionnels³².

De son côté, l'article 87, paragraphe 3, c) CE vise «*les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une*

³⁰ Voir, en dernier lieu, l'arrêt du Tribunal du 10 février 2009, *Deutsche Post AG et DHL International c. Commission*, aff. T-388/03, point 92 (non encore publié au recueil).

³¹ On aurait préféré voir la Commission commencer logiquement par cette question avant d'examiner celle de savoir si la revente à BNP Paribas contenait un élément d'aide.

³² De manière informelle pendant la crise pétrolière de 1974, pendant la crise financière menant à la dévaluation de la drachme (décision n° 88/167/CEE du 7 octobre 1987, JOCE, n° L 76, p. 18) et, encore en Grèce, s'agissant d'un programme de privatisation de crise économique en 1991 (décision du 31 juillet 1991 relative à un programme de privatisations de 208 entreprises, XXIème Rapport de la concurrence, 1991, § 251).

mesure contraire à l'intérêt commun», qui a servi de fondement aux lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté³³. Celles-ci contiennent les règles appliquées par la Commission pour apprécier la compatibilité de ces aides avec le marché commun («en temps normal», sommes-nous tentés d'ajouter).

Le choix de la base juridique est dicté par les circonstances de l'espèce: comme pour les autres décisions prises dans le cadre de la crise systémique, l'article 87, paragraphe 3, b), CE relatif aux aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre justifie la mesure, eu égard (i) à l'importance systémique de la banque dans l'économie belge et luxembourgeoise et (ii) aux circonstances exceptionnelles existant depuis septembre 2008. Fortis Banque détient entre 20 et 30% des dépôts des ménages belges (elle constitue ainsi la plus grande banque de dépôt sur le marché belge) et 15 à 25% des dépôts des ménages résidant au Luxembourg. Le choix de la base juridique est ainsi justifié comme pour les autres décisions *ad hoc* de la Commission approuvant les aides au secteur bancaire après la publication de sa communication sur le secteur bancaire.

Mais la Commission procède dans cette première décision, en décembre 2008, examinant la compatibilité d'une aide à la restructuration d'une banque, à un examen qui ne fait pas assez apparaître clairement la différence entre les conditions développées dans sa communication «bancaire» pour l'application de l'article 87, paragraphe 3, b), CE avec les conditions traditionnellement développées par les lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, en vertu de l'article 87, paragraphe 3, c), CE.

Ainsi, pour évaluer le caractère ciblé, proportionné de l'injection de capital, ainsi que la façon dont celle-ci est conçue afin de minimiser la distorsion de la concurrence (critères de la communication «bancaire» au titre de l'article 87, paragraphe 3, b), CE), elle applique un test s'attachant à vérifier que la mesure permet le retour à la viabilité de la banque, qu'elle est pour cela limitée au minimum nécessaire et qu'elle permet de minimiser les effets néfastes sur la concurrence (critère de l'article 87, paragraphe 3, c), CE)³⁴. On se trouve confrontée, en apparence, à une «fusion des conditions» des deux dispositions, alors que celles-ci devraient être différentes.

³³ JOUE n° c 244 du 1er octobre 2004, pp. 2 -17.

³⁴ Il suffit à cet égard de se référer aux titres 6.3.1, 6.3.2. et 6.3.3. de la décision qui reprennent ces critères «fusionnés».

La décision ne se fonde pourtant que sur l'article 87, paragraphe 3, b), CE.

On doit comprendre qu'en réalité les critères d'application de l'article 87, paragraphe 3, b) CE suivent les *mêmes principes* que ceux établis par l'article 87, paragraphe 3, c) CE (tels que développés par les lignes directrices sur le traitement des aides au sauvetage et à la restructuration) mais que ces principes sont appliqués d'une manière «plus flexible» ou tout au moins adaptée aux circonstances exceptionnelles de la «*perturbation grave de l'économie d'un État membre*» qui justifie l'application de l'article 87, paragraphe 3, b), CE.

Cette flexibilité se reconnaît en particulier dans les conditions relatives à (i) la contribution propre (les lignes directrices exigent 50 % des coûts de restructuration imputés aux efforts propres du bénéficiaire – ce qui paraît bien impossible vu l'intensité des aides dans le cadre de la crise financière) – et (ii) aux délais imposés pour la mise en œuvre de certaines mesures compensatoires (notamment les cessions d'actifs).

Caractère ciblé de la mesure (article 87, paragraphe 3, b) CE) - viabilité à long terme (article 87, paragraphe 3, c) CE)

En premier lieu, pour évaluer le caractère ciblé de la mesure, la Commission analyse si celle-ci permet le rétablissement de la viabilité à long terme de la banque en solutionnant les trois principales difficultés de la banque identifiées au moment de l'adoption de la mesure en cause: crise des *subprimes*, perte de confiance des marchés financiers et du public et crise de liquidité sur les marchés financiers.

Elle conclut que la souscription par les gouvernements belge et luxembourgeois, ainsi que l'adossement à BNP Paribas, permettent de rétablir la viabilité à long terme de la banque bénéficiaire. BNP Paribas dispose de la taille et la solidité financière requises afin de pouvoir garantir la viabilité à long terme de Fortis (point 81 de la décision).

