

Jacques DERENNE

jacques.derenne@concurrentes.com

Avocat à la Cour et au barreau de Bruxelles

Abstract

Cette intervention présente quelques éléments préliminaires tirés de l'étude co-dirigée par l'auteur pour la Commission européenne sur le rôle des juridictions nationales dans la mise en œuvre du contrôle des aides d'État.

Après avoir rappelé l'objet et le contexte de cette étude, il est proposé un inventaire des difficultés qui se présentent au juge national selon les types d'affaires, illustré par quelques contentieux développés devant des juridictions françaises.

Au terme de cette étude, deux séries de "remèdes" pourraient être examinés, sans préjudice de la position qu'adoptera la Commission : l'une portant sur les mesures que pourrait prendre la Commission et l'autre portant sur celles que les juges nationaux pourraient adopter lorsqu'ils sont saisis de demandes fondées sur les règles relatives aux aides d'État.

Aides d'État et juge national : Indications préliminaires de l'étude commanditée par la Commission européenne*

1. Sur cette toile de fond brossée par mes collègues, je souhaiterais vous présenter quelques éléments préliminaires tirés de l'étude que j'ai l'honneur de co-diriger pour la Commission européenne sur le rôle des juridictions nationales dans la mise en œuvre du contrôle des aides d'État.

2. Après une courte description de l'objet et du contexte de cette étude, je ferai un inventaire, non exhaustif bien entendu vu le temps qui nous est compté, des difficultés qui se présentent au juge national selon les types d'affaires en illustrant celles-ci de quelques contentieux développés devant des juridictions françaises.

I. Étude pour la Commission européenne

1. Objet de l'étude

3. À la suite d'un appel d'offres, un contrat a été signé par la Commission européenne en décembre 2004³⁶ portant sur l'examen de deux questions décrites comme suit dans le plan d'action dans le domaine des aides d'État de la Commission de juin 2005 :

"L'article 88, paragraphe 3, du traité CE a un effet direct et il habilite les juges nationaux à suspendre et à récupérer à titre provisoire les aides accordées de façon illicite avant d'avoir été approuvées par la Commission. Des recours de droit privé devant les juridictions nationales pourraient ainsi renforcer la discipline en matière de respect de la réglementation sur les aides d'État. Il faudra également faire en sorte que les sociétés d'audit, les organes nationaux de régulation des marchés et les cours des comptes nationales soient plus conscients des enjeux en cause. À cet effet, la Commission a lancé une étude axée sur les deux principaux aspects de l'application de la législation sur les aides d'État au niveau national, à savoir le rôle des juridictions nationales dans la protection des droits conférés aux tiers intéressés, notamment les concurrents des bénéficiaires d'aides illégales, et l'application au niveau national des décisions négatives, surtout celles assorties d'une obligation de récupération" (point 55 du document de consultation).

4. L'étude comporte donc deux parties :

I une partie I, recensant, d'une manière plus ou moins exhaustive (des décisions inédites auront certainement été omises), les décisions juridictionnelles dans les "Quinze" appliquant les règles sur les aides d'État avec leur étude critique pour tenter d'en tirer des enseignements en vue de renforcer l'apport des juridictions à la discipline en matière d'aides d'État (cette première partie constitue une mise à jour, augmentée, de l'étude précédente datant de 1999)³⁷ ;

* Le présent texte reflète l'intervention orale prononcée lors de la conférence du 8 décembre 2005. Son ossature suit celle de la présentation orale faite, sans notes, avec comme seul support une quinzaine de diapositives résumant les développements ci-après, sans vouloir rechercher le détail d'un article en bonne et due forme. La présente mise en forme écrite de cette intervention n'a pas d'autres ambitions.

³⁶ Contrat signé avec le cabinet Lovells pour la rédaction d'une étude co-dirigée avec Thomas Jestaedt (Jones Day) et Tom Ottervanger (Allen & Overy). De nombreux avocats de plusieurs cabinets sont intervenus pour rédiger les rapports nationaux.

³⁷ Disponible sur le site de la DG Concurrence : <http://www.europa.eu.int/comm/competition/>

une partie II examinant les questions juridiques soulevées par l'application (pas nécessairement par les juridictions mais aussi par les administrations nationales) des décisions négatives de la Commission adoptées à l'encontre de cinq États membres particulièrement "exposés" : l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France et l'Italie ; quelques recommandations sont recherchées de cet examen afin d'améliorer l'effectivité de ces décisions tout en tenant compte des difficultés rencontrées par les États membres.

2. État des lieux

5. Une version presque finale de l'étude a été remise à la Commission en décembre 2005 en vue d'aboutir à un texte final de la part des rapporteurs en janvier 2006. Il appartiendra à la Commission de décider des modalités de la publication et de la discussion des éléments de l'étude. Une consultation élargie sera certainement organisée, en vue d'entendre les États membres bien entendu, mais aussi les entreprises et tous les autres tiers intéressés.

6. D'ores et déjà, on peut relever quelques statistiques qui démontrent que l'application du droit des aides d'État devant les juridictions nationales est finalement tout aussi, sinon plus, fréquente que celle des règles de la concurrence relatives aux entreprises (ententes et abus de position dominante). En effet, la première application semble avoir généré quelques 40 décisions de plus dans la Communauté que pour la seconde application :

- ▶ Partie I : plus de 386 décisions examinées (sans compter quelque 280 affaires similaires en France s'agissant d'une taxe sur l'horticulture) contre 350 en relation avec les articles 81 et 82 CE ; projet de rapport de 480 pages ; 116 décisions en 1999.
- ▶ Partie II : 47 décisions (19 en 1999) ; projet de rapport de 155 pages ; montants récupérés sur la période 2000-2005 : quelque 5 milliards ? sur plus de 8 milliards ? d'aides illégales et incompatibles pendant la même période (connues de la Commission).

