

TITRE VIII
LIVRE 90

GUIDE JURIDIQUE
DE L'ENTREPRISE

Traité théorique et pratique

2^e édition



La notion d'aide d'Etat
– la condition de l'avantage

Jacques Derenne

Introduction

Principes généraux des règles sur les aides d'Etat
La condition de l'octroi d'un avantage économique



Kluwer

a Wolters Kluwer business

GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Traité théorique et pratique
2^e édition

Édité par:

KLUWER
Waterloo Office Park
Drève Richelle 161L
B-1410 Waterloo
Tél.: 0800 - 40 310 (appel gratuit)
contact@kluwer.be
www.kluwer.be

Éditeur responsable:

Hans Suijkerbuijk

Changement d'adresse

En cas de changement de nom ou d'adresse, veuillez nous retourner l'étiquette de l'enveloppe corrigée.

La numérotation des paragraphes du Guide juridique de l'entreprise (2^e édition) repose sur un système passant de dizaine en dizaine. Ceci nous permettra, lors d'éventuelles modifications ou ajouts ultérieurs, d'utiliser les numéros intermédiaires (en premier lieu 015, si nécessaire 013 et 017, et ainsi de suite).

© 2008 Wolters Kluwer Belgium S.A.

Hormis les exceptions expressément fixées par la loi, aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un fichier de données automatisé, ni diffusé, sous quelque forme que ce soit, sans l'autorisation expresse, préalable et écrite de l'éditeur.

D-2000-8868-426
ISBN 90 5062 540 1

GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Traité théorique et pratique

2^e édition

Titre VIII – Livre 90

La notion d'aide d'Etat

– la condition de l'avantage

*Jacques DERENNE**

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris

Partner, Lovells LLP

* L'auteur remercie vivement Cécile Ferla, élève-avocat au barreau de Nice pour son assistance, et Alix Müller – Rappard, avocat au barreau de Paris, établie à Bruxelles, pour ses commentaires.



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Table des matières

REMARQUE PRÉLIMINAIRE: DU TRAITÉ DE ROME AU TRAITÉ DE LISBONNE	7
010. Traité de Rome – Traité de Lisbonne	7
020. Traité de Lisbonne et droit de la concurrence – Nouvelle numérotation	7
INTRODUCTION	9
030. Texte des articles 87 à 89 CE - Objet du livre 90	9
CHAPITRE 1. DES ORIGINES DE 1958 À LA RÉFORME DE 2005-2009	12
<i>SECTION 1. ORIGINE ET RAISON D'ÊTRE DES RÈGLES SUR LES AIDES D'ÉTAT</i>	12
040. Interventionnisme étatique	12
050. Origines	12
060. Union européenne versus Etats-Unis d'Amérique	14
<i>SECTION 2. PLACE DES RÈGLES SUR LES AIDES D'ÉTAT DANS LE SYSTÈME DU TRAITÉ CE/TFU – OBJECTIFS</i>	15
070. Place des règles sur les aides d'Etat dans le traité CE/TFU	15
080. Objectif et mécanisme général du contrôle des aides d'Etat	16
090. Règles sur les aides d'Etat et autres règles de concurrence	17
<i>SECTION 3. LE PLAN D'ACTION 2005-2009</i>	18
100. Origines de la réforme	18
110. Aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées	18
120. Approche économique plus fine	19
130. Simplification et codification de la réglementation	20
140. Partage des responsabilités entre Commission et Etats membres	21
150. Feuille de route 2005-2009	22
160. Modifications à l'architecture des règles	23
CHAPITRE 2. PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT	24
170. Article 87, paragraphe 1, CE	24

180. Définition par les effets	24
190. Définition par la jurisprudence et la pratique	25
200. Cinq conditions cumulatives	26
 CHAPITRE 3. AVANTAGE SOUS QUELQUE FORME QUE CE SOIT	 27
210. Octroi à une «entreprise» au sens du droit de la concurrence	27
220. Avantage appréciable économiquement	27
 SECTION 1. <i>LE CRITÈRE DE L'INVESTISSEUR PRIVÉ</i>	 28
225. Création du principe par la Commission en 1982 et confirmation par la jurisprudence	28
230. Développement du principe par la jurisprudence	29
240. Principe de l'investisseur privé au regard de l'égalité entre secteurs public et privé	30
250. Appréciation économique complexe – Pouvoir discrétionnaire de la Commission	30
260. Un exemple significatif: l'affaire WestLB – Rappel des principes	31
270. Affaire WestLB: application du principe de l'investisseur privé à une entreprise rentable	31
280. Affaire WestLB: appréciation de la valeur du rendement moyen	32
290. Nouvelle décision WestLB – Principe de calcul de la rémunération minimum	34
300. Taux de rendement interne et prise en compte des coûts réels	36
310. Intervention simultanée d'investisseurs privés: un élément pertinent mais à manier délicatement	36
320. Obligations ou objectifs de l'Etat puissance publique: un élément non pertinent	37
 SECTION 2. <i>LE CRITÈRE DU CRÉANCIER PRIVÉ</i>	 37
330. Déclinaison du critère de l'investisseur privé	37
340. Rééchelonnement de dettes	38
350. Facilités de paiement de l'organisme de sécurité sociale à une entreprise en difficulté	38
360. Importance relative des créances privées et de la créance publique	39
 SECTION 3. <i>FOURNITURE DE BIENS OU DE SERVICES À DES CONDITIONS ANORMALES DE MARCHÉ</i>	 39
370. Manque de clarté de la jurisprudence	39
 § 1. SITUATIONS PERMETTANT UNE COMPARAISON AVEC UN PRIX DE MARCHÉ	 41

380. Location ou vente par les autorités publiques de terrains ou de bâtiments ou privatisation d'entreprises publiques	41
390. Vente de biens ou fourniture de services par l'Etat	44
§ 2. SITUATIONS DANS LESQUELLES LE POINT DE COMPARAISON AVEC UN PRIX DE MARCHÉ N'EST PAS JUGÉ APPROPRIÉ	46
400. Un test spécifique: l'arrêt UFEX de 2003 réformant le test de l'arrêt UFEX de 2000	46
410. Arrêt UFEX de 2006: (seconde) annulation de la décision de la Commission	49
SECTION 4. <i>TRANSACTIONS COMMERCIALES NORMALES</i>	53
430. Conditions normales de marché non suffisantes dans certains cas	53
SECTION 5. <i>GARANTIES D'ÉTAT</i>	54
440. Communication de la Commission - Notion	54
450. Aide à l'emprunteur	55
460. Aide au prêteur	56
470. Moment de l'octroi de l'aide	56
480. Conditions dans lesquelles l'octroi d'une garantie d'Etat ne constitue pas une aide	56
490. Evaluation du montant de l'aide sous forme de garantie	58
500. Révision de la communication de la Commission (2007-2008)	59
SECTION 6. <i>LA COMPENSATION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC: LA JURISPRUDENCE ALTMARK</i>	60
510. Principe d'application des règles du traité aux services d'intérêt économique général	60
520. D'une approche «aide» à une approche «compensatoire»	62
530. Approche «aide»	62
540. Approche «compensatoire» confirmée: l'arrêt Altmark	64
550. Applications postérieures à l'arrêt Altmark	65
560. Inapplication d'Altmark et application de l'article 86, paragraphe 2, CE	67
570. Encadrement législatif: le «paquet SIEG»	67
580. Communication «SIG /SIEG»	68
590. Compensation des «désavantages structurels»	69
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	74

Remarque préliminaire: du traité de Rome au traité de Lisbonne

010 Traité de Rome – Traité de Lisbonne

Les livres 90, 90bis, 90ter et 91 étant consacrés à une matière de droit de l'Union européenne (comme il faudra bientôt l'appeler plutôt que droit communautaire) régie par le droit primaire, il est utile pour le lecteur de clarifier le cadre législatif général depuis la conclusion du «Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007».¹

Très sommairement, rappelons que la «Communauté économique européenne» a été fondée par l'un des deux traités signés à Rome le 25 mars 1957, celui instituant la «CEE» (l'autre «traité de Rome» étant celui instituant l'Euratom; le traité CECA, signé à Paris le 18 avril 1951, d'une durée limitée, ayant expiré le 23 juillet 2002). Le traité CEE est devenu «traité CE» depuis le traité de Maastricht de 1992², puis a encore été modifié par les traités d'Amsterdam de 1997 et de Nice de 2001³.

Après la non-ratification en 2005 de la Constitution européenne, le traité de Lisbonne de 2007 modifie à nouveau les traités de base (le traité «UE» et le traité «CE»). Une fois ratifié par les Etats membres en 2008, le traité de Lisbonne entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

Avec le traité de Lisbonne, l'Union européenne se substitue et succède à la Communauté européenne. Le traité CE prend ainsi une nouvelle dénomination: «traité sur le fonctionnement de l'Union européenne» («TFUE»). Il a même valeur juridique que le traité UE.

020 Traité de Lisbonne et droit de la concurrence – Nouvelle numérotation

Le Traité de Lisbonne ne modifie que de manière marginale les dispositions du droit de la concurrence, la disposition de base faisant référence dans le traité CE à la «concurrence non faussée» dans les actions de l'Union européenne (article 3, g) CE)

1. Voir le texte intégral publié au *J.O.U.E.*, n° C 306 du 17 déc. 2007, pp. 1-271.

2. Le traité de Maastricht sur l'Union européenne (signé le 7 fév. 1992, entré en vigueur le 1^{er} nov. 1993, *J.O.C.E.*, n° C 191 du 29 juill. 2002) modifie les traités constitutifs et introduit de nouvelles dispositions en dehors du cadre de ceux-ci. Les actions de la Communauté ont ainsi été complétées par des politiques et des formes de coopération (de type intergouvernemental) dans des matières qui ne sont pas contrôlées par la Cour de justice (ce qui justifiait d'ailleurs le maintien de son appellation 'Cour de justice des Communautés européennes'; toutefois, dès janvier 2009, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, qui donne la personnalité juridique à l'Union européenne, la Cour va changer de dénomination pour s'appeler 'Cour de justice de l'Union européenne'). Les nouvelles matières introduites en 1992 par le traité sur l'Union européenne forment ce que l'on a coutume d'appeler les deuxième et troisième 'piliers': la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (JAI). Jusqu'au traité de Lisbonne, seul le premier pilier de l'Union européenne (les trois Communautés européennes – CECA, Euratom et CE), faisait partie du droit communautaire au sens propre du terme. A partir du traité de Lisbonne, on parlera de 'droit de l'Union européenne'.

3. Le traité d'Amsterdam a été signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 (*J.O.C.E.*, n° C 340 du 10 nov. 1997) et le traité de Nice a été signé le 26 février 2001 et est entré en vigueur le 1^{er} février 2003 (*J.O.C.E.*, n° C 80 du 10 mars 2001).

étant toutefois supprimée et renvoyée dans un protocole annexé au traité mais ayant même valeur juridique (voir n° 070 ci-après).

De manière formelle, l'article 5 du traité de Lisbonne procède également à une renumérotation de toutes les dispositions des traités UE et CE (désormais TFUE).

S'agissant des aides d'Etat, les dispositions du traité CE (articles 87 CE à 89 CE) deviennent, dans le TFUE, les articles 107 TFUE à 109 TFUE.

Par souci de conformité à la règle de droit en vigueur à la publication du présent livre, on maintiendra dans la suite la numérotation applicable avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en janvier 2009.

Introduction

030 Texte des articles 87 à 89 CE - Objet du livre 90

Le texte des articles 87 à 89 CE est inséré ci-après (avec en gras les modifications apportées par le traité de Lisbonne) dans la description du contenu des livres 90, 90*bis*, 90*ter* et 91 relatifs aux aides d'Etat.

Le présent livre (avec le livre 90*bis*) traite d'un seul paragraphe d'une disposition du traité de Rome, l'article 87, paragraphe 1, CE, qui concerne la notion d'aide d'Etat. Il examine donc exclusivement les conditions auxquelles une mesure étatique donnée constitue une aide d'Etat au sens du traité CE et non pas la question de la compatibilité de cette aide avec le traité.

Article 87, paragraphe 1, CE

«Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, 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».

Le livre n° 90*ter* traitera des deux autres paragraphes de l'article 87 CE, relatifs aux règles d'exemption de l'interdiction de principe des aides d'Etat, c'est-à-dire des règles de fond qui régissent les conditions de compatibilité des aides d'Etat.

Il s'agit tout d'abord des exemptions de plein droit de l'article 87, paragraphe 2, CE (aides sociales aux consommateurs, calamités naturelles ou autres événements extraordinaires).

Article 87, paragraphe 2, CE

«Sont compatibles avec le marché commun:

- 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. **Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point».**

Il s'agit ensuite des exemptions soumises au pouvoir exclusif d'appréciation de la Commission (article 87, paragraphe 3, CE): aides aux régions les plus désavantagées de l'Union, aides destinées à financer un projet important d'intérêt européen commun, aides pour le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, aides pour la promotion de la culture et la conservation du patrimoine. Les conditions d'exemption seront décrites pour les secteurs concernés par le nouveau règlement général d'exemption prévu pour juillet 2008 (aides régionales, PME, aides à la R&D, aides à l'emploi, aides à la formation, aides pour la protection de l'environnement, aides sous forme de capital-investissement à risque) ainsi que le

système des aides *de minimis*. Plusieurs types d'aides faisant l'objet de réglementations spéciales seront également examinés, la plupart en cours de révision en 2008-2009 (notamment, les aides au sauvetage et à la restructuration, les garanties, la fiscalité directe, la radiodiffusion publique, etc.).

Article 87, paragraphe 3, CE

«Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun:

- 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, **ainsi que celui des régions visées à l'article 299, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale** ^[1];
- b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre;
- c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une 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 la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun;
- e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission».

Le livre n° 91 traitera enfin des règles de procédure (article 88 CE) ainsi que de la place, prépondérante, du juge national dans l'application de certaines des règles sur les aides d'Etat.

Article 88 CE

«1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun.

2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice, par dérogation aux articles 226 et 227.

Sur demande d'un État membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet État, doit être considérée comme compatible avec le marché commun, en dérogation des dispositions de l'article 87 ou des règlements prévus à l'article 89, si des circonstances exceptionnelles justifient une telle décision. Si, à l'égard de cette aide, la Commission a ouvert la procédure prévue au présent paragraphe, premier alinéa, la demande de l'État intéressé adressée au Conseil aura pour effet de suspendre ladite procédure jusqu'à la prise de position du Conseil.

Toutefois, si le Conseil n'a pas pris position dans un délai de trois mois à compter de la demande, la Commission statue.

1. Il s'agit de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de la Réunion, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, des Açores, de Madère et des îles Canaries.

3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 87, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

4. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées, conformément à l'article 89, comme pouvant être dispensées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article».

Enfin, l'article 89 CE détermine la procédure législative applicable à la matière des aides d'État.

Article 89 CE

«Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 87 et 88 et fixer notamment les conditions d'application de l'article 88, paragraphe 3, et les catégories d'aides qui sont dispensées de cette procédure».

Le présent livre (avec le livre 90*bis*) est limité à l'examen de la notion d'aide d'État qui se définit par ses effets, quelle que soit la forme de la mesure en cause.

Cette notion englobe non seulement les subventions (ou «subsidies», selon un belgicisme consacré), mais aussi les allègements de charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise. La jurisprudence a énoncé cinq conditions cumulatives, parfois présentées dans un autre ordre, pour qualifier une mesure étatique «d'aide d'État»: (i) l'existence d'un avantage sous quelque forme que ce soit, (ii) le caractère sélectif de la mesure, (iii) un transfert de ressources d'État imputable à l'État, (iv) une distorsion, même potentielle, de la concurrence et (v) une affectation, même potentielle, des échanges entre États membres.

C'est la première de ces conditions, l'existence d'un avantage, qui fait l'objet de ce livre 90, les autres conditions étant examinées dans le livre 90*bis*. Le présent ouvrage est limité, par sa taille, à une très courte synthèse des principes de la notion d'aide d'État, qui est trop largement méconnue. C'est une règle qui pourtant s'adresse aux autorités publiques (souvent tentées de la contourner avec grande créativité), qui est malheureusement souvent ignorée par les entreprises (qu'elle concerne pourtant au premier chef) et qui est aussi souvent mal appréhendée par les juristes d'entreprise, les avocats et les juges.

Le lecteur trouvera toutes les sources législatives et décisionnelles sur le site Web de la DG Concurrence de la Commission à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/comm/competition/index_fr.html. Les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (affaires «C» depuis 1989) et du Tribunal de première instance des Communautés européennes (affaires «T» depuis 1989) sont tous disponibles depuis le jour de leur prononcé sur le site www.curia.europa.eu et, dans un certain délai, au Recueil de la Cour (partie I) et du Tribunal (partie II)¹.

1. A partir de 2009, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour et le Tribunal de première instance s'appelleront désormais: 'Cour de justice de l'Union européenne' et 'Tribunal'. Dans tout le TFUE, les mots 'la Communauté' ou 'la Communauté européenne' sont remplacés par 'l'Union', les mots 'des Communautés européennes' ou 'de la CEE' sont remplacés par 'de l'Union européenne' et l'adjectif 'communautaire' est remplacé par 'de l'Union' (article 2 du traité de Lisbonne).

Chapitre 1. Des origines de 1958 à la réforme de 2005-2009

SECTION 1. ORIGINE ET RAISON D'ÊTRE DES RÈGLES SUR LES AIDES D'ÉTAT

040 Interventionnisme étatique

Quand l'on évoque les «aides d'Etat», les mot d'«interventionnisme»¹ (terme lourd d'équivoque qui lui donne souvent le sens d'ingérence) ou de «dirigisme» (qui s'oppose à «libéralisme») viennent souvent à l'esprit. La position de l'Etat acteur dans la vie économique dépend souvent du choix fondamental que l'on fait face à ces doctrines générales.

L'Etat intervient en effet dans l'économie en tant qu'opérateur économique (il agit normalement, en tant qu'actionnaire, comme un investisseur avisé, ou «anormalement» pour sauver des entreprises, comme ne le ferait pas un investisseur privé).

L'Etat intervient également en tant que régulateur (en faisant des choix politiques favorisant certaines activités plutôt que d'autres).

Ces deux formes d'intervention peuvent donner lieu à des «aides d'Etat» soumises au régime de contrôle préalable établi par le traité CE.

Le traité CE n'a pas érigé un principe d'interdiction absolue des aides d'Etat: l'intervention de l'Etat est reconnue comme utile dans certains cas pour pallier notamment des défaillances de marché. Mais cette intervention doit être contrôlée par une autorité indépendante des Etats membres.

