

**CHRONIQUE
DE JURISPRUDENCE EUROPÉENNE**

Aides d'État
1^{er} janvier 2008 — 31 décembre 2010

PAR

Jacques DERENNE

*Avocat aux barreaux de Bruxelles de Paris,
partner, Hogan Lovells, Bruxelles
Maître de conférences, Université de Liège
et Brussels School of Competition (1)*

ET

Marianne DONY

*Professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles —
Présidente de l'IEE-ULB*

SOMMAIRE

	Pages
Introduction	680
CHAPITRE I. — Les règles de fond	682
Section I. — LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT	682
A. — <i>Présentation générale</i>	682
B. — <i>Un avantage pour le bénéficiaire de l'aide</i>	685
a) La qualité d'entreprise du bénéficiaire	686
b) La notion d'avantage	687
c) Le test de l'opérateur en économie de marché	700
d) Service d'intérêt économique général et compensation des missions d'intérêt économique général	710

(1) L'auteur remercie Cédric Kaczmarek, avocat, et Thomas Gillitzer, stagiaire, pour leur assistance dans les recherches et rédactions préliminaires de certaines parties de la présente contribution.

C. — <i>Sélectivité de l'avantage</i>	715
a) Sélectivité régionale ou géographique	716
b) Sélectivité matérielle	721
D. — <i>L'origine étatique de l'aide</i>	731
a) L'imputabilité de la mesure à l'État	731
b) L'utilisation de ressources publiques	732
E. — <i>Distorsion de concurrence et affectation des échanges entre États membres</i>	736
Section II. — LES DÉROGATIONS À L'INCOMPATIBILITÉ DES AIDES D'ÉTAT	741
A. — <i>Les dérogations « obligatoires » du paragraphe 2</i>	741
B. — <i>Les dérogations « facultatives » du paragraphe 3</i>	744
a) Les critères généraux d'appréciation de la compatibilité des aides	745
b) La portée des encadrements ou lignes directrices adoptés par la Commission	754
c) La portée des règlements d'exemption	755
d) Les différentes catégories d'aides entrant dans le champ de l'article 107, paragraphe 3 TFUE	757
C. — <i>Appréciation de la compatibilité des aides au sauvetage et à la restructuration</i>	759
a) Notion d'entreprise en difficulté	759
b) Appréciation de la compatibilité	760
D. — <i>L'article 106, paragraphe 2, TFUE</i>	761

Introduction

1. — Les dispositions du traité relatives aux aides d'État (2) font partie intégrante du « système garantissant que la concurrence n'est pas faussée », pour reprendre les termes du protocole sur le marché intérieur et la concurrence (3). En effet, dans le cadre d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, les entreprises doivent aborder le marché sur la base de leurs forces propres. La concurrence

(2) Articles 92 à 94 CEE devenus articles 87 à 89 CE et maintenant repris quasi à l'identique aux articles 107 à 109 TFUE. Nous nous référerons dans cette chronique aux articles du TFUE, sauf dans les citations.

(3) L'article 3 g), du traité CE évoquait l'établissement d'« un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ». La référence dans le projet de traité constitutionnel, parmi les objectifs assignés à l'Union européenne, à « un marché unique où la concurrence est libre et non faussée », avait suscité de vives polémiques au cours de la campagne référendaire en France, d'où la disparition de cette référence dans le corps même du traité et l'adoption du protocole sur le marché intérieur et la concurrence (cette modification n'est que symbolique puisque les protocoles ont la même valeur juridique que les dispositions des traités en vertu de l'article 51 UE).

entre elles ne peut être faussée par l'octroi, par les États, d'aides à certaines entreprises ou productions. Cela explique que le traité de Rome a posé comme principe de base l'incompatibilité avec le marché commun, devenu marché intérieur, des aides d'État. Depuis le Rapport Spaak de 1956, les auteurs du traité avaient en effet bien compris que la concurrence entre États membres (ce que sont en réalité les aides d'État) pouvait également être un obstacle à l'intégration européenne.

Toutefois, cette incompatibilité n'est ni absolue, ni inconditionnelle. Les auteurs du traité ont en effet reconnu que les aides d'État constituaient un des principaux instruments des politiques économiques nationales, auxquelles les États n'étaient pas prêts à renoncer, et qu'elles pouvaient parfois constituer des outils efficaces pour réaliser des objectifs d'intérêt général ou en cas de défaillance du marché.

Les auteurs du traité ont également mis en place une procédure de contrôle des aides nationales, relevant de la compétence exclusive de la Commission (4) et à l'issue de laquelle cette dernière peut soit autoriser l'aide si elle peut bénéficier d'une dérogation, soit la déclarer incompatible et, le cas échéant, en ordonner le remboursement (5). En appui de cette compétence exclusive, la jurisprudence est venue également renforcer le rôle des juridictions nationales, gardiennes de la régularité de la procédure de notification préalable par les États membres à la Commission de leurs projets d'aides (6).

Le contrôle des aides d'État par la Commission a pris une ampleur grandissante au fil des années. Elle exerce sa mission sous le contrôle

(4) La Cour de justice a en effet, dans un arrêt du 22 mars 1977, *Ianelli*, 74/76, repris ensuite dans une jurisprudence constante, refusé de reconnaître un effet direct à l'article 92 du traité CEE, pour ce qui concerne la compatibilité des aides avec le marché commun, en soulignant que l'interdiction des aides n'était ni absolue ni inconditionnelle et que le traité avait accordé à la Commission un large pouvoir d'appréciation pour admettre des aides par dérogation à cette interdiction générale.

(5) Les dérogations ont fait l'objet d'une mise en œuvre assez libérale, au point que, dans la pratique, la règle d'incompatibilité apparaît davantage comme étant l'exception que la règle, compte tenu de ce que la Commission déclare compatibles la très grande majorité des aides d'État qui lui sont soumises. Ainsi, entre 2008 et 2010, la Commission a adopté seulement 26 décisions ordonnant la récupération d'une aide, en raison de son incompatibilité et illégalité (non respect de l'obligation de notification préalable et de suspension de l'octroi de l'aide en attendant une décision positive de la Commission).

(6) Dès l'arrêt du 15 juillet 1964, 6/64, *Costa c. Enel*, la Cour de justice a reconnu un effet direct à l'obligation de notification préalable. Une jurisprudence abondante est venue ensuite préciser le rôle assigné aux juridictions nationales pour assurer le respect de cette obligation. Nous y reviendrons dans le chapitre II de la présente Chronique.

de la Cour de justice et du Tribunal (de première instance) (7), qui, d'année en année, sont saisis d'un nombre de plus en plus important de recours. Le temps semblait donc venu de consacrer une chronique spécifique à la jurisprudence européenne relative aux aides d'État dans ces *Cahiers*.

La présente chronique, qui couvre la période allant du 1^{er} janvier 2008 au 31 décembre 2010, est articulée en deux grands chapitres consacrés respectivement aux règles de fond, contenues à l'article 107 TFUE (chapitre I) et à la procédure de contrôle des aides, qui fait l'objet de l'article 108 TFUE, et du règlement de procédure (8) et au contentieux européen et national (chapitre II). Le chapitre II fera l'objet d'une prochaine livraison des *Cahiers*.

CHAPITRE I. — Les règles de fond

2. — L'article 107 TFUE comprend trois paragraphes. Le premier pose, dans des termes aussi sobres que concis, le principe selon lequel «(...) sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions». Il convient donc de déterminer ce qu'est une aide (section I) avant d'examiner la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur, qui dépendra de l'application des paragraphes suivants, qui énumèrent les aides que la Commission doit (paragraphe 2) ou peut (paragraphe 3) déclarer compatibles avec le marché intérieur (section II).

SECTION I. — LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

A. — *Présentation générale*

3. — Le traité ne contient aucune définition de la notion d'aide d'État, de sorte que c'est à la jurisprudence qu'a incombé cette tâche.

(7) Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a été rebaptisé Tribunal de l'Union européenne par le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Nous utiliserons l'abréviation «CJ» pour la Cour et celle de «Trib.» pour le Tribunal, et ce quelle que soit la date de l'arrêt prononcé par l'une de ces deux juridictions.

(8) Règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, *J.O.C.E.*, n° L 83 du 22 mars 1999, p. 1.

D'une manière itérative, notamment au cours de la période analysée, la Cour et le Tribunal ont rappelé que la notion d'aide était une notion juridique objective et que, par conséquent, la qualification d'une mesure d'aide d'État, qui incombe tant à la Commission qu'au juge national, ne saurait, sauf circonstances particulières dues notamment à la nature complexe de l'intervention étatique en cause, justifier la reconnaissance d'un large pouvoir d'appréciation de la Commission (9). Le juge de l'Union doit donc, en principe et compte tenu tant des éléments concrets du litige qui lui est soumis que du caractère technique ou complexe des appréciations effectuées par la Commission, exercer un entier contrôle en ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE (10). Il n'est fait exception à cette règle que lorsque, pour opérer cette qualification, la Commission doit procéder à des appréciations économiques complexes vis-à-vis desquelles le contrôle juridictionnel doit alors se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir (11). Enfin, dès lors que la notion d'aide d'État répond à une situation objective qui s'apprécie à la date à laquelle la Commission prend sa décision, ce sont les appréciations portées à cette date qui doivent être prises en compte pour opérer ce contrôle (12).

4. — En application de ces principes, lors de la période analysée, la Cour a annulé deux arrêts du Tribunal pour non-respect de la portée du contrôle juridictionnel.

Dans la première affaire (*British Aggregates*) (13), la Cour a reproché au Tribunal de n'avoir procédé qu'à un contrôle restreint sur les appréciations effectuées par la Commission en ce qui concerne la question de savoir la mesure contestée entrerait dans le champ d'appli-

(9) A la différence de la mise en œuvre de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, où la Commission se voit reconnaître un large pouvoir d'appréciation. Voy. à cet égard, *infra*, n° 73.

(10) CJ, 1^{er} juillet 2008, C-341/06 P et C-342/06 P, *Chronopost et La Poste c. UFEX e.a.*, point 142; Trib., 21 mai 2010, T-425/04, T-444/04, T-450/05 et T-456/04, *France Télécom c. Commission*, points 218 et 219. Voy. à ce sujet, M. MEROLA, «Substantive Standard of judicial control in State Aid matters», in M. MEROLA et J. DERENNE, *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, n° 2, Bruylant, 2012, pp. 203 et s.

(11) CJ, 1^{er} juillet 2008, précité, point 143.

(12) *Ibid.*

(13) CJ, 22 décembre 2008, C-487/06 P, *British Aggregates c. Commission*, points 111-114.

cation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Le Tribunal avait estimé qu'il ne pouvait exercer qu'un contrôle restreint à l'égard d'une décision de la Commission de ne pas ouvrir la procédure formelle de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, en raison du large pouvoir d'appréciation dont jouit la Commission dans l'application de l'article 108, paragraphe 3. La Cour a jugé que rien ne justifiait que la Commission dispose, lors d'une décision prise au titre de cette disposition, d'un «large pouvoir d'appréciation» au regard de la qualification d'une mesure comme «aide d'État», qui impliquerait que le contrôle juridictionnel des appréciations de la Commission ne soit pas en principe entier.

A l'inverse, dans la seconde affaire (*Scott*) (14), la Cour a estimé que le Tribunal avait outrepassé les limites de son contrôle juridictionnel sur la qualification d'une mesure en tant qu'aide par la Commission. En l'occurrence, la Commission, saisie en 1996 d'une plainte relative à la vente de terrains par le département du Loiret et la ville d'Orléans à l'entreprise Scott remontant à l'année 1987, avait adopté le 12 juillet 2000 une décision qualifiant la vente de terrain d'aide d'État sous forme de prix préférentiel. La décision avait été annulée par le Tribunal (15), au motif que la Commission avait manqué à son devoir de diligence dans l'examen de la mesure et avait commis des erreurs de méthode et de calcul dans l'évaluation de la valeur de marché du terrain et, par conséquent, du montant de l'aide litigieuse. La Cour a souligné que, si l'interprétation effectuée par la Commission de données de nature économique n'est pas soustraite au contrôle du juge de l'Union, il n'appartenait pas à ce dernier, dans le cadre de ce contrôle, de substituer son appréciation économique à celle de la Commission. Elle a alors constaté que le Tribunal avait omis d'identifier une erreur manifeste d'appréciation que la Commission aurait commise dans le choix de la méthode ainsi que dans son application.

5. — Il résulte également d'une jurisprudence constante, rappelée dans de nombreux arrêts au cours de la période analysée, que la qualification d'aide d'État requiert que toutes les conditions visées par l'article 107, paragraphe 1, TFUE soient remplies (16) : «Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit

(14) CJ, 2 septembre 2010, C-290/07 P, *Commission c. Scott*.

(15) Trib., 29 mars 2007, T-366/00, *Scott c. Commission*.

(16) Voy. notamment Trib., 22 octobre 2008, T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, *TV2/Danmark c. Commission*, point 155; CJ, 1^{er} juillet 2008, précité, point 121.

accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence» (17).

En particulier, la mesure en cause doit, d'une part, comporter un avantage, qui est susceptible de prendre des formes diverses («sous quelque forme que ce soit»), et cet avantage doit, d'autre part, découler, de manière directe ou indirecte, de ressources publiques (accordé «par les États ou au moyen de ressources d'État») (18).

Nous examinerons successivement les conditions relatives à l'existence d'un avantage (B), au caractère sélectif de cet avantage (C), à l'origine étatique de la mesure (D) et à la distorsion de concurrence et l'affectation du commerce entre États membres (E), telles que leurs contours ont été précisés par la jurisprudence au cours de la période analysée.

B. — *Un avantage pour le bénéficiaire de l'aide*

6. — De manière générale (et cela ne concerne pas seulement la notion d'avantage mais celle-ci y est centrale), la jurisprudence a constamment répété, depuis 1961, que «la notion d'aide est plus générale que celle de subvention, étant donné qu'elle comprend non seulement des prestations positives, telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions d'État qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques» (19).

Dans la première affaire analysée ci-après (l'affaire *France Télécom*), le Tribunal fait d'ailleurs le lien direct suivant : «la notion d'avantage implique que l'intervention de l'État doit avoir pour conséquence une amélioration de la position économique et/ou financière, voire un enrichissement du bénéficiaire, par exemple, en allégeant les charges qui normalement grèvent son budget» (20).

A cet égard, dans son arrêt *Hotel Cipriani* (21), le Tribunal a rejeté l'argument présenté par plusieurs entreprises de Venise et de Chioggia,

(17) CJ, 1^{er} juillet 2008, précité, point 122; Trib., 22 octobre 2008, précité, point 156; Trib., 6 octobre 2009, T-8/06, *FAB c. Commission*, point 48.

(18) Trib. 21 mai 2010, *France Télécom c. Commission*, précité, point 215; Trib., 13 septembre 2010, T-415/05, T-416/05 et T-423/05, *Grèce c. Commission*, point 211.

(19) CJ, 23 février 1961, 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité*, p. 39, et 11 juillet 1996, C-39/94, *SFEI e.a. c. La Poste e.a.*, point 58, rappelés par Trib., 21 mai 2010, *France Télécom c. Commission*, précité, point 213.

(20) Trib. 21 mai 2010, *France Télécom*, précité, point 232.

(21) Trib., 28 novembre 2008, T-254/00, T-270/00 et T-277/00 *Hotel Cipriani e.a. c. Commission*. Par arrêt du 9 juin 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere» c. Commission*, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, la Cour a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt.

qui avaient bénéficié d'exonérations de charges sociales, selon lequel ces exonérations se limitaient à compenser partiellement les désavantages structurels représentés par les surcoûts supportés par les entreprises opérant sur les îles de la lagune et ne constituaient donc pas une aide. Il souligne que les règles du traité relatives aux aides d'État visent à assurer non pas une concurrence parfaite mais une concurrence effective ou efficace. Il rappelle que, selon une jurisprudence constante, la circonstance qu'un État membre cherche à rapprocher, par des mesures unilatérales, les conditions de concurrence existant dans un certain secteur économique de celles prévalant dans d'autres États membres ne saurait enlever à ces mesures le caractère d'aides et que cette jurisprudence ne vise pas uniquement les mesures destinées à compenser un désavantage concurrentiel lié à des facteurs macroéconomiques tels que le coût du crédit, la fiscalité ou les conditions de change.

Nous nous attacherons à dégager les principales applications de la notion d'avantage (b), dont le bénéficiaire doit être une entreprise (a) avant de nous intéresser à deux questions particulières qui ont connu des développements importants, à savoir le critère de l'opérateur en économie de marché (c) et la compensation des missions d'intérêt économique général (d).

a) *La qualité d'entreprise du bénéficiaire*

7. — L'article 107 TFUE vise «les aides accordées aux entreprises», ce qui a pour conséquence qu'il ne s'applique pas lorsque l'entité bénéficiaire d'une aide ne répond pas à la définition de la notion d'entreprise telle qu'elle a été dégagée dans le droit de l'Union, à savoir «toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement» (22). Cette question a été au centre de l'arrêt *NOS* du Tribunal (23). La Nederlandse Omroep Stichting (NOS), à qui un double rôle — à la fois radiodiffuseur de service public et coordinateur du système de radiodiffusion publique — avait été attribué, soutenait que, dans le cadre de sa deuxième mission, elle ne pouvait être considérée comme une entreprise. Le Tribunal a rejeté l'argument en soulignant, s'agissant de la fonction de coordination et de gestion des radiodiffuseurs publics, que la NOS ne saurait être assimilée à une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique,

(22) CJ, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90.

(23) Trib., 16 décembre 2010, T-231/06 et T-237/06, *Pays-Bas et NOS c. Commission*.

que cette fonction était limitée aux radiodiffuseurs publics et se rattachait à leur activité économique d'offre et de diffusion de programmes de télévision, alors même que plusieurs radiodiffuseurs commerciaux opéraient au niveau national, et que la NOS accomplissait des missions qui, sans cela, devraient être accomplies par les entreprises concernées elles-mêmes ou que ces dernières devraient à tout le moins organiser ou payer.

b) *La notion d'avantage*

(i) *Déclarations d'un gouvernement en faveur d'une entreprise*

8. — Parmi les nombreuses affaires ayant porté sur la notion de l'avantage (qui détermine souvent l'appréciation des autres conditions), on doit mentionner tout d'abord l'une des affaires *France Télécom* qui est sans doute la plus atypique et la plus « créative » : de simples déclarations d'un représentant d'un gouvernement en faveur d'une entreprise combinées à l'annonce d'un projet d'avance d'actionnaire peuvent conférer un avantage à une entreprise. Dans son arrêt précité rendu le 21 mai 2010, si le Tribunal annule la décision de la Commission pour méconnaissance de la condition relative au transfert de ressources d'État (24), il confirme toutefois l'analyse de la Commission sur l'existence d'un avantage. Cet arrêt fait l'objet de deux pourvois non encore jugés à la rédaction de la présente chronique (25). Les déclarations en cause étaient liées à la crise financière traversée par France Télécom (FT) au cours de l'année 2002 et à la communication gouvernementale concomitante visant à rassurer les marchés et à éviter à l'entreprise une dégradation de sa notation financière qui l'aurait empêché de refinancer sa dette. Dans une décision adoptée le 2 août 2004, la Commission avait relevé que la mesure notifiée consistant en un projet d'avance d'actionnaire de l'État en faveur de France Télécom devait être analysée à la lumière des déclarations de soutien du gouvernement de juillet à décembre 2002, la mise à disposition de l'avance constituant la matérialisation des intentions exprimées auparavant. Il s'agit donc, selon la Commission, d'un ensemble dont l'engagement potentiel de ressources d'État semblait plus clairement établi au mois de décembre 2002 avec l'avance d'actionnaire. Cette analyse était contestée devant le Tribunal à la fois par la France, par France Télécom et par ses concurrents.

(24) Arrêt précité note (10) *supra*. Voy. *infra*, n^{os} 57 à 59.

(25) Formés respectivement en août 2010 par Bouygues SA et Bouygues Télécom SA (C-399/10 P) et par la Commission (C-401/10 P).

9. — A la question de savoir si les déclarations du gouvernement français soutenant France Télécom entre juin et décembre 2002 pouvaient conférer un avantage à celle-ci, le Tribunal a répondu par la positive en estimant que «ces déclarations ont entraîné un avantage appréciable au profit de FT dans la mesure où elles ont permis un regain de confiance des marchés financiers, ont rendu possible, plus aisé et moins coûteux l'accès de FT à de nouveaux crédits nécessaires pour refinancer ses dettes à brève échéance à concurrence de 15 milliards d'euros et ont, en définitive, contribué à stabiliser sa situation financière très fragile qui, en juin et juillet 2002, était sur le point de se détériorer substantiellement» (point 234 de l'arrêt). En effet, relève le Tribunal, il est acquis qu'à «la suite de la déclaration du 12 juillet 2002 et des déclarations subséquentes ainsi que de l'annonce du 4 décembre 2002 du projet d'avance d'actionnaire, les agences de notation ont retenu une notation plus favorable de FT que celle qu'elles avaient retenue ou envisagée préalablement au regard de sa crise financière» (point 235 de l'arrêt), ce qui découle des «commentaires concordants des ancien et nouveau PDG de FT, des agences de notation ainsi que de la Deutsche Bank» (point 236 de l'arrêt).

Le Tribunal conclut en affirmant que «l'effet positif et stabilisateur sur la notation de FT, qui résulte directement des déclarations depuis juillet 2002 et de la volonté des autorités françaises, avait nécessairement pour conséquence l'octroi d'un avantage financier à FT et un renforcement de sa position économique. Ce constat à lui seul permettait à la Commission de conclure que FT s'était vu accorder un avantage au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, sans qu'il soit besoin de le quantifier. (...). Dans ces conditions, il n'est pas besoin de se prononcer sur la question de savoir si les déclarations depuis juillet 2002 ont également comporté un avantage en faveur de FT en influant, de manière positive, sur les cours de ses actions et de ses obligations» (points 240 et 242 de l'arrêt).

10. — Il était aussi allégué que le projet d'avance d'actionnaire (qui est resté au stade d'un simple projet de contrat non signé par FT et qui n'a jamais été exécuté) avait produit un avantage en faveur de FT. Le Tribunal conclut toutefois qu'il n'a pas pu produire, en lui-même, sans tenir compte des mesures décrites ci-dessus, un avantage supplémentaire et distinct au profit de FT. Pour le Tribunal, la seule faculté pour FT de recourir, de manière unilatérale et inconditionnelle, à la ligne de crédit de 9 milliards d'euros ayant fait l'objet du contrat d'avance d'actionnaire ne constituait pas un avantage à son profit. En effet, la Commission, après avoir considéré que l'envoi du contrat

d'avance d'actionnaire était une « offre contractuelle » que FT aurait pu accepter « à tout moment » pour s'octroyer « ainsi le droit d'obtenir immédiatement le versement de la somme de 9 milliards d'euros », « n'a ni déterminé ni démontré une éventuelle amélioration de la position économique de FT susceptible de découler de cette offre par rapport à la situation dans laquelle elle se trouvait, notamment, à la suite de la possibilité qui s'était ouverte pour elle de refinancer ses dettes à hauteur de 9 milliards d'euros dans les conditions régnant, à l'époque, sur le marché obligataire » (point 254 de l'arrêt).

Selon le Tribunal, « la Commission ne saurait présumer, sur le seul fondement d'une offre unilatérale de l'État d'octroyer une ligne de crédit d'un certain montant, que cette offre implique des effets économiques avantageux pour le bénéficiaire sans pour autant tenir compte des conditions régissant l'exécution du contrat de crédit en cause et, en particulier, de celles rattachées à l'octroi et au remboursement dudit crédit, et ce d'autant moins lorsque le bénéficiaire n'a pas accepté cette offre, mais s'est limité à se refinancer aux conditions régnant sur le marché. S'il en était différemment, même un contrat de crédit comportant des conditions objectivement désavantageuses, telles que des taux d'intérêt plus élevés et des termes de remboursement plus stricts que ceux offerts par le marché, devrait être qualifié d'avantage au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, et cela au seul motif qu'un créancier public s'est déclaré prêt à mettre une certaine somme à la disposition du bénéficiaire » (point 255 de l'arrêt).

Le Tribunal juge donc que l'offre contractuelle en cause n'impliquait pas un avantage supplémentaire et distinct au profit de FT au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE mais que cela n'était pas, en soi, susceptible d'entraîner l'annulation de la décision attaquée sur ce point.

Le Tribunal conclut sur l'existence d'un avantage en constatant que « la Commission a démontré, à suffisance, que les déclarations depuis juillet 2002 et l'annonce du 4 décembre 2002 du projet d'avance d'actionnaire, dans leur ensemble, comportaient l'octroi d'un avantage à FT (...) sans qu'il soit besoin de le quantifier » (point 259 de l'arrêt).

Autre chose était d'examiner si et dans quelle mesure l'avantage ainsi identifié était lié à un transfert de ressources d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, question à laquelle le Tribunal donnera une réponse négative vu l'absence dans ces déclarations d'« engagement précis, inconditionnel et ferme » de la part de l'État français. Cet autre aspect de l'arrêt est analysé plus en détail ci-après dans le paragraphe relatif au transfert de ressources d'État.

(ii) *Avantage indirect*

11. — Le Tribunal a eu également l'occasion de se prononcer sur la notion d'avantage indirect. Dans un arrêt du 4 mars 2009 (26), il a rappelé que la notion d'avantage économique ne couvre pas seulement les bénéficiaires directs d'une aide d'État, mais également ceux qui, tirant un avantage d'une mesure législative ou réglementaire bénéficiant directement à des particuliers, sont des bénéficiaires indirects d'une aide d'État.

En l'espèce, il s'agissait d'une mesure italienne accordant une réduction d'impôts aux souscripteurs d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) spécialisés dans la détention d'actions de sociétés à capitalisation faible ou moyenne. Jugeant que la Commission n'avait pas commis d'erreur de droit en examinant la mesure par rapport à ses bénéficiaires indirects, le Tribunal estime que les structures de placement spécialisées visées par la mesure italienne ont bénéficié d'un avantage économique indirect «étant donné que la réduction d'impôt sur les investissements dans les structures spécialisées pousse les souscripteurs à acquérir les parts de celles-ci, en procurant à ces dernières une liquidité et des revenus supplémentaires sous la forme de commissions de gestion et de souscription» (point 139 de l'arrêt).