7. Si l'on répartit à présent ces décisions par catégorie selon le type d'actions diligentées, on obtient les données suivantes pour la Communauté (des Quinze) :

- ▶ Répartition par type d'actions (1999) :
 - Discrimination fiscale : 51 % (52 %)
 - Concurrent contre État membre (cessation, récupération) : 19 % (18 %)
 - Récupération par État membre : 12 % (15 %)
 - Contentieux interne (compétence) : 5 % (9 %)
 - Dommages et intérêts / cessation c/ bénéficiaire : 6 % (3 %)
 - Dommages et intérêts c/ État : 2 % (2 %)
 - Marchés publics : 4 % (1 %)
- ▶ Allocation entre États membres :
 - France (100 [+280]), Italie, (78), Allemagne (71)
 - Pays-Bas (38), Espagne (32), Belgique (28), Royaume-Uni (16)

8. Ces données, certes imprécises, illustrent toutefois clairement les points suivants dont il convient de tenir compte pour l'identification des actions à prendre éventuellement :

- ▶ la moitié des affaires d'aides d'État concerne des problèmes fiscaux : des exceptions à l'encontre de taxes ou des contestations de récupération ou d'enrôlement de taxes ;
- ▶ les justiciables sont donc nettement plus "réactifs" que "pro-actifs" en matière d'aides d'État : les entreprises utilisent très peu ce moyen pour contester la position de leurs concurrents ;
- ▶ trois ("grands") États membres trustent un nombre important d'affaires même si des ("petits") États membres, comme les Pays-Bas ou la Belgique, ont sans doute généré plus d'affaires proportionnellement si on les rapporte à leur taille ; encore peu d'affaires proviennent du Royaume-Uni, mais une augmentation récente est démontrée.

II. Inventaire des difficultés par type d'affaire

1. Illustrations

9. Sans vouloir être exhaustif, la typologie des actions devant les juridictions nationales peut être présentée comme suit :

- ▶ État membre c/ bénéficiaire
 - Récupération
- ▶ Bénéficiaire c/ État membre
 - Récupération - Responsabilité
- ▶ Concurrent c/ État membre
 - Contestation d'une taxe "discriminatoire" ou finançant une aide³⁸
 - Cessation - Récupération - Responsabilité
- ▶ Concurrent c/ bénéficiaire
 - Cessation - Récupération - Responsabilité
- ▶ Conflits entre autorités

2. Remèdes éventuels

10. La typologie qui précède va servir de guide pour illustrer brièvement quelques difficultés surgissant lors de l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales.

³⁸ Bien que ces actions soient les plus nombreuses et qu'elles soulèvent des questions très intéressantes (voir, notamment, les développements récents - rappelés par le Professeur Chérot - de la jurisprudence communautaire relative à la notion de "lien contraignant entre la taxe et l'affectation du produit de la taxe"), il n'est pas possible de les commenter ici ; le temps nous manquerait certainement.

2.1 État membre c/ bénéficiaire (récupération)

11. Il n'existe aucune affaire juridictionnelle en France à ce sujet. En effet, la pratique en droit français n'est pas pour l'État de poursuivre devant les tribunaux les bénéficiaires d'aides illégales en vue de les contraindre à les rembourser mais plutôt à engager des procédures administratives non contentieuses, notamment par l'adoption d'un arrêté de débet pour l'exécution de la décision négative de la Commission européenne. Cette attitude, justifiée par la force du droit administratif en France, contraste avec la Belgique, par exemple, où une simple lettre de mise en demeure de rembourser l'aide illégale adressée par l'État ou les régions au bénéficiaire peut finir devant les tribunaux commerciaux devant lesquels l'État poursuit en recouvrement les entreprises concernées. Le contentieux se développe ensuite devant ces juridictions. En France, le contentieux se développe plutôt dans l'ordre administratif dès lors qu'une opposition à exécution se traitera devant les juridictions administratives (rappelons qu'en Belgique la seule juridiction administrative est le Conseil d'État).

12. D'une manière générale, il existe un conflit d'intérêt inhérent à la récupération des aides illégales. C'est l'autorité qui est à la base de la violation du droit (le défaut de notification) qui va entreprendre la procédure de récupération sur le fondement de la décision de la Commission. Dans son plan d'action, la Commission semble tenir compte de ce problème en invoquant l'intervention d'autorités indépendantes pour assister l'État membre à ce sujet ou contrôler la procédure de récupération.

13. Rappelons, sans pouvoir traiter ici de nombreuses autres questions relatives à la récupération par les États membres (procédures judiciaires par rapport aux procédures administratives, base juridique de la récupération, nature privée (contrat) ou publique (acte d'octroi) de l'aide illégale, etc.), le texte de l'article 14, paragraphe, 3 du règlement du Conseil n° 659/1999 dont on va voir dans la suite toute l'importance du passage souligné : "(...) *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 (...)*".

2.2 Bénéficiaire c/ État membre (récupération)

14. Le cadre législatif français soulève un problème spécifique en matière de procédure de récupération et contestation par le bénéficiaire d'un arrêté de débet. En effet, en vertu de l'article 6 du décret du 29 décembre 1992 (créances de l'État), des articles 164 et 201 du décret du 29 décembre 1962 (créances des établissements publics nationaux) et de l'article L.1617-5 du Code général des collectivités territoriales (collectivités locales et leurs établissements), une opposition à exécution (contestation de l'ordre de recouvrement) aura pour effet automatique de suspendre le recouvrement.

15. Or, celui-ci provient d'une obligation tirée directement du droit communautaire, qui a primauté sur le droit national éventuellement contraire, ou, à tout le moins, rendant pratiquement impossible la réalisation de la récupération.

16. On peut certes mentionner³⁹ la loi du 13 août 2004 qui rend systématique la récupération des aides versées illégalement par les collectivités territoriales. Le nouvel article L. 1511-1-1 du CGCT dispose en effet, en son alinéa 2 : "*Toute collectivité territoriale, tout groupement de collectivités territoriales ayant accordé une aide à une entreprise est tenu de procéder sans délai à sa récupération si une décision de la Commission européenne ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes l'enjoint, à titre provisoire ou définitif. À défaut, après une mise en demeure restée sans effet dans un délai d'un mois à compter de sa notification, le représentant de l'État territorialement compétent y procède d'office par tout moyen. Les collectivités territoriales et leurs groupements supportent les conséquences financières des condamnations qui pourraient résulter pour l'État de l'exécution tardive ou incomplète des décisions de récupération. Cette charge est une dépense obligatoire au sens de l'article L. 1612-15 (...)*".