050 Origines

Les Pères fondateurs de l'Europe ont fait un choix clair: celui d'une politique économique fondée sur le marché. Le marché (libre) est en effet central dans la politique d'intégration européenne et la politique de concurrence est articulée autour de ce concept.

Pour remonter aux origines, une lecture utile est celle du «rapport Spaak» du 21 avril 1956². Deux leçons principales en ressortent s'agissant des aides d'Etat:

- les règles de concurrence, et encore plus celles relatives aux aides d'Etat, sont conçues comme un complément à la création du marché commun en vue, en particulier, d'aboutir à une allocation optimale des activités économiques; le

1. Une petite anecdote à ce sujet illustre bien une certaine évolution assez récente si l'on prend pour exemple l'Etat français, un Etat connu pour être 'dirigiste', depuis la nuit des temps, et en particulier depuis le Colbertisme. Au sein de la direction du Trésor du ministère de l'Economie et des Finances, existait un service dit des 'interventions' qui est devenu en 1998 le 'service des participations' pour devenir, en septembre 2004, un élément de 'l'Agence des participations de l'Etat' qui regroupe l'ensemble des missions de l'Etat actionnaire (La Poste, GDF, EDF, CDC, Areva mais aussi, EADS, Thomson, Safran, etc., la liste est longue et évolutive).

2. Rapport des chefs de délégations aux ministres des Affaires étrangères. Ce document n'est étonnamment pas facilement disponible... en Europe mais sur le site de l'université américaine de Pittsburgh qui offre un large accès aux archives de l'intégration européenne (voir <http://aei.pitt.edu/996/>). Voir, Vittorio Di BUCCI, Comments on the paper 'Selectivity, Economic advantage, distortion of competition and effect on trade' in Jacques Derenne, Massimo Merola (eds.), *Economic analysis of State aid rules – Contributions and limits – Proceedings of the third annual conference of the Global Competition Law Centre (GCLC)*, College of Europe, 21-22 September 2006, Lexxion, Berlin, 2007, pp. 156-160.

contrôle des aides d'Etat constitue dès lors un instrument très puissant permettant à la Commission européenne d'empêcher les Etats membres (i) de se lancer dans une surenchère aux subventions pour attirer les investissements, (ii) de supporter la pénétration de leurs entreprises sur d'autres marchés nationaux et (iii) de protéger leur marché national; une aide d'Etat ne peut être acceptée que par une autorité supranationale indépendante et si c'est justifié par l'intérêt communautaire;

- certaines distorsions de concurrence proviennent d'avantages artificiels accordés par les Etats membres et d'autres des divergences de législations et réglementations nationales; les premières sont perçues comme particulièrement dangereuses pour la réalisation du marché commun et requièrent les «grands moyens»: des compétences étendues d'une autorité indépendante comme la Commission, tandis que les secondes sont laissées à l'harmonisation progressive en vertu de décisions du Conseil des ministres, sur proposition de la Commission; l'idée sous-jacente de cette distinction est que les Etats membres sont généralement libres de se concurrencer au travers de leur influence sur l'environnement juridique général de leur économie, mais qu'ils ne peuvent créer des niches de privilèges pour certaines entreprises ou certains secteurs; en ce sens, le contrôle des aides d'Etat a été conçu comme essentiel au vu de la taille des budgets nationaux et de la tradition bien établie de l'intervention étatique dans l'économie, au moins pour certains des Etats membres.

On peut rappeler ci-après quelques citations du rapport Spaak de 1956 en relation avec les aides d'Etat:

- page 16: «Le deuxième fait, c'est l'intervention étendue des Etats en vue de favoriser les entreprises de leur nationalité. Il faut donc discerner les aides utiles à l'intérêt général et à l'expansion de la production de celles qui ont pour objet et pour effet de fausser la concurrence. Mais en outre, en dehors même des actions délibérément entreprises pour favoriser ou pour protéger des productions nationales, il convient de mesurer l'incidence d'une disparité des législations ou des réglementations sur les conditions de concurrence. Ce difficile problème demandera une analyse précise et des mesures de correction appropriées»;
- page 57: «Une des garanties essentielles qui doivent être données aux entreprises, c'est que le jeu ne risque pas d'être faussé par les avantages artificiels dont bénéficieraient leurs concurrents. Les aides accordées par les Etats doivent donc être examinées de très près, indépendamment de la forme extérieure qu'elles revêtent (...). La règle générale est que sont incompatibles avec le marché commun les aides, sous quelque forme qu'elles soient accordées, qui faussent la concurrence et la répartition des activités en favorisant certaines entreprises ou certaines productions»;
- page 58: «Le discernement entre les diverses formes d'aides, suivant leur effet économique et leur opportunité pour la réalisation progressive et sans heurts du marché commun, doit être confié à la Commission européenne à laquelle elles devront être notifiées par l'Etat intéressé, mais qui pourra aussi entreprendre l'examen approprié sur la base des informations qu'elle se procurera elle-même ou sur demande d'un autre Etat».

Ces éléments spécifiques expliquent pourquoi la question de la notion d'aide d'Etat ne peut être appréhendée de la même manière que d'autres matières de concurrence, notamment du point de vue de théories économiques qui sont largement développées en droit *antitrust* («*total welfare*», «*consumer welfare*», «*rival's profit*», etc)¹. La qualification d'aide d'Etat dépend surtout de concepts juridiques, supportés, le cas échéant, par l'analyse économique notamment pour l'application du critère de l'opérateur privé en économie de marché (voir chapitre 3, sections 1 et 2 *infra*). Par contre, l'analyse économique est centrale et doit être encore être développée pour l'appréciation des conditions de compatibilité des aides en vertu de l'article 87, paragraphe 3, CE².

060 Union européenne versus Etats-Unis d'Amérique

Une autre manière d'appréhender la place spécifique des règles sur les aides d'Etat en droit de l'Union européenne est de comparer l'Union avec les autres systèmes juridiques, et plus particulièrement celui des Etats-Unis.

Aux Etats-Unis, le concept même d'aides d'Etat n'existe pas. Bien plus, les entreprises américaines ont de la peine à comprendre la politique européenne à ce sujet. L'existence des règles européennes sur les aides d'Etat est virtuellement ignorée aux Etats-Unis.

On peut suggérer trois explications à cette situation.

Premièrement, le caractère unique des règles communautaires sur les aides d'Etat. Le contrôle des aides d'Etat instauré en Europe est unique au monde et la Commission européenne est la seule autorité de concurrence investie du pouvoir de contrôler

1. Selon nous, la méconnaissance de cet aspect fondamental entraîne des erreurs d'analyse du concept d'aide d'Etat, comme celles commises, selon nous, par exemple, par Stanislas MARTIN et Christopher STRASSEL, 'La politique communautaire des aides d'Etat est-elle une politique de concurrence?', *Concurrences*, n° 3-2005, pp. 52-59.

Pour une critique éclairante de cette position, voir Thibaut KLEINER et Alain ALEXIS, 'Politique des aides d'Etat: une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun', *Concurrences* n° 4-2005, pp. 45-52, qui expliquent que 'Cette analyse [de MM. Martin et Strassel] apparaît toutefois trop influencée par l'expérience de l'analyse économique conduite dans la politique antitrust, dont tous les concepts et critères d'analyse ne sont pas nécessairement transposables au domaine des aides d'Etat' (*o.c.*; n° 7) ou encore qu'au contraire des règles *antitrust*, 's'agissant des aides d'Etat, la situation est différente. Dans le cadre d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, les autorités publiques doivent s'abstenir d'intervenir avec des aides d'Etat pour procurer des avantages à certaines entreprises. De telles interventions vont nécessairement à l'encontre des dispositions de l'article 4 du traité. Alors que certaines pratiques d'entreprises, par exemple certaines ententes, peuvent avoir pour effet d'accroître la concurrence et donc échapper à l'article 81, paragraphe 1, les aides d'Etat ne peuvent pas avoir cet effet. Une telle approche reviendrait à considérer que des aides d'Etat constituent un instrument normal pour développer la concurrence, ce qui paraît incompatible avec la notion même d'économie de marché ouverte où la concurrence est libre. (...) La politique des aides d'Etat participe par contre, d'une logique d'infraction *per se*, puisque l'aide d'Etat peut seulement être autorisée par la Commission par dérogation au principe d'interdiction des aides. Dès qu'une mesure est qualifiée d'aide d'Etat, elle est en principe interdite, et l'Etat membre doit justifier qu'elle répond à un objectif d'intérêt commun défini par le traité. La charge de la preuve est donc largement inversée par rapport aux règles antitrust. Dans ce cadre, la compétence exclusive de la Commission pour l'appréciation de la compatibilité des aides d'Etat est nécessaire. Les effets négatifs actuels ou potentiels des aides d'Etat ne doivent pas être appréciés uniquement au niveau des entreprises, mais également au niveau des Etats membres. Les aides données par un Etat membre tendent en effet à créer des effets négatifs sur les autres Etats membres: déplacement d'activité économique vers cet Etat, favoritisme des entreprises nationales au détriment des entrants des autres Etats, hausses potentielles de prix dans les Etats voisins pour compenser les prix artificiellement bas découlant des aides dans un Etat membre... Il appartient donc à la Commission de veiller à ce que ces aides ne nuisent pas à l'intérêt général communautaire' (*o.c.*, n° 14 et 16).

2. Pour une discussion d'ensemble, voir, notamment, Jean-Yves CHÉROT, Le 'plan d'action' de la Commission dans le domaine des aides d'Etat, *Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'Etat*, AJDA, 21 décembre 2007, pp. 2412 à 2419.

l'usage fait par les Etats membres de leur budget (l'Autorité de Surveillance de l'AELE agit en étroite association avec la Commission européenne et l'AELE a totalement importé les règles du traité CE). Aucun Etat n'a le même pouvoir au niveau national. Même les Etats fédéraux n'ont pas de mécanisme de contrôle des subventions accordées par leurs entités fédérées. Ainsi, aux Etats-Unis, l'Etat fédéral ne dispose d'aucun mécanisme pour contrôler ou même coordonner les aides accordées par les Etats fédérés.

Deuxièmement, des conceptions différentes sur la question des aides d'Etat. L'Europe a une longue tradition d'intervention des gouvernements dans l'économie. Accorder des aides est une des formes de cette intervention. En outre, l'idée qu'il est nécessaire de réguler ce flot d'aides est globalement acceptée par les Etats membres, même si de temps en temps, les pouvoirs dévolus par le traité CE depuis 1957 à la Commission à ce sujet sont très mal vus par certains Etats membres. Aux Etats-Unis, une telle tradition d'aides d'Etat au niveau fédéral n'existe pas (des exceptions comme les assistances fédérales accordées à Chrysler, Lockheed, aux chemins de fer, à Boeing ou à la NASA confirment la règle). Par contre, il existe, au niveau des Etats fédérés, une certaine tradition de concurrence fiscale (changement de siège d'une rue à l'autre, crédits d'impôts, exemptions d'impôts, etc.). En fait, on ne perçoit pas ces soutiens comme des aides mais comme des «*economic incentives*». Si les Etats-Unis ne reconnaissent déjà pas le concept, veulent-ils encore moins le réglementer.

Troisièmement, des vues différentes sur le droit de la concurrence lui-même. Aux Etats-Unis, le droit *anti-trust* est né en réponse aux craintes d'une trop grande concentration économique dans le secteur privé. On contrôle donc les acteurs privés et non l'Etat. En Europe, le droit de la concurrence est conçu comme un instrument permettant de démanteler les obstacles à la création d'un véritable marché commun qui n'a jamais existé avant 1958. On contrôle donc les acteurs privés et publics: tout d'abord, de manière fondamentale, les acteurs publics s'agissant des mesures étatiques créant des obstacles à l'intégration européenne (droits de douane et obstacles tarifaires et non tarifaires aux échanges de nature non concurrentielle), puis les acteurs privés pour éviter de recréer des barrières d'un autre type (comportement anticoncurrentiels et abusifs et concentrations) et, enfin, encore les acteurs publics pour les obstacles de nature concurrentielle des Etats membres, les aides d'Etat.

Le contrôle des aides d'Etat fait donc partie intégrante de l'agenda de l'intégration européenne. En revanche, les Etats-Unis partent d'un acquis qui est celui d'un marché intérieur déjà unifié, protégé par la *Commerce Clause* (interdiction pour les Etats d'imposer des restrictions ayant un effet négatif sur le commerce entre Etats).

SECTION 2. PLACE DES RÈGLES SUR LES AIDES D'ÉTAT DANS LE SYSTÈME DU TRAITÉ CE/TFU – OBJECTIFS

070 Place des règles sur les aides d'Etat dans le traité CE/TFU

Les règles sur les aides d'Etat se trouvent (dans la version du traité CE en 2007-2008) dans la troisième partie intitulée «Les politiques de la Communauté», titre VI sur «les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations» et chapitre I sur «les règles de concurrence».

Le TFUE, issu du traité de Lisbonne, conserve la même architecture que le traité CE (le titre VI précité devient simplement le titre VII). La concurrence reste un instrument en vue de réaliser cette intégration économique (et non pas un objectif en soi que la

Constitution européenne, rejetée par la France et les Pays-Bas, avait voulu lui donner). Bien que la lettre g) de l'article 3, paragraphe 1, g) CE¹ soit supprimée dans le TFUE (l'article 3, paragraphe 1, CE est abrogé mais remplacé, en substance, sans cette lettre g), par les articles 3 à 6 du TFUE), la concurrence reste spécifiquement mentionnée dans un protocole spécial comme une politique essentielle pour la création du marché intérieur².

Le chapitre sur les «règles de concurrence» se divise en deux sections: une première relative aux «règles applicables aux entreprises» et une seconde relative aux «aides accordées par les Etats». On se rend compte déjà que l'expression anglo-saxonne «*Competition & State aid*» n'a aucun sens: la matière des aides d'Etat est une partie intégrante du droit de la concurrence.

La politique de concurrence vient compléter les politiques visant à instaurer le marché intérieur, c'est-à-dire l'intégration des économies des Etats membres vers une Union de plus en plus poussée. A côté des règles du marché intérieur (marchandises, travailleurs, établissement, services, capitaux), les règles de concurrence viennent éviter que les entreprises (par des accords anticoncurrentiels, des abus de position dominante ou des concentrations) et les Etats membres (par des législations relatives aux entreprises publiques ou par des aides d'Etat) ne mettent à mal l'intégration communautaire résultant de l'application des libertés fondamentales. Le rôle complémentaire est évident.

080 Objectif et mécanisme général du contrôle des aides d'Etat

L'objectif du contrôle des aides d'Etat est d'assurer que les entreprises communautaires puissent opérer dans chaque Etat membre dans les mêmes conditions concurrentielles et exclusivement sur la base de leurs mérites. En effet, la compétitivité de l'économie européenne requiert un environnement dans lequel les efforts des entreprises efficaces et innovantes sont récompensés par les mécanismes du marché.

Or, les aides d'Etat pourraient conduire à ce que certaines entreprises, pourtant peu compétitives, obtiennent des avantages sélectifs non justifiés, voir même demeurent sur le marché alors même que les forces du marché auraient requis leur élimination. De plus, sans contrôle de la Commission européenne, les aides d'Etat pourraient être octroyées pour simplement attirer sur le territoire d'un Etat membre des investisseurs qui bénéficieraient ainsi d'avantages non fondés sur un quelconque effort compétitif.

1. Avant sa modification par le traité de Lisbonne, l'article 3, paragraphe 1, g) CE dispose que 'l'action de la Communauté comporte, (...) g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur'.

2. Cette référence à la concurrence non faussée du traité CE, supprimée par le traité de Lisbonne, est renvoyée au protocole n° 6 'sur le marché intérieur et la concurrence' qui énonce: 'Les Hautes Parties Contractantes, compte tenu du fait que le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée, sont convenues que, à cet effet, l'Union prend, si nécessaire, des mesures dans le cadre des dispositions des traités, notamment l'article 308 du traité sur le fonctionnement de l'Union'.

En réalité, cette modification n'est que symbolique puisque les protocoles ont la même valeur juridique que les dispositions des traités (article 51 UE; voir arrêt du 23 févr. 2001, *De Nicola c. BEI*, T-7/98, T-208/98 et T-109/99, *Rec.*, p. FP-I-A-49, II-185, point 90 et arrêt du 27 juin 2001, *Leroy e.a. c. Conseil*, T-164/99, T-37/00 et T-38/00, *Rec.*, p. II-1819, point 58 – tous les arrêts cités dans le présent livre sont ceux de la Cour de justice des Communautés européennes – 'de l'Union européenne' en 2009, affaires 'C' – et du Tribunal de première instance, affaires 'T'). Toute symbolique qu'elle soit, cette modification est toutefois susceptible d'avoir un impact dans l'application concrète des règles sur les aides d'Etat selon les attitudes que prendront les Etats membres et la Cour de justice (en effet, les règles sur les aides d'Etat sont la résultante d'une mise en balance des intérêts de la concurrence libre et non faussée avec les intérêts de politiques diverses – développement régional, emploi, environnement, recherche et développement, etc. – dont l'équilibre pourrait être modifié en fonction de l'importance que l'on donne au protocole n° 6).

Pour ces raisons, l'octroi d'une aide d'État est interdit en principe et requiert l'approbation de la Commission européenne, sur notification préalable à celle-ci par les Etats membres de leurs projets d'aides. La Commission détient en effet le pouvoir exclusif et largement discrétionnaire de décider que l'octroi d'une aide est «compatible avec le marché commun». Si elles peuvent être sources de distorsions de la concurrence constitutives d'entraves au commerce intracommunautaire, les aides d'État peuvent cependant générer toute une série d'effets positifs pour l'Union européenne en général. Ainsi, les aides d'État peuvent corriger des «défaillances de marchés» ou servir des objectifs d'intérêt général comme la cohésion économique et sociale, la protection de l'environnement et du développement durable ou encore la recherche et développement.

En somme, le contrôle des aides d'État visera à mettre en balance les avantages générés par une aide d'État avec ses désavantages de distorsion de concurrence.