(iii) *Exonérations fiscales en faveur de certaines entreprises*

12. — Dans l'affaire des *Territoires basques* (27), le Tribunal a examiné diverses mesures basques prévoyant des crédits d'impôts et une réduction de la base imposable de l'impôt sur les sociétés pour certaines entreprises nouvellement créées. Selon le droit interne espagnol, les régions des *Territorios Históricos* de *Álava*, *Vizcaya* et *Guipúzcoa* disposent d'une compétence autonome pour organiser le régime fiscal applicable sur leurs territoires respectifs. Les sociétés s'établissant dans l'un des trois Territoires basques pouvaient bénéficier d'une réduction de la base imposable allant de 25% jusqu'à 99% pour les quatre exercices fiscaux à partir du premier exercice où elles présen-

(26) Trib., 4 mars 2009, T-445/05, *Associazione italiana del risparmio gestito et Fineco Asset Management c. Commission*. Le même jour, le Tribunal a rendu un arrêt identique dans l'affaire T-424/05, *Italie c. Commission*.

(27) Dans deux arrêts du 9 septembre 2009, T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, *Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco e.a. c. Commission*, et T-230/01 à 232/01 et T-267 à T-269/01, *Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco e.a. c. Commission* (arrêts confirmés sur pourvois par la CJ, 9 juin 2011, C-465/09 P à C-470/09 P; 28 juillet, C-471/09 P à C-473/09 P, et 28 juillet 2011, C-474/09 P à 476/09 P). Ces arrêts seront plus amplement analysés *infra* dans le paragraphe relatif à la sélectivité de l'avantage.

taient une telle base imposable. Les avantages fiscaux étaient soumis à des conditions relatives à la détention d'un certain montant de capital, à la réalisation d'investissements et à la création d'un certain nombre d'emplois.

L'enquête de la Commission dura près de cinq ans de 1996 à 2001 pour aboutir à trois décisions négatives donnant lieu à plusieurs arrêts du Tribunal rejetant l'intégralité des recours. Pour le Tribunal, le fait que les mesures aient pour objectif de générer à terme des recettes supplémentaires ne saurait les faire échapper à la qualification d'aide d'État : en l'absence de réduction, les bénéficiaires auraient dû s'acquitter de la totalité de l'impôt et, par conséquent, ils ont été placés dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables.

(iv) *Exonération de formalités administratives*

13. — L'arrêt du 26 juin 2008 dans l'affaire *SIC* (28) concerne une affaire de compensation pour missions de services d'intérêt économique général, en l'occurrence de la radiotélévision publique portugaise (matière spécifique qui fera l'objet d'un examen plus loin). Toutefois, sur un aspect particulier, il a eu à traiter d'une question relative spécifiquement à la notion d'avantage. En effet, la loi organisant la transformation de la radiotélévision publique portugaise avait autorisé l'enregistrement officieux sans acte notarié de la transformation de cette société en société anonyme, l'exonérant ainsi du paiement des droits d'enregistrement et des honoraires relatifs à cette transformation.

Après avoir relevé que la loi ne s'applique pas à tous les opérateurs, mais seulement aux entreprises publiques, les entreprises privées en étant exclues, le Tribunal vient rectifier l'approche de la Commission qui avait décidé que l'exonération des frais de notaire se justifiait par la nature et par l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrivait puisque, du fait du recours à la loi pour la transformation des entreprises publiques en sociétés anonymes, le fait générateur des frais de notaire n'existait pas. Selon le Tribunal, c'était énoncer une évidence. Ce que la Commission aurait dû faire, selon le Tribunal, c'était examiner la question de savoir «s'il entraînait dans la logique du système juridique portugais que la transformation des entreprises publiques en sociétés anonymes soit opérée par la loi, ou bien si le recours à la loi pour de telles opérations constituait une dérogation visant, en réalité, en raison des conséquences qui en découlaient (inutilité de l'acte nota-

(28) Trib., 26 juin 2008, T-442/03, *SIC c. Commission*.

rié et, par suite, absence de frais s'y rapportant), à conférer aux entreprises publiques un avantage par rapport aux autres entreprises» (point 66 de l'arrêt). Le Tribunal a donc jugé que la Commission n'avait pas légalement fondé sa conclusion selon laquelle l'exonération des frais de notaire ne constituait pas une aide d'État.

S'agissant du second aspect de l'avantage allégué, c'est-à-dire l'exonération des frais d'enregistrement et des coûts de publication relatifs à la transformation de la RTP en société anonyme, le Tribunal relève également que la Commission n'a pas non plus répondu à la question de savoir s'il était dans la logique du système juridique portugais que la transformation de la RTP en société anonyme intervienne non de la manière normalement prévue pour les sociétés privées, c'est-à-dire par un acte notarié (avec toutes les conséquences de droit commun qui en découlent, en termes de formalités d'enregistrement et de publicité), mais par une loi. Le Tribunal juge que la Commission ne pouvait pas non plus conclure sur ce point que cette exonération ne conférait pas à la RTP un avantage spécifique et que, partant, elle ne constituait pas une aide d'État.

(v) *Secteur réservé et opérations entre société mère opérant sur ce secteur réservé et sa filiale de droit privé opérant en concurrence*

14. — La saga des affaires *SFEI c. UFEX*, soulevant la question des subventions croisées entre La Poste française disposant d'un monopole légal et sa filiale (SFMI-Chronopost) opérant dans le secteur non réservé du courrier express, a trouvé son épilogue dans un arrêt du 1^{er} juillet 2008 (*UFEX III* (29)) annulant un arrêt du 7 juin 2006 du Tribunal (30), essentiellement en raison de l'erreur de droit commise par ce dernier quant à l'appréciation de l'obligation de motivation qui pesait sur la Commission.

S'agissant de la notion d'avantage, on retiendra que la Cour avait déjà jugé dans un arrêt du 3 juillet 2003 (31) que La Poste se trouvait, avant la libéralisation complète du secteur postal depuis 2010, dans une situation bien différente d'un opérateur privé car la constitution et le maintien du réseau postal ne pouvaient correspondre à une logique purement commerciale. Dans l'impossibilité de comparer la

(29) CJ, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c. UFEX e.a.*, précité, points 128-130.

(30) T-613/97 RENV, *UFEX e.a. c. Commission*, arrêt d'annulation de la décision de 1998 de la Commission, rendu sur renvoi après annulation, par la Cour (C-83/01 P e. a.), d'un premier arrêt d'annulation le 14 décembre 2000 (T-613/97).

(31) CJ, 3 juillet 2003, C-83/01 P, C-93/01 P, C-94/01 P, *Chronopost et La Poste c. UFEX e.a.*, point 40.

situation de La Poste avec un groupe privé d'entreprises, la Cour avait estimé, contrairement au Tribunal, que, pour exclure l'existence d'une aide d'État dans les différents services d'assistance logistique et commerciale rendus par La Poste à sa filiale de droit privé, la rémunération de ses services par la filiale devait remplir quatre conditions, sans avoir égard au prix du marché de ces services : couverture de tous les coûts variables supplémentaires occasionnés à La Poste, contribution adéquate aux coûts fixes pour l'utilisation du réseau postal, rémunération appropriée des capitaux propres affectés aux services en cause, et absence de tout élément de sous-estimation des coûts et de fixation arbitraire de ceux-ci.

Restait un point spécifique (distinct des mesures d'assistance logistique et commerciale précitées) qui a été examiné au fond par la Cour dans l'arrêt *UFEX III* de juillet 2008, à savoir si le transfert gratuit de clientèle de La Poste vers sa filiale de droit privé comportait un avantage, question intéressante pour toute filialisation par un État membre dans un contexte similaire. Le Tribunal, dans son arrêt de 2006, avait qualifié d'aide le transfert par La Poste de Postadex à sa filiale, au motif que cette opération avait emporté un transfert de clientèle sans contrepartie au profit de La Poste. Pour le Tribunal «la clientèle de Postadex représentait un actif incorporel qui avait une valeur économique. En outre, il y a lieu de rappeler que c'est avec les ressources du monopole légal que La Poste a pu créer le service Postadex. Le transfert d'un tel actif incorporel constitue un avantage pour le bénéficiaire. De même, la décision de transférer Postadex à la SFMI-Chronopost peut être imputée à l'État (...)». Le Tribunal avait rejeté l'argument de la Commission selon lequel la clientèle de Postadex n'avait pas de contre-valeur comptable. «En effet, même s'il s'agit d'un élément difficilement quantifiable, cela ne signifie pas qu'il soit sans valeur. À cet égard, il importe de rappeler que la réalisation et la commercialisation de listes d'adresses pour certaines activités constituent, en tant que telles, des activités économiques. (...) Il s'ensuit que la Commission a commis une erreur de droit en considérant que le transfert de la clientèle Postadex ne constituait pas une aide d'État au motif qu'il ne comportait aucun avantage numéraire» (points 164 à 171 de l'arrêt du Tribunal).

La Cour adopte une autre position en jugeant que ce transfert de clientèle à l'opérateur privé, bien que constituant une mesure distincte de l'assistance logistique et commerciale, ne pouvait être qualifié d'aide d'État, la contrepartie de ce transfert pouvant se trouver dans la participation majoritaire de La Poste dans sa filiale. La Cour juge que le raisonnement du Tribunal «laisse entendre que La Poste se serait séparée de Postadex sans aucune contrepartie comme si l'acti-

vité transférée avait été privatisée en dehors de toute rémunération. Toutefois, une telle analyse part d'une prémisse erronée. Il est constant, en effet, que La Poste a procédé à ce transfert au moyen d'une filialisation et que, par l'intermédiaire de la holding qu'elle détient à 100%, elle a acquis dans sa filiale Chronopost 66% de son capital. Or, il ne saurait être exclu que cette participation prenne en compte, au moins pour partie, la valeur des actifs corporels et incorporels transférés, et notamment celle de la clientèle de Postadex (...)» (point 126 de l'arrêt). La Cour juge donc que le Tribunal a commis une erreur de droit «en faisant totalement abstraction des conditions juridiques et économiques d'un transfert de clientèle dans le cadre d'une filialisation, alors que celles-ci étaient, par elles-mêmes, susceptibles de faire naître une contrepartie à l'avantage procuré par ce transfert» (point 128 de l'arrêt).

La Cour a ajouté qu'il n'est pas non plus établi par le Tribunal que toutes les conditions de l'article 107, paragraphe 1, TFUE seraient remplies, notamment quant à la distorsion de la concurrence. Selon la Cour, cette condition ne saurait être remplie que si le transfert en cause «modifiait la structure du marché concerné et affectait la situation des entreprises concurrentes déjà présentes sur ce marché» (point 130 de l'arrêt). La Cour relève ainsi que «l'activité de courrier express étant déjà exploitée directement par La Poste sous la dénomination Postadex jusqu'à la date de la création de la SFMI-Chronopost, le transfert de la clientèle de Postadex au profit de cette dernière n'apparaît pas comme ayant eu pour effet, par lui-même, de modifier les conditions de la concurrence sur le marché du courrier express» (point 131 de l'arrêt).

(vi) *Libéralisation du marché de la production d'électricité*

15. — La libéralisation du secteur de la production de l'électricité a eu pour conséquence d'affecter certains investissements ou contrats mis en œuvre par les opérateurs historiques concernés en raison de la baisse des prix provoquée. Ce phénomène est connu sous le nom de coûts échoués (*stranded costs* en anglais). Une compensation de ces coûts devait-elle être considérée comme une aide? C'est la question à laquelle le Tribunal a répondu dans l'affaire *Iride et Iride Energia* (32). Le groupe Iride, né d'une fusion entre les entreprises AEM Torino et AMGA, dispose d'activités de production des énergies électriques et thermiques. La mesure litigieuse consistait dans le transfert par un

(32) Trib., 11 février 2009, T-25/07, *Iride SpA et Iride Energia SpA c. Commission*. Pourvoi rejeté par ordonnance de la Cour du 21 janvier 2010, C-150/09 P, comme étant en partie manifestement irrecevable et en partie manifestement non fondé.

organisme public désigné de sommes prélevées auprès de l'ensemble des consommateurs, en vue de compenser un désavantage structurel propre, AEM Torino n'ayant pu récupérer par la vente d'électricité des frais fixes pour investissements effectués avant la libéralisation du marché de l'électricité, contrairement à ses concurrents.

En l'espèce, le Tribunal a pris soin de vérifier si l'entreprise bénéficiaire a reçu un avantage économique qui serait incompatible avec les conditions normales du marché en rejetant l'argumentation d'un prétendu désavantage structurel des entreprises concernées et en apportant des clarifications sur la notion de conditions normales de marché : « dans un État démocratique, de même que dans une économie de marché, le cadre réglementaire est à tout moment susceptible d'être modifié. Étant donné l'orientation générale de la politique économique de la Communauté européenne dans le sens d'une ouverture des marchés nationaux et de la favorisation du commerce entre États membres, cela vaut d'autant plus dans des cas où, comme en l'espèce, le cadre réglementaire antérieur prévoyait le cloisonnement national et/ou régional d'un marché, de manière à créer des situations de monopole. Il s'ensuit que l'ouverture d'un marché préalablement cloisonné, tel qu'elle est opérée dans le cadre de la directive 96/92, ne saurait être qualifiée d'anomalie par rapport aux conditions normales de marché. Il y a donc lieu de constater que la modification du cadre réglementaire dans le secteur de l'électricité intervenue à la suite de la directive 96/92 s'inscrit dans les conditions normales de marché et que, lorsque l'AEM Torino a effectué les investissements ayant donné lieu aux coûts échoués en cause, elle a pris des risques normaux, qui sont inhérents à d'éventuelles modifications de la législation, comme l'a fait valoir la Commission » (points 50 et 51 de l'arrêt).

(vii) *Régime particulier d'imposition d'une entreprise — Concept d'avantage « net » en aides d'État? Absence de compensation entre un écart d'imposition favorable sur une certaine période et un excédent d'imposition acquitté sur une autre période*

16. — Une autre affaire *France Télécom* a conduit le Tribunal dans son arrêt *France c. Commission* du 30 novembre 2009 (33) à confirmer la position prise par la Commission à l'égard du régime fiscal particulier applicable à France Télécom à l'époque de sa transformation de département ministériel de l'État français en société anonyme en 1990.

(33) Trib., 30 novembre 2009, T-427/04 et T-17/05, *France c. Commission*. Un pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour le 8 décembre 2011, C-81/10 P, *France Télécom c. Commission*.

En l'espèce, était en cause la taxe professionnelle appliquée à France Télécom de 1994 à 2002. En droit fiscal français, la taxe professionnelle est un impôt local dont l'assiette est établie par une fraction de la valeur des facteurs de production (capital et travail) utilisés par le redevable dans chaque commune d'imposition. France Télécom a été créée au 1^{er} janvier 1991 (reprenant les activités des PTTs français) sous la forme d'une personne morale de droit public *sui generis*, par une loi du 2 juillet 1990. Au 31 décembre 1998, France Télécom a été transformée en entreprise nationale (sous la forme d'une société anonyme) dont l'État détenait (à la date des faits pertinents), directement ou indirectement, plus de la moitié du capital social, soumise à la réglementation applicable aux sociétés anonymes dans la mesure où elle n'est pas contraire à la loi précitée.

Cette loi dispose que France Télécom est assujettie aux impôts et taxes dans les conditions du droit commun sauf deux exceptions. Une première dérogation (s'appliquant jusqu'au 1^{er} janvier 1994) prévoyait que France Télécom n'était soumise qu'aux impôts et taxes effectivement supportés par l'État. France Télécom n'était donc redevable ni de l'impôt des sociétés ni des impôts locaux, dont la taxe professionnelle. Toutefois, en contrepartie, pour les années 1991 à 1993, France Télécom devait acquitter une contribution annuellement fixée par la loi, appelée le «prélèvement forfaitaire». Une seconde dérogation concernait le régime applicable à France Télécom (et à La Poste) en matière d'impôts locaux à partir de l'année 1994 : la taxe professionnelle s'établit selon un «régime particulier d'imposition» prévoyant un assujettissement au lieu du principal établissement, selon un taux pondéré national et un taux réduit de frais de gestion. Ce régime particulier d'imposition a pris fin à compter de l'année 2003.

En réponse à une plainte devant la Commission, la France a soutenu que les mesures concernées ne conféraient pas d'avantage à France Télécom car, globalement, le montant du prélèvement forfaitaire pour 1991 à 1993 faisait apparaître sur la totalité de la période (comprenant le régime particulier d'imposition) une surimposition totale d'au moins 1,4 milliard d'euros, hors actualisation, par rapport aux sociétés imposées selon le droit commun. En outre, le régime d'imposition applicable à France Télécom ne constituerait pas une exonération fiscale mais une imposition organisée selon des modalités spécifiques à France Télécom. La Commission n'a pas été convaincue de cette position et a pris une décision négative le 2 août 2004 que la France et France Télécom ont contestée devant le Tribunal. Cette affaire a posé la question du concept d'«avantage net» en droit des aides d'État. En effet, selon la Commission, France Télécom avait bénéficié d'un avantage défini comme «la différence entre la taxe pro-

fessionnelle effectivement payée par France Télécom et celle qui aurait été due en vertu du droit commun du 1^{er} janvier 1994 au 1^{er} janvier 2003». La France et France Télécom reprochaient «à la Commission d'avoir abusivement dissocié cette période de celle au cours de laquelle France Télécom avait été soumise au prélèvement forfaitaire (1991-1993) et d'avoir, en conséquence, refusé à tort de procéder à une compensation entre les flux d'imposition relatifs à ces deux périodes» (point 193 de l'arrêt).

17. — Le Tribunal commence par rappeler les principes gouvernant la notion d'avantage : il s'agit des subventions mais également de toute intervention qui, sous des formes diverses, allège les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise ; une exonération fiscale, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables et constitue une aide d'État ; la nature des objectifs poursuivis par des mesures étatiques et leur justification sont dépourvues de toute incidence sur leur qualification d'aide.

Sur le fondement de ces principes, le Tribunal énonce que l'examen en l'espèce du bien-fondé de la conclusion de la Commission doit répondre successivement aux questions suivantes :

- le régime particulier d'imposition peut-il être examiné indépendamment du prélèvement forfaitaire ?
- la compensation entre l'écart d'imposition dont a bénéficié France Télécom au titre des années 1994 à 2002 et les surplus d'imposition mis, selon les requérantes, à la charge de l'entreprise au titre des années 1991 à 1993 peut-elle être refusée ?
- y a-t-il un écart d'imposition au titre de la période 1994-2002 ?

En ce qui concerne la possibilité d'examiner le régime particulier d'imposition indépendamment du prélèvement, le Tribunal relève tout d'abord qu'en principe, «la Commission a l'obligation d'envisager globalement les mesures complexes pour déterminer si celles-ci confèrent à l'entreprise bénéficiaire un avantage économique que celle-ci n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché» (point 199 de l'arrêt).

Selon le Tribunal, «la loi 90-568 a institué un régime fiscal dérogatoire, applicable notamment à France Télécom, caractérisé par un découpage en deux phases» (durant 1991-1993, assujettissement à aucun autre impôt que le prélèvement forfaitaire et, à partir de 1994, assujettissement à tous les impôts de droit commun mais, pour les impôts locaux, selon des modalités dérogatoires — le régime particulier d'imposition) et reconnaît, comme l'y invitaient la France et

France Télécom que «(...) l'ensemble des dispositions relatives aux modalités d'assujettissement de France Télécom au titre des années 1991 à 2002 figure dans le même chapitre de la loi précitée et a été institué par un seul acte juridique» (point 200 de l'arrêt). Mais il relève que la décision attaquée «n'a pas considéré que l'aide en cause était constituée par les dispositions fiscales particulières applicables à France Télécom, mais par l'écart d'imposition représentant la différence entre le montant des cotisations de taxe professionnelle que l'entreprise aurait dû acquitter si elle avait été soumise à l'impôt de droit commun et celui qui a été effectivement mis à sa charge en vertu des dispositions fiscales particulières auxquelles elle était assujettie» (point 201 de l'arrêt).

Le Tribunal, à la suite de la Commission, refuse de se placer dans une perspective globale telle que soutenue par la France et France Télécom. Et pourtant il convient de relever que France Télécom s'est bien trouvée désavantagée en termes d'imposition à un moment donné pour ne bénéficier que plus tard d'un traitement plus favorable (mais dans une moindre mesure que le désavantage précédent) : y a-t-il un effet global en faveur de France Télécom ?

Cette question est évitée sur le fondement d'un argument lié à la forme de l'impôt dont question, sans rapport avec la notion d'aide d'État définie seulement par les effets d'une mesure. Le Tribunal déduit en effet de ce qui précède que c'est le principe de l'annualité de la taxe professionnelle qui a fait qu'un tel avantage «ne pouvait être constaté une fois pour toutes à un moment précis, mais devait l'être chaque année au titre de laquelle la taxe professionnelle était due par France Télécom. Dès lors, la Commission ne pouvait envisager de procéder à une analyse globale et *a priori* de l'ensemble des dispositions pertinentes de la loi 90-568 en vigueur de 1991 à 2002 et c'est au contraire à juste titre qu'elle a raisonné année par année» (point 201 de l'arrêt). Le Tribunal considère donc que la Commission pouvait distinguer, dans son analyse, le régime particulier d'imposition de celui du prélèvement forfaitaire.

Le Tribunal continue son raisonnement en rappelant que «la Commission, lorsqu'elle examine une mesure susceptible de constituer une aide d'État, est tenue de prendre en considération l'ensemble des effets de celle-ci pour le bénéficiaire potentiel et, notamment, de déduire, le cas échéant, les charges spécifiques qui grèvent un avantage (...). En revanche, la seule circonstance qu'une mesure déterminée d'exonération soit compensée, du point de vue du bénéficiaire, par l'aggravation d'une charge spécifique distincte et sans rapport avec la première ne fait pas échapper la première à la qualification d'aide d'État» (points 206-207 de l'arrêt).

18. — Il s'agit là du point central de toute l'affaire. C'est sur ce caractère de charge spécifique du prélèvement forfaitaire, distincte et sans rapport avec le régime particulier d'imposition que tient tout le raisonnement : «Le bien-fondé de l'argument des requérantes selon lequel l'excédent d'imposition acquitté par France Télécom de 1991 à 1993, en raison du prélèvement forfaitaire, compense l'écart d'imposition dont celle-ci aurait bénéficié de 1994 à 2002 dépend donc de l'analyse des caractéristiques objectives du prélèvement forfaitaire et de la question de savoir si celui-ci peut être considéré comme une charge inhérente à l'avantage résultant pour France Télécom, le cas échéant, de son assujettissement au régime particulier d'imposition» (point 208 de l'arrêt).

Le Tribunal fait valoir à ce sujet que (i) la loi 90-568 a institué un régime fiscal dérogatoire caractérisé par un découpage en deux phases et que (ii) le projet de loi ayant donné lieu à la loi 90-568, le prélèvement forfaitaire était justifié, en tant que dérogation, par le souci de procurer, par le biais d'un impôt spécial, des ressources comparables, au profit du budget de l'État, au prélèvement acquitté jusqu'à la création de France Télécom par l'administration des PTT, durant le temps nécessaire, compte tenu de l'expansion attendue du chiffre d'affaires, pour que l'établissement des impositions de France Télécom selon le droit commun dégage des recettes d'un montant comparable (le prélèvement forfaitaire a d'ailleurs été fixé chaque année au montant des ressources dégagées annuellement par le budget annexe des PTT jusqu'à la création de France Télécom).

Le Tribunal déduit donc «de la nature, des objectifs et du caractère temporaire du prélèvement forfaitaire que celui-ci s'est substitué, chaque année au titre de laquelle il a été mis à la charge de France Télécom, à l'ensemble des prélèvements normalement dus par France Télécom au titre de l'année en cause» (point 211 de l'arrêt). Au contraire, pour les années postérieures à 1993, «l'ensemble de ces prélèvements incluait tous les impôts directs auxquels sont normalement assujetties les entreprises — à savoir, notamment, non seulement la taxe professionnelle, mais encore l'impôt sur les sociétés et les taxes foncières. En revanche, le prélèvement forfaitaire, en raison de son annualité et de son caractère temporaire, n'a pas eu pour effet de se substituer aux impositions éludées, le cas échéant, durant les années postérieures. La disparition du prélèvement forfaitaire, à compter de l'année 1994, en effet, résulte de ce que, selon les prévisions entérinées par le législateur, l'assujettissement de France Télécom aux impôts de droit commun et au régime particulier d'imposition, pour ce qui concerne la taxe professionnelle, devait procurer à l'État des ressources comparables à celles dégagées jusqu'en 1990 par le budget

annexe des PTT, ressources que le prélèvement forfaitaire avait pour objet de garantir de 1991 à 1993» (points 211 et 212 de l'arrêt).

Le Tribunal en conclut que «le prélèvement forfaitaire ne peut être considéré comme une charge inhérente à la mise en place du régime particulier d'imposition, mais plutôt comme une modalité d'imposition particulière de France Télécom mise en place pour les années antérieures à 1994» (point 213 de l'arrêt), de sorte que la Commission pouvait donc ne pas prendre en considération la compensation demandée et procéder à une analyse annuelle des conséquences de l'assujettissement de France Télécom à une fiscalité particulière.

Enfin, en ce qui concerne l'existence d'un écart d'imposition, le Tribunal remarque que, chaque année, de 1994 à 2002, France Télécom a bénéficié d'un écart d'imposition. Le Tribunal remarque à ce sujet que «le montant précis de l'aide en cause n'a pu être déterminé par la Commission, en raison du caractère divergent des données fournies par l'État membre, mais, au considérant 59 de la décision attaquée, la Commission a indiqué que ce montant devait être compris dans une fourchette dont les montants minimal et maxima constituent la simple reprise des éléments communiqués par les autorités françaises» (point 220 de l'arrêt).

Le Tribunal constate donc que la Commission était fondée à décider que, de 1994 à 2002, France Télécom a bénéficié chaque année d'un avantage sélectif, constitué par l'existence, à son profit, d'un écart d'imposition.

c) Le test de l'opérateur en économie de marché

(i) Le champ du critère : l'activité économique

19. — Le Tribunal (34) a rappelé que, dans le domaine des aides d'État, il convient d'opérer une distinction entre deux catégories de situations : celles où l'intervention de l'État présente un caractère économique et celles où l'intervention de l'État relève des actes de puissance publique. Le critère de l'opérateur privé ne s'applique que dans la première catégorie de situations qui couvre notamment les cas où les autorités publiques prennent une participation dans le capital d'une entreprise, octroient un prêt à certaines entreprises, accordent une garantie d'État, vendent des biens ou des services sur le marché, ou accordent des facilités pour le paiement de cotisations sociales ou pour le remboursement de charges salariales. Dans ce type de situa-

(34) Dans deux arrêts des 17 décembre 2008, T-196/04, *Ryanair c. Commission*, et 15 décembre 2009, T-156/04, *Électricité de France (EDF) c. Commission*.

tions, le critère de l'opérateur privé est pertinent, parce que le comportement de l'État est susceptible d'être adopté, du moins en principe, par un opérateur privé dans un but lucratif (35).