La Commission fait ainsi reposer la compatibilité de la mesure de nationalisation sur l'achat de Fortis Banque par BNP Paribas. On sait que l'examen de compatibilité doit se faire *ex ante* et ne pas pouvoir tenir compte de circonstances postérieures à la décision d'octroi de la mesure en cause. La Commission doit se replacer dans les circonstances dans lesquelles l'État membre en cause se trouvait lors de l'adoption de la décision d'octroi de l'aide et les évaluer en fonction des éléments à sa disposition lorsqu'elle conclut son examen de compatibilité. La Commission ne devait donc pas tenir compte de la question de l'approbation de l'assemblée des actionnaires

(question d'ailleurs tranchée en sens négatif, avant l'adoption de la décision du 3 décembre 2008).

Si toutefois l'adossement à BNP Paribas avait disparu à la suite d'un vote défavorable de l'assemblée des actionnaires finalement appelée à se prononcer suite à l'arrêt de la Cour d'appel du 12 décembre 2008 (un premier rejet intervint en février), la décision de compatibilité de la Commission serait devenue caduque, cet adossement étant l'un des éléments centraux de la preuve du rétablissement de la viabilité à long terme de Fortis Banque. Dans cette éventualité, l'aide en cause aurait dû être ré-examinée et sa compatibilité motivée autrement, avec comme conséquences un nouveau plan de restructuration, un nouvel examen de la viabilité à long terme, l'imposition de nouvelles mesures compensatoires, etc.

Caractère proportionné et nécessaire de la mesure (article 87, paragraphe 3, b) CE) - Aide minimale/contribution du bénéficiaire (article 87, paragraphe 3, c) CE)

En second lieu, s'agissant du caractère proportionné et nécessaire de la mesure, la Commission prend en compte la contribution réelle du bénéficiaire en contrepartie de la mesure en cause.

La Commission arrive à la conclusion que la recapitalisation était indispensable pour permettre de rétablir la viabilité à long terme de Fortis Banque. Le fait que les États membres aient reçu, en contrepartie, des actions basées sur le cours réel de la bourse, lui permet de conclure que l'aide était limitée au minimum nécessaire.

Concernant la transaction avec BNP Paribas, la Commission considère qu'après l'injection de capital et la nationalisation partielle de la banque, «il était nécessaire d'adosser immédiatement Fortis Banque à un acteur majeur du secteur financier européen» (point 89 de la décision). Comme indiqué plus haut, le prix de la transaction correspondait, selon la Commission, au prix du marché de sorte que la mesure était limitée au strict nécessaire. Sur ce point, la Commission se contente d'affirmer ce qui suit:

«Quant à la limitation de l'aide au minimum nécessaire, la Commission observe de manière positive que, comme discuté précédemment, le prix payé par la Belgique à Fortis est cohérent avec le prix auquel la Belgique [a] vendu Fortis Banque à BNP Paribas. Cela illustre que la Belgique a essayé de réduire au minimum nécessaire le montant d'aide inclus dans la mesure 4» (point 89 de la décision).

Le raisonnement opéré par la Commission sur ce point aurait mérité plus de détails surtout si l'on compare ce passage avec le point 63 de la décision qui conclut à l'existence d'une aide à Fortis Banque:

«(...) BNP Paribas, pour acquérir une participation de 75% dans Fortis Banque, a accepté de payer 8,25 milliards d'euros (en actions) et de prendre une participation de 10% dans le véhicule de défaisance. Pour acquérir une participation de 50% dans Fortis Banque, l'État aurait donc dû payer 5,5 milliards d'euros et accepter de prendre une participation de 6,66% dans le véhicule de défaisance. Or, si l'État a payé 0,8 milliards de moins (4,7 milliards d'euros, en cash), il a accepté de prendre une part de 24% dans le véhicule de défaisance, soit 17,34 points de pourcentage (i.e. différence entre 24% et 6,66%) de plus par rapport au comportement de BNP Paribas. Vu que ce portefeuille s'élève à 10,4 milliards d'euro, ces 17,34 points de pourcentage représentent un risque de 1,8 milliards d'euros. Vu que l'État paye moins mais supporte un plus grand risque qu'il est difficile de quantifier, il est difficile de conclure si l'achat des 50% tel que l'État l'a fait est en lui-même acceptable ou non pour un investisseur privé. Cependant, si on analyse l'ensemble des transactions annoncées le 5 octobre, on voit que l'État achète ces 50% en espèces à 4,7 milliards d'euros pour les revendre immédiatement à 5,5 milliards d'euros payé en actions BNP Paribas, tout en devant conserver le risque dans le véhicule. Autrement dit, l'État échange des espèces contre un investissement peu liquide (clause de conservation de 24 mois applicable à la majorité des actions BNP Paribas reçues) et risqué. De plus, il doit supporter un risque de 1,8 milliards d'euros difficilement quantifiable (produits structurés pour lesquels il n'y a plus de marché). Il apparaît donc que, au moment où tous les investisseurs évitaient l'exposition aux crédits structurés (la création du véhicule de défaisance répond d'ailleurs au refus de BNP Paribas de supporter le risque lié à ces produits dans son bilan) et où, vu la difficulté à se financer, ils évitaient donc d'investir dans des placements illiquides, la transaction effectuée par l'État n'aurait pas été jugée intéressante par un investisseur en économie de marché».