090 Règles sur les aides d'Etat et autres règles de concurrence

Trois blocs de règles de concurrence coexistent, à côté des règles sur le marché intérieur proprement dit:

Destinataires des dispositions Nature des règles	Comportements des entreprises	Mesures étatiques - entreprises publiques - entreprises avec droits spéciaux ou exclusifs	Mesures étatiques - aides d'Etat
Règles de fond	Article 81 CE (art. 101 TFUE) – § 1: interdiction des accords anticoncurrentiels – § 2: nullité – § 3: exemptions Article 82 CE (art. 102 TFUE) – interdiction des abus de position dominante Contrôle des concentrations (règlement n° 139/2004 du Conseil)	Article 86 CE (art. 106 TFUE) – § 1: rappel de l'application du traité – § 2: exception de «service public» – § 3: directives et décisions de la Commission	Article 87 CE (art. 107 TFUE) – § 1: interdiction – § 2: exemptions de plein droit – § 3: exemptions décidées par la Commission
Règles de procédure (droit primaire uniquement)			Article 88 CE (art. 108 TFUE)
Adoption de législation d'application	Articles 83-85 CE (art. 103-105 TFUE)	Article 86 § 3 CE (art. 106 § 3 TFUE)	Article 89 CE (art. 109 TFUE)

Les dispositions fiscales sont aux articles 90 à 93 CE (articles 110 à 113 TFUE) et le rapprochement des législations fait l'objet des articles 94 à 97 CE (règles de procédure pour la législation marché intérieur – articles 114 à 117 TFUE) avant le titre sur la politique économique et monétaire.

SECTION 3. LE PLAN D'ACTION 2005-2009

100 Origines de la réforme

L'existence de règles et lignes directrices de plus en plus nombreuses et complexes, l'élargissement de l'Union européenne ainsi que la poursuite de la «stratégie de Lisbonne»¹, ont justifié que la Commission européenne entreprenne une réforme exhaustive de sa politique des aides d'État.

En juin 2005, la Commission a ainsi publié un «plan d'action dans le domaine des aides d'Etat»² qui décrit une feuille de route de la réforme dont la mise en œuvre s'étale sur la période 2005-2009. La réforme est articulée autour de quatre grands principes:

- des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées;
- une approche économique plus fine;
- des procédures plus efficaces et une amélioration de l'application, de la prévisibilité et de la transparence;
- un partage des responsabilités entre la Commission et les États membres.

110 Aides d'Etat moins nombreuses et mieux ciblées

S'il constitue un aspect essentiel de la politique communautaire de la concurrence, le droit des aides d'État est également essentiel à la bonne gestion des économies publiques nationales. En effet, l'octroi d'une aide d'État empiète sur le budget de l'État que financent les citoyens. La rareté des ressources implique que l'octroi d'une aide à une entreprise ou à un secteur déterminé constitue un coût d'opportunité: toute aide accordée à des entreprises se fera forcément au détriment d'autres secteurs.

L'existence d'un tel coût d'opportunité justifie dès lors que les aides d'État soient orientées, notamment grâce à une analyse économique affinée (voir *infra*) vers les domaines qui peuvent contribuer à l'amélioration du fonctionnement du marché et au développement de leur fonctionnement. Plus particulièrement, le plan d'action invite les États membres à concentrer leurs soutiens sur les secteurs qui permettront de donner un nouvel élan à la stratégie de Lisbonne dont l'objectif est de faire de l'Union européenne l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde d'ici 2010.

L'un des axes de la réforme prenant en compte cet objectif est la préférence donnée aux aides de type «horizontal», dans un secteur déterminé (la R&D ou la protection de

1. C'est au cours du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, que les chefs d'État ou de gouvernements des États membres ont lancé une stratégie dite «de Lisbonne» dans le but de faire de l'Union européenne l'économie la plus compétitive au monde et de parvenir au plein emploi avant 2010. Développée au cours de plusieurs Conseils européens à la suite de celui de Lisbonne, cette stratégie repose sur trois piliers: (i) un pilier économique qui doit préparer la transition vers une économie compétitive, dynamique et fondée sur la connaissance, (ii) un pilier social qui doit permettre de moderniser le modèle social européen grâce à l'investissement dans les ressources humaines et à la lutte contre l'exclusion sociale (investissement dans l'éducation et la formation, afin de faciliter le passage à l'économie de la connaissance) et (iii) un pilier environnemental (ajouté à Göteborg en juin 2001) qui attire l'attention sur le fait que la croissance économique doit être dissociée de l'utilisation des ressources naturelles.

2. Communication de la Commission du 7 juin 2005, Plan d'action dans le domaine des aides d'Etat – Des aides d'Etat moins nombreuses et mieux ciblées: une feuille de route pour la réforme des aides d'Etat 2005-2009, *DOC COM* (2005), 107 final. Voir également, sur le site de la DG Concurrence et sur la base de données RAPID (www.europa.eu/rapid), le communiqué de presse IP/05/680 du 7 juin 2005, les discours de la Commissaire Neelie Kroes (Speech/05/331 du 7 juin 2005 et Speech/05/347 du 14 juin 2005) et le document «questions et réponses» (MEMO/05/195). Voir également, Jean-Yves CHÉROT, Chronique «aides d'Etat», *Concurrences* 2005, n° 3 et l'article précité, *AJDA*, déc. 2007.

l'environnement) plutôt qu'à des aides *ad hoc* individuelles à l'une ou l'autre entreprise (les aides au sauvetage et à la restructuration devant rester des exceptions).

120 Approche économique plus fine

Dans ce contexte, les États membres sont invités à être particulièrement attentifs aux défaillances de marché, nocives à l'efficacité économique, et à combler celles-ci au moyen d'aides d'État lorsque les autres moyens, moins restrictifs de la concurrence, se sont avérés inaptes à combler cette défaillance.

Les situations dans lesquelles une défaillance de marché empêche le marché de fonctionner d'une manière efficace du point de vue économique sont nombreuses et connaissent de nombreuses sources:

- les externalités: une externalité se manifeste lorsque le comportement d'un agent économique génère des conséquences, positives ou négatives, pour d'autres acteurs sans que ces conséquences aient été prises en compte par l'agent économique qui les génère (par exemple, une externalité négative est celle de la pollution générée par les activités d'une entreprise; une externalité positive peut résulter des bénéfices en termes de recherche et d'innovation générés par les activités d'un acteur économique donné mais dont celui-ci ne bénéficie pas); dans de tels cas, l'aide d'État visera à surmonter cette défaillance de marché qui pourrait décourager les entreprises à engager des investissements, bien souvent importants, dans la recherche;
- les biens publics: il s'agit des biens qui profitent à la société dans son ensemble mais qui ne sont généralement pas fournis par le marché (certains types de services publics, par exemple);
- une information imparfaite: asymétrie dans l'information qui peut entraîner des coûts de transaction, de délégation, pouvant à leur tour empêcher un fonctionnement efficace du marché (par exemple, les jeunes entreprises ont généralement des difficultés à obtenir des financements sur le marché financier);
- les problèmes de coordination: les marchés peuvent ne pas bien fonctionner en cas de problème de coordination entre ses acteurs (par exemple, normalisation, infrastructures de transport, innovation);
- l'existence d'un pouvoir de marché: une situation de monopole peut être une raison pour laquelle un marché ne fonctionne pas de manière efficace.

Certaines des situations précitées peuvent être résolues par des voies réglementaires ou autres. Dans certains cas, toutefois, le recours à des aides d'État peut être envisagé. Selon le plan d'action de la Commission, une défaillance du marché constitue donc l'une des principales justifications des aides d'État.

Dans le cadre de sa réforme, la Commission a déjà notamment adopté les mesures suivantes:

- diverses mesures législatives relatives aux compensations de «service public»;
- nouvel encadrement des aides à la recherche, au développement et à l'innovation;
- nouvelle communication sur le capital-investissement;
- projet de règlement général d'exemption consolidant les différents règlements d'exemption et élargissant leur champ d'application sectoriel.

L'analyse économique plus fine peut s'appliquer, en partie (il s'agit en effet d'une notion essentiellement juridique), à la définition de la notion d'aide d'État (article 87, paragraphe 1, CE), notamment lors de l'application du principe de l'opérateur privé en économie de marché ou de l'évaluation de la justification de certaines mesures au regard de la nature ou de la configuration générale du système fiscal.

L'analyse économique plus fine est toutefois surtout appelée à se développer s'agissant de l'appréciation de la compatibilité des aides d'Etat (article 87, paragraphe 3, CE)¹. Le nouvel encadrement de 2006 sur les aides à la recherche, au développement et à l'innovation en fournit un bon exemple s'agissant de la «mise en balance des intérêts»:

«Pour apprécier si une mesure d'aide peut être jugée compatible avec le marché commun, la Commission met en balance, d'une part, les effets positifs de la mesure d'aide pour atteindre un objectif d'intérêt commun et, d'autre part, ses effets potentiellement négatifs de distorsion des échanges et de la concurrence. Le Plan d'action dans le domaine des aides d'Etat, se fondant sur l'expérience acquise, a donné une expression formelle à cette mise en balance en établissant le «critère de la mise en balance». Il est appliqué en trois étapes pour statuer sur l'autorisation d'une mesure d'aide d'Etat; les deux premières étapes portent sur les effets positifs de l'aide d'Etat, la troisième sur ses effets négatifs et sur la balance qui en résulte entre effets positifs et négatifs.

- 1) La mesure d'aide vise-t-elle un objectif d'intérêt commun bien défini (par exemple: croissance, emploi, cohésion, environnement)?
- 2) L'aide est-elle correctement conçue pour réaliser l'objectif d'intérêt commun, c'est-à-dire: le projet d'aide vise-t-il à remédier à la défaillance du marché ou à atteindre un autre objectif?
 - i) Une aide d'Etat constitue-t-elle un moyen d'action adapté?
 - ii) L'aide a-t-elle un effet d'incitation, c'est-à-dire: modifie-t-elle le comportement des entreprises?
 - iii) La mesure d'aide est-elle proportionnelle, c'est-à-dire: le même changement de comportement pourrait-il être obtenu avec moins d'aides d'Etat?
- 3) Les distorsions de concurrence et l'effet sur les échanges sont-ils limités, de sorte que le bilan global est positif?»²

130 Simplification et codification de la réglementation

Le plan d'action de la Commission examine également la nécessité de faire face à la complexité croissante de la politique des aides. Celle-ci est peu «lisible» pour les acteurs et il convient de la rationaliser et de rendre le contrôle plus prévisible et plus facile à appliquer.

Pour faciliter l'octroi des aides qui sont manifestement compatibles avec le traité, la Commission adoptera un règlement général d'exemption par catégorie, qui exemptera certaines catégories d'aides de l'obligation de notification préalable à la Commission. Il s'agira de simplifier et consolider les règlements actuels relatifs à la formation, les PME et l'emploi et également d'élargir l'éventail des exemptions par catégories à d'autres formes d'aides (aides régionales, aides à l'environnement). La politique des aides régionales a également été réformée pour tenir compte de l'élargissement à 27 Etats membres (voir livre n° 90ter).

Dans le cadre du règlement de procédure actuel (voir livre n° 91), la Commission

1. Sur cette problématique de la place de l'analyse économique dans l'application des règles sur les aides d'Etat, voir Jacques DERENNE, Massimo MEROLA (eds.), *Economic analysis of State aid rules – Contributions and limits – Proceedings of the third annual conference of the Global Competition Law Centre (GCLC)*, College of Europe, 21-22 September 2006, Lexxion, Berlin, 2007, pp. 220. Dans cet ouvrage collectif, voir en particulier, pour une introduction générale à l'analyse économique du contrôle des aides d'Etat, David SPECTOR, 'The economic analysis of State aid control', *o.c.*, pp. 7 - 27; voir également l'article précité de Thibaut KLEINER et Alain ALEXIS dans *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 45-52.

2. *J.O.U.E.*, n° C 323 du 30 déc. 2006, p. 1, point 1.3.1. Voir le livre n° 90ter.

envisage de publier un code de bonnes pratiques par lequel elle cherchera à instaurer des délais plus prévisibles, des étapes intermédiaires claires dans la procédure ainsi qu'une plus grande transparence. La Commission espère réduire les délais en encourageant la rédaction de notifications de meilleure qualité et en décourageant les notifications incomplètes, en ayant recours de façon plus systématique aux injonctions de fournir des informations exhaustives dans des délais précis.

140 Partage des responsabilités entre Commission et Etats membres

Compte tenu de l'expérience du recours aux autorités nationales de contrôle dans le cadre du processus de l'élargissement, le plan d'action annonce l'examen de la possibilité pour des autorités indépendantes, dans les États membres, d'assister la Commission dans l'application des règles sur les aides d'État, notamment pour la détection et la récupération provisoire des aides illégales et l'exécution des décisions de récupération (voir, sur ces notions, le livre n° 91).

Les États membres sont invités à veiller plus activement à ce que les conditions d'exemption soient pleinement respectées et les informations nécessaires soient recueillies conformément aux règles concernées.

La Commission souhaite également adopter des actions de défense de la concurrence, afin d'encourager tous les intéressés à faire en sorte que les règles relatives aux aides d'État soient pleinement respectées. Il s'agit en fait d'améliorer l'effet utile de l'effet direct de l'article 88, paragraphe 3, CE qui interdit la mise à exécution de projets d'aides non notifiés et non approuvés au préalable par la Commission (voir livre n° 91).

A cet effet, la Commission a fait établir en 2005-2006 une étude axée sur les deux principaux aspects de l'application de la législation sur les aides au niveau national: le rôle des juridictions nationales dans la protection des droits conférés aux tiers intéressés et l'application au niveau national des décisions négatives assorties d'une obligation de récupération. Cette étude a été remise en mars 2006 et publiée par la Commission¹. Elle analyse tous les jugements nationaux en matière d'aides d'État ainsi que les difficultés d'exécution des décisions négatives de la Commission. Elle a fait l'objet de plusieurs conférences-débats en 2006.

Elle est prolongée par plusieurs actions de la Commission, notamment la communication du 25 octobre 2007 sur la récupération des aides illégales et incompatibles². La Commission révisera également en 2008 sa communication sur la coopération entre les juridictions nationales et la Commission (voir livre n° 91).

1. *Study on the enforcement of State aid law at national level - Part I: Application of EC State aid rules by national courts - Part II: Recovery of unlawful State aid: enforcement of negative Commission decisions by the Member States*, coordinated by Thomas Jestaedt (Jones Day), Jacques Derenne (Lovells) and Tom Ottervanger (Allen & Overy). L'étude, de quelque 700 pages, est disponible sur le site de la DG Concurrence aux adresses suivantes:

http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/study_part_1.pdf

http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/study_part_2.pdf

2. Communication de la Commission intitulée 'Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun', *J.O.U.E.*, n° C 272 du 15 nov. 2007, pp. 4-17.

150 Feuille de route 2005-2009

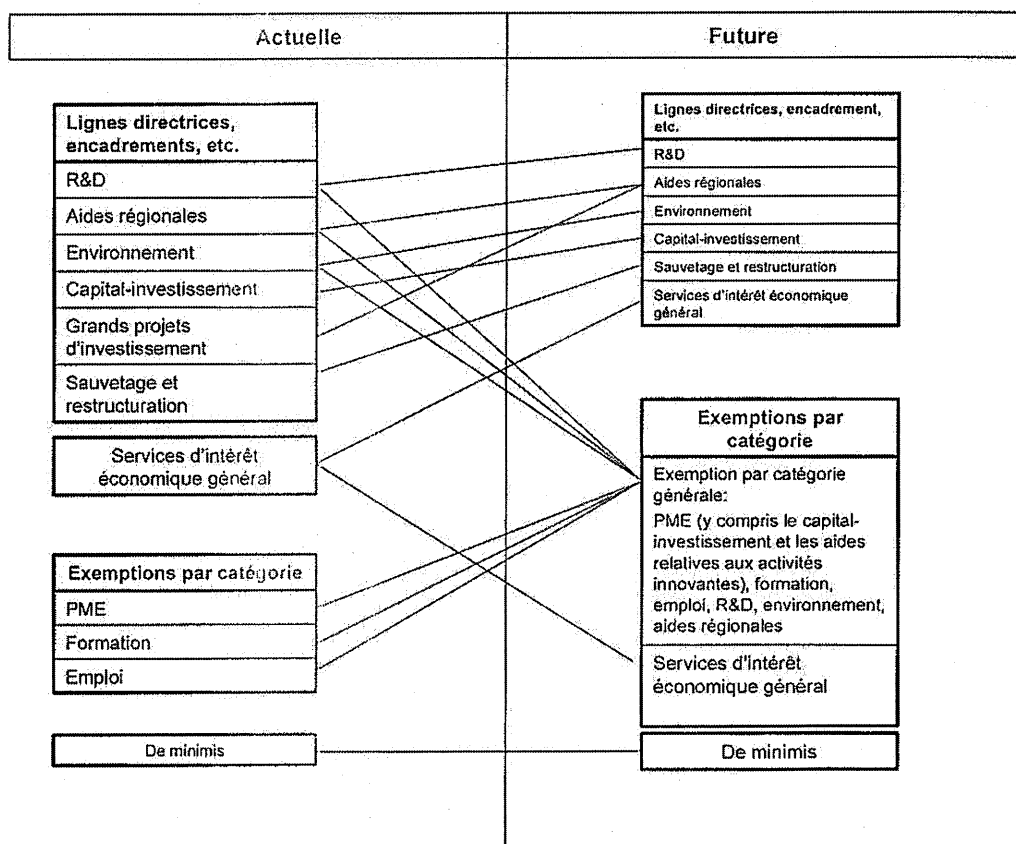
La communication de 2005 de la Commission donne un aperçu de la feuille de route 2005-2009, avec une répartition indicative des actions sur les trois étapes de la réforme (figure 1, page 19 de la communication).

Modifications	2005/2006	2007/2008	2009
Règles de fond	Feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009 Lignes directrices concernant les aides régionales Exemption par catégorie générale (PME, emploi, formation, R&D, de minimis, régionales, environnement) Communication taux d'intérêt Lignes directrices R&D et innovation Communication assurance-crédit à court terme Communication capital-investissement Décision et lignes directrices sur les services d'intérêt économique général et directive sur la transparence Lignes directrices environnement Encadrement des aides d'État à la construction navale	Appréciation/modification des lignes directrices sur les aides au sauvetage et à la restructuration Communication concernant les aides d'État sous forme de garanties Communication sur la fiscalité directe des entreprises Communication concernant les aides d'État à la radiodiffusion publique Autres exemptions par catégories éventuelles	Évaluation de la réforme et révision des règles sur les aides d'État en vigueur
Documents de consultation	Communication sur l'innovation	Document de consultation sur une éventuelle modification du règlement n° 659/99 du Conseil Document de consultation sur les différentes formes d'aides	

Modifications	2005/2006	2007/2008	2009
Procédure	Code de bonnes pratiques internes Favoriser la défense des aides d'État Accroître le contrôle des décisions et des récupérations Proposition éventuelle de modification du règlement n° 994/98 du Conseil (règlement d'habilitation)	Proposition éventuelle de modification du règlement n° 659/99 du Conseil (règlement de procédure) Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales dans le domaine des aides d'État	

160 Modifications à l'architecture des règles

Le tableau suivant du plan d'action donne un aperçu des principales modifications qui sont apportées à l'architecture des règles relatives aux aides d'État.