En revanche, le critère de l'opérateur privé n'est pas pertinent lorsque l'intervention de l'État ne présente aucun caractère économique, par exemple lorsque les autorités publiques versent une subvention directe à une entreprise, accordent une exonération fiscale ou consentent une réduction des charges sociales. Dans de tels cas, l'intervention de l'État n'est pas susceptible d'être adoptée par un opérateur privé dans un but lucratif, mais relève des actes de puissance publique de l'État, comme la politique fiscale ou la politique sociale. Or, les interventions de l'État qui visent à honorer les obligations lui incombant en tant que puissance publique ne sauraient être comparées à celles d'un investisseur privé en économie de marché (36).

20. — Le Tribunal a mis en œuvre cette distinction dans deux arrêts au cours de la période analysée, en annulant dans les deux cas la décision de la Commission.

Dans la première affaire (*Ryanair*) (37), était en cause une décision rendue par la Commission le 12 février 2004 à propos d'aides de la Région wallonne à Ryanair pour l'utilisation de l'aéroport de Charleroi (*Brussels South Charleroi Airport*). La Commission avait considéré que la Région wallonne, en accordant une réduction des redevances d'atterrissage, avait agi en tant que régulateur et non en tant qu'opérateur économique, de sorte que le critère de l'opérateur en économie de marché ne pouvait trouver à s'appliquer et avait donc refusé d'examiner ensemble les avantages octroyés par la Région wallonne et par l'aéroport de Charleroi, en dépit des liens économiques et juridiques étroits unissant la Région wallonne à l'aéroport de Charleroi (38). Le Tribunal a souligné que, contrairement à ce qu'affirmait la Commission, «la fixation du montant des redevances d'atterrissage est une activité directement rattachable à la gestion des infrastructures aéroportuaires, qui constitue une activité économique» (point 88 de l'arrêt) (39) et que «la mise à la disposition des compagnies aériennes, par une autorité publique, d'installations aéroportuaires, ainsi que leur gestion, moyennant le paiement d'une redevance dont le taux est fixé librement par celle-ci, peuvent être qualifiées d'activités de nature

(35) Trib., 15 décembre 2009, précité, point 224.

(36) *Ibid.*, points 226 et s.

(37) Trib., 17 décembre 2008, précité.

(38) Comme le souligne le point 61 de l'arrêt.

(39) Le Tribunal se réfère à cet égard à son arrêt du 12 décembre 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris c. Commission*.

économique, de telles activités étant certes exécutées sur le domaine public, mais ne relevant pas, de ce seul fait, de l'exercice de prérogatives de puissance publique. En effet, ces activités ne se rattachent pas, du fait de leur nature, de leur objet et des règles auxquelles elles sont soumises, à l'exercice de prérogatives qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique» (point 91 de l'arrêt).

Il a ajouté que la seule circonstance que, en l'occurrence, la Région wallonne dispose de pouvoirs de nature réglementaire en matière de fixation des redevances aéroportuaires n'exclut pas que l'examen d'un système de rabais desdites redevances doive s'effectuer à la lumière du principe de l'investisseur privé en économie de marché, un tel système pouvant être mis en place par un opérateur privé. Il a dès lors jugé, qu'eu égard aux liens unissant les deux entités, il convenait que la transaction qu'elle avait conclue avec Ryanair soit examinée dans son ensemble au regard du critère de l'opérateur en économie de marché (40).

21. — Dans la seconde affaire (*EDF*) (41), l'État français, actionnaire de EDF, avait procédé à une augmentation du capital de cette entreprise en renonçant à une créance fiscale à son égard. La Commission avait considéré que, dans le cadre de la restructuration du bilan d'EDF et de l'augmentation de ses fonds propres, décidées par la loi n° 97-1026, EDF avait bénéficié d'un avantage fiscal constituant une aide incompatible avec le marché intérieur. Le Tribunal a jugé qu'il convenait d'examiner la mesure non en fonction de sa seule forme mais en fonction de sa nature, de son objet et de ses objectifs, ce qui supposait de la considérer dans l'intégralité de ses aspects, et de prendre en considération le contexte dans lequel elle s'inscrit (point 236 de l'arrêt). Il en déduit que, dans le cas d'espèce, où l'État français était à la fois créancier fiscal de l'entreprise publique EDF et son unique actionnaire, la Commission ne pouvait écarter l'application du critère de l'investisseur au seul motif que l'augmentation de capital d'EDF avait été réalisée par le biais de la renonciation par l'État à une créance fiscale qu'il détenait à l'encontre de celle-ci.

En effet, la Commission aurait dû «vérifier si un investisseur privé aurait procédé à un investissement comparable dans son montant dans des circonstances similaires, indépendamment de la forme de l'intervention de l'État pour augmenter le capital d'EDF et de l'usage éventuel de ressources fiscales à cet effet, et ce afin de vérifier la rationalité économique de cet investissement et de le comparer au comportement

(40) Points 101 et 102 de l'arrêt.

(41) Trib., 15 décembre 2009 précité.

qu'aurait eu un tel investisseur à l'égard de la même entreprise dans les mêmes circonstances» (point 249 de l'arrêt). Le Tribunal ajoute «L'appréciation des conditions normales du marché repose sur une analyse économique comparative de l'investissement réalisé par l'État. À cet égard, il convient d'analyser si un investisseur privé aurait effectué un investissement d'un montant similaire dans des perspectives financières et de rentabilité comparables. La forme sous laquelle intervient cet investissement — injection directe de capital, au moyen de fonds provenant de l'impôt ou d'emprunts réalisés par l'État, ou conversion de dettes en capital — est en effet indifférente. En revanche, il ne saurait être exclu que, ainsi que l'a soutenu la Commission à l'audience, la forme prise par l'investissement induise des différences en termes de coût de mobilisation du capital et de rendement de ce dernier, qui pourraient conduire à considérer qu'un investisseur privé n'aurait pas réalisé un tel investissement dans des conditions comparables. Cela présuppose toutefois une analyse économique dans le cadre de l'application du critère de l'investisseur privé à laquelle la Commission a délibérément renoncé en l'espèce» (point 251 de l'arrêt).

Le Tribunal a enfin estimé que «le seul fait que l'État a accès, pour financer ses investissements, à des ressources financières qui découlent de l'exercice de la puissance publique, notamment celles provenant des impôts, ne permet pas de justifier à lui seul, que les agissements de l'État soient considérés comme relevant de ses prérogatives de puissance publique» car «cela reviendrait à réduire pratiquement à néant ou à tout le moins de restreindre de manière disproportionnée l'application du critère de l'investisseur privé avisé au comportement de l'État actionnaire, puisque, en tant qu'État, il a nécessairement recours à des ressources financières découlant de l'exercice de puissance publique, en particulier à des ressources fiscales» (point 232 de l'arrêt).

Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi de la Commission qui a développé des moyens intéressants qu'il n'est pas possible d'examiner ici (affaire C-124/10P, non encore jugée en juin 2012).

(ii) *Portée du critère*

22. — L'appréciation, par la Commission, de la question de savoir si une mesure satisfait au critère de l'opérateur privé implique une appréciation économique complexe, qui implique dans le chef de la Commission un large pouvoir d'appréciation, de sorte que le contrôle juridictionnel exercé par le juge de l'Union doit, en principe, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ceux-ci et de l'absence de détournement de pouvoir. En particulier, il ne lui appartient pas de substituer son appré-

ciation économique à celle de la Commission (42). La discrétion de la Commission est cependant loin d'être illimitée. C'est ainsi que plusieurs décisions de la Commission ont été annulées pour erreur manifeste d'appréciation ou pour défaut de motivation (43).

23. — Par ailleurs, le Tribunal a apporté plusieurs précisions importantes quant à la portée du critère. C'est ainsi qu'il a souligné que, dès lors qu'un des éléments constitutifs d'une aide est l'existence d'un avantage en faveur d'une entreprise, pour déterminer si une mesure peut constituer une aide d'État en application du critère de l'opérateur en économie de marché, la Commission doit prendre essentiellement en considération les effets de cette mesure en ce qui concerne les entreprises bénéficiaires, et non la situation des organismes publics ou privés octroyant l'aide (44). Il a en déduit que la Commission, afin d'apprécier l'existence pour l'entreprise d'un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir dans des conditions de marché, doit examiner la question de savoir si «l'entreprise aurait pu se procurer auprès d'autres investisseurs des fonds comportant pour elle les mêmes avantages et, le cas échéant, à quelles conditions», et non celle de savoir si l'investisseur aurait pu, en réalisant son investissement autrement ou dans une autre entreprise, obtenir un rendement supérieur car «une mesure ne saurait constituer une aide d'État si elle ne place pas l'entreprise dans une situation plus avantageuse que celle qui serait la sienne sans l'intervention de l'autorité publique» (45).

24. — Ainsi, dans une espèce où la Commission avait considéré que le loyer payé pour la sous-location d'avions ne correspondait pas au critère de l'opérateur en économie de marché, en se basant uniquement sur la constatation que ce loyer était inférieur au loyer payé pour la location principale, le Tribunal a annulé cette décision au motif que la Commission n'avait pas vérifié, comme l'exige le critère de l'opérateur privé, si les loyers litigieux étaient effectivement infé-

(42) Trib. 9 juillet 2008, T-301/01, *Alitalia c. Commission*, point 185; Trib., 24 septembre 2008, T-20/03, *Kahl/Thüringen Porzellan c. Commission*, point 239; Trib., 3 mars 2010, T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken c. Commission*, point 37; Trib., 7 décembre 2010, T-11/07, *Frucona Košice c. Commission*, points 108 à 110.

(43) Voy. à ce sujet, *infra*, chapitre II.

(44) Trib., 13 septembre 2010, *Grèce c. Commission*, précité, point 212.

(45) Trib. 3 mars 2010, précité, points 35-38, 51, 58, 66-68, 96-98, 175, 229, 234, 277. Voy. aussi dans le même sens Trib., 3 mars 2010, affaire T-36/06, *Bundesverband deutscher Banken eV c. Commission*.

rieurs à ceux que l'entreprise aurait payés dans des conditions normales du marché pendant la période considérée (46).

25. — Au cours de la période analysée, le Tribunal a essentiellement eu l'occasion de préciser les conditions d'application du critère de l'opérateur en économie de marché aux apports en capital, aux décisions prises par le créancier public et aux ventes de terrains.

(iii) *Les apports en capital et le test de l'investisseur avisé*

26. — La jurisprudence en ce domaine est maintenant bien établie et rappelée en ces termes par le Tribunal dans son arrêt *EDF* précité du 15 décembre 2009 (47) : «si l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide étatique lorsque toutes les conditions visées à l'article 107, paragraphe 1, TFUE sont remplies, cela ne saurait être le cas, en application du principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées, lorsque les capitaux mis par les pouvoirs publics à la disposition d'une entreprise, le sont dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché» (point 222 de l'arrêt).

A cette fin, il convient d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé, d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait procédé à un apport en capital de la même importance, en se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles et abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle (48).

27. — Un premier élément à prendre en considération pour effectuer ce test est la situation économique de l'entreprise à laquelle l'apport de capital est consenti. A cet égard, le Tribunal, dans plusieurs arrêts rendus au cours de la période écoulée, a rappelé des enseignements

(46) Trib., 13 septembre 2010, *Grèce c. Commission*, précité, points 221 à 223. Le Tribunal a ajouté que les modalités de la restructuration et les différentes mesures de soutien alléguées par la Commission, qui n'ont pas en tant que telles été qualifiées d'aides d'État par cette dernière, représentaient uniquement le contexte dans lequel s'inscrivait l'aide alléguée, octroyée sous la forme de loyers pour la sous-location d'avions inférieurs aux loyers payés au titre des contrats principaux, et que ce contexte «ne permet pas à lui seul de présumer, en l'absence de tout autre élément de preuve sérieux, que les loyers versés par NOA pour la sous-location des avions étaient inférieurs à ceux pratiqués sur le marché».

(47) Trib., 15 décembre 2009, *EDF*, précité.

(48) Trib., 24 septembre 2008 précité, point 245 (pourvoi rejeté par CJ, 16 décembre 2010, C-537/08, *Kahla Thüringen Porzellan c. Commission*); Trib., 18 décembre 2008, T-455/05, *Componenta Oyj c. Commission*, point 86.

devenus classiques : si la seule circonstance qu'une entreprise doit être restructurée pour assurer sa viabilité n'était pas déterminante pour apprécier le caractère non conforme aux conditions du marché de l'intervention, il n'en reste pas moins que le risque que présente un investissement est influencé par les difficultés dans lesquelles se trouve une telle entreprise.

Un investisseur public peut certes, au même titre qu'un associé privé, apporter le capital nécessaire pour assurer la survie d'une entreprise qui connaît des difficultés passagères, mais qui, le cas échéant, après une restructuration, serait en mesure de retrouver sa rentabilité, ou même supporter pendant une période limitée les pertes d'une de ses filiales afin de permettre la cessation d'activité de cette dernière dans les meilleures conditions. Toutefois, lorsque les apports de capitaux d'un investisseur public font abstraction de toute perspective de rentabilité, même à long terme, il faut en conclure qu'en réalisant ces apports, il s'inspire de considérations à caractère social et régional qui caractérisent le comportement de l'État en tant que puissance publique et non en tant qu'acteur du marché et que ces apports sont des aides d'État (49).

28. — Un autre élément important est le rendement attendu des apports effectués, qui avait été au centre de l'arrêt *WestLB* (50), relatif aux cessions d'actifs par les Lander allemands aux Landesbanken dont ils étaient les principaux actionnaires. Le Tribunal (51) est revenu sur cette question au cours de la période analysée. Cette fois, c'était l'intégration d'un fonds spécial «Logement et investissements pour l'avenir», créé par le Land Hessen, au capital de la Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba) qui était en cause. La Commission avait adopté une décision concluant que rien ne lui permettait de conclure que cet apport n'avait pas été fait aux conditions du marché et que la Helaba aurait dès lors bénéficié d'une aide d'État et le Tribunal a été saisi d'un recours en annulation introduit par la fédération allemande de banques privées.

La requérante soutenait que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en invoquant deux arguments principaux, tous deux rejetés par le Tribunal. Le premier était que le Land, du fait qu'il avait apporté une partie importante des fonds propres de base de la Helaba et qu'il ne pouvait pas se désinvestir librement,

(49) Trib., 9 juillet 2008, T-301/01, *Alitalia c. Commission*, point 185, Trib., T-455/05, 18 décembre 2008, *Componenta Oyj c. Commission*, point 87.

(50) Trib. 6 mars 2003, T-228/99 et T-233/99, *West LB c. Commission*.

(51) Trib., 3 mars 2010, précité.

avait pris un risque supplémentaire qui était de nature à justifier une rémunération plus élevée pour cet apport. Le Tribunal a rappelé que c'était du point de vue de l'avantage éventuellement obtenu par la Helaba qu'il fallait se placer pour apprécier l'existence d'une aide. Il a alors souligné que le risque accru pour le Land, invoqué par les requérants, «n'apport[ait] pas un avantage supplémentaire à la Helaba et n'aurait [donc] pas permis à un investisseur privé d'obtenir une majoration de la rémunération» (point 229 de l'arrêt).

Les requérants invoquaient aussi que la rémunération obtenue par le Land était inférieure au taux du marché. Le Tribunal a relevé qu'en l'espèce, le Land avait cherché à investir un actif d'une nature particulière, qui n'était pas un actif liquide, et que, dès lors, cela pouvait expliquer que, lors de la négociation avec le Land, la Helaba, compte tenu des désavantages que la nature du capital transféré comportait pour elle, ne se soit déclarée disposée à accepter une rémunération moins élevée que celle convenue sur le marché pour des investissements liquides. Il a ajouté que «pour autant que ces conditions ne soient pas plus avantageuses pour l'entreprise que celles qu'elle aurait pu obtenir si l'opération portait, comme c'est le cas normalement, sur des capitaux liquides, elle ne reçoit pas un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir sur le marché», soulignant à cet égard qu'il ne «saurait être considéré que, pour qu'une opération de ce type ne soit pas considérée comme donnant lieu à une aide d'État, l'autorité publique doit toujours recevoir pour son investissement la même rémunération qu'un investisseur prêt à transférer un capital liquide» (point 277 de l'arrêt).

29. — La question du rendement minimal est aussi au centre de l'arrêt *Alitalia* (52). Le 15 juillet 1997, la Commission avait adopté une décision constatant que la dotation en capital de l'IRI au profit d'*Alitalia* constituait une aide d'État. Dans sa décision, la Commission avait utilisé le même taux de rendement minimal que celui qu'elle avait déterminé dans sa décision relative à la capitalisation de la compagnie *Iberia*. Cette décision ayant été annulée par le Tribunal dans un arrêt du 12 décembre 2000 (53) pour défaut de motivation et erreur manifeste d'appréciation, la Commission a adopté une nouvelle décision le 18 juillet 2001, qui a réaffirmé que la recapitalisation de la compagnie *Alitalia* était une aide d'État. Cette décision a fait l'objet d'un nouveau recours, cette fois rejeté. Le Tribunal a en effet considéré que la Commission avait répondu aux motifs qui avaient amené

(52) Trib. 9 juillet 2008, T-301/01, *Alitalia c. Commission*, précité.

(53) T-296/97, *Alitalia c. Commission*.

à l'annulation de la première décision. En ce qui concerne l'application à Alitalia du taux minimal de 30% utilisé dans la décision Iberia, le Tribunal souligne que, dans son arrêt de 2000, il n'avait pas considéré que le taux minimal ne pouvait pas être fixé à 30% ni invalidé toute comparaison entre Iberia et Alitalia. Il relève ensuite que la Commission a mis en exergue dans sa décision une série d'éléments comparables caractérisant les deux compagnies qui ont un chiffre d'affaires de quelque 4 milliards d'euros, exercent leur activité dans le même secteur économique et dans le même ensemble communautaire en voie de libéralisation, possèdent un marché intérieur qui n'est pas géographiquement central en Europe et ont enregistré régulièrement des pertes au cours des années précédant l'injection de capital dont elles ont chacune bénéficié. De plus, au moment où elles ont reçu cette injection de capital, elles se trouvaient toutes deux dans une situation financière très difficile caractérisée par un endettement important et des fonds propres pratiquement réduits à néant. [Enfin] la situation sociale dans les deux entreprises pouvait également sembler très voisine aux yeux d'un investisseur» (point 188 de l'arrêt). Le Tribunal conclut que la Commission n'avait commis erreur manifeste d'appréciation dans la comparaison de la situation d'Alitalia avec celle d'Iberia de sorte qu'elle pouvait «retenir en l'espèce un taux minimal de 30% identique à celui qu'elle avait retenu dans l'affaire *Iberia*» (point 206 de l'arrêt).

(iv) *Le créancier public et le critère du créancier privé en économie de marché*

30. — Dans l'affaire *Frucona Košice* (54), le Tribunal a rappelé que, pour apprécier si une remise de dette accordée par un créancier public devait être qualifiée d'aide d'État, il fallait appliquer le critère du créancier privé en économie de marché, qui implique de «comparer un organisme public ayant octroyé une remise de dette à un créancier privé cherchant à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financière» (point 114 de l'arrêt). Il a ajouté que «lorsqu'une entreprise confrontée à une détérioration importante de sa situation financière propose un accord, ou une série d'accords, d'aménagement de sa dette à ses créanciers en vue de redresser sa situation et d'éviter sa mise en liquidation, chaque créancier est amené à devoir faire un choix au regard du montant qui lui est offert dans le cadre de l'accord proposé, d'une part, et du montant qu'il estime pouvoir récupérer à l'issue de la liquidation éven-

(54) Trib. 7 décembre 2010, précité (note 42).

tuelle de l'entreprise, d'autre part. Son choix est influencé par une série de facteurs, tels que sa qualité de créancier hypothécaire, privilégié ou ordinaire, la nature et l'étendue des sûretés éventuelles qu'il détient, son appréciation des chances de redressement de l'entreprise ainsi que le bénéfice qui lui reviendrait en cas de liquidation» (point 115 de l'arrêt). Il a enfin affirmé qu'il ne saurait être exigé de la Commission qu'elle apporte une «preuve économique objective» à l'appui de ses conclusions dans le cadre de l'application du critère du créancier privé en économie de marché, qui implique des appréciations économiques complexes (point 167 de l'arrêt).

Une fois ces préalables rappelés, le Tribunal a conclu, après une analyse fouillée des circonstances de l'espèce, que la Commission n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'administration fiscale de la République slovaque ne s'était pas comportée comme un créancier privé en économie de marché en accordant une remise partielle de la dette fiscale de l'entreprise requérante dans le cadre d'une procédure de concordat, alors que cette administration, en sa qualité de créancier privilégié, aurait pu tirer un meilleur profit d'une procédure de liquidation judiciaire. Il a souligné à cet égard que la Commission avait été particulièrement prudente dans son évaluation du produit qu'aurait pu engendrer la vente des actifs de l'entreprise concernée, ajoutant qu'une telle procédure ne permettait pas, à la différence d'une procédure de concordat, au débiteur d'obtenir une remise de dette, de sorte que, s'il s'avérait que le produit de la vente des actifs d'un débiteur n'avait pas suffi à désintéresser tous ses créanciers, ceux-ci avaient toujours la possibilité d'exiger de ce débiteur le remboursement des sommes restant dues.

(v) *Ventes de terrains*

31. — Dans son arrêt *Scott* précité (note 14) du 2 septembre 2010, la Cour a rappelé que, pour vérifier si la vente d'un terrain par une autorité publique à une personne privée constitue une aide d'État, il y a lieu, pour la Commission, d'appliquer le critère de l'investisseur privé dans une économie de marché, «afin de vérifier si le prix payé par le présumé bénéficiaire de l'aide correspond au prix qu'un investisseur privé, agissant dans des conditions de concurrence normales, aurait pu fixer». Elle souligne qu'en l'espèce, la Commission a été amenée à évaluer la valeur de marché d'un terrain vendu en 1987, soit treize ans après la réalisation de la vente litigieuse, caractérisée par l'absence tant d'une procédure d'offre inconditionnelle que d'une évaluation par un expert indépendant. Elle relève que la Commission, pour parvenir à une évaluation de la valeur du terrain, s'est fondée sur

les coûts d'acquisition de celui-ci. Elle a estimé que, si le recours à une expertise indépendante est une méthode permettant d'obtenir une évaluation de la valeur de marché d'un terrain, il n'en résulte pas que la Commission aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ayant préféré la méthode des coûts, dès lors qu'il n'est pas démontré que les éléments ainsi ignorés auraient pu conduire à une appréciation différente quant à l'évaluation du montant de l'aide.

De même, dans un arrêt du 16 décembre 2010, elle a jugé que, si les méthodes du plus offrant et de l'expertise sont susceptibles de fournir des prix correspondant aux valeurs réelles du marché, il n'est pas exclu que d'autres méthodes puissent également atteindre ce même résultat et a admis des méthodes de calcul consistant à établir la valeur des terres agricoles par rapport aux valeurs de référence régionales, pour autant que ces méthodes prévoient l'actualisation des prix dans des cas de forte hausse de ceux-ci, de façon à ce que le prix effectivement payé par l'acheteur se rapproche le plus possible de la valeur marchande de ces terrains (55).

d) *Service d'intérêt économique général et compensation des missions d'intérêt économique général*

32. — Le nombre d'arrêts relatifs à la notion de services d'intérêt économique général (SIEG) reflète non seulement la difficile application *in concreto* des critères de la jurisprudence *Altmark* (56), qui permet de ne pas qualifier d'aides d'État certaines compensations octroyées aux opérateurs en charge d'obligations de service public (ou missions d'intérêt économique général), mais également une clarification progressive de l'étendue de cette jurisprudence.

On rappellera que, dans l'arrêt *Altmark*, la Cour avait fixé quatre conditions pour que «les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État».

«Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies.

Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes (...).

(55) CJ, 16 décembre 2010, C-239/09, *Seydaland*.

(56) CJ, 24 juillet 2003, C-280/00, *Altmark*.

Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable (...).

Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas été effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée (...) aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations» (points 88 à 93 de l'arrêt).

Elle avait aussi indiqué à l'inverse que «l'intervention étatique qui ne répond pas à une ou plusieurs des conditions ainsi définies devra être considérée comme une aide d'État».

33. — La période étudiée révèle quelques arrêts intéressants illustrant une position oscillant entre l'approche purement compensatoire, telle que dans les affaires relatives au tarif préférentiel pour la fourniture d'électricité en Italie, et l'approche dite *Altmark*, dont l'arrêt *BUPA* (57) est l'application dans des circonstances toutefois spécifiques.

Une typologie des secteurs concernés permet d'identifier que le nombre de domaines dans lesquels ces règles trouvent leur application est naturellement restreint. En dehors des affaires concernant le secteur postal (58) ou celui de l'énergie, les affaires concernent principalement le secteur de l'audiovisuel (59) et du transport, pour lesquels la compatibilité des mesures s'analyse à la lumière de règles particulières. A défaut de règles spécifiques dans le secteur, les mesures octroyées dans le domaine de l'assurance sociale (*BUPA*) ont fait l'objet d'une analyse sur la base des règles générales et de la jurisprudence *Altmark*.

Les arrêts du 1^{er} juillet 2010 relatifs au tarif préférentiel pour la fourniture d'électricité en Italie se sont prononcés sur un nombre important de recours à l'encontre de la décision de la Commission

(57) Trib., 12 février 2008, T-289/03, *BUPA e.a. c. Commission*.

(58) CJ, 2 septembre 2010, C-399/08 P, *Deutsche Post*; Trib., 10 février 2009, T-388/03, *Deutsche Post c. Commission* (pourvoi de l'État belge rejeté par CJ, 22 septembre 2011, C-148/09 P, *Belgique c. Deutsche Post et DHL International*).