Enfin, la Commission passe en revue les efforts de contribution propre du bénéficiaire Fortis Banque. La Commission relève les quatre éléments suivants (point 90 de la décision):

- avant de faire appel au gouvernement fin septembre 2008, Fortis Banque avait essayé de résoudre ses problèmes par des solutions de marché: vente d'actifs, suppression du dividende intérimaire (assainissement d'un montant de 1,3 milliards €), augmentation de

capital de 1,5 milliards €, qui se sont révélées insuffisantes vu la dégradation des marchés;

- la vente de FBN, «*si elle ne peut formellement être qualifiée de contribution du bénéficiaire étant donné qu'elle contient un élément d'aide, constitue néanmoins un réel sacrifice pour Fortis Banque qui a permis de résoudre le problème de financement de l'acquisition de ABN et de diminuer la dépendance de Fortis Banque par rapport à la LA octroyée par la BNB*»;
- l'adossment de Fortis Banque à BNP Paribas constitue une solution de marché, au contraire d'une nationalisation, «*qui implique une présence durable de l'État dans le capital de la banque et donc un soutien de celle-ci en cas de difficulté supplémentaire (ou au moins l'attente d'un tel soutien en cas de difficulté, ce qui est susceptible de produire un avantage pour l'entreprise nationalisée et fausser la concurrence)*»; cet adossment démontre «*que le marché croit dans la faisabilité d'un retour à la viabilité, ce qui est un des buts de l'exigence de l'implication d'acteurs de marché dans la restructuration*»;
- dès le 7 octobre 2008, vu l'insuffisance à nouveau de liquidités de Fortis Banque, BNP Paribas a été contraint de fournir des prêts très importants à Fortis Banque, qui «*ont évité à Fortis Banque de recourir à la LA*».

Dans ces conditions («*circonstances exceptionnelles sur les marchés depuis mi-septembre, qui rendent difficile la levée de fonds après des investisseurs ou la vente d'actif à ces derniers*»), la Commission a considéré que la contribution de Fortis Banque et de ses actionnaires au financement des coûts de restructuration «*a été très importante, permettant par cela de minimiser les aides nécessaires à la restructuration de la banque*».

Minimisation des effets négatifs sur la concurrence (article 87, paragraphe 3, b) CE) - Prévention des distorsions excessives de concurrence (mesures compensatoires) (article 87, paragraphe 3, c) CE)

Concernant la question de l'impact des mesures sur la concurrence, la Commission reconnaît que le sauvetage de Fortis Banque crée une distorsion importante de celle-ci, puisqu'elle aide une banque «*qui a pris des risques plus importants que la majorité des banques en investissant plus de quarante milliards d'euros dans les crédits structurés et en achetant à un prix élevé une partie d'ABN AMRO sans avoir préalablement bouclé le financement de cette acquisition*» (point 92 de la décision). La Commission s'attache donc à analyser les contreparties consenties par le bénéficiaire.

La Commission arrive à la conclusion que la vente d'actifs est de nature à minimiser les distorsions de concurrence (point 93 de la décision) et le fait que Fortis Banque ait eu à se séparer de sa filiale néerlandaise (Fortis Bank Nederland qui abritait les actifs achetés d'ABN), dont les revenus représentaient une part importante du chiffre d'affaires total de la banque, constituait une mesure appropriée pour limiter les distorsions de concurrence. Cependant, la Commission rappelle le caractère nécessaire des engagements de BNP Paribas à ne pas acquérir les actifs achetés par les Pays-Bas: «*il permet de s'assurer que BNP Paribas ne va pas recréer Fortis Banque tel qu'il existait avant le 3 octobre et par cela défaire la mesure compensatoire décrite précédemment*» (point 93 de la décision).

Fortis Banque s'engage également à réduire son offre commerciale, notamment en ne proposant plus pendant une certaine période (la période retenue reste confidentielle) son offre de produits proposés dans le cadre de son activité Internet, et cela pour une série de produits énumérés dans la décision, mais dont l'étendue n'est pas rendue publique.

La question de la limitation dans le temps de la mesure (période de propriété publique de la banque) est traitée au point 96 de la décision: «*vu que le prix payé par BNP Paribas par action Fortis est similaire au prix payé par l'État belge lors de l'injection de capital, la Commission considère que la vente à BNP Paribas est équivalente au remboursement de l'injection de capital par la Belgique et à une injection semblable par BNP Paribas*». Et la Commission de conclure que «*dans ces circonstances, la Commission ne considère pas qu'il est nécessaire d'imposer des mesures comportementales comme une interdiction des dividendes ou une réduction de la rémunération du management, qu'elle impose généralement en vue d'inciter à mettre fin le plus tôt possible à la période de propriété publique*».

D. Conclusion

En résumé, la Commission qualifie d'aides d'État les mesures suivantes:

- injection de capital de la Belgique et du Luxembourg dans Fortis Banque;
- liquidity assistance fournie par la BNB à Fortis Banque le 29 septembre 2008;
- achat de Fortis Bank Nederland par les Pays-Bas le 3 octobre 2008 (aide en faveur de Fortis Banque - examen encore en cours s'agissant d'une aide éventuelle à Fortis Bank Nederland);
- transactions annoncées le 5 octobre 2008 (achat du solde de Fortis Banque par l'État belge, création d'une structure d'accueil pour les crédits structurés de

Fortis Banque, vente à BNP Paribas de participations dans Fortis Banque à hauteur de 75% par l'État belge et de 16,57% par l'État luxembourgeois, cette dernière opération n'étant toutefois pas une aide à BNP Paribas mais une aide à Fortis Banque).

Par contre, elle considère que ne constituent pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, les mesures suivantes:

- achat de Fortis Insurance Nederland par les Pays-Bas;
- vente à BNP Paribas de participations dans Fortis Banque à hauteur de 75% par l'État belge et de 16,57% par l'État luxembourgeois, dans la seule mesure où elle ne confère pas d'avantage à BNP Paribas.

Les mesures d'aides sont déclarées compatibles avec le marché commun en vertu de l'exemption prévue par l'article 87, paragraphe 3, b), CE.

III. Arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles (12 décembre 2008)

Les transactions en cause n'ont pas uniquement posé certaines difficultés à la lumière du droit communautaire des aides d'État, mais ont débouché sur d'intenses débats de droit belge des sociétés, notamment par rapport au rôle joué par le conseil d'administration et l'assemblée générale du groupe en cause.

L'arrêt de la Cour d'appel (pris en référé sur appel de l'ordonnance de la présidente du tribunal commerce de novembre 2008) a été rendu quelques jours seulement après la décision finale de la Commission qui vient d'être examinée. Il est intéressant de lire en parallèle ces deux textes puisqu'ils sont étroitement liés l'un à l'autre.

A la suite de la transaction et les pertes subies par le groupe Fortis, une série d'actionnaires de la banque (représentant environ 0,7% du capital) ont conjointement présenté une action en référé devant la présidente du tribunal de commerce de Bruxelles (le 13 octobre 2008) demandant la suspension de l'opération en cause. Le 18 novembre 2008, la présidente du tribunal de commerce a rejeté la demande au motif que cette suspension mettrait en péril le plan de sauvetage de Fortis Banque, et ce, au détriment de l'intérêt public.

Certains des requérants actionnaires ont fait appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel de Bruxelles. Outre les moyens fondés sur le droit belge des sociétés, les appelants ont invoqué la violation des règles en matière d'aides d'État (une question qui n'avait pas été soulevée en première instance).

On s'en tiendra aux quelques points de l'arrêt relatifs à ces questions d'aides d'État.

A titre préliminaire, remarquons que la Cour d'appel semble ne pas s'être préoccupée de la question de la qualification de l'aide ni des nouvelles règles de jurisprudence applicables pour le juge national dès lors qu'il statue après que la Commission a déclaré les aides illégales en cause compatibles avec le marché commun (arrêt *CELF* décrit ci-après qui limite les effets de la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE lorsque la Commission déclare compatibles des aides illégales avant que le juge ne statue).

Nos commentaires aborderont l'arrêt tout d'abord *comme si* l'existence de l'aide n'était pas contestée et *comme si* l'arrêt *CELF* n'avait pas existé, avant ensuite d'examiner quel impact aurait dû avoir la prise en compte de cet arrêt.

A. Rejet des moyens d'ordre public fondés sur le droit communautaire

Tout d'abord, les appelants ont invoqué un moyen d'ordre public à l'appui de leur demande de suspension de l'accord du dimanche 5 octobre 2008 sur une nouvelle intervention de l'État belge dans le capital de Fortis Banque et l'adossement à BNP Paribas. Selon les appelants, le fait que ces interventions contenaient des éléments d'aides d'État potentiellement illégales (violation de l'article 88, paragraphe 3, CE, dernière phrase) aurait dû conduire à leur suspension immédiate.

L'acquisition de Fortis Bank Nederland et Fortis Insurance Nederland par le gouvernement néerlandais avait été effectivement notifiée à la Commission, mais exécutée avant d'obtenir son approbation finale. En outre, les appelants ont invoqué le fait que, même si elle n'avait pas été exécutée lorsque leur requête avait été présentée, l'intervention de l'État belge dans le cadre de l'accord avec BNP Paribas n'avait pas encore bénéficié, à l'époque des faits, du *nihil obstat* de la Commission lorsqu'il a été conclu. Il s'agirait là aussi d'une violation de l'obligation de *standstill* constituant un motif de suspension de l'accord en cause.

On ne comprend pas bien les arguments des appelants à la seule lecture de l'arrêt. Peut-être même que leurs arguments n'étaient guère compréhensibles du point de vue des règles sur les aides d'État. La qualification d'aide des mesures en cause laisse en effet particulièrement à désirer dans les éléments qui ressortent de l'arrêt. Toutefois, il nous semble qu'il appartenait au juge saisi, juge de droit commun du droit communautaire, de tenir compte des moyens avancés (invoquant clairement les articles 87, paragraphe 1, CE et 88, paragraphe 3, CE), pour remplir son rôle (*da mihi facto, dabo tibi ius*) et, eu égard au caractère d'ordre public des articles 87 CE et 88 CE (comme les articles 81 et 82 ou les libertés

fondamentales du traité CE)³⁵, donner les éléments de qualification d'aide en vertu de l'article 87, paragraphe 1, CE.

C'est sur la base de la qualification d'aide de certaines des mesures en cause, confirmée par la Commission, que l'on examinera ensuite les développements de l'arrêt tout en omettant pour l'instant le point crucial, passé sous silence par la Cour d'appel, de l'adoption de la décision de la Commission).

S'appuyant sur les arrêts *SFEI* et *Adria-Wien*³⁶, les appelants ont ensuite soutenu le principe selon lequel les juridictions nationales doivent veiller à ce que toutes les conséquences soient tirées de la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE, et ce, en application de leur législation nationale. Une telle violation du droit communautaire aurait donc des conséquences directes sur la validité des mesures ayant donné effet à la mesure d'aide (suspension - annulation). Le juge national aurait donc dû ordonner l'adoption de mesures provisoires et ordonner le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition.

S'agissant de l'accord avec BNP Paribas, la Cour d'appel rejette les arguments avancés par les appelants, en constatant simplement que l'accord litigieux n'avait pas encore été exécuté à la date de l'arrêt et faisait d'ailleurs l'objet d'une condition suspensive qui vise notamment une notification préalable à la Commission en matière d'aides d'État.