Chapitre 2. Principes généraux de la notion d'aide d'Etat

170 Article 87, paragraphe 1, CE

Le texte de l'article 87, paragraphe 1, CE énonce ce qui suit:

«Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, 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».

180 Définition par les effets

En réalité, le traité CE (TFUE) ne définit pas la notion d'aide d'Etat en tant que telle. La sagesse des Pères fondateurs de l'Europe a laissé cette définition à la jurisprudence et à la pratique décisionnelle de la Commission.

La notion d'aide d'État est en fait tellement large qu'elle ne se prête pas à une définition précise qui ne pourrait tenir compte de toutes les formes potentielles d'avantages consentis par les États membres.

C'est pourquoi l'article 87 CE ne donne pas de définition détaillée mais détermine plutôt les effets des aides (existence d'un avantage qui fausse la concurrence en favorisant certaines entreprises par rapport à d'autres) et leur origine (octroi par les États ou au moyen de ressources d'État). Selon la Cour de justice, «l'article [87] du traité a pour objectif de prévenir que les échanges entre États membres soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions»¹.

Selon la jurisprudence, l'article 87, paragraphe 1, CE «ne distingue pas selon les causes ou les objectifs d'une mesure d'allègement des charges pesant normalement sur une entreprise, mais définit cette mesure en fonction de ses effets. Il en résulte que ni le caractère fiscal ni le but économique ou social ou les objectifs de protection de l'environnement ou de la sécurité des personnes, éventuellement poursuivis par une telle mesure, ne suffisent à la faire échapper d'emblée à l'application de l'article précité»².

L'article 87, paragraphe 1, CE «ne fait pas de distinction entre les interventions étatiques selon leurs causes ou leurs objectifs, mais les définit en fonction de leurs effets. La notion d'aide constitue, ainsi, une notion objective qui est fonction de la

1. Arrêt du 15 mars 1994, Banco de Crédito Industrial c. Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, *Rec.*, p. I-877, point 12, rappelant l'arrêt du 2 juill. 1974, Italie c. Commission, 173/73, *Rec.*, p. 709, point 26.

2. Arrêt du 13 sept. 2006, British Aggregates c. Commission, T-210/02, *Rec.*, p. II-2789, point 106. Voir, en ce qui concerne des exonérations sélectives de charges sociales, arrêt du 2 juill. 1974 précité, points 27 et 28 et arrêt du 17 juin 1999, Belgique c. Commission (Maribel), C-75/97, *Rec.*, p. I-3671, point 25; en ce qui concerne une bonification d'intérêts sélective, accordée aux PME en vue de la rénovation du parc de véhicules industriels dans un souci de protection de l'environnement et d'amélioration de la sécurité routière, voir arrêt du 13 févr. 2003, Espagne c. Commission, C-409/00, *Rec.*, p. I-1487, point 46 et arrêt du 29 sept. 2000, CETM c. Commission, T-55/99, *Rec.*, p. II-3207, point 53.

seule question de savoir si une mesure étatique confère ou non un avantage à une ou certaines entreprises»¹.

190 Définition par la jurisprudence et la pratique

La première définition de la jurisprudence (et reprise de manière constante depuis) se trouve dans un arrêt de la Cour dès 1961, dans le contexte du traité CECA². A l'occasion d'une affaire relative aux mines du Limbourg néerlandais, la Cour a jugé que:

«La notion d'aide est (...) plus générale que la notion de subvention parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions 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 d'une même nature et ont des effets identiques»³.

Dès 1963, en réponse à une question parlementaire, la Commission avait donné la définition suivante⁴:

«Sous réserve du fait que seule la Cour de justice est compétente pour donner une interprétation authentique des dispositions du Traité, la Commission considère qu'une aide accordée par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit (subventions; exonérations d'impôts et de taxes; exonération de taxes parafiscales; bonifications d'intérêts; garanties de prêts à des conditions particulièrement favorables; cessions de bâtiments ou de terrains à titre gratuit ou à des conditions particulièrement favorables; fournitures de biens ou de services à des conditions préférentielles; couverture de pertes d'exploitation; ou toute autre mesure d'effet équivalent) tombe en principe sous le coup des articles [87 à 89] du Traité quel que soit le caractère public ou privé des entreprises bénéficiaires.

Au cas où l'entreprise bénéficiaire est chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, les règles de concurrence s'appliquent, en vertu de l'article [86] paragraphe 2 du Traité, dans la mesure où leur mise en œuvre ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. A ce propos, le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Dans le domaine d'application de l'article [86] paragraphe 2 également, aucune distinction n'est faite entre le cas où le bénéficiaire est une entreprise publique et celui où le bénéficiaire est une entreprise privée.

Au cas où la puissance publique renonce, en tout ou en partie, à la rémunération du capital propre d'une entreprise d'État ou de toute autre entreprise publique, une telle renonciation pourrait, le cas échéant, être considérée comme une aide d'État. De l'avis de la Commission, ceci pourrait se concevoir dans la mesure où un propriétaire ou actionnaire privé se trouvant dans une situation comparable et agissant en vertu de considérations d'ordre économique, ne renoncerait pas – ou ne renoncerait que dans une mesure limitée – à la rémunération de son capital propre; autrement dit, la

1. Arrêt du 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c. Commission*, T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, point 180.
2. Le traité CECA est expiré depuis 2002. Son article 4, c) prévoyait que 'toute aide des États membres à l'industrie houillère, sous quelque forme que ce soit, est interdite, qu'elle soit ou non spécifique'.
3. Arrêt du 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 30/59, *Rec.*, p. 3, spéc. p. 39; l'application de cette définition dans le contexte du Traité de Rome a été explicitement confirmée par l'arrêt précité du 15 mai 1994, *Banco de Crédito Industrial*, point 13; voir également arrêt du 26 sept. 1996, *France c. Commission*, C-241/94, *Rec.*, p. I-4551, point 34.
4. J.O.C.E. du 17 août 1963, p. 2235/63.

renonciation à laquelle consentirait la puissance publique résulterait en l'occurrence non pas de considérations d'ordre économique, mais de motifs d'ordre politique. L'appréciation de telles situations ne paraît toutefois possible que moyennant un examen méticuleux de tous les facteurs caractérisant chacun des cas concrets dont il s'agit. (...)» .

200 Cinq conditions cumulatives

On peut retenir de la jurisprudence et de la pratique de la Commission que la notion d'aide d'Etat dépend de la réunion de cinq conditions cumulatives¹ (selon les cas, on rencontrera des définitions ne retenant que trois ou quatre conditions, les deux premières ou les deux dernières étant parfois fusionnées dans l'examen²):

- octroi d'un avantage sous quelque forme que ce soit;
- caractère sélectif de l'avantage;
- transfert de ressources d'État et imputabilité de la mesure à l'Etat;
- distorsion de concurrence, même potentielle;
- affectation des échanges entre États membres, même potentielle.

1. Selon une jurisprudence constante, 'la qualification d'aide requiert que toutes les conditions visées à l'article 87, paragraphe 1, CE soient remplies' (voir arrêt du 23 mars 2006, *Enirisorse c. Sotacarbo*, C-237/04, *Rec.*, p. I-2843, point 38, citant les arrêts suivants: 'arrêts du 21 mars 1990, *Belgique/Commission*, dit 'Tubemeuse', C-142/87, *Rec.*, p. I-959, point 25; du 14 sept. 1994, *Espagne/Commission*, C-278/92 à C-280/92, *Rec.*, p. I-4103, point 20; du 16 mai 2002, *France/Commission*, C-482/99, *Rec.*, p. I-4397, point 68, et du 24 juill. 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, *Rec.*, p. I-7747, point 74').

2. Voir, sur ce point, Penelope PAPANDROPOULOS, Rainer NITSCHKE, Bernard VAN DE WALLE DE GHELCKE, Denis WAELEBROECK, Jacques DERENNE, Frédéric LOUIS, Massimo MEROLA, Pablo IBANEZ COLOMO, Julien DE BEYS et Julie BOUSIN, in 'Selectivity, economic advantage, distortion of competition and effect on trade', Jacques DERENNE, Massimo MEROLA (eds.), *Economic analysis of State aid rules – Contributions and limits*, o.c., pp. 152-154.

Chapitre 3. Avantage sous quelque forme que ce soit

210 Octroi à une «entreprise» au sens du droit de la concurrence

La notion d'aide ne concerne que les mesures destinées aux «entreprises» au sens du droit de la concurrence, c'est-à-dire «toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (...). Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (...)»¹.

Une aide octroyée à des particuliers ou des organismes qui ne constituent pas des «entreprises», ne peut être qualifiée d'aide d'Etat et ne relève pas de l'article 87 CE².

220 Avantage appréciable économiquement

La question de savoir si une mesure étatique constitue une aide d'Etat suppose la recherche d'un avantage procuré par la mesure en cause à l'entreprise bénéficiaire dont celle-ci n'aurait pas bénéficié dans des conditions normales de marché: «Afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché»³.

Dans ce contexte, l'octroi de tout avantage, appréciable économiquement, peut constituer une aide d'Etat (si les autres conditions de l'article 87, paragraphe 1, CE, sont remplies): il peut consister, notamment, en une subvention, une prise de participation publique qu'un investisseur privé n'aurait pas réalisée, une exonération d'impôts, une bonification d'intérêts, une garantie de prêt dans des conditions anormales, une cession de bâtiments ou de terrains à des conditions préférentielles, une privatisation à

1. Voir pour une application récente, les points 28 et 29 de l'arrêt du 23 mars 2006, *Enirisorse c. Sotacarbo*, C-237/04, *Rec.*, p. I-2843. Voir également, s'agissant de la notion d'activités 'économiques' au sens de la jurisprudence communautaire en droit de la concurrence, arrêt du 31 janv. 1984, *Luisi et Carbone*, 286/82 et 26/83, *Rec.*, p. 377, point 16; arrêt du 16 juin 1985, *Commission c. Italie*, 118/85, p. 2599, point 7; arrêt du 23 avr. 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, *Rec.*, p. I-197, point 21; arrêt du 4 oct. 1990, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, C-159/90, *Rec.*, p. I-4685, point 18; arrêt du 12 déc. 1995, *FFSA*, C-244/94, *Rec.*, p. I-4013, points 17 à 22; arrêt du 21 sept. 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, points 80 à 87; arrêt du 12 sept. 2000, *Pavlov e.a.*, C-180/98 à C-184/98, *Rec.*, p. I-6451, point 118; arrêt du 21 oct. 2001, *Glöckner*, C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, point 20; arrêt du 22 janv. 2002, *Cisal*, C-218/00, *Rec.*, p. I-691, point 37; arrêt du 24 oct. 2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, C-82/01 P, *Rec.*, p. I-9297; arrêt du 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *Rec.*, p. I-2941, point 63; arrêt du 11 juill. 2007, *Asklepios Kliniken GmbH*, T-167/04, *Rec.*, p. II-[2007], points 49 à 55.
2. Voir, par exemple, décision de la Commission du 6 déc. 2006, N 314/06 - Danemark, subventions aux entités du secteur public pour la remise de dettes en faveur de groupes sociaux vulnérables, point 16 (décision disponible sur le site de la DG Concurrence).
3. Arrêt du 11 juillet 1996, *SFEI e.a. c. La Poste e.a.*, C-39/94, *Rec.*, p. I-3547, point 60; voir également arrêts du 29 avr. 1999, *Espagne c. Commission*, C-342/96, *Rec.*, p. I-2459, point 41; du 29 juin 1999, *DM Transport*, C-256/97, *Rec.*, p. I-3913, point 22, et du 10 mai 2000, *SIC c. Commission*, T-46/97, *Rec.*, p. II-2125, point 78.

un prix inférieur au prix de marché, une fourniture (ou un achat) de biens ou de services à des conditions anormales de marché¹.

Toute la difficulté résidera dans la détermination de ces «conditions normales de marché». Certaines de ces mesures sont détaillées ci-après en se référant à la jurisprudence qui les a examinées depuis les années quatre-vingt.

SECTION 1. LE CRITÈRE DE L'INVESTISSEUR PRIVÉ²

225 Création du principe par la Commission en 1982 et confirmation par la jurisprudence

C'est au début des années quatre-vingt, sous l'impulsion de la Commission européenne, que la jurisprudence allait reconnaître que l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'entreprises, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide étatique lorsque les conditions visées à l'article 87 CE sont remplies. Le critère appliqué par la Commission et la jurisprudence est fondé sur les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur le marché des capitaux. C'est le test dit de «l'investisseur privé opérant dans une économie de marché»: cet investisseur privé théorique aurait-il investi de la même manière que l'État dans l'entreprise bénéficiaire? Si tel n'est pas le cas, la mesure financière peut constituer une aide.

Ce principe de l'investisseur privé en économie de marché a été développé comme critère de qualification d'aides s'agissant des prises de participations publiques dans une affaire belge de 1982, l'affaire des usines Intermills à Andenne et Malmédy. La décision a été annulée en 1984 par la Cour pour des raisons de motivation mais la Cour y confirme le principe:

«Le traité vise les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'état "sous quelque forme que ce soit". Il s'ensuit qu'une distinction de principe ne saurait être établie selon qu'une aide est accordée sous forme de prêts ou sous forme de participation au capital d'entreprises. Les aides sous l'une et l'autre de ces formes tombent sous l'interdiction de l'article [87] lorsque les conditions énoncées par cette disposition sont remplies.

1. La question de l'existence d'un avantage peut revêtir des formes infinies. L'importance d'une 'dérogation' par rapport à la 'situation normale' ou du rapport aux 'charges normales' revient souvent. Ainsi, la Cour était-elle interrogée, dans l'affaire *Erinisorse* précitée, sur la question de savoir si une législation nationale s'opposant au remboursement des actions d'un actionnaire en cas de retrait du capital avait pour effet d'octroyer un avantage. La Cour répond par la négative en constatant que le droit commun du code civil italien n'accorde un droit de retrait qu'aux actionnaires opposés aux décisions concernant le changement d'objet ou de type de société, ou bien le transfert du siège social à l'étranger. Dans le cas d'espèce, les actionnaires d'une société bénéficiaient d'un régime dérogatoire, leur octroyant une faculté exceptionnelle de retrait, même si les conditions prévues par le code civil n'étaient pas réunies. La Cour énonce que, dans une situation normale, telle que celle résultant des dispositions du code civil, les actionnaires de *Sotacarbo* n'auraient pas été en mesure de se retirer de la société et donc de demander le remboursement de leurs actions. Dès lors, la loi spécifique qui permettait à cette société de refuser le remboursement des actions, n'avait pas pour effet d'alléger ses charges normales, et ne lui procurait donc aucun avantage. Voir également, s'agissant de la nécessité de définir un 'cadre de référence', la décision de la Commission du 10 oct. 2007 concernant les aides d'Etat accordées par la France en ce qui concerne la réforme du mode de financement des retraites des fonctionnaires de l'Etat rattachés à La Poste, points 118 à 120 (C 43 / 2006, décision publiée sur le site de la DG Concurrence).
2. Pour une synthèse assez récente des éléments de cette condition, voir Catherine SMITS, 'La notion d'avantage et le critère de "l'opérateur en économie de marché"', in *Aides d'Etat* (édité par Marianne DONY et Catherine SMITS), ULB, Bruxelles, 2005, pp. 53 à 78. Voir également Marianne DONY (avec François RENARD et Catherine SMITS), commentaire MEGRET, 'Contrôle des aides d'Etat', 3^{ème} édition, ULB, Bruxelles, 2007, pp. 93 à 144.

L'octroi d'aides, spécialement sous forme de prises de participation de la part de l'État ou de collectivités publiques, ne saurait être considéré comme étant automatiquement contraire aux dispositions du traité. Quelle que soit donc la forme sous laquelle des aides sont accordées, il appartient à la Commission d'examiner si ces aides se trouvent en conflit avec l'article [87], paragraphe 1, et, dans l'affirmative, d'apprécier si elles peuvent éventuellement être exemptées en vertu du paragraphe 3 du même article, en motivant sa décision en conséquence¹.

Sur cette lancée, la Commission publie une communication en 1984² qui développe le principe de l'investisseur privé en économie de marché que la jurisprudence confirme ensuite dans une série d'arrêts concernant, encore une fois, des affaires belges.

Dans un arrêt de 1986, la Cour juge qu'en vue «de vérifier si une participation au capital d'une entreprise présente le caractère d'une aide étatique, il est pertinent d'appliquer le critère basé sur les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur les marchés privés des capitaux. Dans le cas d'une entreprise dont le capital social est détenu par les autorités publiques, il convient notamment d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles, abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à l'apport en capital concerné»³.

230 Développement du principe par la jurisprudence

On peut encore mentionner deux autres arrêts de la Cour (affaires ENI-Lanerossi et Alfa Roméo) donnant les indications suivantes:

«Les capitaux mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, ne sauraient être qualifiés d'aides d'État.

Reste dans le cadre de ces conditions le fait pour un associé privé d'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 pour une société mère de 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. De telles décisions peuvent être motivées non seulement par la probabilité d'en tirer un profit matériel indirect, mais également par d'autres préoccupations, tel le souci de maintenir l'image de marque du groupe, ou de réorienter ses activités.

En revanche, lorsque les apports de capitaux d'un investisseur public font abstraction de toute perspective de rentabilité, même à long terme, de tels apports doivent être considérés comme des aides au sens de l'article 92 du traité»⁴.

«Pour déterminer si l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, présente le caractère d'une aide étatique au sens de l'article 92 du traité, il y a lieu d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé, d'une importance qui puisse être comparée à celle

1. Arrêt du 14 nov. 1984, Intermills c. Commission, 323/82, *Rec.*, p. 3809, points 31 et 32.

2. Bulletin CE, 1984/9, p. 93 et ss.

3. Arrêt du 10 juill. 1986, Belgique c. Commission, 234/84, *Rec.*, p. 2281, point 14 et arrêt du même jour, Belgique c. Commission, 40/85, *Rec.*, p. 2321, point 13; voir également arrêts du 14 sept. 1994, Espagne c. Commission, C-278 à 280/92, *Rec.*, p. I-4103, point 21 et C-42/93, *Rec.*, p. I-4175, point 13. Voir également la communication de la Commission aux États membres sur l'application des articles 92 et 93 du traité CEE aux entreprises publiques du secteur manufacturier, *J.O.C.E.*, n° C 307 du 13 janv. 1993, p. 3.

4. Arrêt du 21 mars 1991, Italie c. Commission, C-303/88, *Rec.*, p. I-1433, points 20 à 22.

des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de cette importance.