(59) Trib., 16 décembre 2010, *Pays-Bas et NOS c. Commission*, précité, 1^{er} juillet 2010, T-568/08 et T-573/08, *M6 et TFI c. Commission*; Trib., 11 mars 2009, T-354/05, *TFI c. Commission*; 6 octobre 2009, *FAB c. Commission*, précité; 22 octobre 2008, *TV2/Danmark e.a. c. Commission*, précité.

déclarant l'aide d'État en cause incompatible avec le marché intérieur (60). Le Tribunal y a rejeté l'argument relatif à la nature purement indemnitaire de la mesure, et *in fine* le recours des parties requérantes, en concluant que la prorogation d'une première mesure accordant à Terni un tarif préférentiel applicable à la fourniture d'électricité, et ce au titre d'une indemnisation faisant suite à la nationalisation de la branche hydroélectrique de cette société en 1962, constituait une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

34. — Dans l'arrêt *BUPA* précité, le Tribunal a confirmé l'application que la Commission avait faite de l'arrêt *Altmark* dans une décision de ne pas soulever d'objection relative à l'établissement d'un système d'égalisation des risques (RES) en Irlande. La Commission avait considéré que la compensation assurée par le RES ne constituait pas une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, dès lors qu'il s'agissait, conformément à la jurisprudence *Ferring* (61), d'une indemnisation destinée à compenser des obligations de SIEG imposées à tous les assureurs actifs sur le marché irlandais de l'assurance maladie privée, à savoir des obligations visant à assurer à toute personne vivant en Irlande un niveau minimal de couverture à un prix abordable et à des conditions de qualité similaires, ce que les requérantes contestaient à la lumière de la jurisprudence *Altmark*, postérieure à la décision.

Le Tribunal reconnaît tout d'abord la portée rétroactive de la jurisprudence *Altmark* (62). En effet, on doit rappeler que l'interprétation du droit européen dans le cadre d'un renvoi préjudiciel (comme c'était le cas de l'arrêt *Altmark*) «s'incorpore à la règle de droit elle-même» (63). C'est l'effet *ex tunc* de l'interprétation donnée par la Cour de justice à titre préjudiciel (64).

(60) Dans les affaires T-53/08, *Italie c. Commission*, T-63/08, *Cementir Italia c. Commission* [pourvoi : C-449/10 P], T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni c. Commission* (pourvoi : C-448/10 P), et T-64/08, *Nuova Terni Industrie Chimiche c. Commission* [pourvoi : C-450/10 P].

(61) CJ, 22 novembre 2001, C 53/00, *Ferring*, point 27.

(62) Points 159 et 160 de l'arrêt; voy., dans le même sens, Trib., 11 juin 2009, T-189/03, *ASM Brescia c. Commission*, point 125.

(63) R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes, le contentieux*, Liège, 1981, p. 212, note 83.

(64) Selon une jurisprudence constante «(...) l'interprétation par la Cour d'une disposition de droit communautaire éclaire et précise, lorsque besoin est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge à des rapports juridiques nés et

Le Tribunal rejette ensuite, un par un, l'ensemble des arguments défendus par les requérantes concernant la prétendue application incorrecte des critères *Altmark*. Cette analyse contient des éléments éclairants concernant la délimitation de compétences entre le niveau européen et national, particulièrement vis-à-vis de la définition des missions de SIEG par les États membres (points 165 et 166 de l'arrêt) et de la portée du contrôle juridictionnel de la compensation.

S'agissant de la deuxième condition, le Tribunal souligne que « la seule complexité des formules économiques et mathématiques qui régissent les calculs à effectuer n'affecte pas le caractère précis et clairement déterminé des paramètres choisis » (point 217 de l'arrêt).

Pour ce qui est du contrôle du caractère proportionné de la compensation pour l'exécution d'une mission SIEG, telle qu'établie par un acte de portée générale, il se limite à vérifier si la compensation prévue est nécessaire pour que la mission SIEG en cause puisse être accomplie dans des conditions économiquement acceptables (point 222 de l'arrêt). Sur ce point, le Tribunal écarte la thèse des requérantes selon laquelle la Commission aurait dû tenir compte dans sa décision, au regard de la troisième condition de l'arrêt *Altmark*, des recettes et d'un bénéfice raisonnable que les assureurs pouvaient réaliser en exécutant les obligations de SIEG (point 239 de l'arrêt) au motif que la mesure en cause ne visait pas à compenser d'éventuels coûts ou surcoûts liés à une prestation précise de certains services d'assurance maladie privée (AMP) mais uniquement à égaliser les charges supplémentaires qui sont réputées résulter d'un différentiel négatif de profil de risque d'un assureur AMP par rapport au profil de risque moyen du marché. Il a jugé que, si une telle mesure ne peut obéir strictement à la troisième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark*, la méthode de compensation choisie en l'espèce est conforme à la finalité et à l'esprit de la troisième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark*, dans la mesure où le calcul de la compensation est fondé sur des éléments objectifs concrets, clairement identifiables et contrôlables (points 235 et 241 de l'arrêt).

Enfin, le Tribunal a souligné le lien étroit entre les quatrième et troisième conditions énoncées dans l'arrêt *Altmark*, la quatrième condition ne visant qu'à garantir que la finalité de la troisième condition qui est de garantir que le SIEG en cause est fourni au moindre coût pour la collectivité est respectée (point 246 de l'arrêt). Il a ajouté

constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies » (CJ, 13 janvier 1996, C-197/94 et C-252/94, *Société Bautiaa c. Directeur des services fiscaux des Landes et Société française maritime SA c. Directeur des services fiscaux du Finistère*, point 47).

que, au regard de la finalité de la quatrième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark*, la Commission est tenue de vérifier si le mécanisme de compensation n'implique pas la possibilité d'indemniser des coûts pouvant résulter d'un manque d'efficacité des opérateurs chargés d'un SIEG (point 249 de l'arrêt).

Les arrêts rendus dans les secteurs faisant l'objet de règles particulières, tels que le secteur de l'audiovisuel ou du transport, présentent des principes intéressants quant à la nécessité de prise en compte des recettes issues des activités commerciales des opérateurs dans l'analyse de la proportionnalité de la mesure (65), même si le Tribunal a rappelé que l'activité de transport ne saurait être comparée à l'activité de la radiodiffusion publique (66).

35. — On retiendra les éléments principaux suivants de la jurisprudence s'agissant du service public de la radiodiffusion, dont les règles européennes relatives aux aides d'État prévoient un régime spécifique régissant son financement. La période analysée comprend l'adoption de la communication de 2009 (67), qui est le texte de référence actuellement en vigueur et qui a remplacé la précédente communication qui datait déjà de 2001 (68). Les mesures ayant fait l'objet d'un contrôle juridictionnel sur la période analysée ont néanmoins toutes été adoptées sous le régime de la communication de 2001.

La jurisprudence opère une distinction entre la question de la qualification d'une mesure d'aide d'État et celle de sa compatibilité avec le marché intérieur. La question de la qualification s'apprécie en application des critères *Altmark* compte tenu des recommandations du Protocole d'Amsterdam (69). Le Tribunal a d'ailleurs rappelé l'applicabilité de ce test au secteur de la radiodiffusion dans son arrêt *NOS* précité (70). Mais, a souligné le Tribunal dans son arrêt *TFI* précité du 11 mars 2009, la Commission peut, sans commettre une erreur de

(65) Trib., 16 décembre 2010, *NOS*, précité, point 244; Trib., 11 mars 2009, *TFI* c. *Commission*, précité, point 134.

(66) Trib., 11 juin 2009, *Brescia*, précité, point 123.

(67) Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, *J.O.U.E.* n° C 257 du 27 octobre 2009, p. 1.

(68) *J.O.C.E.* n° C 320 du 15 novembre 2001, p. 5.

(69) Ce protocole adopté en 1997 prévoit que les États membres peuvent pourvoir au financement de leur service public de radiodiffusion, dès lors que ce financement est accordé aux fins de la mission de service public et qu'il n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence au sein de l'Union dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun. Il est maintenant devenu le protocole n° 29 joint aux traités UE et TFUE.

(70) Point 144 de l'arrêt.

droit, conclure à la compatibilité d'une mesure avec le marché intérieur, alors qu'elle conclut que certaines des conditions *Altmark* ne sont pas respectées. Le Tribunal rappelle à cet égard que, dans son arrêt *Altmark*, la Cour avait repris et précisé la solution retenue dans l'arrêt *Ferring* «afin de permettre aux États membres de mieux apprécier si leur intervention au profit d'une entité chargée de l'exécution d'obligations de service public constitue une aide d'État, entraînant une obligation de notification de la mesure à la Commission, dans l'hypothèse d'une aide nouvelle, ou de coopération avec cette institution, dans le cas d'une aide existante».

Mais, ajoute le Tribunal, la Cour a ensuite opéré une distinction entre la question de la qualification d'une mesure comme aide d'État, qui résulterait en l'occurrence de l'absence de réunion des quatre conditions *Altmark*, et celle de sa compatibilité. Les décisions de la Cour et du Tribunal ayant, depuis l'arrêt *Altmark*, fait référence aux conditions énoncées dans cet arrêt ne remettent pas en cause le fait que ces conditions concernent la qualification d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et elles n'indiquent pas que la Cour aurait voulu, en énonçant ces conditions, mettre fin à l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE pour l'appréciation de la compatibilité avec le marché intérieur des mesures étatiques de financement des SIEG.

La totalité des arrêts rendus lors de la période analysée dans le secteur du service public de la radiodiffusion portent d'ailleurs principalement sur l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (cette question sera analysée plus loin dans la section consacrée aux dérogations).

C. — *Sélectivité de l'avantage*

36. — La Cour et le Tribunal ont rendu plusieurs arrêts pendant la période étudiée confirmant ou clarifiant la jurisprudence existante s'agissant de l'appréciation de la condition de sélectivité, et selon laquelle «aux fins de l'application de l'article [107] du traité, il est indifférent que la situation du bénéficiaire présumé de la mesure se soit améliorée ou aggravée par rapport à l'état du droit antérieur ou, au contraire, n'ait pas connu d'évolution dans le temps (...). Il convient uniquement de déterminer si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure étatique est de nature à favoriser «certaines entreprises ou certaines productions» au sens de l'article [107], paragraphe 1, du traité par rapport à d'autres entreprises se trouvant

dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée (...)» (71).

Le critère de sélectivité a donné lieu à des arrêts soulevant tantôt des questions de sélectivité régionale ou géographique (a), tantôt des questions de sélectivité matérielle (b).

a) *Sélectivité régionale ou géographique*

37. — Durant la période couverte, ce sont des avantages fiscaux consentis par des entités territoriales qui ont le plus soulevé de questions s'agissant de la sélectivité régionale. On rappellera que, dans son arrêt précité *Portugal c. Commission* du 6 septembre 2006 (*arrêt des Açores*), la Cour avait posé en règle qu'«il ne saurait être exclu qu'une entité infraétatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises. En pareil cas, c'est le territoire sur lequel l'entité infraétatique, auteur de la mesure, exerce sa compétence, et non le territoire national dans son ensemble, qui constitue le contexte pertinent pour rechercher si une mesure adoptée par une telle entité favorise certaines entreprises par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, au regard de l'objectif poursuivi par la mesure ou le régime juridique concerné» (72). Restait à expliciter les conditions d'application de cette affirmation de principe, ce à quoi plusieurs arrêts prononcés au cours de la période analysée se sont attachés.

(71) CJ, 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, point 41; voy. également CJ, 6 septembre 2006, C-88/03, *Portugal c. Commission*.

(72) Point 58 de l'arrêt. Était en cause dans cette affaire un régime fiscal de la Région autonome des Açores (Portugal) qui réduisait de 10% le taux d'imposition sur les entreprises exerçant des activités dans cette région. La Cour a fixé trois conditions pour que ce soit le cas : (i) l'autorité régionale ou locale doit être dotée, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central; (ii) la mesure doit avoir été adoptée sans que le gouvernement central puisse intervenir directement sur son contenu; (iii) enfin, les conséquences financières d'une réduction du taux d'imposition national applicable aux entreprises présentes dans la région ne doivent pas être compensées par des concours ou subventions en provenance des autres régions ou du gouvernement central.

(i) *Mesures fiscales de la Communauté autonome du Pays basque*

38. — L'arrêt de la Cour du 11 septembre 2008 dans l'affaire *Rioja* (73) confirme et clarifie la jurisprudence récente concernant le concept de sélectivité territoriale. En l'espèce, il s'agissait de mesures fiscales adoptées par les collectivités autonomes *Vizcaya*, *Álava* et *Guipúzcoa* formant la Communauté autonome du Pays basque. Se fondant sur leurs compétences en matière fiscale, elles avaient fixé un taux d'impôt sur les sociétés inférieur à celui appliqué ailleurs en Espagne. Des régions (autonomes) voisines *La Rioja* et *Castilla y León* ainsi que le syndicat *Unión General de Trabajadores de La Rioja* avaient considéré que ces réglementations fiscales étaient contraires à des dispositions nationales d'un rang supérieur et constituent des aides d'État illégales et introduit divers recours devant des juridictions nationales.

Saisie de plusieurs questions préjudicielles, la Cour de justice a confirmé que les trois conditions d'autonomie institutionnelle, procédurale et économique, énoncées dans son arrêt des *Açores* étaient les seules conditions à utiliser pour déterminer le caractère sélectif d'une mesure fiscale appliquée au sein d'une entité infraétatique autonome. Ce faisant, la Cour a rejeté tout ajout d'autres conditions qui avaient été soulevées par la Commission, tel que le rôle fondamental que l'entité infraétatique doit jouer dans la définition de l'environnement politique et économique.

La Cour précise également le contenu des trois conditions précitées. En ce qui concerne la condition d'autonomie procédurale, la Cour a expliqué que le critère essentiel pour juger de son existence est non pas l'amplitude de la compétence reconnue à l'entité infraétatique, mais la possibilité pour cette entité, en vertu de cette compétence, d'adopter une décision de manière indépendante, c'est-à-dire sans que le gouvernement central puisse intervenir directement sur son contenu. Il s'ensuit que l'obligation, pour une entité infraétatique, de prendre en considération l'intérêt de l'État en vue de respecter les limites des compétences qui sont attribuées à cette entité ne constitue pas, en principe, un élément portant atteinte à l'autonomie procédurale de celle-ci lorsqu'elle adopte une décision dans les limites de ces compétences. La Cour conclut à cet égard qu'il n'apparaît pas que le gouvernement central puisse intervenir directement dans le processus d'adoption d'une norme locale pour faire respecter des principes tels que le principe de l'harmonisation fiscale. Dans la mesure où la Cour

(73) CJ, 11 septembre 2008, C-428/06 à C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja e. a.*, voy. en particulier les points 53-60; 65-83; 95-110 et 123-144.

n'est compétente que pour interpréter le droit européen et non le droit national, la réponse à cette deuxième condition revient à la juridiction nationale.

S'agissant de la troisième condition relative à l'autonomie économique, la Cour a précisé que le simple fait qu'il existe des transferts financiers dudit État vers ces entités infraétatiques ne saurait, en tant que tel, suffire à démontrer que ces entités n'assument pas les conséquences financières des mesures fiscales qu'elles adoptent et, partant, qu'elles ne jouissent pas d'une autonomie financière. De tels transferts peuvent s'expliquer par des motifs qui ne présentent aucun lien avec lesdites mesures fiscales. Une autorité régionale ne remplirait pas le critère de l'autonomie économique et financière en cas de compensation, à savoir, un lien de cause à effet entre une mesure fiscale adoptée par les autorités locales et les montants mis à la charge de l'État espagnol. La Cour souligne que la Cour suprême de la Communauté autonome basque n'a pas trouvé de lien existant entre les mesures fiscales basque et tout transfert de fonds de l'État central.

La Cour s'est bornée à apporter ces précisions en laissant à la juridiction de renvoi le soin de vérifier si «les Territorios Históricos et la Communauté autonome du Pays basque jouissent d'une telle autonomie», auquel cas la communauté basque constitue le cadre de référence pertinent afin d'évaluer le caractère sélectif des mesures fiscales contestées adoptées par les autorités basques.

(ii) *Régime fiscal de Gibraltar*

39. — Le Tribunal, saisi d'un recours en annulation d'une décision de la Commission relative à la réforme de l'impôt sur les sociétés adoptée par le gouvernement de Gibraltar, a dû quant à lui appliquer les critères développés par la Cour dans les arrêts précités.

Selon ce régime fiscal, les sociétés établies à Gibraltar sont taxées à un taux inférieur à celui généralement applicable au Royaume-Uni et ce dans le but de rendre le protectorat britannique plus attractif pour des activités sous la forme de sociétés. Saisie par le Royaume-Uni qui lui avait notifié ce projet fiscal, la Commission a décidé qu'il constituait une aide d'État du fait de sa double sélectivité à la fois régionale et matérielle. Le gouvernement de Gibraltar et le Royaume-Uni ont demandé l'annulation de cette décision en faisant valoir principalement l'erreur de détermination du cadre de référence dans laquelle la

mesure analysée doit être replacée. Le Tribunal va annuler la décision dans son arrêt du 18 décembre 2008 (74).

S'agissant du cadre de référence, le Tribunal rappelle que «[sa] détermination (...) revêt une importance accrue dans le cas de mesures fiscales, puisque l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite «normale». Le taux d'imposition normal est le taux en vigueur dans la zone géographique constituant le cadre de référence» (points 80 et 81 de l'arrêt). Le Tribunal ajoute que «(...) le cadre juridique pertinent pour apprécier la sélectivité d'une mesure fiscale pourrait se limiter à la zone géographique concernée dans le cas où l'entité infraétatique, notamment en raison de son statut et de ses pouvoirs, occupe un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises présentes sur le territoire relevant de sa compétence» (point 66 de l'arrêt).

Partant, le Tribunal vérifie les trois conditions énoncées dans l'arrêt des *Açores* et les jugent remplies pour conclure, par conséquent, que le cadre de référence est limité à Gibraltar et que la mesure n'est donc pas sélective au plan géographique.

Selon le Tribunal, la première condition est remplie car les autorités compétentes de Gibraltar disposent sur le plan constitutionnel d'un statut politique distinct de celui du gouvernement du Royaume-Uni. La deuxième condition est remplie car, contrairement à l'analyse de la Commission, le pouvoir résiduaire du Royaume-Uni de légiférer à Gibraltar et les divers pouvoirs accordés au gouverneur ne sont que des moyens permettant au Royaume-Uni d'assumer ses responsabilités envers la population de Gibraltar et d'exécuter ses obligations relevant du droit international et non comme octroyant une capacité d'intervention directe sur le contenu d'une mesure fiscale adoptée par les autorités de Gibraltar. Enfin, s'agissant de la troisième condition, le Tribunal prend également position à l'encontre de celle de la Commission en jugeant que le critère de l'autonomie économique exige simplement que les éventuels soutiens financiers en provenance des autres régions ou du gouvernement central de l'État membre concerné, qui

(74) Trib., 18 décembre 2008, T-211/04 et T-215/04, *Government of Gibraltar c. Commission*, points 78-80 et 86. Cet arrêt a été annulé sur pourvoi par arrêt du 15 novembre 2011 (C-106/09 P et C-107/09 P) mais pas sur le point concernant la sélectivité territoriale, les pourvois introduits respectivement par l'Espagne et la Commission se concentrant sur les aspects de sélectivité matérielle, qui seront examinés plus loin. Ce dernier arrêt sera bien entendu analysé plus en détail dans la prochaine Chronique. Nous nous contenterons d'en donner les éléments principaux, à la suite de l'examen de l'arrêt du Tribunal, notamment de ses aspects non annulés par la Cour.

viendraient affaiblir ou supprimer la responsabilité économique de l'entité infraétatique, viennent compenser directement le coût des mesures régionales en cause. Des soutiens financiers du Royaume-Uni sans lien de cause à effet avec le régime de la fiscalité des sociétés, invoqués par la Commission, ne peuvent donc pas permettre d'écarter le jeu de la troisième condition.

(iii) *Avantages fiscaux dans la région des Açores*

40. — Dans le sillage de l'arrêt central dit des *Açores* de la Cour, le Tribunal a également rendu, en septembre 2009, un arrêt concernant des avantages fiscaux consentis par la région autonome des Açores (75), suite à un recours en annulation introduit à l'encontre de la décision de la Commission du 11 décembre 2002 concernant le régime portant adaptation du système fiscal portugais aux spécificités de la région autonome des Açores s'agissant des réductions du taux d'imposition sur le revenu. Le régime fiscal avait été déclaré compatible avec l'article 107 TFUE, sauf pour le secteur financier et les activités intragroupes. Pour ce dernier secteur, la Commission avait ordonné la récupération des aides illégalement versées auprès de ces entreprises du secteur financier. Une banque commerciale située dans cette région autonome Banco Commercial des Açores, directement et individuellement concernée par la décision de la Commission, a introduit un recours portant sur la distinction faite par la Commission entre les secteurs financier et non financier, incompatible selon elle avec le caractère général (et non spécifique) de la mesure.

Le Tribunal confirme l'arrêt de la Cour de 2006 — les moyens du recours de Banco commercial dos Açores étant identiques à ceux qui avaient été avancés par le Portugal dans l'arrêt des *Açores* — mais il éclaire néanmoins l'interprétation de la condition de l'autonomie économique et financière des régions autonomes.

En se fondant notamment sur l'arrêt *Gibraltar* du Tribunal (76), la requérante soulignait que la Cour de justice aurait précisé, depuis l'arrêt des *Açores*, que la constatation de l'absence d'autonomie économique et financière de la région concernée implique que soit établie non l'existence de transferts budgétaires, mais l'existence d'une relation de cause à effet entre la réduction des recettes découlant de la

(75) Trib., 10 septembre 2009, T-75/03, *Banco Comercial dos Açores c. Commission*.

(76) La requérante faisait référence à l'arrêt *Rioja* de la Cour du 11 septembre 2008, point 129, et à l'arrêt *Gibraltar* du Tribunal du 18 décembre 2008, points 106 à 107.

mesure régionale et le transfert de ressources financières du pouvoir central ou des autres régions. Selon la requérante, si la Cour avait, en 2006, appliqué cette précision, elle aurait conclu que le régime de financement en cause ne permettait pas d'établir une telle relation de cause à effet. Le Tribunal rejette cette position et confirme que la Cour avait déjà en 2006 pris en compte le lien de cause à effet entre une mesure fiscale adoptée par les autorités régionales et les montants mis à la charge de l'État d'une façon indirecte.

41. — Comme le remarque l'avocat général Kokott dans ses conclusions dans l'affaire *Rioja* (77), la Cour a réussi à trouver dans sa jurisprudence récente un équilibre délicat entre deux principes importants. D'un côté, elle respecte l'autonomie que la constitution de l'État membre en cause accorde à ses collectivités territoriales. En se montrant ouverte à prendre en considération des mesures dans le contexte constitutionnel de l'État membre concerné, la Cour a une vision plus réaliste que l'hypothèse traditionnelle de la Commission selon laquelle les autorités centrales des États membres jouent toujours un rôle clé dans l'économie d'un État membre. D'un autre côté, les exigences relatives à l'autonomie des législateurs locaux visent à assurer que les États membres n'instrumentalisent leur ordre juridique constitutionnel en contournant l'interdiction prévue à l'article 107 TFUE par un transfert purement formel des compétences législatives. C'est précisément pour cette raison que la Cour met en avant des critères plutôt stricts qui ne seront remplis que par des régions vraiment autonomes. En fin de compte, l'équilibre établi par la Cour garantit parfaitement l'application effective du droit de l'Union tout en respectant les choix constitutionnels de chaque État membre à l'attribution de l'autonomie régionale (78).

b) *Sélectivité matérielle*

42. — À côté des mesures sélectives régionales (79), la jurisprudence fait usage également du critère matériel pour conclure au caractère

(77) Aux points 54-55 de ses conclusions.

(78) Voy. K. LENAERTS, «The law of the European Union and the exercise by regions of their tax powers», in *Fiscal Federalism in the European Union (EU Presidency Seminar)*, Bruxelles, Larcier, novembre 2011, pp. 31-32.

(79) D'autres arrêts ont été rendus pendant la période analysée, tel l'arrêt du 17 novembre 2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, dans lequel la Cour a condamné une taxe sarde frappant l'escale touristique des aéronefs et des unités de plaisance. La difficulté résidait dans le fait que cette taxe ne visait que les personnes ayant leur domicile (fiscal) en dehors de l'île. Dans la mesure où les

sélectif ou non d'une mesure étatique. Ici un désaccord profond est apparu dans plusieurs affaires entre le Tribunal et la Cour.

(i) *Quel cadre de référence?*

43. — Dans son arrêt *Gibraltar* (annulé) de 2008, le Tribunal a énoncé clairement la nécessité d'examiner l'absence ou non de sélectivité matérielle d'une mesure donnée (80) et énoncé une méthodologie que la Commission devrait respecter dans l'analyse d'un régime fiscal au regard des règles sur les d'aides d'État.

Il a commencé par préciser que «(...) la qualification par la Commission d'une mesure fiscale de sélective suppose nécessairement, dans un premier temps, l'identification et l'examen préalables par elle du régime commun ou «normal» du système fiscal applicable dans la zone géographique constituant le cadre de référence pertinent. C'est par rapport à ce régime fiscal commun ou «normal» que la Commission doit, dans un deuxième temps, apprécier et établir l'éventuel caractère sélectif de l'avantage octroyé par la mesure fiscale en cause en démontrant que cette mesure déroge audit régime commun, dans la mesure où elle introduit des différenciations entre opérateurs économiques se trouvant, au regard de l'objectif assigné au système fiscal de l'État membre concerné, dans une situation factuelle et juridique comparable» (81). Le Tribunal poursuit qu'en troisième lieu, il faut vérifier si une telle différenciation ne résulte pas de la nature ou de l'économie du système de charges dans lequel elle s'inscrit. A cet égard, il incombe à l'État membre de démontrer que ces différenciations sont justifiées par la nature et par l'économie de son système fiscal en ce qu'elles résultent directement des principes fondateurs dudit système. Ce n'est qu'après avoir examiné les deux premières étapes que la Commission peut entamer la troisième sous peine d'outrepasser les limites de ce contrôle.

En l'espèce, la Commission, dans sa décision, avait conclu que trois aspects du système fiscal envisagé conféraient des avantages sélectifs aux sociétés qui en bénéficient, à savoir, premièrement, la condition de dégager des bénéficiaires avant d'être assujetti à l'impôt sur le nombre de salariés et l'impôt sur l'occupation de locaux professionnels, deu-

entreprises sardes étaient avantagées, la taxe régionale était constitutive d'une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE.

(80) Trib., 18 décembre 2008, précité, points 141, 143-145.

(81) Point 145 de l'arrêt et point 16 de la communication de la Commission relative aux aides d'État dans le domaine de la fiscalité directe des entreprises, *J.O.C.E.* n° C 384 du 10 décembre 1998, pp. 3-9.

xièmement, le plafond de 15% des bénéfices appliqué à l'assujettissement à ces deux impôts et, troisièmement, le fait que ces impôts, par nature, favorisaient les sociétés «offshore» n'ayant pas de réelle présence physique à Gibraltar et qui ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés. Le Tribunal a jugé que, dans la mesure où la Commission n'a pas identifié de régime «normal», elle ne peut être compétente pour juger que les trois mesures en cause constituaient des dérogations au régime «normal». «En effet, une telle approche serait susceptible, d'une part, de permettre à la Commission de se substituer à l'État membre pour ce qui est de la détermination de son système fiscal et de son régime commun ou «normal», y compris en ce qui concerne ses objectifs, les mécanismes inhérents pour atteindre ces derniers et ses bases d'imposition et, d'autre part, de mettre ainsi l'État membre dans l'impossibilité de justifier les différenciations en cause par la nature et par l'économie du système fiscal notifié, dès lors que la Commission n'aurait préalablement ni identifié son régime commun ou «normal» ni établi le caractère dérogatoire desdites différenciations» (point 145 de l'arrêt du Tribunal).