Ce raisonnement apparaît fondé. Toutefois, une telle conclusion peut paraître rapide si l'on tient compte du principe selon lequel la notion d'aide d'État se définit par ses effets uniquement et du fait que l'acquisition par l'État belge des actions Fortis Banque et la cession de ses activités bancaires et de ses activités belges en assurance à BNP Paribas avaient été annoncées en conférence de presse le 5 octobre 2008 à 22h (avant leur approbation par les conseils d'administration de Fortis Brussels et Fortis Utrecht, le 6 octobre 2008) comme des opérations déjà accomplies (point 29 de l'arrêt). On peut se demander si une telle présentation aussi officielle ne pouvait pas déjà avoir l'effet de déjà favoriser Fortis Banque dans la

mesure où elle permettait déjà de pérenniser l'entreprise aux yeux des marchés³⁷.

S'agissant des autres opérations (le «plan Benelux»), la Cour d'appel rejette la demande des appelants par la simple observation que ces opérations avaient déjà été exécutées et qu'il n'était donc plus possible d'ordonner leur suspension.

La Cour d'appel juge à ce sujet (point 79) que:

«(...) la méconnaissance de la part d'un État membre de son obligation de suspendre l'exécution de sa décision d'octroyer une aide, (...), n'entraîne pas nécessairement la nullité des conventions litigieuses. En effet, la constatation d'une telle violation pourrait entraîner la nullité des seuls actes comportant la mise à exécution des mesures d'aides en cause, avec l'obligation de recouvrer les soutiens financiers accordés auprès de l'entreprise qui en a bénéficié, voire l'adoption de toutes mesures propres à remédier effectivement aux effets de l'illégalité sur les opérateurs autres que le bénéficiaire de l'aide.

Enfin, dans la mesure où les opérations litigieuses sont entièrement exécutées, il n'est plus possible d'en ordonner la suspension. Sont entièrement réalisés, la souscription par la SFPI à l'augmentation de capital de Fortis Banque intervenue le 29 septembre 2008, l'achat par l'État néerlandais des activités bancassurance néerlandaises du groupe intervenu le 3 octobre 2008, et l'achat par la SFPI du solde».

Il s'agit donc de l'acquisition de 49,93 % de Fortis Banque par la SFPI au nom de l'État le 29 septembre 2008 ainsi que celle du solde annoncé le 5 octobre 2008 (conclue et exécutée le 10 octobre 2008 en vertu d'un *Share Purchase Agreement*).

Même s'il semble que les appelants n'avaient qu'invoqué une «suspension», nous estimons que la Cour d'appel aurait dû traiter cette demande comme visant une application de l'article 88, paragraphe 3, CE dans toutes ses composantes possibles, c'est-à-dire examiner qu'elles sont toutes les conséquences de la violation de cette disposition³⁸.

³⁵ Voir arrêt 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, Rec., p. I-3055, point 36 et conclusions de l'avocat général Geelhoed du 14 septembre 2006 avant l'arrêt du 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, Rec., p. I-6199, point 62: «(...) À cet égard, nous renvoyons à l'arrêt *Eco Swiss*, où la Cour a expressément énoncé que les dispositions des traités régissant la concurrence sont d'ordre public. Cela est également valable en ce qui concerne les dispositions en matière de concurrence applicables dans les rapports entre la Communauté et les États membres, c'est-à-dire, en l'occurrence, les articles 87 CE et 88 CE (...).

³⁶ Arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI e.a. c. La Poste e.a.*, Rec., p. I-3547, points 45 et 49 à 53 et arrêt du 8 novembre 2001, aff. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline* et *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Rec., p. I-8365, points 26-27.

³⁷ Une telle position est défendue par la Commission s'agissant de l'affaire de «l'effet d'annonce» d'une déclaration du premier ministre français confirmant que l'État soutiendrait France Telecom lors de ses difficultés financières en 2002 (voir affaire T-425/04, République française c. Commission).

³⁸ Le caractère d'ordre public de l'article 88 CE ainsi que la jurisprudence *Peterbroeck* et *Van Schijndel* permettaient à la Cour d'appel cette conclusion dans la mesure où, selon nous, il n'y avait pas de modification de l'objet du litige: l'examen de ce moyen n'obligeait pas la Cour à renoncer à la passivité qui lui incombe et ne la faisait pas sortir des limites du litige circonscrit par les parties en se fondant sur d'autres

- *Méconnaissance par la Cour d'appel du principe général de violation de l'article 88, paragraphe 3, CE*

Si l'on comprend le raisonnement de la Cour d'appel s'agissant de l'absence de condition suspensive et l'impossibilité de suspendre une opération déjà exécutée, on comprend moins son commentaire général qui précède sur les conséquences de la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE (pourvu qu'on admette que la qualification d'aide ait été suffisamment établie, *quod non* apparemment, et qu'on omette encore à ce stade la jurisprudence *CELF* détaillée ci-après).

On ne voit pas comment la Cour d'appel pouvait prétendre que la souscription par la SFPI à l'augmentation de capital de Fortis Banque par exemple (nationalisation constitutive d'aide d'État octroyée à ce moment) n'était pas affectée par la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE. On ne comprend pas la Cour d'appel quand elle tente d'expliquer qu'il n'y a pas là de violation de l'article 88, paragraphe 3, CE... Prétendre que les opérations étant exécutées ne peuvent être suspendues est une chose. Autre chose est de tirer toutes les conséquences de l'article 88, paragraphe 3, CE, ce qui inclut la cessation immédiate de l'octroi de l'aide illégale et sa récupération effective et immédiate, en principe du moins si la Commission n'a pas déjà déclaré l'aide compatible³⁹

faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande (arrêt du 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, Rec., p. I-4599, points 20-21 et arrêt du 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, Rec., p. I-4705, points 15 à 22 et spéc. point 22).