17. Toutefois, cette nouvelle disposition, même si elle renforce le contrôle par l'État de la récupération par les collectivités locales, ne modifie pas l'effet suspensif automatique de toute opposition à exécution. En cas de carence des collectivités, l'État semble pouvoir "prendre la main" mais la procédure risque toujours de souffrir de cet effet suspensif de l'opposition.

18. L'article 242 CE a prévu les conditions dans lesquelles il pouvait être sursis à l'exécution d'un acte communautaire. En l'absence d'une telle décision de sursis à exécution (dont on connaît la difficulté pour l'obtenir du Tribunal de première instance en référé), une opposition à exécution aboutira au même effet, l'application de l'acte de base (communautaire) de l'ordre de recouvrement se voyant ainsi suspendue.

19. La jurisprudence communautaire offre les moyens juridiques nécessaires pour justifier que de telles règles de droit national soient écartées au profit d'une pleine effectivité du droit communautaire en vertu du principe de la primauté de celui-ci (suppression des obstacles à la récupération immédiate et effective selon les procédures nationales).

20. L'arrêt *Factortame* qui prévoit tout d'abord que "*la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national doit écarter l'application de cette règle*"⁴⁰.

³⁹ Comme l'a fait remarquer le Professeur Michaël Karpenschif lors de la discussion qui suivit notre intervention.

⁴⁰ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, aff. C-213/89, Rec. p. I-2433, point 23.

21. L'arrêt *Zuckerfabrik* a établi de son côté les "...conditions relatives au sursis à l'exécution des actes administratifs :...les règles de procédure sont déterminées par les droits nationaux, et (...) ces droits présentent des divergences quant aux conditions d'octroi du sursis, divergences qui sont susceptibles de compromettre l'application uniforme du droit communautaire. Or, cette application uniforme est une exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire; elle implique dès lors que le sursis à l'exécution d'actes administratifs fondés sur un règlement communautaire, tout en relevant des règles de procédure nationales, en ce qui concerne notamment l'introduction et l'instruction de la demande, soit soumis dans tous les États membres, à tout le moins, à des conditions d'octroi qui soient uniformes". La Cour continue en jugeant que (point 33) "le sursis à l'exécution d'un acte national pris en exécution d'un règlement communautaire ne peut être accordé par une juridiction nationale que : - si cette juridiction a des doutes sérieux sur la validité de l'acte communautaire et que si, pour le cas où la Cour ne serait pas déjà saisie de la question de validité de l'acte contesté, elle la lui renvoie elle-même ; - s'il y a urgence et que si le requérant est menacé d'un préjudice grave et irréparable ; - si cette juridiction prend dûment en compte l'intérêt de la Communauté"⁴¹.

22. La Commission semble attendre des juges nationaux qu'ils appliquent ces principes strictement. En cas de défaut (absence de mesures immédiates visant à la récupération, dispositions nationales empêchant une récupération immédiate et effective non écartées), elle poursuivra les États membres devant la Cour de justice.

23. Une autre question liée aux difficultés de récupération des aides illégales auprès de leurs bénéficiaires concerne la contestation de la décision négative de la Commission. On sait qu'un juge national ne peut déclarer invalide un acte communautaire. Pour ce faire, il doit poser, une question préjudicielle en appréciation de validité à la Cour de justice⁴². Toutefois, cette possibilité n'est pas ouverte lorsque la partie concernée, qui entend contester la validité de la décision négative devant le juge national, aurait manifestement été recevable à contester celle-ci directement devant le Tribunal de première instance. Ce principe a été développé par la Cour de justice dans l'affaire *TWD*⁴³. Notons en passant que ce principe avait été anticipé en Belgique de quelques jours par le tribunal de commerce de Gand dans l'affaire *Beaulieu* (25 février 1994).

2.3 Bénéficiaire c/ État membre (responsabilité)

24. Le bénéficiaire d'une aide illégale qui est contraint à la rembourser (ce qui est inévitable en tant que tel si la décision négative de la Commission est définitive) peut tenter de mettre en cause la responsabilité de l'État.

41 CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest c/ Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn*, aff. C-143/88, Rec. p. I-415, points 25-26.

42 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. p. 4199.

43 CJCE, 9 mars 1994, *TWD c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-188/92, Rec. p. I-833.

25. Une décision importante à ce sujet a été rendue par le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand le 23 septembre 2004 dans l'affaire *Fontanille*⁴⁴. Il s'agissait des suites du plan "Borotra" (du nom du ministre ayant mis en place un régime d'aides au secteur de l'habillement, du textile et de la chaussure consistant en des réductions supplémentaires de cotisations sociales en cas de maintien de l'emploi). On notera que cette affaire avait déjà donné lieu à une demande d'indemnité d'une des entreprises bénéficiaires mais cette demande avait échoué étant donné le défaut de preuve par le demandeur d'un lien de causalité entre le dommage allégué (retard dans un processus de délocalisation) et la violation de la règle de droit concernée (non notification de l'aide)⁴⁵.

26. La chronologie de cette affaire a son importance. Elle peut être schématisée comme suit :

■ mars 1996 : notification du régime à la Commission européenne ;

■ 12 avril 1996 : adoption de la loi par l'Assemblée nationale (violation de l'article 88, paragraphe 3, CE) ;

■ 31 mai 1996 : ouverture de la procédure de l'article 88, paragraphe 2, CE par la Commission à l'encontre de la France (lettre adressée au gouvernement) ;

■ 27 juin 1996 : décret (publié le 28 juin) appliquant la loi précitée (seconde violation de l'article 88, paragraphe 3, CE, cette fois par le gouvernement) ;

■ 26 juin 1996 : signature de la convention entre l'État (préfet) et l'entreprise bénéficiaire (le gouvernement omet de signaler la procédure initiée par la Commission et donc le fait que le régime d'aide n'est pas approuvé et même contesté par la Commission) ;

■ 17 juillet 1996 : publication au JOCE de la communication de la Commission invitant les tiers intéressés à soumettre des observations à la suite de l'ouverture de la procédure formelle d'examen (trop tard pour les entreprises concernées...) ;

■ 5 mai 1999 : décision négative de la Commission confirmée le 5 octobre 1999 par la Cour de justice.

27. Le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand va condamner (partiellement) l'État pour faute de l'administration. L'analyse des griefs peut être brièvement discutée comme suit en prenant successivement chacun des moyens avancés par le demandeur.