44. — Comme déjà indiqué, la Cour a annulé cet arrêt du Tribunal le 15 novembre 2011. Les éléments essentiels du raisonnement de la Cour sont les suivants et portent sur chacun des trois éléments identifiés par la décision litigieuse et qui, selon le Tribunal, ne conféraient pas d'avantages sélectifs. S'agissant de la condition de dégager des bénéfices et le plafonnement de l'imposition, la Cour approuve la conclusion du Tribunal : seuls des avantages sélectifs et non des avantages résultant d'une mesure générale applicable sans distinction à tous les opérateurs économiques relèvent de la notion d'aide d'État. Or, la condition de dégager des bénéfices et le plafonnement de l'imposition des bénéfices sont, en eux-mêmes, des mesures générales, applicables sans distinction à tous les opérateurs économiques et ne sont donc pas susceptibles d'accorder des avantages sélectifs. S'agissant des avantages bénéficiant aux sociétés «offshore», la Cour désapprouve en revanche la position du Tribunal. Elle considère que celui-ci s'est fondé «sur la seule prise en compte de la technique réglementaire utilisée par le projet de réforme fiscale, qui ne permet pas d'examiner les effets de la mesure fiscale en question et exclut *a priori* toute possibilité de qualifier d'«avantage sélectif» l'absence de toute imposition pour les sociétés 'offshore'» (point 88 de l'arrêt de la Cour). La Cour reproche également au Tribunal de méconnaître la jurisprudence selon laquelle l'existence d'un avantage sélectif au profit d'une entreprise présuppose que les charges grevant normalement le budget de celle-ci sont allégées, clarifiant au passage que, si dans le cas de mesures fiscales, l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite «normale», ne signifie pas que

la qualification d'un système fiscal de «sélectif» soit subordonnée «au fait que celui-ci soit conçu de façon à ce que les entreprises bénéficiant éventuellement d'un avantage sélectif soient, en général, soumises aux mêmes charges fiscales que les autres entreprises mais profitent de règles dérogatoires, de sorte que l'avantage sélectif peut être identifié comme étant la différence entre la charge fiscale normale et celle supportée par ces premières entreprises» (point 91 de l'arrêt de la Cour). Enfin, la Cour constate que «le Tribunal a erronément reproché (...) à la Commission de ne pas avoir démontré l'existence d'un avantage sélectif au profit des sociétés «offshore», à défaut d'avoir identifié, dans la décision litigieuse, un cadre de référence au regard duquel l'existence d'un avantage sélectif peut être établie» (point 94 de l'arrêt de la Cour). En effet, selon la Cour, la décision de la Commission «a examiné l'existence des avantages sélectifs au profit des sociétés 'offshore' au regard du régime fiscal en cause qui s'applique formellement à toutes les entreprises. Il apparaît ainsi que la décision litigieuse identifie ce régime en tant que cadre de référence au regard duquel les sociétés 'offshore' seraient, en fait, favorisées» (point 95 de l'arrêt de la Cour). Pour la Cour, la Commission a bien démontré que les sociétés «offshore» profitent, au regard de ce cadre de référence, d'avantages sélectifs (82). La Cour relève que le projet de régime fiscal opère, en fait, une discrimination entre des sociétés se trouvant dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi, à savoir celui d'introduire un système général d'imposition pour toutes les sociétés établies à Gibraltar. Selon la Cour, «la combinaison de ces bases d'imposition [impôt sur le nombre de salariés, impôt sur l'occupation de locaux professionnels et taxe d'enregistrement] n'a pas uniquement pour conséquence d'aboutir à une imposition qui est fonction du nombre de salariés et de la taille des locaux professionnels occupés, mais exclut d'emblée de toute imposition, en raison de l'absence d'autres bases d'imposition, les sociétés 'offshore' du fait qu'elles n'ont pas de salariés et n'occupent pas non plus de locaux professionnels» (point 102 de l'arrêt de la Cour). La Cour conclut que «la circonstance que les sociétés 'offshore', qui constituent à l'égard des bases d'imposition retenues dans le projet de réforme fiscale un groupe de sociétés, échappent à l'imposition, précisément en raison des caractéristiques propres et spécifiques à ce groupe, permet de considérer que ces sociétés bénéficient d'avantages sélectifs» (point 107

(82) Rappelons que l'absence de sélectivité régionale n'a pas été remise en cause. La Cour reconnaît expressément l'autonomie fiscale des États membres et des autorités régionales pour la désignation des bases d'imposition et la répartition de la charge fiscale sur les différents facteurs de production et les différents secteurs économiques.

de l'arrêt de la Cour). Elle annule donc l'arrêt du Tribunal sur ce point.

Estimant ensuite que les recours en annulation de la décision litigieuse en première instance sont en état d'être jugés, elle statue définitivement sur ceux-ci en rejetant les recours du Government of Gibraltar et du Royaume-Uni.

(ii) *Allègements fiscaux pour entreprises nouvellement cotées en bourse*

45. — La République italienne avait mis à exécution un régime d'aides en faveur des entreprises nouvellement cotées en bourse qui se présentait principalement sous la forme d'allègements fiscaux, notamment une réduction du taux d'impôt sur le revenu et la déduction du revenu imposable des coûts de cotisation. Dans un arrêt du 4 septembre 2009, le Tribunal rejette le recours de l'Italie contre la décision de la Commission (83).

Le Tribunal commence par rappeler que, si l'article 107 TFUE interdit les aides qui «favorisent certaines entreprises ou certaines productions», il est toutefois de jurisprudence constante que la notion d'aide d'État ne vise pas les mesures étatiques introduisant une différenciation entre entreprises lorsque cette différenciation résulte de la nature ou de l'économie du système de charges dans lequel elles s'inscrivent (84). Suivant ce raisonnement, le Tribunal commence d'abord par analyser le caractère *a priori* sélectif des mesures de réduction des taux d'imposition, avant d'examiner si les mesures en cause pouvaient être justifiées par la nature et l'économie du système fiscal italien, tel que le soutenait la République italienne.

Le Tribunal conclut à l'existence de mesures sélectives, compte tenu du fait que les allègements fiscaux ne sont reconnus qu'aux entreprises admises à la cote durant la courte période d'application du régime d'aides, ce qui exclut de fait les sociétés déjà cotées ou celles qui ne remplissent pas les conditions requises pour être cotées pendant la période prescrite. Ces entreprises bénéficiaires profitent d'un avantage auquel elles n'auraient pas eu droit dans le cadre d'application normale du régime fiscal. Par ailleurs, contrairement aux sociétés étrangères qui ne pouvaient qu'appliquer l'allègement que pour les béné-

(83) Trib., 4 septembre 2009, T-211/05, *Italie c. Commission*, points 119-120, 125.

(84) Il se réfère à cet égard aux arrêts de la Cour du 29 avril 2004, C-159/01, *Pays-Bas c. Commission*, point 42, et du 6 septembre 2006, *Portugal c. Commission*, précité, point 52.

fices réalisés en Italie, les sociétés enregistrées en Italie pouvaient les appliquer aux bénéfices réalisés au niveau mondial.

En deuxième lieu, le Tribunal vérifie si la différenciation introduite par lesdites mesures est justifiée par la nature ou l'économie générale du système fiscal dans lequel elles s'inscrivent. A cet égard, le Tribunal rejette toute justification tirée de la nature ou de l'économie du système aux motifs que les allègements n'avaient aucun lien avec l'admission à la cote (car ils s'appliquaient aux bénéfices futurs réalisés par les entreprises bénéficiaires) et vu la brève durée d'application, le régime d'aide ne peut pas être justifié par ses objectifs spécifiques, à savoir promouvoir la cotation des entreprises (car il exclut *de facto* de nombreux bénéficiaires potentiels). Dans la mesure où les allègements en cause sont sélectifs et manquent de lien direct avec l'objectif poursuivi, ils ne peuvent pas s'inscrire dans la nature et l'économie du système fiscal italien. Le Tribunal conclut que la Commission n'a pas fait d'erreur manifeste d'appréciation et confirme sa décision ordonnant le recouvrement par la République italienne auprès des bénéficiaires de l'aide illégale et incompatible.

(iii) *Crédits d'impôts*

46. — Quelques jours après cet arrêt, le Tribunal a confirmé les décisions négatives de la Commission sur les réductions d'impôt accordées par les autorités basques dans les affaires *Crédits d'impôts basques* (85). Bien qu'il s'agisse de mesures prises par des entités régionales, l'arrêt se concentre sur la sélectivité matérielle de ces mesures. Il s'agissait plus précisément d'avantages fiscaux pour les investissements dépassant un certain montant dans de nouvelles immobilisations dans les territoires historiques basques en Espagne. Ces mesures fiscales étaient accordées par les autorités basques des régions *Alava*, *Vizcaya* et *Guipúzcoa* qui disposent d'une certaine autonomie pour organiser leur système fiscal et prévoyaient des réductions de la base imposable ou des crédits d'impôt ou encore des exemptions par les régions.

La Commission avait considéré que ces dispositions constituaient des aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE dans la mesure où les crédits d'impôt en cause constituaient un avantage sélectif, «en faveur de certaines entreprises» notamment les entreprises disposant de ressources financières importantes et ne pouvaient être justifiés par la nature et l'économie générale du système fiscal.

(85) Trib., 9 septembre 2009, T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, *Diputación Foral de Álava e.a. c. Commission*, points 158-162, 166-198, 178-185.

Le Tribunal a jugé que, pour qu'une mesure soit justifiée «par la nature ou la structure d'ensemble du système général», elle doit être compatible avec la «logique intrinsèque» du système fiscal en général. Ainsi, une mesure fiscale spécifique qui est justifiée par la logique interne du système fiscal — telle la progressivité de l'impôt qui est justifiée par la logique redistributive de celui-ci — échappera à l'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. A cet égard, le Tribunal remarque qu'en réservant le bénéfice d'une aide à une catégorie d'entreprises limitée, le système ne reflète pas une volonté générale d'encourager l'investissement.

L'arrêt rappelle à nouveau que se contenter de faire référence à des objectifs généraux de politique économique externes au système fiscal concerné ne peut pas justifier des mesures fiscales. Ceci viendrait à retirer tout effet pratique de l'article 107, paragraphe 1 TFUE. Il est rarement possible de justifier un avantage fiscal sélectif sur la base de la logique inhérente au système fiscal.

(iv) *Organismes de placement collectif en valeurs mobilières*

47. — Dans les deux arrêts du 4 mars 2009 par lesquels le Tribunal s'est prononcé sur le régime italien en faveur de certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (86), il a eu à connaître, outre de la notion d'avantage, du critère de sélectivité. Étaient en cause des mesures «relatives au développement de l'économie et à la correction des comptes publics» instaurées fin 2003, sans avoir été notifiées à la Commission. Elles prévoyaient précisément que les revenus du capital encaissés par les structures de placement spécialisées étaient soumis à un impôt de substitution à l'impôt sur les sociétés au taux de 5%, en lieu et place du taux normal de 12,5%. Tous les véhicules d'investissement italiens et les structures de placement pouvaient bénéficier du taux réduit à 5%, à condition d'être spécialisés dans l'investissement en actions de sociétés à capitalisation faible ou moyenne admises à la négociation sur un marché européen réglementé. Dans une décision du 6 septembre 2005, la Commission avait considéré ce régime d'aides d'État illégal et incompatible avec le marché intérieur.

Après avoir rappelé la jurisprudence *Adria-Wien Pipeline* (87), le Tribunal commence par la vérification de la sélectivité de la mesure

(86) Dans les affaires *Associazione italiana del risparmio gestito c. Commission et Italie c. Commission* précitées, points 136, 150, 152, 155-160, 170 (voir *supra* note 26).

(87) CJ, 8 novembre 2001, précité, selon lequel une mesure étatique est de nature à favoriser «certaines entreprises ou certaines productions» au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la

qui implique de comparer la situation des entreprises bénéficiaires à celle d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure en cause. D'autre part, le Tribunal vérifie qu'une mesure constitutive d'un avantage ne remplit pas la condition de sélectivité lorsqu'elle se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit. Le Tribunal conclut que cette mesure favorise certaines structures de placement par rapport à d'autres qui sont dans une situation juridique et factuelle comparable et partant est sélective car la réduction d'impôt est limitée à des structures de placement bien définies et remplissant des conditions particulières «au détriment d'autres entreprises qui offrent des formes alternatives de placement». Il ajoute que «le seul fait que l'avantage puisse profiter à toute structure de placement remplissant les conditions prévues n'établit pas en soi le caractère général de la mesure en cause et n'interdit pas que la mesure en cause revête un caractère sélectif» (point 152 de l'arrêt) (88).

Cet arrêt montre qu'une aide peut être sélective au regard de l'article 107, paragraphe 1, TFUE même lorsqu'elle concerne tout un secteur économique, notamment le secteur financier, mais qu'elle ne vise pas tous les opérateurs dudit secteur. Ne s'appliquant qu'aux entreprises réalisant des opérations de gestion de structures de placement spécialisées, tous les opérateurs économiques ne sont pas concernés. Par conséquent, la mesure étant en fait une dérogation au régime fiscal de droit commun, elle ne peut être considérée comme une mesure générale de politique fiscale ou économique. Il s'ensuit que la mesure, bien que concernant le secteur financier, est sélective à l'égard des sociétés de gestion de structures de placement spécialisées.

(v) *Mesures ayant comme objectif de protéger l'environnement*

48. — A deux reprises, la Cour s'est prononcée sur des mesures *a priori* sélectives visant à protéger l'environnement. A chaque fois, prenant le contrepied de la position du Tribunal, elle a clairement énoncé que les objectifs d'une mesure ne doivent pas être pris en compte dans l'évaluation de l'existence d'un caractère sélectif d'une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, seuls les effets de la mesure étant pertinents.

mesure concernée sauf quand la mesure, quoique constitutive d'un avantage pour son bénéficiaire, se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit (points 34, 41 et 42).

(88) Le Tribunal se réfère à son arrêt du 6 mars 2002, T-92/00 et T-103/00, *Diputación Foral de Álava e.a. c. Commission*, point 58.

49. — Tout d'abord, l'arrêt *British Aggregates* du 22 décembre 2008 (89) concerne une écotaxe. Par le Finance Act de 2001, le Royaume-Uni avait institué une taxe sur les granulats vierges à l'exportation commerciale ayant comme but de protéger les ressources naturelles non renouvelables en incitant les entreprises à utiliser de préférence des granulats recyclés ou des matériaux de substitution. Le Tribunal, dans son arrêt du 13 septembre 2006, avait considéré que la Commission n'avait pas outrepassé les limites de son pouvoir d'appréciation en estimant que la délimitation du champ d'application de la taxe sur les granulats mise en place par les autorités britanniques pouvait se justifier par la poursuite des objectifs environnementaux avancés. Sur pourvoi, la Cour a annulé cet arrêt. Elle constate que l'interprétation faite par le Tribunal de la jurisprudence pertinente pour conclure à l'absence d'un caractère sélectif est fondée erronément sur le fait que dans la mise en balance des divers intérêts en présence, les États membres sont libres de définir leurs priorités en matière de protection de l'environnement.

Pour la Cour, bien qu'en cas d'absence d'harmonisation, les États membres restent compétents en la matière, l'analyse faite par le Tribunal est erronée en droit. Se référant à sa jurisprudence constante, la Cour a souligné que la légitimité des objectifs d'une mesure n'est pas pertinente pour évaluer l'existence du caractère sélectif d'une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, seuls les effets de la mesure le sont. Par conséquent, la Cour pose la règle qu'il faut d'abord conclure à l'existence de l'aide, avant d'accorder le cas échéant une dérogation au titre de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, en prenant en compte l'objectif de protection de l'environnement. Par cet arrêt également, la Cour rappelle au Tribunal que, malgré les objectifs justifiant une mesure, ce dernier doit exercer un contrôle entier sur la qualification de la mesure (90).

50. — Quelques mois avant cet arrêt, le Tribunal, dans un arrêt du 10 avril 2008 (91) s'était prononcé sur une mesure prise par les Pays-Bas établissant un système d'échange de droits d'émission pour les oxydes d'azote (ci-après NOx). Les autorités néerlandaises avait notifié à la Commission un système d'échange de droits d'émission NOx. Ce système ne s'appliquait qu'aux grandes installations industrielles avec une capacité excédant les 20 mégawatts thermique (MWth) ou

(89) CJ, 22 décembre 2008, C-487/06P, *British Aggregates c. Commission*, points 82-87, 91-92.

(90) Voy. à ce sujet, *supra*, n° 4.

(91) Trib., 10 avril 2008, T-233/04, *Pays-Bas c. Commission*, points 88, 90, 97-99.

plus ou moins 250 entreprises néerlandaises. Il avait pour but de réduire les émissions en imposant un plafond d'émission. Si une entreprise respectait la norme d'émission prescrite et arrivait à rester en dessous de la limite fixée, elle bénéficiait de l'avantage de pouvoir vendre l'excédent de ses droits d'émissions à d'autres entreprises.

La Commission avait estimé que les droits d'émission étaient des actifs incorporels représentant une valeur marchande que les autorités néerlandaises auraient également pu vendre ou mettre en adjudication. En offrant gratuitement des crédits d'oxydes d'azotes à un groupe spécifique d'entreprises, les autorités néerlandaises subissaient un manque à gagner. Ayant qualifié la mesure d'aide, la Commission l'avait toutefois déclarée compatible avec le marché intérieur.

Dans son arrêt, le Tribunal a reconnu que les autorités néerlandaises avaient renoncé à percevoir des ressources d'État (92), mais il n'a pas qualifié la mesure de sélective : « (...) toutes les grandes installations industrielles sont soumises au plafond d'émission de NOx fixé par la mesure en cause et peuvent bénéficier de l'avantage qu'offre, dans le cadre de celui-ci, la négociabilité des droits d'émission. Le critère d'application de la mesure en cause est donc objectif, sans aucune considération géographique ou sectorielle. Dans la mesure où la mesure en cause vise les entreprises les plus polluantes, ce critère objectif est en outre conforme au but poursuivi, à savoir la protection de l'environnement, et la logique interne du système (...). Dès lors, tant à l'égard de l'objectif poursuivi que des obligations spécifiques imposées aux grandes installations industrielles dans le cadre de la mesure en cause, force est de constater que la situation factuelle et juridique des entreprises soumises à ce plafond d'émission de NOx ne saurait être jugée comme étant comparable à celle des entreprises auxquelles ce plafond ne s'applique pas » (points 88 et 90 de l'arrêt).

51. — Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi de la Commission et a été sans grande surprise annulé par la Cour dans un arrêt du 8 septembre 2011 (93), qui confirme le raisonnement adopté dans l'arrêt *British Aggregates*. La Cour rappelle que seuls les effets importants dans la qualification d'une aide et non les objectifs, notamment la protection de l'environnement. Contrairement au Tribunal, la Cour conclut que ces mesures instaurées par les Pays-Bas sont bien sélectives, car elles procurent un avantage pour un groupe limité de grandes entreprises avec une émission élevée de NOx. Ces dernières ont la possibilité de vendre leur surplus de droits d'émission.

(92) Voy. *infra*, n° 56.

(93) CJ, 8 septembre 2011, C-279/08 P, *Commission c. Pays-Bas*.

sion (94). Comme dans l'arrêt *British Aggregates*, la Cour souligne que la légitimité des objectifs d'une mesure n'est pas pertinente pour évaluer l'existence du caractère sélectif d'une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE; seuls le sont les effets de la mesure.

D. — *L'origine étatique de l'aide*

52. — L'article 107, paragraphe 1, TFUE évoque «les aides octroyées par l'État ou au moyen de ressources de l'État». La nécessité d'une origine étatique des aides présente deux volets, à savoir que la mesure doit être le résultat d'un comportement imputable à l'État (a) et être financée au moyen de ressources d'État (b).

a) *L'imputabilité de la mesure à l'État*

53. — Au cours de la période analysée, le Tribunal a, dans son arrêt *SIC* précité, fait application des principes dégagés par la Cour de justice dans son arrêt du 16 mai 2002 (95) à propos de l'imputabilité à l'État d'une mesure prise par une entreprise publique, selon lesquels le seul fait qu'une entreprise publique est sous contrôle étatique ne suffit pas pour imputer des mesures prises par celle-ci à l'État mais il faut en outre examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de ces mesures, ce qui peut se déduire d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue (96).

En l'espèce, étaient en cause des facilités de paiement accordées par Portugal Telecom à la RTP. Le Tribunal est arrivé à la conclusion que la Commission, après avoir relevé que, tout au moins avant le milieu de 1997, le Portugal était en mesure de contrôler Portugal Telecom, a

(94) La Cour confirme en revanche l'analyse du Tribunal et de la Commission s'agissant de l'utilisation de ressources d'État. Nous reviendrons sur cette question *infra*, n° 56.

(95) CJ, 16 mai 2002, C-482/99, *France c. Commission (Stardust Marine)*.

(96) Au point 99 de l'arrêt *SIC*, le Tribunal rappelle les principaux indices retenus par la Cour, tels que l'intégration de l'entreprise publique dans les structures de l'administration publique, la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés, le statut juridique de l'entreprise, celle-ci relevant du droit public ou du droit commun des sociétés, l'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques sur la gestion de l'entreprise ou tout autre indice indiquant, dans le cas concret, une implication des autorités publiques ou l'improbabilité d'une absence d'implication dans l'adoption d'une mesure, eu égard également à l'ampleur de celle-ci, à son contenu ou aux conditions qu'elle comporte.

cependant pu considérer que rien n'indiquait que les pouvoirs publics portugais avaient été impliqués dans l'adoption des facilités de paiement de la redevance sur la base des éléments suivants. Portugal Telecom, société anonyme de droit privé, n'était pas intégrée aux services de l'administration; la réglementation des tarifs et des services proposés par cette dernière n'opérait pas de distinction entre les opérateurs privés et le radiodiffuseur public; en réponse à une question de la Commission, les autorités portugaises ont explicitement déclaré ne pas être intervenues, que ce soit directement ou indirectement, dans l'octroi des facilités de paiement de la redevance et, en outre, aucun tiers n'a fourni d'indications d'une telle intervention. Le comportement de Portugal Telecom n'a pas changé après le milieu de 1997, après sa privatisation. Enfin, aux dires non contredits par les éléments du dossier de Portugal Telecom, la raison principale des accords sur les facilités de paiement avec la RTP était un différend entre les parties sur le montant de la redevance en cause.

b) *L'utilisation de ressources publiques*

54. — L'application des règles en matière d'aides d'État suppose nécessairement en deuxième lieu que les mesures prises par l'État en faveur d'une entreprise confèrent un avantage découlant de ressources d'État (97). D'une manière tout à fait classique, le Tribunal (98) a rappelé que la notion de ressources étatiques «englobe tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'État. En conséquence, même si les sommes correspondant à la mesure en cause ne sont pas de façon permanente en possession des autorités publiques, le fait qu'elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'État» (point 25 de l'arrêt).

55. — Dans son arrêt *Iride et Iride Energia* précité du 11 février 2009, le Tribunal a fait application de ces principes bien connus à un mécanisme par lequel les autorités italiennes avaient créé un compte spécifique auprès d'un organisme à statut public — la caisse de péréquation pour le secteur de l'électricité (CCSE) — alimenté par des sommes prélevées auprès de l'ensemble des consommateurs d'électricité. Les requérantes soutenaient que ce mécanisme devait s'analyser juridiquement comme prévoyant une obligation imposée par l'État à

(97) Trib. 21 mai 2010 précité, point 217.

(98) Trib. 11 février 2009, *Iride et Iride Energia c. Commission*, précité.

une catégorie de personnes privées, à savoir les consommateurs finaux d'électricité, de transférer certaines sommes à une autre catégorie de personnes privées, à savoir certaines entreprises de production d'électricité, et non comme une aide d'État. Selon elles, la CCSE n'exerçait qu'une fonction de simple intermédiaire comptable entre ces diverses personnes privées et la situation s'apparentait à celle qui avait été à l'origine de l'arrêt *PreussenElektra* (99). Le Tribunal a rejeté l'argument, en soulignant que, dans l'affaire *PreussenElektra*, «au-delà de l'institution de l'obligation légale d'achat à un prix minimal, l'État n'avait joué aucun rôle dans la collecte et/ou la redistribution des fonds en cause : les sommes correspondant au prix d'achat étaient directement transférées entre des acteurs économiques relevant du secteur privé, à savoir les entreprises distributrices d'électricité, d'une part, et les producteurs d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, d'autre part» (point 27 de l'arrêt). Il relève qu'en l'espèce, le produit des sommes prélevées auprès des consommateurs privés était recouvré et géré sur un compte spécifique par la CCSE qui est un organisme public, avant d'être redistribué à ses bénéficiaires, ce qui suffit à lui donner la qualification de ressources d'État.

Dans l'affaire *TV2/Danmark*, Le Tribunal a aussi conclu que les ressources tirées de la redevance dont le montant est fixé par les autorités danoises, dont le paiement est lié à la simple détention d'une poste de télévision ou de radio, et dont le recouvrement est, le cas échéant, opéré conformément aux règles régissant la perception des impôts, sont à la disposition et sous le contrôle des autorités danoises et qu'elles constituent, ainsi, des ressources d'État (100).

56. — L'utilisation des ressources étatiques peut aussi prendre une forme négative, lorsque l'intervention conduit à une perte de ressources qui auraient dû être versées au budget de l'État. Ainsi, dans son arrêt *Pays-Bas c. Commission* précité du 10 avril 2008, le Tribunal était saisi d'un recours à l'encontre d'une décision de la Commission qui avait qualifié d'aide un mécanisme mis en place par les autorités néerlandaises, fixant des normes d'émission pour certains polluants atmosphériques et autorisant les entreprises qui y étaient soumises à négocier entre elles les droits d'émission issus indirectement de ces normes, dans la limite d'un plafond applicable à chacune d'entre elles. Le Tribunal a jugé que la mesure en cause attribuait à ses bénéficiaires

(99) CJ, 13 mars 2001, C-379/89, *PreussenElektra*.