Si le comportement de l'investisseur privé, auquel doit être comparée l'intervention de l'investisseur public poursuivant des objectifs de politique économique, ne doit pas nécessairement être celui de l'investisseur ordinaire plaçant des capitaux en vue de leur rentabilisation à plus ou moins court terme, il doit, au moins, être celui d'un holding privé ou d'un groupe privé d'entreprises poursuivant une politique structurale, globale ou sectorielle, et guidé par des perspectives de rentabilité à plus long terme»¹.

240 **Principe de l'investisseur privé au regard de l'égalité entre secteurs public et privé**

Le critère de l'investisseur privé est reconnu par la jurisprudence comme «une émanation du principe d'égalité de traitement entre les secteurs public et privé»²: il n'est donc aucunement en contradiction avec l'article 295 CE qui dispose que «le traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres» (l'Etat peut donc être parfaitement propriétaire d'une entreprise ou nationaliser tout un secteur de l'économie, sous la réserve que la forme juridique choisie ne contienne déjà pas, en soi, une aide d'Etat – par exemple, des garanties publiques illimitées, etc.).

La jurisprudence a notamment clairement jugé que:

«si le régime de la propriété continue à relever de chaque Etat membre en vertu de l'article 295 CE, cette disposition n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les Etats membres aux règles fondamentales du traité (...). Ainsi, et conformément à l'article 86, paragraphe 1, CE, les règles de concurrence du traité, qui sont des règles fondamentales, sont applicables indistinctement aux entreprises publiques et privées (...). Il ne saurait, donc, être considéré que l'article 295 CE limite la portée de la notion d'aide d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. En outre, contrairement à ce que soutiennent les requérants, cette application des règles de concurrence aux entreprises indépendamment du régime de propriété auquel elles sont soumises n'a pas pour effet de restreindre le domaine de protection de l'article 295 CE et de faire que les Etats membres ne disposent pratiquement plus d'aucune latitude dans leur gestion des entreprises publiques, dans la conservation des participations qu'ils possèdent dans ces dernières, ou encore dans la prise en compte de considérations autres que des critères purement lucratifs»³.

250 **Appréciation économique complexe – Pouvoir discrétionnaire de la Commission**

L'application du critère de l'investisseur privé a donné lieu à d'innombrables décisions de la Commission et d'arrêts de la Cour et du Tribunal et autant de discussions et de critiques doctrinales qu'il n'est pas possible de détailler ici.

Un élément important ressort de ces principes: le test de l'investisseur privé requiert une appréciation économique complexe pour laquelle la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Cette appréciation est certes soumise au contrôle juridictionnel de la Cour et du Tribunal mais dans les limites de leur contrôle marginal généralement exprimé comme suit:

1. Arrêt du 21 mars 1991, Italie c. Commission, C-305/89, *Rec.*, p. I-1603, points 18 à 20.
2. Arrêt du 12 déc. 1996, Air France c. Commission, T-358/94, *Rec.*, p. II-2109, point 70; voir également l'arrêt précité dans l'affaire C-303/88, point 20.
3. Arrêt du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c. Commission, T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, points 192 à 195.

«L'appréciation, par la Commission, de la question de savoir si un investissement satisfait au critère de l'investisseur privé implique une appréciation économique complexe. Or, la Commission, lorsqu'elle adopte un acte impliquant une appréciation économique aussi complexe, jouit d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle juridictionnel dudit acte, même s'il est en principe entier pour ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité (devenu article 87, paragraphe 1, CE), se limite 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. En particulier, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de l'auteur de la décision»¹.

260 Un exemple significatif: l'affaire WestLB – Rappel des principes

Les difficultés de cette appréciation sont bien illustrées par l'affaire des banques régionales allemandes (injection de capital par leurs actionnaires publics respectifs, les *Länder*). Dans cette affaire, le Tribunal y rappelle tout d'abord les principes:

«En vue de déterminer si une telle intervention présente le caractère d'aide d'État, il y a lieu d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé opérant dans des conditions normales d'une économie de marché (...), d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à procéder à l'apport de capitaux en question. En particulier, il est pertinent de se demander si un investisseur privé aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions et, dans la négative, d'examiner à quelles conditions il aurait pu la réaliser. (...) La comparaison entre les comportements des investisseurs public et privé doit être établie par rapport à l'attitude qu'aurait eue, lors de l'opération en cause, un investisseur privé, eu égard aux informations disponibles et aux évolutions prévisibles à ce moment»².

270 Affaire WestLB: application du principe de l'investisseur privé à une entreprise rentable

Le Tribunal y confirme également de manière explicite, pour la première fois, l'application de ce principe à une entreprise rentable: le recours, en vue d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, au critère de l'investisseur privé en économie de marché n'est pas limité aux seules entreprises en pertes ou en restructuration; il vaut également pour les entreprises rentables³.

Toute la question est alors de savoir dans quelle mesure cet investissement est rentable par rapport aux critères du marché en cause. Dans cette affaire, la Commission avait considéré que l'injection de fonds publics dans la banque régionale WestLB était une aide d'État car elle était rémunérée par un intérêt de 0,6 % au lieu des 9,3 % que la Commission considérait être le rendement moyen dans le secteur bancaire

1. Arrêt du 12 déc. 2000, *Alitalia c. Commission*, T-296/97, *Rec.*, p. II-3871, point 105. Voir également arrêt du 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission*, T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, point 282 et arrêt du 7 juin 2006, *UFEX e.a. c. Commission*, T-613/97 RV, *Rec.*, p. II-1531, point 128.

2. Arrêt du 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c. Commission*, T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, points 245 et 246.

3. *Ibid.*, points 206 à 214.

concerné. Le critère de l'investisseur privé permet donc de déterminer à la fois si une mesure constitue une aide et le montant de cette aide.

280 **Affaire WestLB: appréciation de la valeur du rendement moyen**

Le raisonnement du Tribunal mérite d'être décrit en détail car il illustre bien le type de raisonnement à suivre pour l'application du critère de l'investisseur privé:

- la Commission est habilitée à utiliser la valeur du rendement moyen dans le secteur concerné comme instrument analytique pour la détermination du comportement d'un investisseur privé;
- le rendement moyen ne constitue toutefois qu'un instrument analytique utilisé dans le cadre de l'application de l'article 87, paragraphe 1, CE (point 250):
 - «(...) le rendement moyen ne peut pas être un critère automatique pour déterminer l'existence et la dimension d'une aide d'État. Il ne dispense pas la Commission de son obligation de faire une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte, y compris de la situation de l'entreprise bénéficiaire et du marché concerné, pour vérifier si l'entreprise bénéficiaire perçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché» (point 251);
 - «(...) l'utilisation du rendement moyen comme instrument analytique est subordonnée à l'ensemble des règles de droit communautaire sur les aides d'État. Par exemple, l'utilisation du rendement moyen ne peut pas exonérer la Commission de son obligation de prendre en compte la possibilité que l'aide en question remplisse éventuellement les conditions pour être autorisée par l'exception prévue par l'article 86, paragraphe 2, CE» (point 252);
 - «(...) l'utilisation du rendement moyen n'affecte pas le devoir qui incombe à la Commission, en vertu de l'article 253 CE, de motiver d'une façon suffisante sa décision finale relative à l'existence et à la dimension de l'aide d'État en question» (point 253);
- sous ces réserves, «l'utilisation du rendement moyen du secteur concerné comme instrument analytique, parmi d'autres, peut être justifiée dans le cadre de l'application du principe de l'investisseur privé, pour déterminer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché» (point 254); «en effet, le comportement d'un investisseur privé dans une économie de marché est guidé par des perspectives de rentabilité (arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, *Alitalia/Commission*, T-296/97, *Rec.*, p. II-3871, point 84). Ainsi, l'utilisation du rendement moyen doit correspondre à l'idée qu'un investisseur privé avisé, à savoir, un investisseur qui souhaite maximiser ses bénéfices, mais sans courir trop de risques par rapport aux autres participants dans le marché, dans son calcul de la rémunération appropriée à escompter pour son investissement, exigerait en principe un rendement minimal équivalant au rendement moyen du secteur concerné» (point 255).
- l'utilisation par la Commission du rendement moyen n'est pas non plus contraire à l'article 295 CE:
 - cette utilisation «vise justement à déterminer si l'opération litigieuse a été faite dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché» (point 268);
 - «la Commission [devant] toujours examiner tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et son contexte, elle doit prendre en considération la question de savoir si un investisseur privé avisé, à la place de l'investisseur

public en question, aurait accepté comme rémunération appropriée un rendement inférieur au rendement moyen du secteur concerné, en raison de considérations économiques autres que l'optimisation de son rendement» (point 270);

- «les particularités de l'opération litigieuse relatives à l'entreprise bénéficiaire doivent également être prises en compte dans le cadre de l'application du principe de l'investisseur privé» (point 270);
- «l'exigence visant à prendre en compte le comportement de l'investisseur privé avisé aux fins d'apprécier le comportement de l'investisseur public, tandis que le comportement d'un quelconque investisseur privé n'est pas soumis à une telle contrainte, ne saurait non plus être considérée comme entraînant une discrimination à l'égard de l'investisseur public. En effet, le principe d'égalité interdit de traiter d'une façon différente des situations comparables, entraînant un désavantage pour certains opérateurs par rapport à d'autres, sans que cette différence de traitement soit justifiée par l'existence de différences objectives d'une certaine importance (...). Or, l'investisseur public ne se trouve pas dans la même situation que l'investisseur privé. Ce dernier ne peut compter que sur ses propres ressources pour financer ses investissements et répond donc sur son patrimoine des conséquences de ses choix. Au contraire, l'investisseur public a accès à des ressources qui découlent de l'exercice de la puissance publique, notamment à celles provenant des impôts. Partant, les situations de ces deux types d'investisseurs n'étant pas identiques, la prise en compte du comportement de l'investisseur privé avisé aux fins d'apprécier le comportement de l'investisseur public ne saurait constituer une discrimination à l'égard de ce dernier» (points 271 et 272).

Cette dernière affirmation est importante pour l'appréciation du comportement de l'Etat en tant qu'opérateur sur le marché: au vu de ses ressources illimitées, il est justifié de soumettre son comportement à un critère spécial afin de déterminer s'il suppose l'octroi d'une aide d'Etat ou non.

Dans cette affaire, la manière avec laquelle le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché était appliqué, était contestée en soi également.

Le raisonnement du Tribunal, qui juge que, sur ce point, aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été faite en l'espèce, donne également des indications intéressantes pour l'application du principe en général:

- « (...) il ne suffit pas de comparer le rendement que le Land obtient par l'opération litigieuse avec celui qu'il obtenait pour le patrimoine de la WfA avant cette opération. En effet, il est constant que le patrimoine de la WfA, ayant comme unique mission d'encourager la construction de logements, n'était pas soumis à la logique d'un investisseur privé. En revanche, il convient de comparer le rendement obtenu par le Land grâce à l'opération litigieuse avec le rendement qu'un investisseur privé hypothétique, se trouvant dans la mesure du possible, dans la même situation que le Land, aurait exigé pour cette opération » (point 313);
- « (...) normalement, un investisseur privé ne se contente pas du fait qu'un investissement ne lui cause pas de pertes, ou qu'il lui rapporte des bénéfices limités. En effet, il cherchera une maximisation raisonnable du rendement de son investissement, en fonction des circonstances présentes et de la satisfaction de ses intérêts à court, à moyen et à long terme, y compris dans le cas d'un investissement dans une entreprise dans le capital social de laquelle il détient déjà une participation. Ainsi, en ce qui concerne la position du Land comme investisseur, le fait que l'opération litigieuse soit raisonnable pour le Land ne l'exempte pas de l'application du droit communautaire des aides d'Etat. Ce fait n'évite pas la

nécessité de savoir si cette opération renforce la position de la WestLB en lui donnant un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché » (points 314 et 315).

Après avoir rejeté une série d'arguments tentant d'expliquer le rendement litigieux, le Tribunal revient au principe de base selon lequel il convient «de se demander si un investisseur privé aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions et, dans la négative, d'examiner à quelles conditions il aurait pu la réaliser» (point 323), ce qui revient, «conformément au raisonnement expliqué au point 313 ci-dessus, [à] déterminer quel serait le rendement qu'un investisseur privé hypothétique, se trouvant dans la mesure du possible dans la même situation que le Land, aurait exigé pour l'opération litigieuse» (point 324).

Comme «l'objectif final est celui de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché» (point 325), le Tribunal énonce que «dans le cadre de l'application du droit communautaire des aides d'État, il ne saurait être considéré que l'exercice intellectuel qui consiste à vérifier si une opération s'est déroulée dans des conditions normales de l'économie de marché doit nécessairement être fait par référence au seul investisseur, ou à la seule entreprise bénéficiaire de l'investissement, alors que l'interaction entre les différents agents économiques est justement ce qui caractérise l'économie de marché» (point 327).

Ainsi, le Tribunal relève que «dans le cadre de négociations dans des conditions normales de l'économie de marché, pour un investisseur privé se trouvant dans la même situation que le Land, il aurait été impossible de faire abstraction de l'absence de liquidité du capital de la WfA» (point 328), de même que des «coûts effectifs pour la WestLB de l'absence de liquidité du capital de la WfA et, donc, la déductibilité fiscale partielle des coûts de refinancement qui en découlaient» (point 329).

Finalement, le Tribunal annula tout de même la décision de la Commission pour motivation insuffisante du taux de rendement choisi par la Commission¹. La Commission reprit sa décision en corrigeant ses erreurs de motivation².

290 Nouvelle décision WestLB – Principe de calcul de la rémunération minimum

La nouvelle décision de la Commission comprend notamment l'exposé détaillé suivant sur la détermination de la rémunération minimum à escompter d'un investissement par l'Etat dans le capital social d'une entreprise.

«Le rendement escompté de l'investissement et le risque lié à celui-ci sont deux déterminants essentiels d'une décision d'investissement prise par un investisseur opérant dans une économie de marché. Afin de déterminer le montant de ces deux éléments, l'investisseur intègre à son calcul l'ensemble des informations sur les sociétés concernées et sur le marché dont il peut disposer. Il s'appuie pour cela sur les rendements historiques moyens, qui constituent généralement aussi un indicateur des performances futures de l'entreprise, ainsi que, entre autres, sur l'analyse du modèle économique qui sera celui de l'entreprise au cours de la période sur laquelle

1. L'annulation était justifiée par une motivation insuffisante sur les deux points suivants: (i) motivation de la valeur de la rémunération du capital liquide prise comme point de départ du calcul, pour laquelle la Commission avait retenu un taux de 12 % par an (après impôts acquittés par l'entreprise et avant impôts des investisseurs) et (ii) la motivation de la majoration de la rémunération, pour laquelle la Commission avait fixé un taux de 1,5 % par an (après impôts acquittés par l'entreprise et avant impôts des investisseurs).

2. Décision du 20 oct. 2004 concernant une aide de l'Allemagne en faveur de l'entreprise Westdeutsche Landesbank — Girozentrale, devenue WestLB AG, *J.O.U.E.*, n° L 307 du 7 nov. 2006, p. 22.

portera l'investissement, de la stratégie et de la qualité de l'équipe de direction, ou encore des perspectives du secteur économique concerné.

Un investisseur opérant dans une économie de marché ne procédera à un investissement que s'il lui permet d'obtenir un rendement plus élevé ou s'il est assorti d'un risque moindre que l'autre possibilité la plus favorable d'utilisation de son capital. C'est pourquoi un investisseur n'investira pas dans une entreprise dans laquelle les perspectives de rendement sont plus faibles que les perspectives de rendement moyennes d'autres d'entreprises présentant un profil de risque similaire. Dans ce cas, on peut supposer qu'il existe suffisamment de solutions autres que le projet d'investissement en cause, qui présentent des perspectives de rendement meilleures pour un risque similaire.

Il existe plusieurs méthodes permettant de déterminer quelle est la rémunération minimum appropriée. Elles vont des différentes variantes de l'approche financière jusqu'à la méthode dite CAPM (capital asset pricing model — modèle d'équilibre des actifs financiers). Pour présenter les différentes approches, il convient d'opérer une distinction entre deux composantes: un rendement sans risque et une prime de risque propre au projet:

rendement minimum approprié d'un investissement à risque = taux de base sans risque + prime de risque de l'investissement à risque.

Le rendement minimum approprié d'un investissement à risque peut donc être décrit comme la somme du taux de rendement sans risque et de la prime de risque supplémentaire pour la prise du risque propre à l'investissement.

Par conséquent, toute détermination d'un rendement suppose l'existence conjointe d'une forme d'investissement dépourvue de risque de défaillance et d'un rendement supposé sans risque. Pour déterminer le taux de base sans risque, on utilise généralement le rendement escompté des titres à revenu fixe d'émetteurs publics (ou d'un indice reposant sur de tels titres), dans la mesure où ceux-ci constituent une forme d'investissement présentant, elle aussi, un risque faible. Il existe pourtant des différences entre les différentes méthodes pour ce qui est de la prime de risque:

- *Approche financière*: le rendement escompté des capitaux propres d'un investisseur, implique, pour la banque qui utilise ces capitaux, de futurs coûts financiers. Avec cette approche, on détermine tout d'abord les coûts historiques des capitaux propres qu'ont eus à supporter des banques comparables à la banque concernée en l'espèce. La moyenne arithmétique des coûts financiers est alors comparée aux coûts des capitaux propres qui sont à escompter pour l'avenir et, ainsi, avec l'exigence de rendement de l'investisseur.
- *Approche financière avec taux de croissance annuel moyen (Compound Annual Growth Rate)*: cette approche repose essentiellement sur l'utilisation de la moyenne géométrique au lieu de la moyenne arithmétique (*Compound Annual Growth Rate*).
- *Modèle CAPM (Capital Asset Pricing Model)*: le modèle CAPM est le modèle le plus connu et le plus souvent testé de la finance moderne; il permet de déterminer le rendement escompté par un investisseur à l'aide de la formule suivante: rendement minimum = taux de base sans risque + (prime de risque sur le marché × bêta). La prime de risque pour l'investissement de capitaux propres s'obtient par multiplication de la prime de risque du marché par le facteur bêta (prime de risque marché × bêta). Le facteur bêta permet de quantifier le risque propre à une entreprise par rapport au risque total de l'ensemble des entreprises.

Le modèle CAPM constitue la méthode la plus utilisée pour calculer les rendements des investissements dans de grandes entreprises cotées en bourse. Toutefois, comme la WestLB n'est pas cotée en bourse, il n'est pas possible de déterminer directement sa valeur bêta. Il n'est donc possible d'utiliser la méthode CAPM qu'en ayant recours à une estimation du facteur bêta»¹.

300 Taux de rendement interne et prise en compte des coûts réels

En guise de conclusion sur cette question complexe, on relèvera qu'il ne suffit finalement pas de démontrer que le taux de rendement interne correspond à celui du marché, encore faut-il que cette démonstration ait un sens selon les circonstances.