³⁹ Mais si la Commission n'est pas saisie, ou si la Commission est saisie et n'a pas encore statué, toute aide illégale doit être sanctionnée par le juge national: «*Les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables que toutes les conséquences d'une violation de l'article [88], paragraphe 3, dernière phrase, du traité en seront tirées, conformément à leur droit national, en ce qui concerne tant la validité des actes d'exécution que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires (...). Dans le cadre du contrôle du respect par les États membres des obligations mises à leur charge par les articles [87] et [88] du traité, les juridictions nationales et la Commission remplissent des rôles complémentaires et distincts. (...) l'ouverture par la Commission d'une procédure d'examen préliminaire au titre de l'article [88], paragraphe 3, ou de la procédure d'examen contradictoire prévue à l'article [88], paragraphe 2, ne saurait décharger les juridictions nationales de leur obligation de sauvegarder les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable. Toute autre interprétation conduirait à favoriser l'inobservation par les États membres de l'interdiction de mise à exécution des projets d'aide. Étant donné que la Commission ne peut ordonner que la suspension de versements supplémentaires tant qu'elle n'a pas adopté sa décision définitive sur le fond, l'effet utile de l'article [88], paragraphe 3, du traité serait amoindri si la saisine de la Commission devait empêcher les juridictions nationales de tirer toutes les conséquences de la violation de cette disposition. De même, il ne saurait être admis que le retard avec lequel la Commission a achevé son*

(voir, ci-après, la nuance importante apportée à ce sujet par la jurisprudence communautaire avec l'arrêt *CELF* lorsqu'une aide illégale a été déclarée compatible lorsque le juge national statue).

Sur ce point, pour rester au niveau des principes (puisque la Cour d'appel n'a pas vu que la situation qu'elle devait juger était spécifique en suite de cette déclaration de compatibilité du 3 décembre 2008), la position de la Cour d'appel témoigne un certain décalage par rapport aux principes encore rappelés récemment par la nouvelle communication de la Commission sur le rôle du juge national en matière d'aides d'État⁴⁰.

examen préliminaire puisse avoir pour effet de transformer une aide nouvelle octroyée en violation de l'article [88], paragraphe 3, dernière phrase, du traité, en une aide existante, laquelle ne pourrait être supprimée que pour le futur. (...) une juridiction nationale, lorsqu'elle est saisie d'une demande visant à ce qu'elle tire les conséquences de la violation de l'article [88], paragraphe 3, dernière phrase, du traité, alors que la Commission est parallèlement saisie et n'a pas encore statué sur la question de savoir si les mesures étatiques en cause constituent des aides d'État, n'est tenue ni de se déclarer incompétente ni de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Commission prenne position sur la qualification des mesures en cause. En vue de déterminer si ces dernières auraient dû être notifiées à la Commission, une juridiction nationale peut être amenée à interpréter et à appliquer la notion d'aide. (...)» (points 40 à 53 de l'arrêt SFEI précité; soulignements ajoutés).

Ce rappel de la jurisprudence communautaire montre combien est, disons, surprenante et peu conforme aux principes de base du droit des aides d'État, la nouvelle question préjudicielle du Conseil d'État dans *CELF II* (aff. C-1/09 – voir première question), qui semble se demander s'il doit vraiment récupérer l'aide illégale alors que la décision de compatibilité de la Commission a été annulée pour la troisième fois (avec effet rétroactif donc). Voir, à ce sujet, J. Derenne, *Revue Concurrences*, n° 1-2009, pp. 161-163.

⁴⁰ 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 avril 2009. Les paragraphes 21 et 30 de cette communication sont particulièrement pertinents:

«*Le rôle de la juridiction nationale dépend de l'aide en cause et du point de savoir si elle a été dûment notifiée à la Commission et autorisée par celle-ci: a) Les juridictions nationales sont souvent appelées à se prononcer lorsqu'une autorité nationale a accordé une aide sans respecter l'interdiction de mise à exécution. Une telle situation peut se produire soit parce que l'aide n'a pas été notifiée, soit parce que l'autorité l'a mise à exécution avant d'obtenir l'approbation de la Commission. Dans ce cas, les juridictions nationales doivent veiller à la sauvegarde des droits des justiciables affectés par la mise en œuvre illégale de l'aide concernée (...).*

«*Lorsque l'aide a été octroyée illégalement, la juridiction nationale doit tirer toutes les conséquences juridiques de cette illégalité conformément à son droit national. Elle doit donc en principe exiger du bénéficiaire le remboursement intégral de l'aide d'État illégale (...). Ordonner la récupération intégrale de l'aide illégale relève de*

En effet, la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE implique nécessairement que les actes mêmes d'octroi d'aide illégale sont entachés d'un vice car contraires à une disposition d'ordre public. Conformément à la jurisprudence communautaire (arrêts *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* et *SFEI*⁴¹ notamment), le juge national doit en tirer «toutes les conséquences». Parmi celles-ci se trouve la nullité (pour cause illicite), de toute convention qui aurait pu être fondée sur cet acte illégal.

Si l'on se place dans la situation dans laquelle la Cour d'appel a cru pouvoir se placer (omission d'une décision antérieure de compatibilité de la Commission), l'analyse est donc contestable sur le point des principes. Si l'on examine à présent la situation dans laquelle la Cour d'appel était en réalité, on aperçoit que l'analyse aurait dû être différente du fait de l'arrêt *CELF*.