(100) Trib., 22 octobre 2008, précité, point 157. En revanche, le Tribunal a jugé que la Commission n'avait pas motivé de manière suffisante l'inclusion des ressources publicitaires dans les ressources d'État eu égard à la différence de nature entre les deux modes de financement (points 163 et s. de l'arrêt).

un avantage financé au moyen de ressources d'État. Il a relevé qu'en instaurant un régime prévoyant la possibilité de négocier les droits d'émission, les Pays-Bas ont conféré à ces derniers la nature d'actifs incorporels que les entreprises concernées peuvent vendre librement, même s'ils sont liés à un plafond maximal applicable à l'entreprise considérée. Or, ces actifs ont été mis gratuitement à la disposition des entreprises concernées, alors qu'ils auraient pu être vendus ou mis aux enchères, de sorte que les Pays-Bas ont ainsi renoncé à des ressources d'État (101).

57. — Plus novateur est l'arrêt *France Telecom* du 21 mai 2010 précité, dans lequel le Tribunal a précisé que cette condition devait s'interpréter comme impliquant que l'avantage identifié en faveur d'une entreprise devait être «étroitement lié à une charge correspondante grevant le budget de l'État ou à la création, sur le fondement d'obligations juridiquement contraignantes prises par l'État, d'un risque économique suffisamment concret pour ce budget» (point 262 de l'arrêt). On rappellera rapidement que, dans cette affaire, la Commission devait apprécier l'existence d'une aide dans un plan de restructuration de FT mis en œuvre fin décembre 2002. Ce plan avait été financé aussi bien par des opérateurs privés que par les autorités publiques (102) mais la Commission avait relevé que, dès l'été 2002, les autorités françaises avaient clairement annoncé leur volonté d'assurer le relèvement de l'entreprise, engagement qui avait pu influencer le comportement des opérateurs privés. Dans sa décision, la Commission avait déclaré avoir envisagé la possibilité de qualifier ces déclarations d'aides étatiques mais y avoir renoncé en raison de la difficulté de déterminer sans doute possible si elles étaient de nature à engager au moins potentiellement des ressources étatiques. La Commission avait alors opté pour une approche globale considérant que l'opération de restructuration de FT constituait une opération unique, qui avait commencé dès les premières déclarations des autorités françaises et que, prise dans son ensemble, elle constituait une aide. Cette décision a fait l'objet de recours émanant tant des concurrents de FT que de cette dernière et l'État français.

(101) Comme déjà indiqué *supra*, n° 48 et 49, le Tribunal avait en revanche exclu le caractère sélectif de l'avantage en question mais son arrêt a été annulé sur ce point par la Cour dans un arrêt du 8 septembre 2011.

(102) Ce qui, en application du critère de l'opérateur en économie de marché, était de nature à permettre de conclure que l'intervention des pouvoirs publics n'était pas une aide.

58. — Si la présence d'un avantage ne semblait guère faire de doute (103), l'utilisation de ressources publiques n'allait par contre pas de soi. Le Tribunal a commencé par juger que les déclarations de juillet 2002, «en raison de leur caractère ouvert, imprécis et conditionnel, en particulier en ce qui concerne la nature, la portée et les conditions d'une éventuelle intervention étatique en faveur de FT, et compte tenu du contexte factuel dans lequel elles sont intervenues» ne pouvaient «être assimilées à une garantie étatique ou être interprétées comme dévoilant un engagement irrévocable à apporter un concours financier précis au profit de FT, tel qu'un remboursement de ses dettes à brève échéance» (point 279 de l'arrêt (104). Selon le Tribunal, par ses déclarations depuis juillet 2002, faisant appel, du point de vue des marchés financiers, à sa renommée de crédeur et de débiteur solvable et fiable, l'État français a entendu influencer activement sur la réaction de ces marchés, a cherché à obtenir le maintien de la notation de FT dans le but de préparer son refinancement, à un stade ultérieur, dans des conditions économiques plus favorables et à des coûts moindres, mais sans engager directement ou indirectement des ressources d'État. Il a ajouté que le seul fait que, dans un tel contexte, l'État français a eu recours à sa réputation particulière auprès des marchés financiers ne saurait suffire à démontrer que ses ressources étaient exposées à un risque tel qu'il puisse être considéré comme constitutif d'un transfert de ressources d'État (point 206 de l'arrêt). Le Tribunal s'est ensuite attaché à l'annonce par le gouvernement français, le 4 décembre 2002, de son projet d'avance d'actionnaire. Il a considéré qu'il n'était pas établi que cette annonce comportait en soi «un engagement suffisamment précis, ferme et inconditionnel et, partant, juridiquement contraignant, le cas échéant, au regard du droit national pertinent, permettant de conclure à la présence d'un transfert de ressources d'État». Il a aussi souligné que cette annonce n'avait pas été suivie d'une ouverture effective de crédit, de sorte qu'elle ne pouvait être considérée comme constitutive d'un avantage spécifique par rapport aux déclarations antérieures, qui correspondrait à une charge équivalente grevant le budget étatique. Il s'est enfin penché sur l'offre transmise par l'État français à FT le 20 décembre 2002 : rappelant que cette offre n'avait jamais été acceptée par cette dernière, il a estimé

(103) Et a d'ailleurs été confirmée par le Tribunal. Voy. *supra* n° 8 à 10.

(104) Au point suivant, le Tribunal souligne qu'un engagement concret, inconditionnel et irrévocable de ressources publiques de la part de l'État français aurait supposé que ces déclarations précisent, de manière explicite, soit les sommes exactes à investir, soit les dettes concrètes à garantir, soit, à tout le moins, un cadre financier prédéfini, tel qu'une ligne de crédit à concurrence d'un certain montant, ainsi que les conditions d'octroi du concours envisagé.

qu'elle n'avait pas non plus pu impliquer de transfert de ressources d'État.

59. — Dans un deuxième temps, le Tribunal a alors examiné si, sur le fondement d'une approche globale, «la Commission était néanmoins en droit d'apprécier les déclarations depuis juillet 2002 conjointement avec l'annonce du projet d'avance d'actionnaire et l'envoi du contrat d'avance d'actionnaire afin de conclure que le critère du transfert de ressources d'État était rempli en l'espèce» (points 301 et s. de l'arrêt). A cet effet, il s'est livré à un examen minutieux de l'enchaînement des événements, qui l'amène à considérer qu'il n'apparaît nullement que les déclarations depuis juillet 2002 «comportaient déjà en elles-mêmes l'anticipation d'un soutien financier spécifique à l'instar de celui qui s'est finalement concrétisé au mois de décembre 2002» et que, bien au contraire, ce n'est qu'au mois de décembre 2002 que les autorités françaises ont considéré les conditions économiques d'un concours financier comme remplies, ce qui démontre, aux yeux du Tribunal, la «survenance d'une rupture importante dans la succession des événements à ce stade». Pour le Tribunal, compte tenu de la rupture importante dans la succession des événements et dans le comportement des autorités françaises en décembre 2002, la Commission n'était pas en droit d'établir un lien entre un éventuel engagement de ressources d'État, à ce stade, et des avantages octroyés par des mesures antérieures, à savoir les déclarations depuis juillet 2002, d'autant que ces mesures avaient un caractère substantiellement différent de celles prises en décembre 2002. Un «tel lien (...) entre les éléments constitutifs de la notion d'aide s'agissant d'éléments factuels distincts intervenus à des stades différents serait contraire à l'exigence de connexité entre l'avantage et le transfert de ressources d'État (...)» (point 308 de l'arrêt). Le Tribunal a conclu que «même s'il était loisible à la Commission de tenir compte de l'ensemble des événements ayant précédé et influé sur la décision définitive prise par l'État français en décembre 2002 de soutenir FT au moyen d'une avance d'actionnaire pour caractériser un avantage, elle n'a pas réussi à démontrer l'existence d'un transfert de ressources d'État connexe à cet avantage» (point 309 de l'arrêt). Il a donc annulé la décision de la Commission.

E. — *Distorsion de concurrence
et affectation des échanges entre États membres*

60. — Enfin, l'application de l'article 107 TFUE suppose que l'aide affecte la concurrence et les échanges. Les arrêts rendus au cours de la période analysée confirment que la jurisprudence continue à interpréter très largement ces deux conditions et à les examiner le plus sou-

vent simultanément. Cette jurisprudence peut être résumée dans la formule bien connue selon laquelle «toute aide octroyée à une entreprise qui exerce ses activités sur le marché communautaire est susceptible de causer des distorsions de concurrence et d'affecter les échanges entre États membres» (105).

Pour ce qui est de la distorsion de concurrence, elle est considérée par la jurisprudence comme une conséquence constante et nécessaire d'un avantage octroyé, de manière sélective, à certaines entreprises ou productions. Le Tribunal a ainsi souligné dans son arrêt *Holland Malt* (106), à propos d'une aide à une malterie que «la mesure litigieuse étant une subvention à un investissement visant à la modernisation et à l'accroissement des capacités de production de la requérante, elle renforce nécessairement la position concurrentielle de l'entreprise bénéficiaire par rapport à celle de ses concurrents, qui doivent soit financer de tels investissements au moyen de leurs propres ressources, soit y renoncer» (point 48 de l'arrêt). En d'autres termes, une intervention extérieure de caractère sélectif sur un marché ne peut qu'altérer le jeu de la concurrence sur ce marché.

Dans la foulée, la jurisprudence établit un lien entre distorsion de concurrence et affectation des échanges, dans les termes suivants «lorsqu'une aide financière accordée par l'État renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide» (point 49 de l'arrêt) et ce «même si l'entreprise bénéficiaire ne participe pas elle-même aux exportations» (107).

La Cour et le Tribunal ont encore rappelé que la Commission n'était pas tenue d'établir une incidence réelle des aides sur les échanges entre États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si ces aides sont susceptibles d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence (108). En outre, si la Commission a correctement exposé en quoi les aides litigieuses étaient susceptibles d'avoir de tels effets, il ne lui incombe pas de procéder à

(105) CJ, 30 avril 2009, C-494/06 P, *Commission c. Wam*, point 50; Trib., 11 juin 2009, T-297/02, *ACEA c. Commission*, point 85.

(106) Trib., 9 septembre 2009, T-369/06, *Holland Malt c. Commission*.

(107) CJ, 30 avril 2009, précité, point 52; Trib., 8 septembre 2009, T-303/05, *AceaElectrabel c. Commission*, point 59; Trib., 6 octobre 2009, *FAB. c. Commission*, précité, point 56.

(108) Trib., 4 mars 2009, *Italie c. Commission*, précité, point 153; Trib., 11 juin 2009, *ACEA c. Commission*, précité, point 83; Trib., 10 septembre 2009, *Banco Comercial dos Açores c. Commission*, précité, point 86; Trib., 15 décembre 2009, *EDF*, précité, point 143.

une analyse économique de la situation réelle du marché concerné, de la part de marché des entreprises bénéficiaires des aides, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges en cause entre États membres (109).

Enfin, dans le cas d'un régime d'aides, la Commission «peut se borner à étudier les caractéristiques du régime en cause pour apprécier dans les motifs de sa décision si, en raison des modalités que ce programme prévoit, celui-ci est de nature à profiter essentiellement à des entreprises qui participent aux échanges entre États membres» (110).

Le Tribunal, en application de ces principes, a rejeté plusieurs argumentations tendant à faire valoir que la Commission n'aurait pas établi que cette double condition était remplie.

61. — Ainsi, dans l'affaire *FAB* (111), où les autorités allemandes avaient octroyé une aide en faveur de l'introduction de la télévision numérique dans plusieurs Länder, il a souligné, dans son arrêt précité du 6 octobre 2009, que, pour la désignation des opérateurs en charge de la télévision numérique, il n'y avait eu ni procédure ouverte d'adjudication ni d'appel d'offres et que seuls les radiodiffuseurs privés locaux ou d'envergure internationale déjà établis sur le marché de la radiodiffusion en cause ont pu effectivement bénéficier de la subvention pour le passage à la télévision numérique. Il s'ensuit, selon le Tribunal que «l'accès audit marché a été rendu plus difficile, voire plus coûteux, pour les entreprises concurrentes, allemandes ou d'un autre État membre, car elles ont été ainsi privées de la chance d'accéder au même bénéfice par le biais d'un marché public» (point 57 de l'arrêt).

62. — Dans l'affaire *Holland malt* (112), où une malterie avait bénéficié d'une aide à l'investissement visant à la modernisation et à l'accroissement de ses capacités de production, il s'est penché sur le marché à prendre en considération pour déterminer si cette aide affectait les échanges entre États membres. La Commission avait en effet relevé que «la mesure en cause concerne un produit (le malt) pour lequel le volume des échanges intracommunautaires est important» et l'entreprise bénéficiaire, à l'appui de son recours, faisait valoir qu'en raison des caractéristiques innovatrices du malt qu'elle produisait, elle

(109) Trib., 4 septembre 2009, *Italie c. Commission*, T-211/05, point 157; Trib., 15 décembre 2009, *EDF*, précité, point 145.

(110) Trib., 4 mars 2009, *Italie c. Commission*, précité, point 160; Trib., 11 juin 2009, *ACEA c. Commission*, précité, point 86; Trib., 4 septembre 2009, *Italie c. Commission*, précité, point 160.

(111) Trib., 6 octobre 2009, *FAB. c. Commission*, précité.

(112) Trib., 9 septembre 2009, *Holland Malt c. Commission*, précité, point 38.

opérait sur un marché distinct, à savoir celui du malt premium, sur lequel elle ne serait pas en concurrence avec les autres producteurs de l'Union. Le Tribunal a souligné que c'était à l'issue d'une analyse approfondie du marché en cause que la Commission était arrivée à la conclusion que le malt était un produit de caractère générique et que ni les Pays-Bas, ni la requérante n'ont pu fournir de données statistiques distinctes spécifiquement relatives à la production ou à la commercialisation du malt premium, qui pourraient établir que la Commission aurait ainsi commis une erreur d'appréciation.

63. — A propos d'une compensation d'un montant surestimé accordée à une entreprise exerçant des activités d'assistance au sol, de maintenance et de réparation d'avions, le Tribunal a jugé (113) que la Commission avait établi à suffisance une distorsion de concurrence justifiant la qualification d'aide d'État en relevant que la mesure avait renforcé la position de l'entreprise bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises, ajoutant que, dès le moment où le marché des services d'assistance au sol avait été libéralisé, cette aide était susceptible de fausser la concurrence avec d'autres entreprises de l'Union et donc d'affecter les échanges entre États membres. Le Tribunal a ajouté que la circonstance que la plupart des aéroports helléniques étaient desservis par cette entreprise sur la base d'obligations de service public n'est pas de nature à exclure l'existence d'une situation de concurrence.

64. — Le Tribunal (114) a encore été amené à se prononcer sur la question de savoir si la concurrence est susceptible d'être affectée lorsque les entreprises bénéficiaires exercent leurs activités dans le domaine des services publics locaux. Il a souligné qu'en l'espèce, il s'agissait de secteurs dans lesquels les entreprises concourent pour s'adjuger les concessions de services publics locaux dans les différentes communes, de sorte que le marché de ces concessions est donc un marché ouvert à la concurrence. Il a rejeté l'argument selon lequel aucune concurrence n'existerait dans le domaine des services publics locaux dès lors que ces derniers seraient attribués *intuitu personae* car cette circonstance n'infirmait pas la constatation que le marché est au moins dans une certaine mesure ouvert à la concurrence. Enfin, il a relevé que les aides en cause pouvaient faciliter l'expansion des entreprises bénéficiaires sur d'autres marchés ouverts à la concurrence, produisant ainsi des effets de distorsion même dans des secteurs autres que les services publics locaux.

(113) Trib., 13 septembre 2010, *Grèce c. Commission*, précité, point 312.

(114) Dans ses deux arrêts rendus le 11 juin 2009 dans les affaires T-297/02, *ACEA c. Commission*, et T-222/04, *Italie c. Commission*.

Passant à l'examen de la condition de l'affectation des échanges, le Tribunal a souligné que la circonstance que les entreprises bénéficiaires d'une aide opèrent seules sur leur marché national ou sur leur territoire d'origine n'est pas déterminant car les échanges interétatiques sont affectés lorsque les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de fournir leurs services sur le marché national concerné sont diminuées et que la mesure est susceptible de créer un obstacle pour les entreprises étrangères désireuses de s'implanter dans le pays ou d'y proposer leurs services. En l'espèce, il est arrivé à la conclusion que la mesure en cause portait préjudice aux entreprises étrangères qui soumissionnent pour des concessions locales de services publics en Italie dès lors que les entreprises publiques bénéficiaires du régime en cause peuvent proposer des prix plus compétitifs que leurs concurrents nationaux ou communautaires, qui n'en bénéficient pas et qu'elle rendait moins attractif pour les entreprises d'autres États membres l'investissement dans le secteur des services publics locaux en Italie (par exemple, par la prise d'une participation majoritaire), puisque les entreprises rachetées ne seraient pas admises au bénéfice (ou pourraient perdre le bénéfice) de la mesure concernée du fait de la nature de leurs nouveaux actionnaires.

65. — Enfin, s'agissant d'une aide à un réseau de chauffage urbain, le Tribunal (115) a rejeté l'argument selon lequel la chaleur produite par un réseau de chauffage urbain ne pourrait, de par sa nature, faire l'objet d'importations ou d'exportations, de sorte que les échanges entre États membres ne sauraient être affectés. Il a souligné, d'une part, que le chauffage urbain a pour objectif de remplacer le chauffage individuel des habitations d'un quartier produit par d'autres sources d'énergie, qui font l'objet d'échanges entre les États membres et, d'autre part, ce réseau de chauffage urbain n'est, en lui-même, pas producteur de chaleur, mais qu'il est alimenté en énergie par une centrale de cogénération qui est elle-même alimentée par une source d'énergie qui fait l'objet d'échanges entre les États membres.

66. — La jurisprudence met souvent l'accent sur le fait qu'«un secteur économique qui a fait l'objet d'une libéralisation au niveau communautaire est de nature à caractériser une incidence réelle ou potentielle des aides sur la concurrence, ainsi que leur effet sur les échanges entre États membres» (116). La Cour a eu à connaître de l'argument

(115) Trib., 8 septembre 2009, *AceaElectrabel c. Commission*, précité, points 63 et s.

(116) Trib., 4 mars 2009, *Italie c. Commission*, précité, point 153.

inverse dans un arrêt du 10 juin 2010 (117), où était en cause une subvention accordée à l'entreprise Tirrenia pour des activités de cabotage maritime, exercées à l'intérieur d'un seul État membre, et ce avant la libéralisation de ce marché. En réponse à un argument du gouvernement italien, la Cour a jugé que «le fait que l'abolition des restrictions à la libre prestation des services de transport maritime à l'intérieur des États membres soit postérieure à la période concernée dans l'affaire au principal n'exclut pas nécessairement que les subventions en cause au principal aient été susceptibles d'affecter les échanges entre États membres et qu'elles aient faussé ou menacé de fausser la concurrence». La Cour a souligné à cet égard, d'une part, qu'il ne peut être exclu que Tirrenia ait été en concurrence avec des entreprises d'autres États membres sur les lignes internes concernées; d'autre part, qu'en l'absence de comptabilité séparée pour les différentes activités de Tirrenia, il existe un risque que les recettes tirées de son activité de cabotage ayant bénéficié des subventions en cause aient été utilisées au profit d'activités exercées par elle sur les lignes internationales. La Cour ajoute que c'est à la juridiction nationale qu'il incombe de vérifier ces deux points.

SECTION II. — LES DÉROGATIONS
À L'INCOMPATIBILITÉ DES AIDES D'ÉTAT

67. — Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'indiquer, l'interdiction de principe des aides d'État n'est ni absolue ni inconditionnelle, dans la mesure où l'article 107 TFUE a assorti celle-ci de larges exceptions, qui font l'objet du paragraphe 2 (A) et du paragraphe 3 (B) de cette disposition. Après l'examen de celles-ci, nous nous attacherons plus particulièrement à la problématique des aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté (C). Enfin, s'agissant des compensations de missions de service d'intérêt économique général, il conviendra de se référer à la disposition de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (D).

A. — *Les dérogations «obligatoires»
du paragraphe 2*

68. — Trois catégories d'aides sont susceptibles de bénéficier de dérogations à ce titre :

(117) C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, points 47 et s.

«a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits;

b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires;

c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division» (118).

Au cours de la période analysée, la jurisprudence n'a été amenée à se prononcer que sur la portée à donner à la dérogation du point b) dans deux arrêts d'une importance inégale.

69. — Le plus important est l'arrêt *Olympiaki Aeroporia Ypiresies* (119), dans lequel le Tribunal a annulé la décision de la Commission du 26 avril 2006 relative à l'aide accordée par les autorités grecques à une compagnie aérienne suite aux attentats du 11 septembre 2001.

Le caractère extraordinaire des événements du 11 septembre 2001 au sens de l'article 107, paragraphe 2, sous b), TFUE n'était pas contesté en l'espèce mais la question portait sur l'existence d'un lien de causalité direct entre ces événements et les dommages spécifiques invoqués par la requérante. Le Tribunal a commencé par rappeler que le deuxième paragraphe de l'article 107 TFUE, à la différence du paragraphe 3, vise des aides qui sont compatibles de droit avec le marché intérieur à condition qu'elles remplissent certains critères objectifs et que la Commission est tenue de déclarer de telles aides compatibles avec le marché intérieur, dès lors que ces critères sont remplis, sans disposer du pouvoir d'appréciation que lui confère le paragraphe 3.

Il ajoute que le point b) de ce paragraphe autorise seulement la compensation des désavantages économiques causés directement par des calamités naturelles ou d'autres événements extraordinaires de sorte qu'un lien direct entre les dommages causés par l'événement extraordinaire et l'aide étatique doit exister et qu'une évaluation aussi précise que possible des dommages subis est nécessaire.

Après le rappel de ces principes, le Tribunal constate que, dans sa décision, la Commission a exclu de l'indemnisation tous les vols postérieurs au 14 septembre 2001, conformément à sa communication du

(118) On notera que le traité de Lisbonne permet au Conseil, cinq ans après son entrée en vigueur, de mettre fin à cette dérogation par un vote à la majorité qualifiée (phrase ajoutée à ce point c)).

(119) Trib. 25 juin 2008, T-268/06, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies c. Commission*.

10 octobre 2001 sur les conséquences pour l'industrie du transport aérien après les attentats aux États-Unis (120). Le Tribunal considère que, dans le contexte des dérogations du paragraphe 2, une aide, si elle remplit les conditions qu'il vient de rappeler, doit être déclarée compatible avec le marché intérieur, même si la Commission a adopté une position différente dans le cadre d'une communication antérieure concernant la mesure en question (121) et par conséquent, la seule condition à vérifier est celle du lien direct avec l'événement extraordinaire. Or, selon le Tribunal, l'existence d'un tel lien direct ne présuppose pas leur simultanéité et la possibilité de reconnaître l'existence d'un tel lien, même si le dommage est né peu de temps après l'événement, ne saurait être exclue de façon générale.

Le Tribunal examine alors si c'est à bon droit que la Commission a exclu de l'indemnisation l'annulation du vol aller-retour à destination de New York initialement prévu le 15 septembre 2001 et des deux vols aller-retour à destination de Toronto via Montréal initialement prévus les 15 et 16 septembre 2001. Pour le premier vol, le Tribunal constate que rien n'établit que la requérante a effectivement été dans l'impossibilité d'atterrir à l'aéroport JFK en raison de l'absence de créneaux horaires, de sorte que la décision de la Commission était justifiée. S'agissant des deux autres vols, la Commission, dans sa décision, avait considéré que l'annulation était due à un choix de la requérante qui soit n'avait pas d'autres aéronefs disponibles et avait préféré assurer d'autres vols réguliers, soit n'avait pas le temps d'effectuer les vérifications techniques requises ou de réserver les créneaux horaires nécessaires. Pour ce qui est du vol du 15 septembre, le Tribunal relève qu'il a été annulé parce que l'aéronef qui devait l'effectuer avait été contraint par les autorités canadiennes de demeurer à Halifax du 11 au 15 septembre 2001. Il souligne, s'agissant de l'absence d'autres aéronefs disponibles, que demander à une compagnie aérienne de réserver des aéronefs afin de faire face aux conséquences d'un événement tel que les attentats du 11 septembre 2001 revient à nier le caractère extraordinaire de cet événement et, pour ce qui est du prétendu choix de la requérante d'effectuer d'autres vols réguliers, il relève que ce n'est en réalité pas un choix mais une obligation de nature contractuelle vis-à-vis des passagers de ces vols. En revanche, en ce qui concerne l'annulation du vol du 16 septembre, le Tribunal suit la

(120) Voy., au sujet de la portée des communications dans le contexte des dérogations du paragraphe 3, *infra*, n° 82.

(121) Date à laquelle avait pris fin la fermeture de l'espace aérien des États-Unis, considérée tout comme les attentats eux-mêmes comme un événement extraordinaire au sens de l'article 87 [107], paragraphe 3, b), CE [TFUE].

Commission et considère qu'à défaut d'informations plus précises quant au délai absolument nécessaire pour avertir les passagers et réserver les créneaux horaires, l'argumentation de la requérante à cet égard ne saurait être acceptée.

70. — On mentionnera aussi l'arrêt *Hotel Cipriani* précité du 28 novembre 2008, dans lequel le Tribunal a jugé que la Commission avait pu considérer à bon droit dans la décision attaquée que «le phénomène des grandes marées à Venise ne pouvait pas être considéré comme une calamité naturelle ou un événement extraordinaire au sens de l'article 87, paragraphe 2, sous b), CE» (point 341 de l'arrêt).

B. — *Les dérogations «facultatives»
du paragraphe 3*

71. — Sont visées ici quatre catégories d'aides (122) :

«a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous emploi;

b) les aides destinées à promouvoir un projet important d'intérêt européen ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre;

c) les aides destinées à favoriser le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun;

d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun».

72. — L'importance pratique des dérogations visées par le paragraphe 3 est sans aucune commune mesure avec celle des dérogations entrant dans le champ d'application du paragraphe 2. De plus, la Commission dispose ici d'un large pouvoir d'appréciation, en particulier pour la mise en œuvre du point c), qui représente la plus grande part des cas d'application, tant en nombre de dossiers traités qu'en importance des montants en jeu.

(122) Signalons que le point e) évoque «les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission». En pratique, l'intervention du Conseil a uniquement porté sur les aides à la construction navale et ce entre 1970 et 2003. Il n'y a plus d'application de cette dernière catégorie d'aides depuis lors.