Or, dans certains cas, le fait que ce taux de rendement interne soit excellent peut ne pas être, en soi, de nature à exclure la présence d'aides d'Etat dans la mesure où tous les coûts réels de l'opération ne sont pas pris en compte, pour une raison ou une autre².

310 Intervention simultanée d'investisseurs privés: un élément pertinent mais à manier délicatement

L'intervention privée, concomitante et dans des conditions comparables à l'intervention publique³, est souvent présentée comme une présomption de l'inexistence d'une aide⁴.

Une telle conclusion n'est pas du tout évidente, tant la situation est proche de l'adage «verre à moitié vide ou à moitié plein».

En effet, il est souvent difficile de savoir exactement pourquoi les opérateurs privés décident d'investir: est-ce dû seulement à l'intérêt intrinsèque de l'opération ou est-ce dû, dans un premier temps, à la présence de l'Etat? Dans ce dernier cas, même si l'opération est éminemment rentable pour les investisseurs privés, ce n'est dû qu'au support initial, même concomitant, de l'Etat.

Souvent, dans des affaires de restructuration d'entreprises en difficulté, l'effort des investisseurs privés (entreprise bénéficiaire, banques, tiers investisseur ou repreneur)

1. Points 214 à 218 de la décision précitée.

2. L'affaire UFEX (Union française de l'express, anciennement SFEI) illustre la difficulté de cette question. Elle concerne une plainte de 1990 (complétée en 1996 et 2007) de l'UFEX (sociétés de courrier express concurrentes de La Poste en France) dénonçant le fait que l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste à sa filiale SFMI, puis Chronopost, dans ce secteur d'activité contiendrait des subventions croisées constitutives d'aides d'Etat. Dans sa décision de 1997 rejetant la plainte (décision du 1^{er} oct. 1997 concernant les aides que la France aurait accordées à SFMI-Chronopost, *J.O.C.E.*, n° L 164 du 9 juin 1998, pp. 37-48), la Commission fait notamment référence au taux de rendement interne (TRI) de l'investissement consenti par La Poste pour décider que 'le TRI calculé par la Commission excède largement le coût du capital en 1986'. Le chiffre exact de ce TRI n'était pas mentionné dans la décision mais, devant le Tribunal, à l'audience, la Commission avait avancé un chiffre de 170% qui ne pouvait qu'indiquer un problème avec les calculs des coûts de l'assistance de La Poste à sa filiale. Après de multiples péripéties judiciaires (et une première annulation en 2000, annulée par la Cour en 2003), le Tribunal annulait à nouveau cette décision en 2006 pour défaut de motivation (arrêt du 7 juin 2006, UFEX e.a. c. Commission, T-613/97 RV, *Rec.*, p. II-1531; sur pourvoi contre cet arrêt, la Cour doit rendre un nouvel arrêt en 2008: affaires jointes C-341/06 et 342/06 P). Voir sur cette affaire, la question détaillée ci-après de la fourniture de services et de biens à des conditions préférentielles.

3. Une prise de participation de salariés dans le capital de l'entreprise concernée ne constitue pas une intervention privée comparable dès lors que celle-ci s'opère dans des conditions très différentes de l'apport de l'Etat (contrepartie d'une modération salariale): voir arrêt du 12 déc. 2000, Alitalia c. Commission, T-296/97, *Rec.*, p. II-3871.

4. Voir Catherine SMITS, 'La notion d'avantage et le critère de 'l'opérateur en économie de marché' in *Aides d'Etat* (édité par Marianne DONY et Catherine SMITS), ULB, Bruxelles, 2005, p. 53, spéc. p. 58 et Jean-Paul KEPPENNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 39-41, n° 49-50.

est bien plus important que celui de l'Etat (et d'ailleurs, dans les grandes entreprises, le soutien de l'Etat ne peut dépasser 50 % des coûts de restructuration pour qu'une aide à la restructuration soit compatible). Pourtant, le support de l'Etat n'en constitue pas moins une aide d'Etat: dans certains cas, aucun investisseur privé n'aurait décidé d'investir dans une entreprise donnée en difficulté sans la présence de l'Etat qui fait office de catalyseur, même si l'investissement de l'Etat, tout en étant concomitant au privé, est nettement inférieur à celui-ci.

Il convient plutôt d'avoir égard à la valeur intrinsèque de l'investissement de l'Etat en évitant de tirer des conclusions «mécaniques» de la présence des investisseurs privés (voir, dans le même sens, n° 360 *infra*, s'agissant du critère du créancier privé).

320 Obligations ou objectifs de l'Etat puissance publique: un élément non pertinent

La mise en œuvre du critère de l'investisseur privé ne peut faire intervenir les obligations que l'Etat doit assumer en tant que puissance publique (couverture sociale des travailleurs, par exemple).

La Cour ainsi jugé qu'il faut «établir une distinction entre les obligations que l'Etat doit assumer en tant que propriétaire actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique. Les trois sociétés en cause ayant été constituées sous forme de société anonyme, le Patrimonio del Estado en tant que propriétaire actionnaire de ces sociétés n'était responsable de leurs dettes qu'à concurrence de la valeur de liquidation de leurs actifs. Cela signifie en l'espèce que les obligations résultant des coûts du licenciement des travailleurs, du paiement des allocations de chômage et des aides pour la reconstitution du tissu industriel ne doivent pas être prises en considération pour l'application du critère de l'investisseur privé»¹.

De la même manière, comme la notion d'aide d'Etat ne se définit que par ses effets de distorsion de concurrence (voir n° 180 *supra*), tous les objectifs ou effets positifs (développement de l'emploi, soutien régional, objectif d'ordre culturel, maintien de la crédibilité ou du prestige de l'Etat)² escomptés de l'intervention de l'Etat ne peuvent entrer en compte que pour l'examen de la compatibilité de la mesure d'aide et non pas de sa qualification.

Un investisseur privé n'est pas censé tenir compte de ces éléments.

SECTION 2. LE CRITÈRE DU CRÉANCIER PRIVÉ

330 Déclinaison du critère de l'investisseur privé

Le comportement de l'Etat, opérateur dans la vie économique, peut consister, non à investir, mais à octroyer un crédit, à agir en tant que créancier. Le critère de l'investisseur privé a également été décliné par la jurisprudence pour déterminer la présence d'aide d'Etat dans ce cas.

Le point de référence ne sera plus l'investisseur privé qui cherche à maximiser son rendement mais le «créancier privé» qui cherche à obtenir, d'un débiteur parfois dans une situation difficile, le paiement des sommes qui lui sont dues.

1. Arrêt du 14 sept. 1994, Espagne c. Commission, *Rec.*, p.I-4103, point 22.

2. Voir, par exemple, la décision de la Commission du 12 févr. 2004 concernant les avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à la compagnie aérienne Ryanair lors de son installation à Charleroi, *J.O.U.E.*, n° L 137 du 30 avr. 2004, p. 1, point 144 (à propos de la réduction des taxes aéroportuaires).

340 **Rééchelonnement de dettes**

Selon ce nouveau test du créancier privé cherchant à obtenir le paiement de ses créances, la Cour a jugé, en 1999, que des accords de rééchelonnement de dettes conclus par un Fonds public de fermeture d'entreprises étaient destinés à obtenir le remboursement d'une partie des créances et ne pouvaient être comparés, en termes de taux d'intérêt, aux crédits bancaires où les banques agissent comme des investisseurs et non pas comme des créanciers cherchant à récupérer une créance douteuse.

Cet organisme public ne doit pas, dans ces circonstances, être comparé à un investisseur public dont l'intervention devrait être celle d'un «investisseur privé» qui place son capital en vue d'une rentabilisation plus ou moins certaine. Au contraire, «en aménageant les modalités de remboursement desdites avances, le Fogasa doit être réputé avoir agi comme un créancier public qui, à l'instar d'un créancier privé, cherche à récupérer des sommes qui lui sont dues et qui conclut, à cet effet, des accords avec le débiteur, en vertu desquels les dettes accumulées seront échelonnées ou fractionnées en vue de faciliter leur remboursement»¹.

Dans ce contexte, les taux d'intérêts moratoires avantageux appliqués par l'État ne comportaient pas d'éléments d'aide.

350 **Facilités de paiement de l'organisme de sécurité sociale à une entreprise en difficulté**

Dans un autre arrêt de 1999², la Cour a traité d'une affaire qui lui était soumise par le Tribunal de commerce de Bruxelles s'agissant de facilités de paiement accordées par l'Office national de sécurité sociale (ONSS) à une société en difficulté (l'entreprise de déménagement DMT).

La Cour a conclu à l'existence d'aides si ces facilités sont octroyées de façon discrétionnaire par l'organisme en question et si elles ne sont pas accessibles de la même façon à toute entreprise dans la même situation:

«(...) l'ONSS doit être réputé avoir agi, à l'égard de DMT, comme un créancier public, qui, à l'instar d'un créancier privé, cherche à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières (...). Il incombe à la juridiction nationale de déterminer si les facilités de paiement octroyées par l'ONSS à DMT sont manifestement plus importantes que celles qu'un créancier privé aurait accordées à cette société. A cette fin, il lui faut comparer l'ONSS à un créancier privé hypothétique se trouvant, dans la mesure du possible, dans la même situation à l'égard de son débiteur que l'ONSS, et cherchant à récupérer des sommes qui lui sont dues. (...) lorsque l'organisme qui octroie des avantages financiers dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de déterminer les bénéficiaires ou les conditions

1. Arrêt du 29 avr. 1999, Espagne c. Commission, C-342/96, *Rec.*, p. I-2459, point 46. A la suite de cet arrêt, la Commission a décidé de retirer partiellement une autre décision similaire du 28 oct. 1998, contestée par ailleurs devant la Cour (affaire C-479/98) et de rouvrir la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE afin de recueillir au préalable les observations des tiers intéressés. Une nouvelle décision était adoptée le 20 sept. 2000, modifiant cette décision du 28 oct. 1998 qui fut à nouveau contestée devant le Tribunal. Celui-ci l'a annulée en jugeant que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en concluant que les comportements incriminés des organismes en cause (la TGSS et le Fogasa) satisfaisaient au critère du créancier privé. Pour une analyse détaillée de l'examen erroné de la Commission, voir les points 137 à 161 de l'arrêt du 21 oct. 2004, *Lenzing c. Commission*, T-36/99, *Rec.*, p. II-3597 (arrêt confirmé sur pourvoi par l'arrêt du 22 nov. 2007, Espagne c. Commission, C-524/04 P).

2. Arrêt du 29 juin 1999, Déménagement-Manutention Transport SA (DMT), C-256/97, *Rec.*, p. I-391.

de la mesure accordée, celle-ci ne saurait être considérée comme présentant un caractère général»¹.

Des situations similaires ont ensuite été jugées de la même manière par la Commission et la jurisprudence².

360 Importance relative des créances privées et de la créance publique

La Commission avait qualifié d'aide d'Etat un abandon de dette publique dont avait bénéficié une entreprise (affaire Hamsa) du fait que la renonciation concomitante de la part des créanciers privés n'était pas significative et réelle.

Le Tribunal a annulé cette décision en critiquant la méthode de la Commission de la manière suivante:

«(...) la part que représentent les créances des organismes publics dans le montant total des dettes d'une entreprise en difficulté ne saurait constituer, en soi, un facteur déterminant pour apprécier si les remises de dettes accordées par ces organismes à cette entreprise comportent des éléments d'aide d'Etat. En effet, la prise en compte de ce facteur, d'une manière aussi décisive que la Commission l'a fait en l'espèce, aboutirait à restreindre de manière injustifiée les possibilités d'aménagement de la dette d'une entreprise en difficulté lorsque le montant total des créances publiques est supérieur à celui des créances privées. Inversement, dans un cas où le montant total des créances privées excède celui des créances publiques, une mesure d'aménagement de la dette prise par un organisme public ne pourrait que difficilement être considérée comme une aide d'Etat»³.

SECTION 3. FOURNITURE DE BIENS OU DE SERVICES À DES CONDITIONS ANORMALES DE MARCHÉ

370 Manque de clarté de la jurisprudence

Lorsque l'Etat vend des marchandises ou fournit des services⁴, la question de l'existence d'une aide se pose en fonction de la rémunération perçue par l'Etat pour cette vente ou cette fourniture qui, pour exclure toute aide, doit être conforme aux «conditions normales de marché».

Le principe semble clair mais les indications données par la jurisprudence s'avèrent imprécises et sujettes à interprétations multiples ne garantissant pas la sécurité juridique requise.

1. Points 24 à 27 de l'arrêt précité. Sur le critère de sélectivité de la mesure, voir livre 90bis ; pour une solution identique en matière de test du créancier privé, voir arrêt du 21 oct. 2004, *Lenzing c. Commission*, T-36/99, *Rec.*, p. II-3597, points 127 à 133.
2. Arrêt du 10 mai 2000, *SIC c. Commission*, T-46/97, *Rec.*, p. II-2125; arrêt du 12 oct. 2000, *Espagne c. Commission*, C-480/98, *Rec.*, p. I-8733; décision du 14 mai 2002 relative à une aide en faveur de Grupo de Empresas Álvarez, *J.O.C.E.*, n° L 329 du 5 déc. 2002, p. 1; décision du 11 déc. 2002 concernant l'aide octroyée par la Grèce à Olympic Airways, *J.O.C.E.*, n° L 132 du 28 mai 2003, p. 1. Voir également, pour une application très détaillée, arrêt du 8 juill. 2004, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commission*, *Rec.*, p. II-2717, points 97 à 122 (arrêt confirmé sur pourvoi par l'arrêt du 11 janv. 2007, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commission*, C-404/04 P, *Rec.*, p. I-1).
3. Arrêt du 11 juill. 2002, *Hijos de Andrés Molina SA (Hamsa) c. Commission*, T-152/99, *Rec.*, p. II-3049, point 166.
4. En cas d'achat de biens ou de services, les mêmes principes s'appliquent. On verra toutefois qu'à l'occasion de faits relatifs au comportement d'achat par l'Etat, la jurisprudence a développé le concept de 'transactions commerciales normales' (une transaction, pourtant conforme aux conditions normales du marché, peut ne pas être 'normale' si un acheteur privé ne l'aurait pas effectuée du tout, par exemple du fait d'absence de besoins objectifs: voir section 4 ci-après).

On n'en veut pour preuve que l'arrêt SFEI de 1996 qui semblait devoir répondre à une question claire du Tribunal de commerce de Paris, dans un litige faisant suite à une plainte déposée en 1990 devant la Commission, qui a conduit à une décision de 1997 de la Commission, annulée par un arrêt du Tribunal en 2000, à son tour annulé par la Cour en 2003, puis un nouvel arrêt du Tribunal en 2006 annulant une seconde fois la décision (arrêt à nouveau contesté devant la Cour), tout simplement parce que la Cour n'a pas expliqué clairement ce qu'elle entendait par «conditions normales de marché» dans les circonstances de la cause (voir n° 390 *infra* ¹).

Dans son arrêt préjudiciel de 1996, la Cour a jugé que:

«(...) la fourniture de biens ou de services à des conditions préférentielles est susceptible de constituer une aide d'État (...). Afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché. Dans le cadre de cet examen, il appartient à la juridiction nationale de déterminer la rémunération normale pour les prestations en cause. Une telle appréciation suppose une analyse économique qui tienne compte de tous les facteurs qu'une entreprise, agissant dans des conditions normales de marché, aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération pour les services fournis. Au vu des considérations qui précèdent, (...) la fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article [87] du traité si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché» ².

Par rémunération «inférieure aux conditions normales de marché», la Cour voulait-elle faire référence au prix de marché des services considérés ou à la couverture des coûts encourus par l'Etat (La Poste) pour cette fourniture, même si ces coûts n'ont rien à voir avec les conditions normales de marché ³?

Conformément à la pratique décisionnelle et à la jurisprudence antérieure, le prix de marché semblait constituer un point de référence approprié. On verra qu'il l'est dans la plupart des situations (§ 1 ci-après). Toutefois, dans l'affaire SFEI/UFEX, la Cour a décidé qu'il n'était pas approprié au vu de la situation particulière de La Poste qui opère dans un secteur postal réservé (§ 2 ci-après).

1. Les arrêts SFEI/UFEX (nom du syndicat professionnel 'français de l'express international', renommé 'UFEX' (Union française de l'express) en 1997, regroupant les sociétés plaignantes) sont les suivants, s'agissant de l'aspect 'aide d'Etat' de la plainte de 1990 devant la Commission: affaire C-222/92 (radiée suite au retrait de la première décision de rejet de la Commission du 10 mars 1992); arrêt du 11 juill. 1996, SFEI e.a. c. La Poste e.a., C-39/94, *Rec.*, p. I-3547 (arrêt préjudiciel en réponse aux questions du Tribunal de commerce de Paris); arrêt du 14 déc. 2000, UFEX c. Commission, T-613/97, *Rec.*, p. II-4055 (annulation de la décision de 1997); arrêt du 3 juill. 2003, Chronopost e.a. c. UFEX e.a., C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Rec.*, p. I-6993 (annulation de l'arrêt de 2000); arrêt du 7 juin 2006, UFEX e.a. c. Commission, T-613/97 RV, *Rec.*, p. II-1531 (seconde annulation, sur renvoi, de la décision de 1997; arrêt frappé d'un pourvoi: affaires C-341/06 P et C-342/06 P, devant être jugées dans le courant de l'année 2008).

2. Arrêt du 11 juill. 1996, SFEI e.a. c. La Poste e.a., C-39/94, *Rec.*, p. I-3547, points 59 à 62.

3. Ce qu'avait très bien perçu le Tribunal dans son arrêt précité de 2000, annulé en 2003 par la Cour: 'Or, même à supposer que la SFMI-Chronopost ait payé les coûts complets de La Poste pour la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, cela ne suffirait pas en soi à démontrer qu'il ne s'agit pas d'aides au sens de l'article [87] du traité. En effet, étant donné que La Poste a peut-être pu, grâce à sa situation en tant qu'entreprise publique possédant un secteur réservé, fournir une partie de l'assistance logistique et commerciale à des coûts inférieurs à ceux d'une entreprise privée ne bénéficiant pas des mêmes droits, une analyse tenant compte uniquement des coûts de cette entreprise publique ne saurait, sans autre justification, exclure les mesures en cause de la qualification d'aide d'État. Au contraire, c'est justement la relation dans laquelle l'entreprise mère opère sur un marché réservé et sa filiale exerce ses activités sur un marché ouvert à la concurrence qui crée une situation où une aide d'État est susceptible d'exister' (point 74).

Ceci illustre la difficulté de définir les contours de la notion d'aide d'Etat avec une sécurité juridique suffisante pour la vie économique.