44 Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, n° 0101282 ; *AJDA*, 21 février 2005, p. 385, note G. Peiser.

45 Tribunal administratif de Grenoble, 15 octobre 2003, *Stéphane Kélian*, inédit. Relevons que dans cette affaire, le demandeur poursuivait la responsabilité de l'État à la fois comme pouvoir législatif (loi adoptée par l'Assemblée nationale) et à la fois en tant que pouvoir exécutif (décret du gouvernement), au double titre du droit français de la responsabilité pour faute et du droit communautaire de la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire (qui est une responsabilité sans faute).

Responsabilité pour faute de l'État législateur

28. Un premier moyen était pris de la combinaison de l'article 55 de la Constitution et de l'article 10 CE en vue de fonder une faute du pouvoir législatif.

29. Le Tribunal rejette toute responsabilité pour faute du législateur eu égard à la large marge d'appréciation pour opérer des choix normatifs et au fait que la règle de droit violée doit conférer des droits (les deux autres conditions étant que la violation doit être suffisamment caractérisée et qu'il doit exister un lien de causalité). Selon le Tribunal, l'article 87 CE ne crée pas de droits dont les particuliers peuvent se prévaloir à l'appui d'un recours indemnitaire.

30. Le moyen et/ou la manière de le traiter sont critiquables : tout d'abord, il est inexact que l'article 87 CE ne crée pas de droits dans le chef des particuliers ; si cette disposition n'a en effet pas d'effet direct, son paragraphe 1 doit cependant être appliqué en combinaison avec l'article 88, paragraphe 3, CE ; en outre, il n'est pas exigé, pour établir une responsabilité pour violation du droit communautaire, que la disposition violée ait effet direct (ce qui en effet n'est pas le cas de l'article 87 CE pris isolément) ; il suffit qu'elle confère des droits, ce qui est le cas de l'article 87, paragraphe 1, CE, lu en combinaison avec l'article 88, paragraphe 3, CE. Ensuite, on peut regretter que dans une telle affaire, on omette le principe de responsabilité sans faute tiré directement du droit de l'État membre pour violation du droit communautaire (au lieu d'invoquer le principe de responsabilité pour faute de droit national soumis à la jurisprudence restrictive du Conseil d'État). Mais bien plus, ce n'était pas la violation de l'article 87 CE qu'il fallait invoquer (ou examiner d'office au titre de la violation d'une règle d'ordre public) mais bien celle de l'article 88, paragraphe 3, CE. Si la loi viole en effet l'article 87 CE car elle ne pouvait être exemptée en vertu de l'article 87, paragraphe 3, CE (ce qui a ensuite justifié la décision de la Commission et l'arrêt de la Cour de justice), la première violation, en l'occurrence par le législateur, était celle de l'article 88, paragraphe 3, CE. En adoptant la disposition incriminée, sans prévoir d'effet suspensif tant que la Commission n'avait pas approuvé le régime mis en place, le Parlement a en effet méconnu cette interdiction de mise à exécution qui s'adresse à l'État membre, et donc au pouvoir législatif évidemment.

31. En l'occurrence, une telle violation était suffisamment caractérisée au sens de la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁶. Il s'agit même d'une infraction matérielle : le législateur n'a aucune marge d'appréciation pour le respect de l'article 88, paragraphe 3, CE. Encore fallait-il vérifier l'existence d'un lien de causalité (que le Tribunal considère établi par ailleurs en examinant le moyen de responsabilité pour faute de l'administration).

⁴⁶ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci c/ Italie*, aff. C-6/90, *Rec.* p. I-5357 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Rec.* p. I-1029.

Responsabilité sans faute du fait des conventions internationales

32. On s'étonnera à ce sujet que le Tribunal traite le droit communautaire comme un simple droit issu d'une convention internationale, ce qui ne correspond pas non plus à la jurisprudence communautaire qui a déduit du traité CE l'existence d'un ordre juridique propre qui s'incorpore aux droits nationaux (primauté du droit communautaire et responsabilité de droit communautaire).

Responsabilité pour faute de l'administration

33. C'est au titre de ce principe de responsabilité (encore une fois tiré du droit français et non pas du principe de responsabilité sans faute du droit communautaire comme il aurait été plus avisé) que le Tribunal déduit la faute du premier ministre qui n'a pas attendu l'issue de la procédure d'examen formel de l'article 88, paragraphe 2, CE pour adopter le décret d'application de la loi précitée.

34. Le Tribunal relève également qu'un opérateur diligent devait vérifier la régularité de la procédure d'adoption des mesures incriminées. Il aurait dû interroger le premier ministre avant de signer la convention et s'interroger sur la notification de la mesure et l'issue de cette procédure de contrôle par la Commission. En dépit du fait que l'État avait omis d'informer sur ce point les entreprises concernées (la signature des conventions a eu lieu avant la publication de la décision d'ouverture de la procédure par la Commission, décision pourtant notifiée quelques mois auparavant à l'État), le Tribunal décide de réduire le droit à indemnisation d'un quart pour tenir compte de cette négligence des entreprises bénéficiaires.

35. Le préjudice couvert n'inclut pas la somme correspondant aux aides illégalement perçues qui doivent être remboursées et le Tribunal ordonne ensuite une expertise pour évaluer le préjudice financier en l'espèce, avant de statuer définitivement sur la demande d'indemnité.

Responsabilité contractuelle de l'État

36. Finalement, ce dernier grief tiré de la nullité de la convention avec l'État (violation de l'article 87 CE résultant d'une faute de l'administration) est rejeté. Selon la jurisprudence applicable, à la suite d'une faute contractuelle, la victime a normalement droit au paiement du bénéfice dont elle a été privée du fait de la nullité du contrat, sans toutefois que ce paiement puisse être supérieur au montant en cause (qui est en l'occurrence le montant des aides déclarées illégales). Le Tribunal relève cependant que la décision de la Commission est obligatoire et qu'il existe une compétence liée de l'État pour récupérer l'aide illégale et incompatible. Le Tribunal rejette donc la demande d'indemnisation pour faute contractuelle car y donner droit aurait pour effet de conférer un avantage semblable à celui que l'État a illégalement accordé et ne permettrait pas de respecter l'effet utile de la décision.