Les arrêts rendus au cours de la période analysée ont confirmé et clarifié la jurisprudence antérieure sur plusieurs points : les principes généraux à prendre en considération par la Commission dans son appréciation de la compatibilité des aides (a), la portée et le rôle que jouent en la matière les lignes directrices adoptées par la Commission (b) et les règlements d'exemption adoptés par cette dernière (c). Ils ont enfin apporté certaines précisions quant à l'interprétation à donner à chacune des dérogations visées (d).

a) *Les critères généraux d'appréciation de la compatibilité des aides*

(i) *Le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de la Commission*

73. — Les différents arrêts rendus par la Cour et le Tribunal au cours de la période analysée (123) ont rappelé le principe fondamental énoncé par la Cour dès 1980 dans son célèbre arrêt *Philips Morris* : pour la mise en œuvre de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, «la Commission jouit d'un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice implique des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire» (124). L'examen auquel doit se livrer la Commission implique la prise en considération et l'appréciation de faits et de circonstances économiques complexes. Dès lors, comme le juge de l'Union ne peut substituer son appréciation en fait, notamment sur le plan économique, à celle de l'auteur d'une décision, son contrôle doit se limiter à la vérification des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir. Enfin, c'est dans le seul cadre de l'article 107, paragraphe 3, sous c, TFUE, que la légalité d'une décision de la Commission constatant qu'une aide ne répond pas aux conditions d'application de cette dérogation doit être appréciée et non au regard d'une pratique décisionnelle antérieure de la Commission, à supposer celle-ci établie (125).

(123) CJ, 11 septembre 2008, C-75/05 P et C-80/05 P, *Allemagne c. Kronofrance*, point 59; Trib., 15 avril 2008, T-348/04, *SIDE c. Commission*, point 96; Trib., 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani e.a. c. Commission*, précité, point 290; Trib., 11 février 2009, *Iride et Iride Energia c. Commission*, précité, point 82; Trib., 9 septembre 2009, *Holland Malt c. Commission*, précité, point 92; Trib. 9 septembre 2009, T-211/05, *Italie c. Commission*, point 169; 6 octobre 2009, *FAB c. Commission* précité, point 77; Trib., 8 juillet 2010, T-396/08, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission*, point 42 (pourvoi rejeté par CJ, 21 juillet 2011, C-459/10 P).

(124) CJ, 17 septembre 1980, 730/79, point 24.

(125) Trib., 4 septembre 2009, *Italie c. Commission*, précité, point 167; Trib., 8 juillet 2010, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission*, précité, point 54.

Le pouvoir discrétionnaire de la Commission s'exerce cependant en prenant en compte plusieurs paramètres visant à prendre en considération l'intérêt commun.

(ii) *La contribution effective de l'aide à la réalisation d'un objectif d'intérêt général*

74. — A ce titre, et en premier lieu, comme la jurisprudence l'a souligné à plusieurs reprises lors de la période analysée, la première condition essentielle pour qu'une aide puisse être considérée comme compatible avec l'article 107, paragraphe 3, TFUE est que la Commission puisse constater que cette aide contribue effectivement à la réalisation de l'un des objectifs cités, objectifs que l'entreprise bénéficiaire ne pourrait atteindre par ses propres moyens dans des conditions normales de marché (126). En d'autres termes, afin qu'une aide puisse bénéficier d'une des dérogations prévues à l'article 107, paragraphe 3, TFUE, l'aide doit non seulement être conforme à l'un des objectifs visés par les lettres a), b), c) ou d) de cette disposition, mais elle doit également être nécessaire pour atteindre ces objectifs. En effet, une aide qui apporte une amélioration de la situation financière de l'entreprise bénéficiaire sans être nécessaire pour atteindre les buts prévus au paragraphe 3 ne saurait être considérée comme compatible avec le marché intérieur.

Il en résulte notamment que les «aides au fonctionnement», à savoir les aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales, ne relèvent pas de cette disposition parce qu'elles faussent la concurrence dans les secteurs où elles sont octroyées sans pour autant être capables, par leur nature même, d'atteindre l'un des buts fixés par cette disposition (127). Ainsi, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que ces aides pourraient être compatibles avec le marché intérieur (128).

Le Tribunal a fait application de ces principes dans plusieurs arrêts au cours de la période analysée.

(126) Trib. 8 juillet 2010, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission*, précité, points 46 et s.

(127) Trib. 15 avril 2008, *SIDE c. Commission*, précité, point 99, Trib. 9 septembre 2009, *Italie c. Commission*, précité, point 173, Trib., 14 janvier 2009, T-162/06, *Kronoply c. Commission*, point 75.

(128) Trib. 9 septembre 2009, *Italie c. Commission*, précité, point 174.

75. — En premier lieu, dans l'arrêt *SIDE* du 15 avril 2008 (129), le Tribunal a annulé la décision de la Commission relative aux aides accordées par l'État français au CELF pour couvrir les surcoûts découlant pour cette entreprise du traitement de petites commandes afin d'assurer la diffusion de la langue et de la littérature française. Le Tribunal a constaté que la Commission a autorisé ces aides après être arrivée à la conclusion qu'elles n'avaient pas surcompensé les coûts inhérents au traitement des petites commandes. Il a considéré que la Commission, en procédant à une estimation des coûts de traitement des petites commandes et en appliquant des coefficients multiplicateurs à son estimation initiale, fondée sur des données relatives à la seule année 1994, avait commis une erreur manifeste d'appréciation qui l'avait conduite à une surévaluation de ces coûts (130).

(129) Cet arrêt est le troisième arrêt rendu par le Tribunal dans cette affaire qui a opposé la *SIDE* au CELF et qui a commencé en 1992 lorsque la *SIDE* a attiré l'attention de la Commission sur des aides dont le CELF bénéficiait depuis 1980. Par une décision rendue le 18 mai 1993, la Commission avait autorisé l'ensemble du régime d'aide à l'exportation des livres en langue française, compte tenu de la situation particulière de la concurrence dans le secteur du livre et du but culturel des régimes d'aide en cause. Cette décision a été partiellement annulée par le Tribunal dans un arrêt du 18 septembre 1995, T-49/93, au motif que, avant d'autoriser l'aide accordée au CELF lui-même pour les petites commandes de livres en langue française, la Commission aurait dû engager la procédure formelle d'examen. Après avoir ouvert la procédure formelle, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen qui l'a conduite à adopter le 10 juin 1998 une deuxième décision autorisant cette aide qui poursuit un but culturel et n'est pas de nature à altérer les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun sur le marché de l'exportation du livre en langue française. Saisi d'un nouveau recours, le Tribunal, par un arrêt du 28 février 2002, T-155/98, avait annulé cette décision au motif que la Commission aurait dû procéder aux vérifications nécessaires en vue de distinguer le marché de la commission de celui de l'exportation du livre en langue française en général. La Commission a alors adopté une troisième décision, qui elle aussi a fait l'objet d'un recours et d'une annulation par l'arrêt du 15 avril 2008. En parallèle, la Cour, dans deux arrêts rendus respectivement le 12 février 2008, C-199/06 et le 11 mars 2010, C-1/09, avait dû se prononcer sur les obligations des juridictions nationales en présence de décisions de la Commission déclarant compatibles avec le marché intérieur des aides illégales, dans ce cas de figure assez particulier de trois décisions successives déclarant une aide compatible avec le marché intérieur, qui ont ensuite été annulées par le juge européen. Finalement, le 14 décembre 2010, la Commission a adopté une décision négative à l'égard de l'aide en cause. Le CELF, qui a été mis en liquidation en septembre 2009, n'a pas introduit de recours à l'encontre de cette décision, mettant ainsi une fin définitive à cette saga (voir J. DERENNE, «Juge national et récupération d'aide illégale : enseignements des arrêts 'CELF I et II'», *R.D.C.-T.B.H.*, 2010/7, septembre 2010, pp. 673 à 684).

(130) Ainsi le Tribunal a souligné qu'il était manifestement incohérent de soutenir que l'absence de télétransmission est une source de surcoûts et, en même temps, d'appliquer un coefficient multiplicateur identique aux commandes télétransmises et aux commandes non télétransmises (point 124 de l'arrêt).

76. — En revanche, dans l'arrêt *Kronoply* du 14 janvier 2009, le Tribunal a rejeté un recours en annulation à l'encontre de la décision de la Commission du 21 septembre 2005 qui avait déclaré incompatible avec le marché intérieur l'aide que les autorités allemandes projetaient d'accorder à l'entreprise Kronoply, et refusé de faire bénéficier cette aide de la dérogation de l'article 107, paragraphe 3, sous c) au motif qu'elle ne remplissait pas les deux conditions essentielles pour l'octroi de cette dérogation : l'effet incitatif et la nécessité. En l'espèce, il s'agissait d'une aide complémentaire à une aide antérieurement autorisée par la Commission. Le Tribunal s'est concentré sur les critiques de la requérante relatives à l'absence de nécessité de l'aide litigieuse. Il a relevé que, dès lors que la requérante n'avait pas établi que cette aide supplémentaire lui était économiquement nécessaire pour la réalisation complète du projet d'investissement en cause c'était à bon droit que la Commission avait, de ces circonstances, considéré que l'aide litigieuse n'exigeait du bénéficiaire ni contrepartie ni contribution à un objectif d'intérêt commun et qu'il s'agissait donc d'une aide au fonctionnement destinée à couvrir les dépenses courantes qu'elle devait normalement supporter, laquelle ne pouvait être autorisée. Il a ajouté que cette absence de nécessité de l'aide supplémentaire était corroboré par le constat fait par la Commission que le projet d'investissement en cause avait été entièrement exécuté par la requérante au moyen de l'aide initialement autorisée et avant la notification de l'aide litigieuse (131).

77. — Dans son arrêt précité *Italie c. Commission* du 4 septembre 2009 (132), qui concernait des incitations fiscales pour encourager les sociétés à se faire coter en bourse, le Tribunal a examiné de manière distincte la réduction d'impôt et la déduction du revenu imposable des coûts inhérents à la cotation. S'agissant de la réduction d'impôt, il a pu se borner à constater qu'elle «n'est pas directement liée aux coûts de la cotation ou à d'autres prétendus désavantages découlant de l'admission à la cote. Par conséquent, elle ne peut en aucun cas être qualifiée de mesure visant à promouvoir la cotation en bourse» (point 177). Par contre, s'agissant de la déduction du revenu imposable, le Tribunal reconnaît qu'elle pourrait, dans la mesure où elle est liée à des coûts inhérents à la cotation «en principe, être considérée comme visant à promouvoir la cotation en bourse» de sorte qu'il doit

(131) Arrêt précité du 14 janvier 2009. Le Tribunal n'a pas examiné le grief reprochant à la Commission d'avoir considéré que l'aide litigieuse ne remplissait pas la condition de l'effet incitatif, l'absence de nécessité suffisant à justifier la décision adoptée par la Commission.

(132) *Italie c. Commission*, précité, point 182.

examiner «si la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en alléguant que ladite mesure ne poursuivait pas un objectif susceptible d'être visé par l'article 87, paragraphe 3, sous c), CE» (point 178). Il arrive cependant à la conclusion que la Commission a, à bon droit, qualifié cette aide d'aide au fonctionnement car «la cotation en bourse, en elle-même, n'est pas un investissement spécifique, puisqu'elle ne constitue pas une dépense en investissements matériels ou immatériels, ni une dépense pour l'engagement de nouveau personnel lié à un nouvel investissement mais est plutôt une opération complexe par laquelle les sociétés qui se font coter poursuivent des objectifs financiers, liés à l'accès à des sources de capital déterminées» (point 182).

78. — Enfin, dans son arrêt *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt* du 8 juillet 2010, le Tribunal a jugé que c'était à bon droit que la Commission n'avait autorisé que partiellement une aide accordée par les autorités allemandes à l'entreprise DHL en faveur des mesures de formation que cette entreprise entendait mettre en œuvre pour les salariés de son centre de logistique, après avoir constaté qu'une partie de l'aide n'était pas nécessaire pour les mesures de formation en cause et couvrirait des charges d'exploitation normales de l'entreprise, que celle-ci devait normalement supporter elle-même. Il a souligné qu'une aide qui permet de réaliser une formation qui n'aurait pas été mise en œuvre par une entreprise sans l'octroi de ladite aide, notamment en raison du fait que cette entreprise sous-investit dans la formation, doit être considérée comme «nécessaire», au sens de ladite jurisprudence. En revanche, une aide permettant de réaliser une formation qui aurait de toute façon été mise en œuvre par l'entreprise bénéficiaire, y compris sans l'obtention de ladite aide, ne saurait être considérée comme telle. En effet, dans cette hypothèse, l'aide viserait, en fait, à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales.

(iii) *La balance coût/avantage*

79. — La balance coût/avantage est un des éléments clés du plan d'action en matière d'aides d'État présenté par la Commission en 2005 (133), dans lequel elle annonce que, pour statuer sur la compatibilité d'une aide, elle commencera par en évaluer les effets positifs, en cherchant à comprendre, grâce à une analyse économique plus fine

(133) Plan d'action en matière d'aides d'État, «Des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009», Doc. COM (2005) 107 final.

pourquoi le marché ne permet pas à lui seul d'atteindre les objectifs d'intérêt commun souhaités (défaillance du marché) et en vérifiant si l'aide a été conçue de manière adéquate pour atteindre l'objectif recherché, avant d'en évaluer les effets négatifs, qui sont quant à eux fonction du niveau de distorsion créé par une aide.

Ce type d'analyse a été au centre des deux arrêts rendus par le Tribunal le 6 octobre 2008 à propos de l'aide en faveur de l'introduction de la télévision numérique mise en place dans plusieurs Länder (134). Les bénéficiaires de l'aide soutenaient que l'aide pouvait être justifiée par une défaillance du marché liée «d'une part, du point de vue des problèmes de coordination entre les différents acteurs du marché et, d'autre part, du point de vue des effets extérieurs positifs liés au passage à la TNT, notamment la meilleure utilisation du spectre des fréquences à la disposition des radiodiffuseurs». Les autorités allemandes, quant à elles, faisaient valoir que la Commission, en se fondant, dans la décision attaquée, sur le seul critère de la défaillance du marché pour apprécier la compatibilité de l'aide avait mal exercé son pouvoir d'appréciation. Dans l'arrêt *Allemagne c. Commission*, le Tribunal commence par relever que l'Allemagne elle-même, au cours de la procédure, s'était référée au marché et à ses carences pour justifier la nécessité d'une intervention publique, de sorte qu'elle ne peut reprocher à la Commission d'avoir utilisé ce critère d'analyse. Il souligne ensuite que l'Allemagne ne précise pas quelles seraient concrètement les carences structurelles qui entraveraient le marché de la radiodiffusion dans la région de Berlin-Brandebourg et qui seraient, par conséquent, de nature à justifier, le cas échéant, la mesure d'aide d'État en cause, pas plus qu'elle n'établit qu'en l'absence d'un financement public des radiodiffuseurs privés pour le passage à la TNT, la partie de la population qui ne reçoit la télévision ni par le câble ni par le satellite n'aurait pas eu accès à la TNT. Il ajoute que, dans la décision attaquée, la Commission a analysé «dans quelle mesure l'aide permettait de «passer de la transmission analogique à la transmission numérique, [de] soutenir les innovations techniques de la réception mobile et portable, [de] maintenir la concurrence entre les différentes voies de transmission au niveau des infrastructures et [de] promouvoir la diversité de l'offre et le pluralisme» (point 62 de l'arrêt). S'agissant des effets incitatifs de la mesure d'aide litigieuse, le Tribunal relève que «ces effets ont été analysés par la Commission dans la décision attaquée, qu'il s'agisse des coûts de transmission, de l'attribution d'emplacements de chaîne ou du développement de services

(134) Qui a donné lieu aux deux arrêts du Tribunal du 6 octobre 2009, T-8/06, *FAB c. Commission*, précité et T-21/06, *Allemagne c. Commission*.

supplémentaires» (point 63 de l'arrêt). Le Tribunal souligne enfin que, dans d'autres Länder, le passage à la TNT a été réalisé sans un quelconque financement public des radiodiffuseurs privés, pour conclure qu'«il n'est pas établi que la subvention versée aux radiodiffuseurs privés pour la prise en charge de tout ou partie des coûts de transmission liés à ce passage constituait un moyen nécessaire et approprié pour atteindre cet objectif» (point 65). Dans l'autre arrêt, le Tribunal s'est borné à constater qu'il n'était pas démontré que le versement d'une subvention était nécessaire en vue d'inciter les radiodiffuseurs privés à réaliser ce passage en abandonnant la diffusion analogique et en particulier qu'il n'était établi que le même but n'aurait pu être atteint par des mesures publiques alternatives moins restrictives pour la concurrence qu'une aide d'État (point 82 de l'arrêt).

(iv) *La prise en compte des autres règles du traité*

80. — Au cours de la période analysée, la Cour, comme le Tribunal, ont rappelé, conformément à une jurisprudence constante, que la Commission ne peut déclarer compatible avec le marché intérieur une aide qui enfreint d'autres dispositions du traité, et en particulier celles qui interdisent les droits de douane et les taxes d'effet équivalent à des droits de douane ou les impositions intérieures discriminatoires sur les échanges.

Dans un arrêt du 22 décembre 2008 (135), où — fait assez rare en matière d'aide d'État — elle était saisie d'une demande en appréciation de validité d'une décision de la Commission déclarant compatible un régime d'aides à l'expression radiophonique mis en place par les autorités françaises, la Cour a souligné que le mode de financement d'une aide peut rendre l'ensemble du régime d'aides qu'il sert à financer incompatible avec le marché intérieur, s'il fait partie intégrante de ce régime et qu'il ne respecte pas les règles en matière d'interdiction des droits de douane et des impositions discriminatoires. Elle en a déduit que, «dans la mesure où la Commission, pour apprécier la conformité du régime d'aides en cause avec les règles du traité en matière d'aides d'État, n'a pas pris en considération le mode de financement de ces aides, alors que ce dernier faisait partie intégrante de ce régime, l'appréciation de la compatibilité dudit régime avec le marché commun est nécessairement entachée d'une erreur».

(135) C-333/07, *Société Régie Networks*, point 116.

Le Tribunal, quant à lui, a annulé dans un arrêt du 9 septembre 2010 (136), la décision de la Commission déclarant compatible avec le marché intérieur l'exemption d'une taxe environnementale (taxe sur les granulats) accordée en Irlande du Nord, alors qu'il était allégué qu'elle avait pour effet d'engendrer une discrimination fiscale interdite par ces dispositions (137). Le Tribunal a constaté que la Commission avait examiné l'aide au regard de l'encadrement sur les aides à l'environnement mais n'avait absolument pas abordé la question de la prétendue discrimination fiscale, alors qu'il résulte du dossier que le régime d'exemption a pour conséquence que les granulats vierges extraits en Irlande du Nord par des producteurs ayant conclu un accord environnemental bénéficient d'un taux plus favorable que les produits identiques importés d'Irlande qui sont taxés au taux plein, que les producteurs de granulats établis en Irlande ne peuvent, selon la législation du Royaume-Uni, souscrire un accord environnemental et qu'ils ne disposent d'aucun autre moyen de bénéficier du régime d'exemption.

La Cour a encore souligné que, de la même manière, une aide d'État qui, par certaines de ses modalités, viole les principes généraux du droit de l'Union, tel le principe d'égalité de traitement, ne saurait être déclarée compatible avec le marché intérieur par la Commission (138).

(v) *L'existence d'une aide antérieure*

81. — Dans son arrêt *Iride et Iride Energia* du 11 février 2009 précité, le Tribunal a précisé les contours de la jurisprudence dite *Deggendorf* (139), selon laquelle la Commission, lorsqu'elle examine la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur, peut prendre

(136) T-359/04, *British Aggregates c. Commission*. Cette affaire ne porte pas sur le régime d'écotaxes approuvé par la Commission en 2002, qui a fait l'objet de l'arrêt du Tribunal du 13 septembre 2006, annulé par la Cour de justice sur pourvoi par son arrêt du 22 décembre 2008 précité, mais sur une modification de ce régime intervenue en 2004, vis-à-vis de laquelle la Commission n'a pas émis d'objection dans la décision attaquée. Le long délai entre l'introduction du recours et l'arrêt s'explique par le fait que la procédure a été suspendue en attendant la décision de la Cour à propos du régime initial.

(137) Soulignons que le recours était fondé sur l'absence d'ouverture de la procédure formelle d'examen, alors que la Commission n'était pas en mesure, en raison de cette discrimination fiscale, de surmonter toutes les difficultés suscitées par l'examen de la compatibilité de l'aide. Voy. à ce sujet chapitre II.

(138) CJ, 15 avril 2008, C-390/06, *Nuova Agricast*, point 51.

(139) Solution dérogée dans Trib., 13 septembre 1995, T-244/93 et T-486/93, *TWD c. Commission*, points 56 et 83, confirmé par CJ, 15 mai 1997, C-355/95P, *TWD c. Commission*, point 26, dite jurisprudence *Deggendorf*.

en considération l'avantage concurrentiel résultant de la non-restitution d'aides antérieures dont une entreprise a bénéficié, c'est-à-dire, en d'autres termes, tenir compte de l'effet cumulé éventuel de ces aides antérieures et d'une nouvelle aide dont cette entreprise devrait bénéficier, qui peut modifier les termes de la balance entre effets positifs et négatifs de l'aide et elle n'outrepasse pas le pouvoir d'appréciation dont elle dispose lorsque, saisie d'un projet d'aide qu'un État membre se propose d'octroyer à une entreprise, elle prend une décision déclarant cette aide compatible avec le marché intérieur, mais sous la réserve du remboursement préalable par l'entreprise d'une ancienne aide illégale. En effet, les requérantes soutenaient qu'elle ne pouvait s'appliquer en l'espèce parce qu'il s'agissait non d'une aide individuelle mais d'un régime d'aide dont la Commission avait ordonné la récupération sans identifier les entreprises bénéficiaires et sans fixer les montants précis que celles-ci devaient rembourser, de sorte qu'il n'existerait pas d'ordre de récupération auquel elles ne se seraient pas conformées.

Le Tribunal a rejeté l'argument : il rappelle que les décisions adoptées par la Commission dans le domaine des aides d'État, y compris les ordres de restitution, ont pour seuls et uniques destinataires les États membres concernés (140), que la jurisprudence *Deggendorf* répond à la nécessité d'éviter l'effet cumulé des aides non remboursées et des aides envisagées qui conférerait à l'entreprise un avantage concurrentiel illicite et que cette nécessité est la même, qu'il s'agisse d'une aide individuelle ou d'une aide octroyée en vertu d'un régime d'aides. Les requérantes reprochaient aussi à la Commission de ne pas avoir démontré dans la décision attaquée les effets potentiellement négatifs sur la concurrence d'un cumul des aides antérieures illégales et de la mesure litigieuse.

Le Tribunal a souligné que, dans la jurisprudence *Deggendorf*, la Cour et le Tribunal n'ont pas entendu introduire une nouvelle condition pour la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État, différente de celles découlant de l'article 107, paragraphe 3, mais ont au contraire clairement établi que le critère de l'absence d'effet cumulé de l'aide nouvelle examinée avec des aides illégales et incompatibles antérieures non remboursées relève de l'examen général de la compatibilité d'une aide auquel la Commission doit procéder, et ne constitue donc qu'un des éléments à prendre en considération par elle dans le cadre de l'application de cette disposition.

(140) Voy. à ce sujet *infra*, Chapitre II.

Il a alors rappelé que c'était à l'État italien et aux requérantes, bénéficiaires de l'aide, d'apporter à la Commission les éléments de nature à démontrer que ces aides sont compatibles avec le marché intérieur, en ce compris en ce qui concerne l'absence d'effet cumulé de l'aide nouvelle avec des aides antérieures illégales et incompatibles avec le marché intérieur et non remboursées. Or, constate le Tribunal, lors de la procédure formelle d'examen, aucun élément en ce sens n'a été apporté. Il n'appartenait donc pas à la Commission, en l'absence de toute coopération de la République italienne et des requérantes, de rechercher des éléments prouvant de tels effets (points 103 et s. de l'arrêt).

b) *La portée des encadrements ou lignes directrices adoptés par la Commission*

82. — Selon une jurisprudence constante synthétisée en ces termes par le Tribunal dans son arrêt *Hotel Cipriani* précité du 28 novembre 2008, «la Commission peut s'imposer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation par des actes tels que des encadrements, des communications ou des lignes directrices, dans la mesure où ces actes contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par cette institution et où ils ne s'écartent pas des normes du traité. Lorsque la Commission adopte de tels actes destinés à préciser, dans le respect du traité, les critères qu'elle compte appliquer dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il en résulte une autolimitation de ce pouvoir en ce qu'il lui incombe de se conformer aux règles indicatives qu'elle s'est elle-même imposées» (point 298 de l'arrêt) (141).

Dans l'arrêt *Allemagne c. Commission* précité du 6 octobre 2009, le Tribunal a précisé «dans le domaine spécifique des aides d'État, la Cour a déjà eu l'occasion de souligner que la Commission est tenue par les encadrements et communications qu'elle adopte, dans la mesure où ils ne s'écartent pas des normes du traité et où ils sont acceptés par les États membres (...). Les indications résultant des communications de la Commission n'ont donc à l'évidence pas le

(141) Voy. aussi dans le même sens CJ, 11 septembre 2008, C-75/05 P et C-80/05 P, *Allemagne c. Kronofrance*, point 65, Trib., 9 juillet 2008, *Alitalia c. Commission*, précité, point 405; Trib., 9 septembre 2009, *Holland Malt c. Commission*, précité, point 133. Ainsi, plusieurs arrêts se sont attachés à vérifier si la Commission ne s'était pas écartée de manière injustifiée des règles indicatives qu'elle s'était fixées dans des encadrements ou lignes directrices. Tel est le cas de l'arrêt du Tribunal du 28 novembre 2008, à propos des exonérations de charges sociales en faveur d'entreprises établies à Venise.

même caractère contraignant *erga omnes* que les règles juridiques proprement dites. Toutefois, puisqu'elles s'imposent à la Commission, elles ont à son égard un caractère contraignant» (point 51).

Ainsi, dans l'arrêt *Holland Malt* précité du 9 septembre 2009, le Tribunal a jugé qu'en cas de non-respect d'une des conditions prévues par un encadrement de la Commission (142), la Commission n'a aucune obligation de procéder à une mise en balance des effets positifs et négatifs de la mesure directement en application de l'article 107, paragraphe 3, TFUE.