On distinguera donc l'action de l'Etat vendeur (ou acheteur) de biens (terrains, bâtiments), procédant à des privatisations, octroyant des garanties, ou même offrant des compensations pour charges de service public (le prix de marché jouera un rôle central), de l'action de l'Etat fournisseur de services par l'emploi de ressources allouées à une entreprise publique jouissant d'un monopole légal (le monopole postal) à une autre entreprise, filiale de cette entreprise publique (ou simple division), active sur le marché concurrentiel (dans ce cas, la jurisprudence fit évoluer le critère du prix de marché vers celui de la «couverture des coûts», lorsque ce prix de marché n'est – prétendument – pas disponible).

§ 1^{er}. Situations permettant une comparaison avec un prix de marché

380 Location ou vente par les autorités publiques de terrains ou de bâtiments ou privatisation d'entreprises publiques

Aux termes de la jurisprudence Van der Kooy et SFEI précitée, «la fourniture de biens ou de services à des conditions préférentielles est susceptible de constituer une aide d'Etat»¹.

S'agissant des ventes d'actifs de l'Etat, la Commission fait référence au prix du marché afin de déterminer si les transactions recèlent ou non des éléments d'aides et ce, en application des principes développés à l'occasion des cas de privatisation ou «cession des participations que les Etats détiennent dans des sociétés produisant des biens ou des services»².

Développés dans le Rapport sur la politique de concurrence de 1993³ et appliqués depuis à plusieurs reprises, ces principes prévoient notamment que la présence d'aide est exclue en cas de vente par voie d'appel d'offres inconditionnel dans certaines conditions (cette procédure aboutissant à un prix du marché). En cas de vente effectuée par voie de procédure restreinte ou de gré à gré, il est fait référence au prix du marché comme critère pour déterminer la présence ou non d'une aide⁴.

Dans ce cas, la Commission considère que «toute vente conclue à des conditions qui ne peuvent être considérées comme des conditions commerciales normales doit être précédée d'une évaluation effectuée par des consultants indépendants. Les privatisations dans des secteurs sensibles (fibres synthétiques, textile, industrie automobile, etc.) doivent toujours faire l'objet d'une notification préalable à la Commission»⁵.

S'agissant plus particulièrement des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, la Commission a également recommandé aux Etats membres d'utiliser la procédure d'appel d'offres inconditionnel qui s'apparente à une vente publique. Elle leur a demandé de lui notifier certains cas précis de ventes qui ne

1. Voir également arrêt du 20 nov. 2003, GEMO, C-126/01, *Rec.*, p. I-13769, point 29, et la jurisprudence citée.

2. XXI^{ème} rapport de la Commission sur la politique de concurrence (1991), points 248 et ss.

3. XXIII^{ème} rapport de la Commission sur la politique de concurrence (1993), points 402 et ss.

4. Voir, notamment, la décision de la Commission du 22 juill. 1998 concernant des aides accordées par la France dans le cadre de l'opération de recapitalisation et de cession d'actifs de la Société de Banque Occidentale (SDBO), *J.O.C.E.*, n° L 103 du 20 avr. 1999, p. 19, spéc. pp. 24-25; décision du 14 oct. 1998 portant approbation conditionnelle des aides accordées par la France à la Société Marseillaise de Crédit (SMC), *J.O.C.E.*, n° L 198 du 30 juill. 1999, p. 1, point 5.2.1.

5. XXIII^{ème} rapport sur la concurrence précité, point 403 *in fine*.

recourent pas à cette procédure d'appel d'offres inconditionnel. Pour ces dernières, la Commission a ajouté qu'une évaluation par un expert indépendant devait «fixer la valeur marchande sur la base d'indicateurs du marché et de critères d'évaluation communément acceptés. Le prix du marché ainsi fixé représente le prix d'achat minimal qui peut être accepté sans que l'on puisse parler d'aide d'Etat»¹.

La pratique décisionnelle antérieure de la Commission reflétait déjà cette référence au prix de marché lors de l'examen de ces mesures au regard des règles en matière d'aides d'Etat.

A titre d'illustration de cette pratique, on peut notamment citer la vente de gré à gré d'un terrain à Toyota par le Derbyshire County Council qui n'avait été précédée d'aucune évaluation².

On peut également citer la vente de gré à gré d'un terrain par la ville de Mayence à une filiale de Siemens à propos de laquelle une expertise avait indûment déduit de la valeur marchande du terrain, certains montants censés correspondre à la valeur économique de certaines dispositions contractuelles imposées par la ville de Mayence. La Commission a décidé que la vente de ce terrain «à un prix inférieur à sa valeur marchande» constituait une aide d'Etat. Il est intéressant de relever dans cette décision que la Commission n'a pas considéré comme relevant des «conditions normales de marché» certaines obligations imposées par le vendeur à l'acheteur qui ont influencé le prix de vente³.

D'autres décisions appliquent les mêmes principes⁴.

Dans certains cas donc, il y a lieu, afin de rechercher le prix de marché de la transaction en cause, de faire abstraction de certains aspects de la situation dans laquelle se trouve «l'Etat vendeur» car cette situation ne correspond pas à des «conditions normales de marché».

Il résulte de ce qui précède que, lorsque l'Etat vend de gré à gré des actifs publics, l'élément de comparaison pertinent pour les aides d'Etat est le prix de marché de ces biens comme s'ils avaient été vendus par un opérateur privé sans que doivent intervenir des éléments propres à la situation particulière de l'Etat qui ne correspondent pas à des conditions normales de marché. Il ne convient pas, pour apprécier la valeur du prix de marché de cette cession d'actifs par l'Etat, de tenir compte des caractéristiques de l'Etat vendeur (ou fournisseur de services) qui ne peuvent exister dans des conditions normales de marché.

Enfin, mentionnons la décision de la Commission du 12 juillet 2000 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de Scott Paper SA qui a été annulée par le Tribunal en mars 2007 dans la mesure où elle concerne l'aide accordée

1. Communication de la Commission concernant les éléments d'aides d'Etat contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, *J.O.C.E.*, n° C 209 du 10 juill. 1997, p. 3, point I.
2. Décision du 31 juill. 1991, concernant une aide accordée par le Derbyshire County Council, à Toyota Motor Corporation, *J.O.C.E.*, n° L 6 du 11 janv. 1992, p. 36.
3. Décision du 17 juill. 1996 relative à une aide d'Etat octroyée par la ville de Mayence, *J.O.C.E.*, n° L 283 du 5 nov. 1996, p. 43, article 1^{er} de la décision. La Commission a ainsi refusé de déduire du prix de vente la valeur économique résultant notamment de l'obligation de construire sur le terrain un certain type de bâtiment dans un délai déterminé ou des recettes fiscales escomptées par la ville en relevant que 'dans des conditions normales de marché, le vendeur n'attache pas d'importance au fait que le terrain vendu soit destiné à un usage donné' et que 'même lorsque les pouvoirs publics vendent une propriété foncière, les conditions de l'opération doivent être compatibles avec le comportement normal d'un bailleur de fonds privé, qui ne se trouve pas dans la situation de l'Etat, lequel assure des obligations d'intérêt général et peut, à cette fin, prélever des impôts'.
4. Voir, notamment, décision KLM du 30 nov. 1994, *J.O.C.E.*, n° L 379 du 31 déc. 1994, p. 13; décision SDBO du 22 juill. 1998, *J.O.C.E.*, n° L 103 du 20 avril 1999, p. 19, spéc. pp. 24-25; décision Scott Paper du 12 juill. 2000, *J.O.C.E.*, n° L 12 du 15 janv. 2002, p. 1; décision SCI du 13 févr. 2001, *J.O.C.E.*, n° L 186 du 7 juill. 2001, p. 43; décision Reebok du 25 juill. 2001, *J.O.C.E.*, n° L 25 du 29 janv. 2002, p. 41.

sous la forme du prix préférentiel d'un terrain¹. Il s'agissait d'une vente d'un terrain à la société Scott par une société d'économie mixte réalisée sous la forme d'un prix préférentiel. L'arrêt du Tribunal retient l'attention ici pour son examen de la méthode pour l'évaluation du prix de vente d'un terrain dans le cadre du principe du vendeur privé en économie de marché et notamment sur l'étendue de son contrôle sur l'appréciation des faits dans l'opération de qualification des mesures étatiques.

Le Tribunal rappelle que «la notion d'aide d'État présentant un caractère juridique et devant être interprétée sur la base d'éléments objectifs, le juge communautaire doit, en principe et compte tenu tant des éléments concrets du litige qui lui est soumis que du caractère technique ou complexe des appréciations portées par la Commission, exercer un entier contrôle sur la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE (...)» (point 91 de l'arrêt).

Le Tribunal précise encore que «s'agissant d'une aide non notifiée, il se peut que, dans les circonstances de l'affaire, et en particulier lorsqu'une longue période s'est écoulée depuis la vente d'un terrain, la Commission puisse avoir des difficultés pour établir la valeur exacte de l'aide. De telles circonstances peuvent être prises en considération afin d'apprécier la légalité de la décision de la Commission et, en particulier, la question de savoir si la Commission a mené la phase d'examen visée à l'article 88, paragraphe 2, CE d'une manière diligente». Mais le Tribunal ajoute qu'«il n'en demeure pas moins que la question essentielle concernant l'évaluation de l'aide est une question de fait sur laquelle le juge communautaire doit exercer un entier contrôle» (point 96 de l'arrêt). Le seul fait que la Commission puisse être amenée à effectuer une évaluation approximative en raison des circonstances de l'affaire ne lui confère pas, pour autant, une marge d'appréciation en ce qui concerne la détermination du montant dont elle ordonne la récupération. En l'espèce, le Tribunal conteste, en plus d'erreurs de calculs, des erreurs de méthodes dans l'appréciation de la valeur du terrain vendu à l'entreprise Scott².

1. Arrêt du 29 mars 2007, Scott c. Commission, T-366/00, non encore publié au Recueil (arrêt frappé d'un pourvoi de la Commission: affaire C-290/07 P).

2. Voir points 105 à 107 de l'arrêt: selon le Tribunal, «la valeur de l'aide est égale à la différence entre ce que le bénéficiaire a en fait payé et ce qu'il aurait dû payer à l'époque dans des conditions normales de marché pour acheter un terrain équivalent auprès d'un vendeur du secteur privé» (point 105), alors que la Commission ne se fonde sur aucune estimation directe et indépendante de la valeur du terrain litigieux sur le marché à l'époque de la transaction mais sur le coût du terrain litigieux payé par les autorités concernées. Le Tribunal estime que si ces coûts peuvent fournir une indication secondaire ou indirecte de la valeur du terrain litigieux, ils ne constituent pas la meilleure preuve de cette valeur: «L'application du principe de l'investisseur privé implique, en effet, l'estimation du prix de vente qui aurait été obtenu pour le terrain litigieux si celui-ci avait été vendu au mois d'août 1987 dans des conditions normales de marché. Ce prix n'est pas nécessairement déterminé par les coûts exposés par le vendeur, puisqu'il est susceptible d'être influencé par de multiples facteurs, dont l'équilibre entre l'offre et la demande à l'époque de la vente» (point 106). Le Tribunal reproche ensuite à la Commission ne pas avoir suivi l'approche systématique et logique énoncée dans sa communication de 1997 mais de recourir aux coûts historiques d'acquisition et d'aménagement du terrain litigieux sans avoir envisager l'opportunité de commander une évaluation indépendante (point 107). D'autres erreurs de méthode sont encore relevées par le Tribunal (évaluation du terrain sur la base d'une valeur moyenne des coûts d'achat du terrain alors qu'il est composé de parcelles achetées à différentes périodes, parfois très éloignées de la date de revente: or selon la communication de 1997, «[l]es coûts initiaux supportés par les pouvoirs publics pour l'acquisition d'un terrain et d'un bâtiment sont un paramètre de la valeur de marché sauf s'il s'est écoulé un laps de temps significatif entre l'achat et la vente de ce terrain et de ce bâtiment» (point II 2, sous d)).

390 Vente de biens ou fourniture de services par l'Etat

S'agissant des actions de l'Etat sur le marché de la vente de biens ou de la fourniture de services, une distinction doit être faite entre les situations qui permettent d'obtenir un prix de marché et celles qui ne le permettent pas (voir § 2 ci-après).

Contrairement à ce qu'avait jugé le Tribunal dans l'affaire UFEX en 2000, la Cour a décidé en 2003 que le prix de marché ne pouvait être disponible pour la situation concernée par cette affaire (la mise à disposition de certaines infrastructures et services du monopole postal au bénéfice des services de courrier express de La Poste opérant en concurrence). Cette situation sera examinée aux n^{os} 400-410 ci-après.

Plusieurs décisions de la Commission et arrêts du Tribunal traitent de la première hypothèse, la présence d'un prix de marché (dont on va voir qu'elle ne diffère guère de la seconde dans les faits, nonobstant la position prise par la Cour sur ce point).

Dans l'affaire Sytraval (Sécuripost), étaient en cause les activités de La Poste dans le secteur, ouvert à la libre concurrence, du transfert de fonds. En reprenant sa décision annulée par le Tribunal en 1995 pour défaut de motivation¹, la Commission s'est attachée à démontrer, sur la base de données chiffrées, que la fourniture de biens et la mise à disposition à Sécuripost, filiale de La Poste, de personnel ou d'actifs avait été faite à des conditions normales correspondant au prix du marché pour ces biens et services².

En effet, s'agissant des services rendus à Sécuripost par La Poste, en utilisant les ressources de son monopole postal (à savoir la mise à disposition de locaux, l'entretien des véhicules et l'octroi d'une avance à Sécuripost – soit des faits très similaires à l'affaire UFEX/Chronopost), c'est en effectuant les comparaisons appropriées avec le prix de marché de ces différents services que la Commission va conclure à l'absence d'aide d'Etat:

- s'agissant de la mise à disposition des locaux, la Commission a examiné les prix effectivement pratiqués à l'égard de Sécuripost et ceux qu'auraient dû payer ses concurrents pour bénéficier de locaux comparables; la Commission a considéré, sur le fondement notamment d'une expertise immobilière et de données relatives à la «cote annuelle des valeurs vénale immobilières» que les loyers versés par Sécuripost «étaient conformes aux valeurs de marché des biens loués» (décision précitée, points 49 à 51);
- s'agissant de l'entretien des véhicules de Sécuripost par le Service national des ateliers et garages des PTT, la Commission a comparé les tarifs pratiqués par ce service et les tarifs pratiqués pour des prestations comparables par le réseau des concessionnaires Renault véhicules industriels (RVI), «une référence sur le marché en termes d'importance du réseau et parts de marché» (décision précitée, point 52); la Commission en a conclu que le prix du marché avait été respecté;
- s'agissant de l'avance octroyée à Sécuripost, la Commission a examiné si le taux pratiqué correspondait à celui du marché; la Commission a considéré que le taux pratiqué à l'égard de Sécuripost était supérieur au taux PIBOR (Paris-InterBank Offered Rate) et au coût du financement hors groupe de Sofipost pour conclure que les conditions du prêt étaient «conformes aux conditions normales des relations commerciales entre une société mère et sa filiale appartenant à un groupe privé» (décision précitée, point 53).

1. Arrêt du 28 sept. 1995, Sytraval et Brink's France SARL c. Commission, T-95/94, *Rec.*, p. II-2651 et arrêt du 2 avr. 1998, Commission c. Sytraval et Brink's France SARL, C-397/95 P, *Rec.*, p. I-1719.

2. Décision du 20 juillet 1999 concernant des aides présumées que la France aurait accordées à la société Sécuripost, *J.O.C.E.*, n° L 274 du 23 oct. 1999, p. 37.

C'est en prenant en compte les besoins du marché, et donc en faisant abstraction du monopole légal de La Poste, que la Commission a apprécié l'existence d'aides. En effet, la Commission ne s'est pas posé la question de savoir si les prix payés par Securipost couvraient les coûts de La Poste pour les services en cause (coûts d'ailleurs bien difficiles à évaluer correctement) mais bien celle de savoir si ces prix reflétaient ceux pratiqués par le marché, c'est-à-dire en dehors de tout monopole légal.

Une même analyse a été faite par le Tribunal pour annuler la seconde décision prise par la Commission en 1997 dans l'affaire UFEX en réponse à la plainte qui mettait en cause l'activité de La Poste dans le secteur, ouvert à la libre concurrence, du courrier express. Cette affaire est examinée plus en détail au n° 400 *infra*. Rappelons qu'en 1996, dans son arrêt préjudiciel précité «SFEI», la Cour avait jugé, de manière assez sibylline, que, dans les circonstances de l'espèce, il convenait de s'assurer de l'existence ou non d'aides d'Etat dans les relations entre La Poste et la SFMI-Chronopost en vérifiant si la rémunération perçue par La Poste en contrepartie des services rendus à sa filiale «est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché». Annulant en décembre 2000, la décision de 1997 de la Commission, le Tribunal avait indiqué que ces «conditions normales de marché» se référaient au prix du marché de ces services. On verra au n° 400 *infra* que la Cour ne suivit pas, en 2003, le Tribunal sur ce point et élaborer un nouveau test spécifique à ce type de situation.

Dans sa pratique décisionnelle avant cet arrêt de 2003, la Commission s'était expressément référée à l'arrêt UFEX de 2000 du Tribunal et à l'arrêt SFEI de 1996 de la Cour. Dans l'affaire SNCM¹, la Commission devait en effet notamment apprécier si la location par la SNCM de navires à sa filiale Corsica Marittima avait procuré à cette dernière un avantage dès lors qu'une partie importante de l'activité de la SNCM (desserte entre la Corse et le continent) est financée au moyen de subventions publiques. Dans sa décision, la Commission cite tout d'abord le point 62 de l'arrêt SFEI (point 111 et note 59 de la décision) et poursuit, au point 112, en indiquant qu'il convient de déterminer si la filiale «a reçu les navires en location à un prix qu'elle n'aurait pu obtenir dans des conditions normales de marché. Afin de vérifier si les loyers en question correspondent à cette condition, l'analyse économique doit tenir compte de tous les facteurs qu'une entreprise, agissant dans des conditions normales de marché, aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération pour les prestations fournies». Pour justification de ce principe, tiré de l'arrêt SFEI, la Commission renvoie, en note 61 de sa décision SNCM, au point 70 de l'arrêt UFEX de 2000 annulant la décision du 1^{er} octobre 1997. La Commission précise également, en note 60 de la décision SNCM, que «l'analyse doit être faite en se dégageant des divers privilèges, aides, etc. de l'entreprise prestataire». Au point 113 de la décision SNCM, la Commission expose aussi les éléments de la comparaison des loyers fixés par la SNCM avec les prix de location sur le marché de navires similaires à ceux utilisés par sa filiale au cours de ces dernières années pour conclure au fait que les «prix de marché» étaient même plus avantageux que les prix pratiqués par la SNCM à l'égard de sa filiale, d'où l'absence d'aides sur ce point. A aucun moment dans cette décision, la Commission n'a cherché à vérifier si les loyers payés par Corsica Marittima couvraient ou non les coûts de la SNCM pour la fourniture des services en cause, se conformant ainsi à l'arrêt UFEX du Tribunal de 2000 (point 74).