Méconnaissance par la Cour d'appel de la jurisprudence CELF

En effet, la conclusion précitée a été nuancée par la jurisprudence récente de la Cour de justice lorsque le juge national est en présence d'une mesure d'aide *qui a été déclarée compatible* avec le marché commun par la Commission *au moment où il statue*. En effet, dans ce cas (qui était celui qui aurait dû reconnaître la Cour d'appel de Bruxelles), la Commission, nonobstant la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE, a finalement pu exercer sa compétence exclusive portant sur l'appréciation de la compatibilité des aides avec le marché commun.

Dans son arrêt *CELF* du 12 février 2008⁴², la Cour a donc nuancé le principe de non régularisation des aides illégales par une décision ultérieure de compatibilité de la Commission (établi par l'arrêt *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* précité) en assouplissant l'obligation de récupération de l'aide illégale. Elle a dit pour droit que le juge national n'était pas tenu, en droit communautaire, d'ordonner la

récupération d'une aide illégale, lorsque la Commission a adopté une décision finale constatant la compatibilité de celle-ci avec le marché commun. En effet, dans ce cas, «(...) l'objectif conservatoire de garantir qu'une aide incompatible ne sera jamais mise à exécution (...) n'a pas été contredit par le versement prématuré de l'aide» (points 46 et 49 de l'arrêt). Le juge n'est alors tenu que d'ordonner le paiement d'intérêts compensant la jouissance anticipée, de manière illégale, de l'aide compatible (même si «dans le cadre de son droit national, il peut, le cas échéant, ordonner en outre la récupération de l'aide illégale, sans préjudice du droit de l'État membre de mettre celle-ci à nouveau à exécution, ultérieurement» (point 53 de l'arrêt)).

La jurisprudence *CELF* a donc été ignorée par la Cour d'appel qui aurait pu, forte de la décision de la Commission, réduire la question de l'illégalité des mesures d'aides en cause, déclarées compatibles par la Commission, à la seule question des intérêts d'illégalité. Encore pourrait-on se poser la question de savoir si, dans le cadre d'un référé, la Cour d'appel était compétente pour imposer une telle mesure. Nous penchons pour une réponse positive dès lors qu'il s'agit d'appliquer une disposition de droit communautaire d'effet direct, ayant primauté sur tout droit national contraire⁴³.

Si le juge national a le pouvoir (l'obligation en vertu du droit communautaire) de suspendre une opération ou même d'ordonner la cessation et le remboursement d'une aide déjà octroyée, même en référé, il doit avoir le pouvoir de rétablir la concurrence faussée par l'imposition de paiement d'intérêts pour aide illégale (compensant le bénéfice anticipatif de l'octroi d'une aide illégale), déclarée ensuite compatible par la Commission.

Certes, en l'occurrence, les actionnaires ne semblent avoir aucun intérêt à une telle demande (qui aboutirait à faire payer à l'État par Fortis Holding / Fortis Banque des intérêts pour aide illégale – et non l'État aux actionnaires !).

B. Rejet de la demande de réouverture de l'audience à la suite de l'adoption de la décision de la Commission approuvant l'aide à Fortis

Cette question est en lien avec la précédente car elle explique pourquoi la Cour d'appel a été amenée à ignorer à la fois la décision de la Commission et la jurisprudence *CELF* précitée.

Le 11 décembre 2008, l'un des intimés (la SFPI) a présenté une demande de réouverture des débats, après

l'obligation générale des juridictions nationales de protéger les droits individuels du requérant (tel que le concurrent) conformément à l'article 88, paragraphe 3, du traité. L'obligation de récupération qui incombe à la juridiction nationale ne dépend donc pas de la compatibilité de l'aide avec l'article 87, paragraphe 2 ou 3, du traité».

⁴¹ Arrêt du 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* (FNCE), aff. C-354/90, Rec. p. I-5505 et arrêt du 11 juillet 1996, *SFEI e.a. c. La Poste e.a.*, aff. C-39/94, Rec. p. I-3577.

⁴² Arrêt du 12 février 2008, aff. C-199/06, *CELF* et *Ministre de la Culture et de la Communication*, Rec., p. I-469, spéc. points 45 à 54. Relevons que la Cour de justice est saisie à nouveau de questions préjudicielles dans cette affaire à la suite de la troisième annulation de la décision de la Commission déclarant compatibles les aides illégales en cause (affaire C-1/09 précitée).

⁴³ Le droit communautaire nous semble devoir être appliqué intégralement, dans toutes ses conséquences, même en référé.

l'adoption de la décision de la Commission, notifié à l'État belge, le 3 décembre 2008, au motif que celle-ci constituait un «*fait nouveau*» dans la procédure.

Le SFPI faisait valoir que cette décision, bien que confirmant que les transactions devaient bien être qualifiées d'aides d'État (à l'exclusion de la revente de 75% de Fortis Banque à BNP Paribas), était la preuve que ces mesures étaient *in fine* compatibles avec le marché commun. Les appelants soutenaient au contraire que la décision prouvait que l'aide était bien illégale au moment de statuer, que les mesures n'avaient pas été encore approuvées par la Commission lors de leur exécution.

La Cour d'appel a rejeté la demande de réouverture, au motif que celle-ci n'était pas suffisamment fondée. La Cour a jugé que la décision de la Commission ne constituait pas un nouvel élément puisqu'il n'était pas pertinent pour le jugement de l'affaire sur le fond. En effet, selon l'appréciation de la Cour d'appel, les moyens fondés sur la mauvaise application des règles relatives aux aides d'État avaient été en tout état de cause rejetés.