37. Ce dernier raisonnement nous semble encore une fois fondé sur la confusion entre la violation de l'article 87 CE et la violation de l'article 88, paragraphe 3, CE. Il semble que le contrat pouvait être déclaré nul également car il avait été conclu en violation de l'article 88, paragraphe 3, CE. Dans ce contexte, la référence à la décision de la Commission n'est pas pertinente dès lors que le juge national doit tirer toutes les conséquences de la méconnaissance de cette disposition sans bien sûr se préoccuper de l'examen fait par la Commission. Quant au fait que l'indemnisation dans ce cas de responsabilité contractuelle devrait, en vertu des principes de droit national, nécessairement aboutir à octroyer un montant identique aux aides illégales, il n'est pas possible de le traiter ici. Remarquons simplement qu'en principe, l'octroi de dommages et intérêts, s'ils sont fondés sur un dommage clairement séparé du fait de ne pas recevoir des aides qui doivent évidemment être remboursées, ne constitue pas une nouvelle aide⁴⁷.

2.4 Concurrent c/ État membre (cessation - récupération - responsabilité)

38. Ce type d'action se présentera de manière plus fréquente : un concurrent cherche à contester une mesure d'aide, en demandant la cessation de son octroi, sa récupération auprès du bénéficiaire et/ou des dommages et intérêts auprès de l'État ayant octroyé illégalement l'aide en cause. Deux affaires peuvent être brièvement mentionnées sur ce point à titre d'illustration.

Ryanair

39. L'affaire est connue : sur requête de Brit Air, le tribunal administratif de Strasbourg a jugé, le 24 juillet 2003, que la chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg avait octroyé des aides à Ryanair en concluant un contrat avec cette compagnie pour le lancement de nouvelles lignes aériennes. Ces mesures n'ont pas été notifiées à la Commission. La délibération de la CCI est donc annulée et injonction est faite à la CCI de saisir le juge du contrat pour prononcer la nullité du contrat. La Cour administrative d'appel de Nancy annule toutefois ce jugement, par arrêt du 18 décembre 2003, mais uniquement au motif d'une composition irrégulière du tribunal. La cour évoque l'affaire et confirme sur le fond la solution en annulant la délibération de la CCI pour violation de l'article 88, paragraphe 3, CE.

40. Une autre affaire *Ryanair* a été jugée en 2005 : il s'agit d'un jugement du tribunal administratif de Pau du 19 avril 2005 sur requête d'Air Méditerranée pour des faits similaires. Le tribunal annule la délibération de la CCI de Pau-Béarn et enjoint à celle-ci de saisir le juge du contrat.

41. Ces deux affaires sont exemplaires des possibilités offertes par l'invocation de l'article 88, paragraphe 3, CE devant le juge national et sont conformes aux principes d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE (pour la définition d'une aide d'État) et de l'article 88, paragraphe 3, CE (pour les conséquences à tirer d'un défaut de notification).

CELF (Centre d'exportation du livre français)

42. SIDE (société internationale de diffusion et d'édition) a formé une plainte à la Commission contre des aides octroyées au CELF. Ces aides sont déclarées compatibles par la Commission le 18 mai 1993 mais cette décision est annulée par le Tribunal de première instance le 18 septembre 1995 (T-49/93). Un recours de plein contentieux est formé en parallèle par SIDE devant le Tribunal administratif de Paris. Le 10 juin 1998, une nouvelle décision de la Commission déclare à nouveau les aides compatibles en vertu de l'exception relative à la culture (article 87, paragraphe 3, d) CE). Sur recours à la fois de SIDE et de la France, la Cour de justice prononce un arrêt de rejet (22 juin 2000, C-332/98). Mais le Tribunal, dans un arrêt du 28 février 2002 (T-155/98) annule pour la deuxième fois, la décision. Pendant ce temps, le 26 avril 2001, le Tribunal administratif de Paris annule (i) le refus du ministre de suspendre les aides et d'exiger le remboursement mais rejette (ii) la demande d'indemnité pour faute de l'État. Le 20 avril 2004, une troisième décision positive de la Commission est adoptée et un nouveau recours de CELF est déposé le 15 septembre 2004 (T-372/04).

43. La Cour administrative d'appel de Paris rend, le 5 octobre 2004, un arrêt à la suite du jugement précité du Tribunal administratif entrepris à la fois par une requête du ministre (contestant l'annulation de son refus précité) et de SIDE (contestant le rejet de sa demande d'indemnité).

44. La Cour d'appel confirme tout d'abord la décision d'annulation du refus du ministre (en rejetant le moyen de l'État fondé sur l'approche compensatoire tirée de l'arrêt *Altmark*) : il s'agit bien d'aides en l'espèce.

45. La Cour rejette les circonstances exceptionnelles ayant pu faire naître une confiance légitime dans le chef du CELF (pouvoir d'appréciation donné au juge par la Cour de justice dans l'arrêt *Alcan*).

46. La Cour écarte également la règle de droit interne interdisant le retrait d'un acte administratif créateur de droits (sauf s'il est illégal et ce dans un délai de 4 mois) : elle assure ainsi l'effet utile du droit communautaire.

47. S'agissant du rejet de la demande d'indemnité pour faute de l'État, la Cour adopte une interprétation restrictive du lien de causalité (absence de preuve du préjudice commercial et de lien de causalité du fait que celui-ci ne subsisterait pas dans le cas où la Commission confirmerait son appréciation de compatibilité ultérieurement). En effet, selon une jurisprudence du Conseil d'État, la responsabilité de l'État est atténuée en cas d'interventions économiques illégales lorsque le respect de la procédure aurait mené au même résultat : il ne reconnaît pas l'illégalité comme source du préjudice, quand la mesure, irrégulière en la forme, est justifiée au fond.

48. La Cour administrative d'appel souligne ainsi le caractère procédural de l'illégalité commise par l'État et l'absence de décision finale de la Commission, d'où l'inexistence de lien de causalité entre la faute et le préjudice commercial allégué...

47 CJCE, 27 septembre 1988, *Asteris c/ Grèce*, aff. 106/87, *Rec.* p. 5515.

2.5 Concurrent c/ bénéficiaire (cessation - récupération)

49. Seulement une quinzaine d'affaires de ce type ont pu être décelées dans la Communauté. Deux affaires marquantes peuvent être mentionnées.