La Cour a cependant tenu à rappeler dans arrêt *Kronofrance* précité du 11 septembre 2008 que de tels encadrements ne peuvent être interprétés dans un sens qui réduise la portée des articles 107 TFUE et 108 TFUE ou qui contrevienne aux objectifs visés par ceux-ci. Elle en a déduit que c'était à bon droit que le Tribunal avait jugé, face à une certaine ambiguïté du texte, l'encadrement multisectoriel des aides à finalité régionale en faveur de grands projets d'investissement de 1998, qu'il devait interpréter cet encadrement «à la lumière des principes posés aux articles 87 CE et 88 CE ainsi que de l'objectif de prévention des effets de distorsion produits par les aides» (point 68 de l'arrêt) (143).

c) *La portée des règlements d'exemption*

83. — La Commission a été habilitée par le Conseil à déclarer par voie de règlements que certaines catégories d'aides sont compatibles avec le marché intérieur. Sont visées à ce titre, d'une part, les aides en faveur des petites et moyennes entreprises, de la recherche et du développement, de la protection de l'environnement, de l'emploi et de la formation; d'autre part, les aides respectant la carte approuvée par la Commission pour chaque État membre pour l'octroi des aides à finalité régionale. Sur cette base, la Commission a d'abord adopté

(142) En l'occurrence, l'existence d'une surcapacité de production par rapport à la demande et l'absence de débouchés normaux sur le marché pour les produits en cause. Le Tribunal procède ensuite à une analyse très fouillée de l'appréciation faite de la Commission du non respect de ces conditions pour conclure qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

(143) La question était de savoir si cet encadrement devait être interprété en ce sens que l'application du coefficient correcteur le plus élevé, égal à 1, lequel maximalise le montant de l'aide pouvant être déclarée compatible avec le marché commun, impliquait le constat préalable de l'absence à la fois de surcapacités structurelles du secteur en cause et d'un marché en déclin. Pour la Cour, cette interprétation est la seule de nature à permettre d'atteindre l'objectif du traité en matière d'aide d'État, à savoir celui d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur.

quatre règlements relatifs aux aides à la formation (144), aux aides en faveur des petites et moyennes entreprises (145), aux aides à l'emploi (146) et aux aides nationales à l'investissement à finalité régionale (147), qui ont été ensuite remplacés par le règlement général d'exemption par catégorie (148).

84. — Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité du 8 juillet 2010 (149), les requérants invoquaient une violation par la Commission du règlement n°68/2001 relatif aux aides à la formation. Sans nier que l'aide en cause était d'un montant supérieur au seuil fixé par l'article 5 du règlement et ne pouvait donc pas être considérée, sur la base de ce règlement, comme compatible avec le marché intérieur, les requérants soutenaient que la Commission, dans son évaluation individuelle de la compatibilité de l'aide en cause, ne pouvait prendre en considération que les critères matériels d'appréciation énoncés dans le règlement, et non un critère de nécessité non prévu par celui-ci. Le Tribunal relève que le règlement n°68/2001, comme tous les autres règlements d'exemption, contient un considérant 4 libellé comme suit «le présent règlement n'exclut pas la possibilité pour les États membres de notifier une aide à la formation. La Commission examinera cette notification notamment à la lumière des critères fixés par ledit règlement ou conformément aux lignes directrices et aux encadrements communautaires applicables, lorsque de tels lignes directrices et encadrements communautaires existent». Pour le Tribunal, l'emploi, dans le libellé de ce considérant, de l'adverbe «notamment» indique clairement que les critères fixés dans le règlement ne sont pas les seuls au regard desquels la Commission peut examiner les projets d'aides à la formation qui lui sont notifiés (150). Il en conclut que la Commission pouvait, à bon droit, examiner la compatibilité de l'aide en cause au regard d'autres critères que ceux énoncés dans le règle-

(144) Règlement n° 68/2001 de la Commission du 12 janvier 2001, tel que modifié par le règlement 363/2004 de la Commission du 25 février 2004.

(145) Règlement n° 70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001, tel que modifié par le règlement 364/2004 de la Commission du 25 février 2004 qui vient y intégrer certaines aides à la recherche et au développement.

(146) Règlement n° 2204/2002 de la Commission du 5 décembre 2002.

(147) Règlement n° 1628/2006 de la Commission du 24 octobre 2006.

(148) Règlement n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008. Ce règlement couvre également les aides à la création de petites entreprises par des femmes, les aides pour la protection de l'environnement, les aides à la recherche, au développement et à l'innovation et les aides sous forme de capital investissement.

(149) *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission*.

(150) Le Tribunal ajoute que cela est confirmé par les autres versions linguistiques de ce considérant.

ment n° 68/2001, en particulier le critère de nécessité (151) et que c'est à tort que les requérants soutiennent que la Commission ne pouvait déroger aux critères établis par le règlement que dans des cas particuliers ou par un acte de même portée normative (152).

d) *Les différentes catégories d'aides entrant dans le champ de l'article 107, paragraphe 3 TFUE*

(i) *Aides à un projet important d'intérêt européen*

85. — Cette notion doit être interprétée de manière stricte et une initiative n'est qualifiée comme telle que lorsqu'elle fait partie d'un programme transnational européen, soutenu conjointement par différents gouvernements d'États membres ou lorsqu'elle relève d'une action concertée de différents États membres en vue de lutter contre une menace commune (153). De plus, elle ne doit pas avantager principalement les opérateurs économiques d'un État membre, mais représenter un avantage pour l'Union dans son ensemble (154). Le Tribunal a exclu que puisse relever de cette notion aussi bien le programme de passage à la TNT mis en place par les autorités allemandes (155) que le régime d'aides faisant l'objet de son arrêt *Hotel Cipriani* du 28 novembre 2008, qui « n'a pas été institué aux fins de la sauvegarde de Venise, mais tend à alléger les charges sociales pesant normalement sur le budget des entreprises implantées sur le territoire de Venise ou de Chioggia » (point 337 de l'arrêt).

(ii) *Aides à la formation*

86. — Dans son arrêt *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt* précité du 8 juillet 2010, le Tribunal a rejeté l'argument invoqué par les requérants selon lequel, pour apprécier le caractère nécessaire de l'aide, la Commission aurait aussi dû prendre en compte l'effet incitatif de cette aide sur le choix du site. Il a rappelé qu'il s'agissait d'une aide à la formation et que l'objectif des aides à la formation n'est pas d'influencer le choix du site d'implantation d'une entreprise mais d'améliorer la qualification des travailleurs, de sorte que c'est dans le

(151) Sur l'importance du critère de nécessité, voy. *supra*, n° 74.

(152) Le pourvoi introduit à l'encontre de cet arrêt a été rejeté par la Cour dans un arrêt du 21 juillet 2011, C-459/10 P. La Cour confirme en tous points l'analyse du Tribunal.

(153) Trib., 6 octobre 2009, *Allemagne c. Commission*, précité, point 80.

(154) Trib., 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani*, précité.

(155) Trib., 8 juillet 2010, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission* point 337.

contexte des aides à finalités régionales, et non de celui des aides à la formation, que l'examen de l'effet incitatif de l'aide sur le choix du site doit être opéré.

(iii) *Aides à la culture*

87. — Cette quatrième catégorie d'aides compatibles, parfois appelée «exception culturelle», a été introduite par le traité de Maastricht. Dans l'arrêt *SIDE* précité du 15 avril 2008, la question a été posée de son application à des aides illégalement octroyées avant l'entrée en vigueur de ce traité, le 1^{er} novembre 1993. Le Tribunal (156) a souligné que lorsqu'une aide est illégalement octroyée, une fois ses effets produits, son caractère compatible ou incompatible avec le marché intérieur devient définitivement acquis. Dès lors, selon le Tribunal, l'appréciation de la Commission ne pouvait se faire «en faisant abstraction du fait que c'est durant la période où l'aide en question a été versée illégalement qu'elle a pu fausser la concurrence de façon contraire à l'intérêt communautaire, tel qu'il était déterminé par le cadre normatif en vigueur». Le Tribunal en conclut que la Commission a commis une erreur de droit en appliquant la dérogation du paragraphe 3, sous d) «à la période antérieure au 1^{er} novembre 1993, au lieu d'appliquer les règles de fond qui étaient en vigueur durant la période en cause».

88. — Le Tribunal a aussi rappelé que cette dérogation doit, comme toutes les dérogations, être interprétée de façon restrictive et concerne uniquement «les cas où le patrimoine culturel est clairement identifié ou identifiable au sens de l'article 151 CE» (157).

Ainsi, il a confirmé le refus de la Commission d'appliquer cette dérogation à une aide destinée à favoriser le passage à la télévision numérique, en relevant que rien n'établit que ce passage serait de nature à entraîner une plus grande variété et diversité de programmes télévisés et, par conséquent, de l'offre culturelle (158).

(156) Auparavant, aux points 53-54 de l'arrêt, le Tribunal rappelle que «si les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur, il n'en est pas de même des règles de fond», qui «doivent être interprétées, en vue de garantir le respect des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, finalités ou économie qu'un tel effet doit leur être attribué» et ce «indépendamment des effets favorables ou défavorables que lesdites règles pourraient avoir pour l'intéressé».

(157) Devenu article 167 TFUE.

(158) Trib. 6 octobre 2009, *FAB c. Commission*, point 88.

De même, dans l'affaire *Hotel Cipriani*, tout en reconnaissant que certaines lois et certains textes réglementaires applicables à Venise imposent des contraintes «de caractère historique et artistique», le Tribunal a constaté que la Commission ne disposait d'aucune information pertinente pour être en mesure d'apprécier la portée d'éventuelles contraintes architecturales et culturelles. Il a ajouté que la réglementation invoquée par le requérant se rapporte plus généralement à des contraintes d'ordre urbanistique, environnemental ou paysager, lesquelles n'ont en principe pas vocation à être prises en considération au titre de la promotion de la culture et de la conservation du patrimoine, visée à l'article 107, paragraphe 3, sous d. Enfin, il a souligné que, eu égard aux modalités d'octroi de l'aide, il n'existe pas de lien entre, «d'une part, le montant des exonérations fiscales accordées à une entreprise, lié au nombre de personnes employées, et, d'autre part, le type ou la taille des immeubles exploités par cette entreprise et, en conséquence, les surcoûts supportés en relation avec la protection du patrimoine» (points 322 et s. de l'arrêt).

C. — *Appréciation de la compatibilité des aides au sauvetage et à la restructuration*

89. — Les principes de compatibilité ainsi rappelés ont été mis en œuvre par une série d'arrêts rendus pendant la période analysée s'agissant de l'application des lignes directrices sur les aides au sauvetage et à la restructuration, en l'occurrence les lignes directrices de 1999 (159), applicables aux faits en cause soumis à la juridiction européenne jusqu'en octobre 2004.

a) *Notion d'entreprise en difficulté*

90. — Pour qu'une entreprise puisse bénéficier d'une aide à la restructuration, il faut qu'elle soit une «entreprise en difficulté» au sens des lignes directrices et qu'il existe effectivement un plan solide de restructuration qui puisse justifier l'octroi d'aides au vu de ses difficultés.

Cette analyse était mise en cause dans le cas très particulier des régimes d'aides accordés par l'Allemagne pour soutenir les entreprises de l'ex-Allemagne de l'Est connaissant des difficultés liées à leur transition vers une économie de marché. Dans l'affaire *Kahla* (160), le Tri-

(159) Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, *J.O.C.E.*, n° C 288 du 9 octobre 1999, p. 2.

(160) Trib., 24 septembre 2008, *Kahla/Thüringen Porzellan c. Commission*, précité (la Cour a rejeté un pourvoi contre cet arrêt : CJ, 16 décembre 2010, C-537/08 P, *Kahla Thüringen Porzellan c. Commission*).

bunal a jugé que la Commission avait apporté dans sa décision suffisamment d'éléments pour démontrer que l'entreprise connaissait effectivement des difficultés et était «incapable d'assurer son redressement avec ses propres ressources ou avec des fonds obtenus auprès de ses actionnaires ou par l'emprunt» (point 128 de l'arrêt). Ainsi, en l'absence de l'octroi de l'aide, les établissements financiers n'auraient pas été disposés à apporter des prêts aux conditions du marché à l'entreprise concernée (point 126 de l'arrêt).

91. — Si les lignes directrices apportent un cadre d'analyse pertinent, la Commission n'est pas pour autant contrainte de se tenir aux indicateurs contenus dans les lignes directrices et peut tout à fait en utiliser d'autres (valeur de l'actif net, marge brute d'autofinancement, niveau élevé de l'endettement) (161). Le Tribunal a en effet rappelé que les lignes directrices se limitent à énoncer de manière générale les conditions dans lesquelles une entreprise est considérée comme étant en difficulté et les critères qu'elle contient ne sont pas exhaustifs (162).

Ainsi, si des indicateurs de tendance négative sont, certes, particulièrement pertinents pour établir si une entreprise est en difficulté, les lignes directrices n'obligent pas la Commission à prouver l'existence d'une tendance négative dans l'évolution des performances de l'entreprise pourvu qu'elle établisse à suffisance de droit qu'il s'agit d'une société dont la survie serait compromise en l'absence d'une intervention publique (163).

b) *Appréciation de la compatibilité*

92. — La compatibilité des aides à la restructuration s'apprécie à la lumière de la capacité du plan de restructuration à (i) permettre le retour de l'entreprise à la viabilité, tout en (ii) évitant des distorsions de concurrence indues et en (iii) s'assurant que les conditions de la restructuration sont proportionnelles à ses coûts et avantages.

Dans une décision adoptée sur le fondement de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, la Commission peut imposer toute condition qu'elle estime indispensable pour assurer que l'entreprise bénéficiaire de l'aide, après sa restructuration, sera viable (164). En revanche, rien n'exige que toutes les conditions imposées dans ce cadre soient néces-

(161) *Ibid.*, point 130.

(162) Trib., 3 mars 2010, T-102/07 et T-120/07, *Freistaat Sachsen, e.a. c. Commission*, points 103 et 105.

(163) *Freistaat Sachsen e.a. c. Commission*, précité, point 137.

(164) Trib., 9 juillet 2008, *Alitalia c. Commission*, précité, point 407.

saires pour assurer la viabilité de l'entreprise (165) mais elles peuvent viser aussi à limiter autant que faire se peut les distorsions de concurrence, sans qu'il soit nécessaire que la Commission établisse l'existence de surcapacités structurelles (166).

D. — *L'article 106, paragraphe 2, TFUE*

93. — Comme indiqué plus haut, l'article 106, paragraphe 2, TFUE, en vertu duquel «(l)es entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie», permet de justifier la compatibilité de mesures de compensations de missions de service d'intérêt économique général, qui ne rempliraient pas toutes les conditions *Altmark*, et tout spécialement la quatrième condition, qui est celle qui fait le plus souvent défaut. Ainsi, dans l'affaire *BUPA*, où la Commission à titre subsidiaire, avait examiné la compatibilité de la mesure et son caractère proportionné au regard de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, le Tribunal a confirmé l'analyse de la Commission et en particulier jugé que les arguments tirés d'un prétendu manque d'efficacité étaient infondés (points 139 et 297 de l'arrêt) (167).

On notera toutefois, comme le Tribunal l'a souligné dans son arrêt *FAB* précité du 6 octobre 2009, que, dans l'hypothèse où aucune des conditions *Altmark* n'est remplie, l'article 106, paragraphe 2, TFUE ne peut alors être invoqué (points 67 et 68 de l'arrêt).

94. — Le Tribunal s'est en particulier penché sur l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE aux services publics de radiodiffusion, à la lumière du protocole d'Amsterdam. S'agissant de la définition du service, la compétence est laissée aux États membres pour définir de façon large l'étendue des missions de service public incombant au radiodiffuseur public en vertu de l'article 106, paragraphe 2 TFUE et du protocole d'Amsterdam. Le Tribunal conserve néanmoins un contrôle quant à la présence d'une éventuelle erreur mani-

(165) *Ibid.*, point 408.

(166) *Ibid.*, point 409. Dans la foulée, le Tribunal a ensuite examiné en détail, une à une, les dix conditions fixées par la Commission dans sa décision pour conclure qu'elles ne étaient ni disproportionnées, ni discriminatoires, ni injustifiées.

(167) Voy. également sur ce point, Trib., 11 mars 2009, T-354/05, *TFI c. Commission*, point 132.

festive dans le cadre de cette définition (168). Ainsi, la définition d'une programmation généraliste et en des termes essentiellement qualitatifs n'est pas de nature à être qualifiée d'erreur manifeste au sens de la jurisprudence. Le Tribunal a rappelé que cette capacité de définition large des missions de service public ne saurait être remise en cause par le fait que le radiodiffuseur de service public exerce également des activités commerciales, notamment par le biais de la vente d'espaces publicitaires. La définition du service est ainsi une notion autonome qui ne dépend pas du mode de financement de l'opérateur (voir point 108 de l'arrêt TV2).

En ce qui concerne le calcul du coût net du service public de la radiodiffusion, le cadre établi par les communications de 2001 et de 2009 contient une différence importante par rapport à l'approche généralement suivie pour d'autres services publics. En effet, «les coûts qui sont entièrement imputables aux activités de service public, tout en profitant aussi aux activités commerciales, n'ont alors pas besoin d'être répartis entre ces deux types d'activités et peuvent être intégralement affectés au service public» (169). En revanche, les communications «radiodiffusion» prévoient que les bénéfices des activités commerciales des radiodiffuseurs publics doivent être pris en compte dans le calcul de la compensation nette du service public (170).

Ainsi, au cours de la période étudiée, la jurisprudence est venue préciser ce qui relevait du coût du service public, d'une part, des recettes commerciales, d'autre part, aux fins de l'appréciation du caractère nécessaire et proportionné de la compensation octroyée par les autorités aux radiodiffuseurs publics. Dans son arrêt *M6* notamment, le Tribunal a jugé que les pertes de recettes publicitaires pour les radiodiffuseurs publics pouvaient constituer des coûts du service public, dès lors qu'ils constituent des coûts qui incomberaient nécessairement à la charge de l'État (171). Le Tribunal a donc confirmé une décision de la Commission déclarant compatible, en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, un projet de dotation en capital de 150 millions d'euros en faveur des chaînes de télévision publiques compensant les pertes commerciales liées à la disparition de la publicité sur les chaînes publiques françaises. En revanche, dans une série d'arrêts concernant

(168) Trib., 22 octobre 2008, *TV 2/Danmark. c. Commission*, précité. A la suite de l'annulation de sa décision par cet arrêt, la Commission a pris une nouvelle décision, le 20 avril 2011, qui a été contestée à nouveau, le 30 décembre 2011, par *TV2/Danmark* (T-674/11).

(169) Communication radiodiffusion de 2009, précitée, point 67.

(170) *Ibid.*, point 71.

(171) Trib., 1^{er} juillet 2010 précité, point 108.

l'introduction de la TNT dans la région de Berlin-Brandebourg, le Tribunal a retenu, à défaut de justification suffisante quant à l'existence d'un intérêt public, les coûts liés au passage de la télévision analogique à la TNT n'étaient pas éligibles à une compensation de service public (172).

L'arrêt *M6* est également l'occasion pour le Tribunal de préciser que l'article 106, paragraphe 2, TFUE, ne requiert pas de l'opérateur en charge du service public de fournir celui-ci dans des conditions d'efficacité économique (points 128 et 135 de l'arrêt). Cet arrêt vient distinguer davantage les règles relatives au financement de la radiodiffusion du cadre général, dès lors qu'il s'ensuit que la moindre efficacité économique de France Télévisions dans l'exercice de son activité commerciale de vente d'espaces publicitaires alléguée par les requérantes, n'est pas un élément susceptible d'aboutir à une situation de surcompensation du service public ayant un effet distorsif de concurrence et affectant les échanges (points 109 et 111 de l'arrêt).

(à suivre)

**Liste des arrêts analysés
dans la présente chronique**
(renvoi aux paragraphes où les arrêts sont cités)

COUR DE JUSTICE

Hors période sous chronique

- 23 février 1961, 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité*, 30/59 : 6
- 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, 6/64 : 1
- 22 mars 1977, *Ianelli*, 74/76 : 1
- 17 septembre 1980, 730/79, *Philips Morris* : 73
- 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner* : 7
- 15 mai 1997, C-355/95P, *TWD c. Commission* : 81
- 11 juillet 1996, C-39/94, *SFEI e.a.* : 6
- 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra* : 55
- 22 novembre 2001, C 53/00, *Ferring* : 34, 35
- 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline* : 36, 47,
- 16 mai 2002, C-482/99, *France c. Commission (Stardust Marine)* : 53
- 3 juillet 2003, C-83/01 P, C-93/01 P, C-94/01 P, *Chronopost et La Poste c. UFEX e.a.* : 14
- 24 juillet 2003, C-280/00, *Altmark* : 32, 34

(172) Dans deux arrêts du 6 octobre 2009, T-8/06, *FAB c. Commission*, point 68 et T-21/06, *Allemagne c. Commission*.

- 6 septembre 2006, C-88/03, *Portugal c. Commission* : 36, 37
 8 septembre 2011, -279/08 P, *Commission c. Pays-Bas* : 51
 15 novembre 2011, C-106/09 P et C-107/09 P, *Commission c. Government of Gibraltar* : 44

Pour la période sous chronique

- 1^{er} juillet 2008, C-341/06 P et C-342/06 P, *Chronopost et La Poste c. UFEF* : 3, 5, 14
 11 septembre 2008, C-75/05 P et C-80/05 P, *Allemagne c. Kronofrance* : 73, 82
 22 décembre 2008, C-487/06 P, *British Aggregates c. Commission* : 4, 49
 22 décembre 2008, C-333/07, *Société Régie Networks* : 80
 30 avril 2009, C-494/06 P, *Commission c. Wam* : 60
 2 septembre 2010, C-290/07 P, *Commission c. Scott* : 4, 31
 2 septembre 2010, C-399/08 P, *Deutsche Post* : 33
 9 septembre 2010, T-359/04, *British Aggregates c. Commission* : 80
 16 décembre 2010, C-537/08P, *Kahla Thüringen Porzellan c. Commission* : 26, 91
 16 décembre 2010, C-239/09, *Seydaland* : 31

TRIBUNAL

Hors période sous chronique

- 13 septembre 1995, T-244/93 et T-486/93, *TWD c. Commission* : 81
 12 décembre 2000, T-296/97, *Alitalia c. Commission*, 29
 6 mars 2003, T-228/99 et T-233/99, *West LB c. Commission* : 28
 27 juin 2006, T-613/97 RENV, *UFEF e.a. c. Commission* : 14
 9 mars 2007, T-366/00, *Scott c. Commission* : 4
 Pour la période sous chronique
 12 février 2008, T-289/03, *BUPA e.a. c. Commission* : 33, 34, 93
 10 avril 2008, -233/04, *Pays-Bas c. Commission* : 50, 56
 15 avril 2008, T-348/04, *SIDE c. Commission* : 73, 74, 75, 87
 25 juin 2008, T-268/06, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies c. Commission* : 69
 26 juin 2008, T-442/03, *SIC c. Commission* : 13, 53,
 9 juillet 2008, T-301/01, *Alitalia c. Commission* : 22, 27, 29, 92
 11 septembre 2008, C-428/06 à C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja e. a.* : 38
 24 septembre 2008, T-20/03, *Kahla/Thüringen Porzellan c. Commission* : 22, 26, 90
 22 octobre 2008, T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, *TV2/Danmark c. Commission* : 5, 33, 55, 94
 28 novembre 2008, T-254/00, T-270/00 et T-277/00, *Hotel Cipriani e.a. c. Commission* : 5, 6, 70, 73, 82, 85, 88,
 17 décembre 2008, T-196/04, *Ryanair c. Commission* : 19, 20
 18 décembre 2008, T-455/05, *Componenta Oyj c. Commission* : 26, 27
 18 décembre 2008, T-211/04 et T-215/04, *Government of Gibraltar c. Commission* : 39, 43
 14 janvier 2009, T-162/06, *Kronoply c. Commission* : 74, 76
 10 février 2009, T-388/03, *Deutsche Post et DHL International c. Commission* : 33
 11 février 2009, T-25/07, *Iride SpA et Iride Energia SpA c. Commission* : 11, 54, 55, 73

- 4 mars 2009, T-424/05, *Italie c. Commission* : 11, 47, 60, 65
- 4 mars 2009, T-445/05, *Associazione italiana del risparmio gestito et Fineco Asset Management c. Commission* : 11, 47,
- 11 juin 2009, T-297/02, *ACEA c. Commission* : 60, 64
- 11 juin 2009, T-222/04, *Italie c. Commission* : 64
- 11 juin 2009, T-189/03, *ASM Brescia c. Commission* : 33, 34,
- 4 septembre 2009, T-211/05, *Italie c. Commission* : 45, 60, 74, 77
- 8 septembre 2009, T-303/05, *AceaElectrabel c. Commission* : 60, 65
- 9 septembre 2009, T-369/06, *Holland Malt c. Commission* : 60, 62, 73, 82
- 9 septembre 2009, T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, *Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco e.a. c. Commission* : 12, 46
- 9 septembre 2009, T-230/01 à 232/01 et T-267 à T-269/01, *Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco e.a. c. Commission* : 12, 46
- 10 septembre 2009, T-75/03, *Banco Comercial dos Açores c. Commission* : 40, 60,
- 6 octobre 2009, T-8/06, *FAB c. Commission* : 5, 33, 61, 73, 79, 93
- 6 octobre 2009, T-21/06, *Allemagne c. Commission* : 79, 82
- 30 novembre 2009, T-427/04 et T-17/05, *France c. Commission* : 16 à 18
- 15 décembre 2009, T-156/04, *Électricité de France (EDF) c. Commission* : 19, 21, 26, 60
- 3 mars 2010, affaire T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken c. Commission* : 22, 23, 28
- 11 mars 2009, T-354/05, *TFI c. Commission* : 33, 34, 35, 93
- 21 mai 2010, T-425/04, T-444/04, T-450/05 et T-456/04, *France Télécom c. Commission* : 3, 5, 6, 8 à 10, 54,57 à 59
- 10 juin 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* : 66
- 1^{er} juillet 2010, T-568/08 et T-573/08, *M6 et TFI c. Commission* : 33, 94
- 1^{er} juillet 2010, T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni c. Commission* : 33
- 1^{er} juillet 2010, T-53/08, *Italie c. Commission* : 33
- 1^{er} juillet 2010, T-63/08, *Cementir Italia c. Commission* : 33
- 1^{er} juillet 2010, T-64/08, *Nuova Terni Industrie Chimiche c. Commission* : 33
- 8 juillet 2010, T-396/08, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission* : 73, 74, 78, 84, 85, 86
- 13 septembre 2010, T-415/05, T-416/05 et T-423/05, *Grèce c. Commission* : 5, 23, 24, 63
- 7 décembre 2010, T-11/07, *Frucona Košice c. Commission* : 22, 30
- 16 décembre 2010, T-231/06 et T-237/06, *Pays-Bas et NOS c. Commission* : 7, 33, 34, 35