L'approche de la Cour d'appel concernant cette demande de réouverture de la procédure est critiquable. La décision de la Commission constituait bien un fait nouveau fondamental dans l'affaire Fortis. Même si on peut comprendre que, dans l'urgence, la Cour d'appel n'ait pas estimé opportun de prolonger les débats vu les circonstances que l'on connaît qui ont entouré le délibéré de cette affaire, on ne comprend pas comment cette nécessité de tenir compte de l'évolution de l'affaire traitée par la Commission n'a pas été bien intégrée dans les débats devant la Cour d'appel.

La partie défenderesse, la SFPI, contrôlée par l'État, était pourtant bien placée pour connaître l'imminence de l'adoption de la décision de la Commission et, une fois adoptée, en mesure d'informer la Cour d'appel immédiatement, le jour même de la notification de la décision, le 3 décembre 2008, à l'État (à son ministre des Affaires étrangères). La demande de réouverture des débats aurait donc pu être faite dès le 3 décembre, ce qui aurait sans doute permis plus de réflexion à la Cour d'appel dans une telle procédure en référé (on rappellera que la Commission avait même publié un communiqué de presse le 3 décembre même: le juge devait donc savoir également...).

Cela aurait permis à la Cour d'appel d'avoir un autre éclairage pour l'appréciation de la balance des intérêts imposée par la procédure en référé:

- d'un côté, une décision de la Commission qui confirme le caractère d'aide des mesures en cause (la revente à BNP Paribas ne constitue une aide qu'en faveur de Fortis Banque et non pas de BNP Paribas)

mais surtout déclare toutes les mesures compatibles avec le marché commun, plaçant dès lors la Cour d'appel, en cours de procédure certes, dans la situation de la jurisprudence *CELF*; ceci avait pour conséquence directe de limiter les effets qu'il convenait de tirer de la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE (élément nouveau par rapport à la demande faite);

- d'un autre côté, la même décision de la Commission qui confirme, dans le cadre de la compétence exclusive dévolue à la Commission par le traité CE, que l'adossement de Fortis Banque à BNP Paribas est un élément fondamental et essentiel de sa viabilité à long terme (élément nouveau également par rapport au dossier).

En outre, toutes les parties devant la Cour d'appel auraient pu informer celle-ci sur les diverses possibilités qu'elle avait de coopérer avec la Commission. Ces principes existent depuis une communication de 1995 mais avaient été, à l'époque des débats en novembre-décembre 2008, récemment rénovés par le projet de communication précité de la Commission (présenté dès septembre 2008).

Ainsi, le texte final de cette communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'État par le juge national indique (certes après une adoption définitive en avril 2009):⁴⁴

«Une juridiction nationale peut notamment demander à la Commission les types d'informations ci-dessous:

a) Des informations relatives aux procédures pendantes devant la Commission; il peut s'agir notamment d'informations permettant de déterminer si une procédure relative à une aide déterminée est pendante devant la Commission, si une aide a été dûment notifiée conformément à l'article 88, paragraphe 3, du traité, si la Commission a ouvert une procédure formelle d'examen et si elle a déjà pris une décision. En l'absence de décision, la juridiction nationale peut demander à la Commission d'indiquer quand une décision est susceptible d'être adoptée» (paragraphe 83 de la communication).

Quoi qu'il en soit, en cas de doute, le juge national avait la possibilité de recevoir l'avis de la Commission. En vertu du principe de coopération loyale, le juge national est en mesure de recevoir des avis de la Commission lorsqu'il a des difficultés à juger une affaire sur le fond:

⁴⁴ Communication présentée, JOUE n° c 85 du 9 avril 2009.

«Lorsqu'elle doit appliquer les règles sur les aides d'État dans une affaire dont elle est saisie, la juridiction nationale doit respecter toutes les dispositions communautaires applicables en la matière, ainsi que la jurisprudence des juridictions communautaires. Elle peut également trouver des orientations dans la pratique décisionnelle de la Commission et dans les communications et lignes directrices concernant l'application des règles en matière d'aides d'État publiées par la Commission. Il peut toutefois exister des circonstances dans lesquelles ces outils ne permettent pas à la juridiction nationale d'obtenir des indications suffisantes sur les questions qui se posent. Eu égard aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 10 du traité et vu le rôle important et complexe joué par les juridictions nationales dans le contrôle de l'application des règles en matière d'aides d'État, la Commission offre donc aux juridictions nationales la possibilité de solliciter son avis sur des questions pertinentes concernant l'application des règles en matière d'aides d'État» (paragraphe 89 de la communication).

En particulier, une juridiction nationale est en mesure de demander un avis à la Commission, notamment sur l'existence éventuelle de circonstances exceptionnelles de nature à empêcher la juridiction nationale d'ordonner la récupération intégrale en vertu du droit communautaire (voir paragraphe 91 d) de la communication).

Il est indéniable que l'affaire Fortis justifiait l'utilisation de tels instruments, même si l'on peut estimer que le juge des référés ne pouvait en l'occurrence attendre un avis ou une information plus longtemps que quelques heures ou jours tout au plus. Or, la communication établit une procédure de réponse dans le mois à une demande d'information procédurale et dans les quatre mois à une demande d'avis juridique. Mais, on peut aisément concevoir que, dans les circonstances actuelles, la Commission aurait répondu dans les quelques heures qui auraient suivi la demande...

Et une juridiction belge aurait peut-être été la première dans la Communauté européenne à appliquer la jurisprudence *CELF I* (ou tout au moins à se poser la question de son application), tout en anticipant les principes de coopération avec la Commission tels que renouvelés en avril 2009.

Mais on sait à présent que la Cour d'appel de Bruxelles avait décidé de ne pas attendre pour adopter son arrêt.