50. La première affaire est l'affaire *UFEX / Chronopost* relative à la contestation de subventions croisées alléguées par l'UFEX (Union française de l'express, regroupant notamment DHL et Fedex) à l'encontre de La Poste dans ses relations avec sa filiale SFMI puis Chronopost ("SFMI-Chronopost") pour la fourniture du service de courrier express. Le Tribunal de commerce de Paris a saisi le Cour de justice de plusieurs questions préjudicielles en 1994 puis a rejeté la demande en décembre 1999 sur le fondement d'une décision de 1997 de la Commission concluant à l'absence d'aides d'État. L'appel devant la Cour d'appel de Paris est toujours pendant puisque cette juridiction a sursis à statuer en attendant une décision définitive des juridictions communautaires sur le recours en annulation de l'UFEX de la décision précitée de la Commission (celle-ci a d'abord été annulée en 2000 par le Tribunal - aff. T-613/97 - mais cet arrêt a ensuite été annulé par la Cour de justice - aff. jtes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P - et l'affaire a été renvoyée devant le Tribunal qui devrait rendre son nouvel arrêt en 2006 : aff. T-613/97 RV).

51. L'arrêt préjudiciel précité du 11 juillet 1996 de la Cour de justice (*SFEI* - ancien nom de l'UFEX - aff. C-39/94) est particulièrement intéressant ici. Il énonce les principes suivants de procédure, dans la lignée de l'arrêt *Saumon* de 1991 :

¶ une juridiction nationale, saisie d'un recours fondé sur la violation de l'article 88, paragraphe 3, dernière phrase, CE, alors que la Commission est parallèlement saisie d'une plainte 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. Cette interprétation renforce les pouvoirs du juge national en lui confirmant que sa mission est indépendante de celle de la Commission et qu'il doit "prendre ses responsabilités" ; la Cour ajoute que le juge "peut demander à la Commission des éclaircissements" (on sait maintenant à quel point la communication sur la coopération entre les juridictions nationales et la Commission en matière d'aides d'État a été peu utilisée - et c'est un euphémisme) et qu'il peut ou doit, poser une question préjudicielle à la Cour. La Cour rappelle enfin qu'en cas de consultation de la Commission ou de renvoi préjudiciel à la Cour, le juge doit "apprécier la nécessité d'ordonner des mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties jusqu'à ce qu'elle statue définitivement" (ce qui est souvent omis) ;

¶ une juridiction nationale saisie d'une demande de récupération 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" ; ces "circonstances exceptionnelles" n'ont toujours pas été clarifiées par la jurisprudence dans le cas de l'intervention des juridictions nationales ;

¶ le "bénéficiaire d'une aide qui ne vérifie pas si celle-ci a été notifiée à la Commission conformément à l'article [88], paragraphe 3, du traité n'est pas susceptible d'engager sa responsabilité sur la seule base du droit communautaire". Cet aspect nous amène au type suivant d'action devant le juge national.

52. La seconde affaire "exemplaire" pour ce type d'affaire est l'affaire *Manoir c/ Breda* devant le président du Tribunal de commerce de Bruxelles en 1995. Un concurrent évincé d'un appel d'offres a déposé une "action en cessation" (action fondée sur la loi belge sur les pratiques du commerce et permettant un examen au fond dans les formes du référé mais ne permettant pas de traiter une demande d'indemnisation) contre un soumissionnaire accusé d'avoir reçu illégalement des aides d'État et de les avoir utilisées pour soumissionner de façon favorable. Cette affaire est l'exemple type de la concurrence déloyale qui peut être reprochée à un bénéficiaire pour avoir reçu illégalement des aides. Elle est fondée implicitement sur la faute civile (concurrence déloyale) du bénéficiaire qui adopte un comportement non conforme aux pratiques normales du commerce.

53. On va voir ci-après que nous ne sommes pas loin de l'action en responsabilité du bénéficiaire telle que la Cour de justice l'a interprétée dans son arrêt préjudiciel *SFEI* précité de 1996.

2.6 Concurrent c/bénéficiaire (responsabilité)

54. Dans l'affaire *UFEX (SFEI) c/ La Poste e.a. (SFMI-Chronopost)* précitée, la Cour de justice était également interrogée, en relation avec ce type d'action, sur la question de savoir si le bénéficiaire d'une aide qui ne vérifie pas si celle-ci a été notifiée à la Commission est susceptible d'engager sa responsabilité sur la base du droit communautaire. La Cour répond en deux temps (points 72 à 75) :

¶ non, le droit communautaire ne connaît pas un tel principe de responsabilité (comme celui relatif aux États membres) : "le mécanisme de contrôle et d'examen des aides d'État [de l'article 88 CE] n'impose pas d'obligation spécifique au bénéficiaire de l'aide" ; "l'obligation de notification et l'interdiction préalable de mise en œuvre des projets d'aide (...) s'adressent à l'État membre". L'État "est également le destinataire de la décision par laquelle la Commission constate l'incompatibilité d'une aide et l'invite à la supprimer dans le délai qu'elle détermine". "Dans ces conditions, le droit communautaire n'offre pas une base suffisante pour engager la responsabilité du bénéficiaire qui n'aurait pas vérifié si l'aide qu'il a reçue a été dûment notifiée à la Commission".

¶ oui, le concurrent peut en principe trouver dans son droit national une action en responsabilité à l'encontre du bénéficiaire : "ceci ne préjudicie toutefois pas à l'éventuelle application du droit national de la responsabilité extracontractuelle. Si, d'après celui-ci, l'acceptation par un opérateur économique d'un soutien illicite de nature à

occasionner un préjudice à d'autres opérateurs économiques est susceptible, dans certaines circonstances, d'engager sa responsabilité, le principe de non-discrimination peut conduire, le juge national à retenir la responsabilité du bénéficiaire d'une aide d'État versée en violation de l'article [88], paragraphe 3, du traité".

55. En droit belge, cette action est possible, comme on l'a vu. En vertu de l'article 1382 du code civil, il semble bien qu'en droit français, la même conclusion s'impose. Dans un arrêt de 1999 (*Ducros*)⁴⁸, la Cour de cassation semble s'être prononcée en ce sens implicitement, dans une affaire très similaire à celle traitée par le Tribunal de commerce de Bruxelles dès 1995 (affaire *Manoir* précitée). La Cour de cassation rejette néanmoins un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en considérant qu'il ne suffit pas que les aides aient permis au concurrent de présenter l'offre la moins disante pour engager sa responsabilité sur le fondement de la concurrence déloyale, la preuve du lien de causalité n'étant pas rapportée s'il n'existe pas "d'aide significative" qui permette directement de fausser les conditions de concurrence.

56. En *Common Law*, il semble bien que ce principe de responsabilité ne soit pas encore confirmé clairement (*tort law*). La société *Preussag* était accusée par un de ses concurrents d'avoir abusé d'aides reçues de l'Allemagne (sous le régime CECA) pour pratiquer des prix prédateurs sur le marché de l'antracite.

57. Dans une décision de 1999 (CECA), la Commission avait déclaré l'aide compatible à condition d'être affectée d'une façon spécifique. Il s'avère que cette aide aurait été utilisée pour une autre affectation (d'autres coûts de production). Cette partie de l'utilisation de l'aide étant abusive, la Commission a ordonné son remboursement. Devant les tribunaux anglais, le plaignant invoquait la responsabilité du bénéficiaire pour avoir abusé des aides en cause (on se trouvait donc dans un cas d'abus d'aides et non strictement d'aides illégalement octroyées).

58. La High Court de Londres (*Betws Anthracite c/ DSK GmbH* (2003)) a jugé, en se référant à l'affaire *SFEI /UFEX* précitée, qu'il ne pouvait pas y avoir de principe de responsabilité de droit communautaire qui s'imposerait au bénéficiaire. La High Court n'a toutefois pas examiné la demande sous l'angle d'une responsabilité de droit national car le plaignant n'avait pas soulevé cette question...

59. Remarquons enfin que les affaires de mise en cause de la responsabilité du bénéficiaire par un concurrent qui ont pu être recensées dans la Communauté sont seulement au nombre de six... Pourtant, les affaires *Breda / Manoir* et *SFEI-UFEX*

développent des principes qui semblent facilement transposables devant les différentes juridictions des États membres (avec bien entendu les difficultés particulières soulevées par la question de l'appréciation du lien de causalité et l'évaluation du dommage).

60. Il est significatif de constater à ce sujet qu'aucune décision n'a encore abouti, à ce jour, à une condamnation à des dommages et intérêts (l'affaire *Breda* était exclusivement une "action en cessation" et le plaignant n'a pas poursuivi l'octroi de dommages et intérêts et l'affaire *SFEI-UFEX* n'est pas encore jugée au fond).

III. Conclusion : Éléments pour une meilleure mise en œuvre du contrôle des aides d'État

61. Que peut-on, très schématiquement et brièvement, conclure comme enseignements des affaires analysées (bien plus nombreuses, bien entendu, que les quelques affaires précitées) pour améliorer la mise en œuvre du contrôle des aides ?

62. Deux séries de "remèdes" pourraient être examinées : l'une portant sur les mesures que pourraient prendre la Commission et l'autre portant sur celles que les juges nationaux pourraient adopter lorsqu'ils sont saisis de demandes fondées sur les règles relatives aux aides d'État (ces "remèdes" pourraient être mentionnés dans l'étude pour la Commission précitée en début d'exposé et ils ne sauraient refléter, bien entendu, l'opinion de la Commission à ce stade).

1. Par la Commission

1.1 Précision des décisions de la Commission

63. La Commission pourrait améliorer la précision de ses décisions négatives sur les points suivants : identification du bénéficiaire, indication du montant des aides à récupérer, délai dans lequel la récupération doit être réalisée, procédure à suivre ou mesures à prendre afin de garantir une récupération effective et immédiate, conformément au règlement n° 659/1999, dans le respect toutefois du principe d'autonomie procédurale des États membres.

1.2 Articles 226 CE – 228 §2 CE

64. La Commission pourrait poursuivre systématiquement devant la Cour de justice les États membres dont les droits nationaux ne permettent pas une récupération effective et immédiate des aides illégales et incompatibles, comme exigée par le règlement n° 659/1999.

⁴⁸ Cour de cassation, ch. commerciale, 15 juin 1999, *Etablissements J. Richard Ducros c/ Société Métallique Finsider Sud*, aff. n°1236, pourvoi n°B 97-15.684, *Contrats, conc., consom.* 1999, n° 181, p. 18-19 ; *Gaz. Pal.* 1999, II, Panor, p. 228 ; *JCP G* 1999, IV, 2485 ; *RJDA* 1999, p. 818-819 ; *Europe*, janvier 2000, comm. n° 25, p. 20 ; *Gaz. Pal.*, 2000, II, chron., p. 553-554 ; *Petites affiches*, 2000, n° 56, p. 17 ; *RTD com.* 2000, p. 261-262.

65. L'utilisation de l'article 228, paragraphe 2, CE (proposition d'imposition par la Cour de sanctions pécuniaires en cas de non respect d'un premier arrêt en manquement) pourrait constituer un élément dissuasif non négligeable.

1.3 *Amicus curiae*

66. À l'instar de la procédure prévue par l'article 15 du règlement n° 1/2003 s'agissant de l'application des articles 81 et 82 CE par les juridictions nationales, la Commission pourrait se voir attribuer un rôle d'*amicus curiae* devant ces dernières.

67. À condition de respecter les droits de la défense des parties intéressées dans la procédure nationale (on pourrait imaginer que la Commission puisse intervenir volontairement avec le statut d'un intervenant selon la procédure nationale), la Commission pourrait jouer un rôle appréciable afin d'aider les juridictions nationales à appliquer le droit des aides d'État, notamment dans la perspective éventuelle d'un plus large recours aux analyses économiques dans le domaine des aides d'État (s'agissant de la notion d'aide d'État bien entendu, dès lors que l'appréciation de la compatibilité des aides, qui paraît, selon nous, nécessiter le plus ce recours à l'analyse économique, ne relève pas de la compétences des juges nationaux). Des principes tels que celui de l'investisseur privé et ceux énoncés par l'arrêt *Altmark* (notamment son quatrième critère⁴⁹) font évidemment appel à l'analyse économique pour la qualification d'une mesure étatique donnée.

68. Par ailleurs, comme pour les articles 81 et 82 CE, les juridictions nationales devraient être contraintes à communiquer à la Commission le texte de toutes leurs décisions relatives aux règles sur les aides d'État.

1.4 Stimuler le recours aux tribunaux nationaux

69. La Commission devrait rappeler les possibilités de voies de droit devant les juridictions nationales lorsqu'elle publie un communiqué de presse et une communication annonçant l'ouverture d'une procédure formelle d'examen en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE ou lorsqu'elle adopte une décision négative.

70. Une telle pratique vient d'être adoptée par la Commission dans un communiqué de presse récent⁵⁰ relatif à l'adoption d'une décision condamnant des entreprises pour cartels (en lien avec l'initiative de recours judiciaires lancée par la Commission dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 CE).

49 On relèvera à ce sujet les questions préjudicielles de la Cour de cassation de France, confrontée à l'application "impossible" de ce critère dans une affaire pendante devant elle : voir l'affaire C-526/04, *Laboratoires Boiron*, JOUE n° C. 69 du 19 mars 2005, p. 5.

2. Par le juge national

2.1 Sursis à statuer et contestation d'une décision de la Commission

71. Un sursis à statuer, en attendant l'issue d'un recours en annulation d'une décision négative de la Commission, lorsque la qualification de la mesure en tant qu'aide n'est pas contestée, ne semble aucunement justifié dans le contexte de l'application des règles relatives aux aides d'État par les juridictions nationales. Selon la jurisprudence communautaire, le rôle du juge national est distinct et complémentaire à celui de la Commission. Ce serait omettre ce principe important que d'accepter que le juge sursoie à statuer en cas de risque d'annulation d'une décision alors qu'il n'est pas contesté qu'une aide illégale a été octroyée (même si celle-ci peut éventuellement être déclarée compatible ultérieurement).

72. Pour les mêmes raisons, un sursis à statuer ne paraît pas davantage justifié lorsque la décision de la Commission n'est pas contestée directement par le bénéficiaire ou l'État membre concerné. Dans le premier cas, une question préjudicielle pourrait même être irrecevable s'il s'avère que la partie intéressée aurait manifestement été recevable à contester directement la décision devant le Tribunal de première instance et ne l'a pas fait dans les délais impartis.

73. Au vu des spécificités de l'application des règles d'aides d'État (rôle particulier du juge), on peut même se demander si les principes de l'arrêt *Masterfoods* (aff. C-344/98) sont pleinement transposable à la matière des aides d'État ?

2.2 "Ultra petita" et primauté du droit communautaire (invocation de l'art. 87 CE au lieu de l'art. 88, paragraphe 3, CE)

74. Il est apparu dans plusieurs affaires rejetées par les juridictions nationales sans examen du fond que les parties fondaient leur demande, sur "l'article 87 CE", sans précision, ou même en contestant la compatibilité de l'aide. Dans ce cas, la demande vise en fait une décision pour laquelle le juge n'est pas compétent.

75. Dans d'autres cas, des juridictions nationales en viennent à rejeter des demandes clairement fondées sur un problème d'aide d'État (avec une référence ou non à "l'article 87 CE" ou, de façon plus précise, à "l'article 87, paragraphe 1, CE", en considérant que l'article 87 CE ne peut être invoqué devant les juridictions nationales (absence d'effet direct)⁵¹.

50 Voir IP/05/1508 du 30 novembre 2005, IP/05/1656 du 20 décembre 2005 et MEMO/05/493 du 21 décembre 2005, p. 2.

51 V., par ex. : CA Douai, 30 mai 2000, *SA HCF* ; CA Paris, 20 sept. 2001, *Comité de développement et de promotion du textile et de l'habillement* ; Conseil d'État, 5 sept. 2001, *M. Guivarc'h* ; Conseil d'État, 5 mars 2003, *Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux* ; Conseil d'État, 28 mars 2001, *Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance* ; TA Clermont-Ferrand, 23 sept. 2004, *SA Fontanille* (en relation avec la responsabilité du législateur).

76. Bien entendu, seule la Commission est compétente pour déclarer compatible ou non une aide. Bien entendu, le juge civil ou administratif doit prendre ses décisions dans les limites des demandes des parties. Toutefois, cette obligation est sujette à l'interprétation de ces demandes : le juge peut interpréter les demandes en vue de prendre une décision en conformité avec l'intention réelle des parties. Il peut rectifier l'objet des demandes en ce sens. Quand les parties ne se réfèrent pas à l'article 88, paragraphe 3, CE, mais invoquent en général la présence d'une aide et invoquent "l'article 87 CE", il devrait pouvoir y avoir place à l'interprétation de la demande dans laquelle, une demande d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE, en combinaison avec l'article 88, paragraphe 3, CE, pourrait aisément être identifiée.

77. Cette interprétation raisonnable du principe "*ultra petita*" est d'autant plus justifiée que les règles sur les aides d'État, comme les articles 81 et 82 CE, doivent se voir reconnaître le statut de règles d'ordre public (CJCE, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 ; Cour de cassation belge, 1992, *Tubemeuse* ; *Eco Swiss Swatch*) :

- ¶ dès lors, quand une partie invoque l'existence d'une aide sans soulever explicitement l'article 88, paragraphe 3, CE, le devoir du juge n'est-il pas de soulever d'office le moyen tiré de la violation de cette disposition ?
- ¶ le droit administratif oblige bien le juge à soulever d'office tout moyen d'ordre public : incompétence de l'autorité ou "*méconnaissance du champ d'application de la loi*", ce qui couvre les textes législatifs, les règlements et la jurisprudence ;
- ¶ toutefois, la jurisprudence administrative ne semble pas prête à reconnaître cette "*méconnaissance du champ d'application de la loi*" en cas d'incompatibilité entre le droit national et le droit communautaire.

78. La jurisprudence communautaire offre pourtant un support non négligeable pour une telle interprétation (*Peterbroeck*, points 20-21 ; *Van Schijndel*, points 15 à 22)...

79. Enfin, on rappellera l'importance du principe de la primauté du droit communautaire et notamment de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999 dont les mots "pour autant que" ne semblent pas avoir reçu toute leur portée.