1. Décision du 30 oct. 2001, *J.O.C.E.*, n° L 50 du 21 févr. 2002, p. 66.

Cette évaluation par rapport au prix de marché est une constante dans les décisions d'aides d'Etat de la Commission avant l'arrêt UFX de 2003¹.

§ 2. *Situations dans lesquelles le point de comparaison avec un prix de marché n'est pas jugé approprié*

400 **Un test spécifique: l'arrêt UFX de 2003 réformant le test de l'arrêt UFX de 2000²**

L'affaire SFEI/UFX a déjà été mentionnée. Rappelons-en les éléments principaux. Le 21 décembre 1990, le SFEI et plusieurs de ses membres (opérateurs de courrier express en France) ont saisi la Commission d'une plainte dénonçant des subventions croisées à la SFMI-Chronopost³ dans les modalités de l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste.

La Commission a adopté, le 10 mars 1992, une première décision concluant à l'absence d'aides. Le SFEI et certains de ses membres ont alors formé, le 16 mai 1992, un recours en annulation contre cette décision (affaire C-222/92). A l'examen de cette requête, la Commission a retiré sa décision par lettre du 9 juillet 1992.

Après un nouvel examen, et notamment l'ouverture de la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE, la Commission a adopté une nouvelle décision de rejet le 1^{er} octobre 1997, concluant que les mesures dénoncées «ne constituent pas des aides d'Etat en faveur de SFMI-Chronopost»⁴.

L'UFX a déposé un recours en annulation de cette décision devant le Tribunal. Dans son recours, l'UFX a notamment fait grief à la Commission d'avoir mal interprété l'arrêt préjudiciel que la Cour avait rendu le 11 juillet 1996, en réponse aux questions posées par le Tribunal de Commerce de Paris⁵. La Commission avait considéré dans sa décision que l'arrêt SFEI ne l'obligeait pas, pour déterminer s'il y avait ou non aide d'Etat, à prendre en compte le fait spécifique que les mesures dénoncées concernaient en l'occurrence des transactions entre une société mère

1. Décision Trasmed du 19 juill. 2000, *J.O.C.E.*, n° L 57 du 27 févr. 2001, p. 32, point 92 (fixation de la compensation des surcoûts d'un service public de transports maritimes sans appel d'offres approprié); décision LLG du 19 juill. 2000, *J.O.C.E.*, n° L 38 du 8 févr. 2001, p. 33, points 40 et 42 (la Commission y examine notamment 'les preuves démontrant que les prix facturés pour les prestations étaient bien des prix du marché').

2. Dans une certaine mesure, d'autres situations ont donné lieu à un ajustement du test du prix du marché en l'absence d'un opérateur privé de référence: voir décision Reebok du 25 juill. 2001 (*J.O.C.E.*, n° L 25 du 29 janv. 2002, p. 41 – implantation de la société Reebok à Rotterdam et absence d'investisseur privé dans le domaine d'activité de la société communale du port de Rotterdam (GHR), préparant et créant des parcelles pour des opérateurs privés dans une zone portuaire) où la Commission a exigé, en plus des loyers de marché (en comparaison avec les autres ports) que le 'loyer du marché' rapporte un bénéfice net à la société GHR; voir également la décision Ryanair (décision précitée, *J.O.U.E.* n° L 137 du 30 avril 2004, p. 1) dans laquelle la Commission a considéré que les offres des gestionnaires d'aéroports privés ne pouvaient servir de référence (leurs missions varient selon la réglementation, de même que leur localisation et phase de développement, certains aéroports reçoivent des subventions pour attirer des compagnies, rendant artificielle la distinction aéroports publics ou privés). La Commission reprend cette approche dans ses lignes directrices sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux (*J.O.U.E.*, n° C 312 du 9 déc. 2005, p. 1, spéc. n° 51 et 52).

3. Société française de messagerie internationale, 'SFMI', filiale de La Poste fondée en 1985 pour succéder au service postal Postadex et faire concurrence aux coursiers privés, notamment les 'majors' ou 'integrators' comme DHL, Fedex, UPS. Chronopost SA a succédé à la SFMI par la suite et l'appellation 'SFMI-Chronopost' est devenue usuelle dans ce litige.

4. Décision du 1^{er} oct. 1997 de la Commission concernant les aides que la France aurait accordées à SFMI-Chronopost, *J.O.C.E.*, n° L 164 du 9 juin 1998, pp. 37 à 49.

5. Arrêt du 11 juill. 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. c. La Poste e.a., C-39/94, *Rec.*, p. I-3577, point 62.

opérant sur un marché réservé (monopole légal de La Poste) et sa filiale active sur un marché ouvert à la concurrence.

Dans son arrêt du 14 décembre 2000, le Tribunal annule la décision de la Commission du 1^{er} octobre 1997 «en ce qu'elle constate que l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste à sa filiale SFMI-Chronopost ne constitue pas des aides d'Etat en faveur de la SFMI-Chronopost». Les points 68 à 76 de l'arrêt doivent être cités à cet égard:

«L'interprétation de la notion d'aide d'Etat dans les circonstances de la présente affaire a été donnée par la Cour dans l'arrêt SFEI, selon lequel: «La fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence est susceptible de constituer une aide d'Etat au sens de l'article [87] du traité CE si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché».

Il découle des considérations qui précèdent que, afin d'apprécier si les mesures en cause peuvent constituer des aides d'Etat, il convient d'examiner la situation du point de vue de l'entreprise bénéficiaire, en l'occurrence la SFMI-Chronopost, et de déterminer si cette dernière a reçu l'assistance logistique et commerciale en cause à un prix qu'elle n'aurait pu obtenir dans des conditions normales de marché (arrêts SFEI, point 60, SIC/Commission, précité, point 78, et arrêts de la Cour du 29 avril 1999, Espagne/Commission, C-342/96, *Rec. p. I-2459*, point 41, et du 29 juin 1999, DM Transport, C-256/97, *Rec. p. I-3913*, point 22). (...)

Il résulte de ces affirmations que la Commission ne s'est pas fondée sur une analyse économique telle qu'exigée par l'arrêt SFEI pour démontrer que la transaction en question serait comparable à une transaction entre les entreprises agissant dans des conditions normales de marché. Au contraire, dans la décision attaquée, la Commission se contente de vérifier quels ont été les coûts encourus par La Poste pour la fourniture de l'assistance logistique et commerciale et à quel niveau ces coûts sont remboursés par la SFMI-Chronopost.

Or, même à supposer que la SFMI-Chronopost ait payé les coûts complets de La Poste pour la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, cela ne suffirait pas en soi à démontrer qu'il ne s'agit pas d'aides au sens de l'article [87] du traité. En effet, étant donné que La Poste a peut-être pu, grâce à sa situation en tant qu'entreprise publique possédant un secteur réservé, fournir une partie de l'assistance logistique et commerciale à des coûts inférieurs à ceux d'une entreprise privée ne bénéficiant pas des mêmes droits, une analyse tenant compte uniquement des coûts de cette entreprise publique ne saurait, sans autre justification, exclure les mesures en cause de la qualification d'aide d'Etat. Au contraire, c'est justement la relation dans laquelle l'entreprise mère opère sur un marché réservé et sa filiale exerce ses activités sur un marché ouvert à la concurrence qui crée une situation où une aide d'Etat est susceptible d'exister.

En conséquence, la Commission aurait dû examiner si ces coûts complets correspondaient aux facteurs qu'une entreprise, agissant dans des conditions normales de marché, aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération pour les services fournis. Ainsi, la Commission aurait au moins dû vérifier que la contrepartie reçue par La Poste était comparable à celle réclamée par une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises, n'opérant pas dans un secteur réservé, poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle et guidé par des perspectives à long terme (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission, C-305/89, *Rec.*, p. I-1603, point 20).

Il résulte de ce qui précède que, en écartant, dans la décision attaquée, l'existence

même d'une aide étatique sans vérifier si la rémunération perçue par La Poste pour la fourniture de l'assistance commerciale et logistique de la SFMI-Chronopost correspondait à une contrepartie qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché, la Commission a fondé sa décision sur une interprétation erronée de l'article [87] du traité»¹.

Sur pourvoi de la France, de La Poste et de Chronopost (la Commission n'ayant pas contesté l'arrêt du Tribunal), la Cour annule celui-ci en 2003 en suivant les motifs suivants (arrêt dit «Chronopost/UFEX») ²:

«(...) le Tribunal a indiqué, au point 75 de l'arrêt attaqué, que la Commission aurait au moins dû vérifier que la contrepartie reçue par La Poste était comparable à celle réclamée par une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises, n'opérant pas dans un secteur réservé.

Cette appréciation, qui méconnaît qu'une entreprise telle que La Poste se trouve dans une situation très différente de celle d'une entreprise privée agissant dans des conditions normales de marché, est entachée d'une erreur de droit.

En effet, La Poste est chargée d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité CE (devenu article 86, paragraphe 2, CE) (voir arrêt du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, *Rec.*, p. I-2533, point 15). Un tel service consiste, en substance, dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires.

À cette fin, La Poste a dû se doter ou a été dotée d'infrastructures et de moyens importants (le «réseau postal») lui permettant de fournir le service postal de base à tous les usagers, y compris dans les zones à faible densité de population, dans lesquelles les tarifs ne couvriraient pas les coûts générés par la fourniture du service en cause.

En raison des caractéristiques du service que le réseau de La Poste doit permettre d'assurer, la constitution et le maintien de ce réseau ne répondent pas à une logique purement commerciale. Ainsi qu'il a été rappelé au point 22 du présent arrêt, Ufex e.a. ont d'ailleurs admis qu'un réseau tel que celui dont a pu bénéficier la SFMI-Chronopost n'est, à l'évidence, pas un réseau de marché. Partant, ce réseau n'aurait jamais été constitué par une entreprise privée.

Par ailleurs, la fourniture de l'assistance logistique et commerciale est indissociablement liée au réseau de La Poste, puisqu'elle consiste précisément dans la mise à disposition de ce réseau sans équivalent sur le marché.

Dans ces conditions, en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les «conditions normales de marché», qui sont nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles.

En l'occurrence, les coûts supportés par La Poste pour la fourniture à sa filiale d'une assistance logistique et commerciale peuvent constituer de tels éléments objectifs et vérifiables» (points 32 à 39).

Sur cette base, la Cour énonce ci-après le nouveau test applicable aux faits de la cause et conclut à l'annulation de l'arrêt du Tribunal:

«(...) l'existence d'une aide d'État en faveur de la SFMI-Chronopost peut être exclue si, d'une part, il est établi que la contrepartie exigée couvre dûment tous les

1. Arrêt du 14 déc. 2000, UFEX c. Commission, T-613/97, *Rec.*, p. II-4055, points 68 à 76.

2. Arrêt du 3 juill. 2003, Chronopost e.a. c. UFEX e.a., C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Rec.*, p. I-6993, points 32 à 41.

coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, une contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de la SFMI-Chronopost, et si, d'autre part, aucun indice ne donne à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés de manière arbitraire» (point 40).

Quatre conditions doivent donc être remplies pour éviter à une assistance logistique et commerciale comme celle fournie par La Poste à la SFMI-Chronopost la qualification d'aide d'Etat¹:

- couverture par la rémunération des services rendus de tous les coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale;
- contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal;
- rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle bénéficiant des services rendus;
- absence d'indice donnant à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés de manière arbitraire.

410 Arrêt UFEX de 2006: (seconde) annulation de la décision de la Commission

En 2006, sur renvoi de l'affaire par la Cour, le Tribunal a, à nouveau, annulé la décision de la Commission de 1997, en se conformant aux conditions de l'arrêt de la Cour et en fondant cette annulation sur un motif pris d'une motivation insuffisante de la décision pour contrôler ces conditions (décision qui se fondait déjà sur le principe de la couverture des coûts). Les points suivants de cet arrêt du 7 juin 2006² peuvent être cités:

- motivation concernant les coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale (points 75 à 84)
«(...) [les motifs de la décision] n'indiquent pas suffisamment la portée exacte qu'entend donner la Commission aux notions économiques et comptables utilisées à ce titre ni le caractère précis des coûts examinés par elle pour justifier l'absence d'aide d'État, afin de permettre au Tribunal d'effectuer son contrôle sur la question

1. Pour une application de ces principes à la création et au fonctionnement de la Banque Postale, voir décision du 21 déc. 2005, N 531/2005, publiée sur le site de la DG Concurrence (décision contestée devant le Tribunal: recours du 28 mars 2006 - Fédération nationale du Crédit agricole c. Commission, affaire T-98/06). Il s'agissait du transfert des activités bancaires et financières de La Poste (France) à sa filiale, la Banque Postale. Les mesures suivantes de filialisation ont été jugées ne pas conférer un avantage à la Banque Postale:

- l'apport en fonds propres de La Poste à sa filiale: la Commission conclut à l'absence d'aide du fait que les fonds propres transférés à la Banque Postale correspondent aux fonds propres actuellement attachés aux services financiers de La Poste (il n'y a pas eu d'injection de capital de l'État);
- la garantie d'État sur les produits d'épargne réglementés (hors livret A): la Commission conclut à l'absence d'aide d'État en ce que la garantie étatique octroyée, pour l'année 2006, sur les fonds déposés sur les comptes et livrets transférés à la Banque Postale, sera rémunérée selon les conditions de marché;
- les conventions de service entre La Poste et sa filiale: la Banque Postale va recourir, pour la réalisation de son objet, aux moyens de La Poste, notamment à son personnel; la Commission a annoncé avoir tenu compte des principes de la jurisprudence Chronopost; selon la Commission, l'assiette des coûts totaux de La Poste, engagés pour la fourniture d'activités économiques, qui sert de base au calcul de la rémunération payée par la filiale à sa maison mère, n'est pas sous-estimée; par ailleurs, le calcul des coûts générés par la prestation de services par La Poste à sa filiale repose, selon la Commission, sur des principes de comptabilité analytique appliqués de manière cohérente et objectivement justifiables; enfin, la Commission affirme que les rémunérations payées par la filiale dans le cadre des conventions de service couvrent les coûts attribués aux services financiers et donc ne confèrent pas à la Banque Postale d'avantage économique.

2. Arrêt du 7 juin 2006, UFEX e.a. c. Commission, T-613/97 RV, *Rec.*, p. II-1531.

de savoir si ces coûts correspondent effectivement aux coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale au sens de l'arrêt de la Cour. (...) il n'est pas possible de savoir quels ont été les coûts opérationnels directs, ni quels sont les coûts qui, dans la comptabilité de La Poste, sont directement attribuables aux différentes activités. En effet, les coûts attribuables varient dans les différentes entreprises selon le système de comptabilité utilisé. (...) la motivation de la décision attaquée en tant que telle est beaucoup trop générale pour permettre au Tribunal de contrôler la légalité de l'appréciation de la Commission quant à la question de savoir si tous les coûts occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale par La Poste à la SFMI-Chronopost ont été couverts. L'insuffisance de la motivation est encore accentuée par le fait que, dans la décision attaquée, la Commission utilise différentes notions économiques et comptables d'une façon imprécise. (...) En outre, la décision attaquée ne comporte pas d'explication sur la question de savoir de quelle manière les prestations fournies à la SFMI-Chronopost étaient décomposées en une suite d'opérations élémentaires ou de quelle manière La Poste a assimilé ces prestations à des services postaux existants et de nature similaire. Or, étant donné que les prestations fournies à la SFMI-Chronopost n'avaient pas été chronométrées avant l'année 1992 et que, jusqu'en 1992, les coûts réels liés à la fourniture de l'assistance logistique et commerciale à la SFMI-Chronopost par La Poste étaient calculés sur la base d'estimations, il aurait été nécessaire d'expliquer dans la décision attaquée la façon dont cette assimilation avait été effectuée pour que le destinataire de la décision attaquée et les autres intéressés ainsi que le Tribunal puissent vérifier la présence ou l'absence d'éventuelles erreurs de fait ou d'appréciation dans cette démarche. Des explications précises auraient été particulièrement nécessaires pour pouvoir vérifier la manière dont l'assistance commerciale fournie à la SFMI-Chronopost par La Poste a été prise en compte dans les coûts complets. De même que les prestations fournies à la SFMI-Chronopost, qui étaient liées à un produit certain, ont, selon la Commission, été isolées des autres activités de La Poste, il aurait fallu motiver la présence ainsi que l'importance des coûts associés à l'assistance commerciale. (...);

- motivation concernant la contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal (points 86 à 89):

«(...) la décision attaquée n'est pas suffisamment motivée en ce qu'elle ne permet pas au Tribunal de vérifier, d'une part, si les coûts de siège et de directions régionales comprennent des coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal, et, d'autre part, s'il existait d'autres coûts fixes de La Poste associés à l'utilisation du réseau postal que la contrepartie exigée de la SFMI-Chronopost aurait dû couvrir conformément aux exigences établies par la Cour dans son arrêt rendu sur pourvoi»;

- motivation concernant la rémunération appropriée des capitaux propres (points 90 à 93):

«(...) la décision attaquée n'indique pas quelle a été la contribution que la SFMI-Chronopost a apportée pour rémunérer les capitaux propres de La Poste. Certes, il ressort de la décision attaquée que la Commission a calculé le TRI. Toutefois, la décision attaquée ne précise pas si ce calcul du TRI a été effectué pour démontrer que le critère de l'investisseur privé était rempli et/ou pour calculer la rémunération des capitaux propres. (...) En outre, même à supposer que le calcul du TRI, tel que reproduit dans la décision attaquée, ait servi à vérifier la rémunération des capitaux propres affectés à l'activité concurrentielle de la SFMI-Chronopost, la décision attaquée ne détermine pas l'identité des capitaux dont la Commission estime qu'ils sont effectivement affectés à cette activité pour conclure à l'absence d'aide d'État.

- (...) Ainsi, la décision attaquée indique uniquement que, d'une part, la Commission a pris en compte l'injection de capital effectuée par La Poste en 1986, et, d'autre part, des transactions financières qui ont eu lieu entre La Poste et sa filiale au cours de la période 1986-1991, sans que la Commission identifie avec suffisamment de précision de quelles transactions financières il s'agit. Par ailleurs, même à supposer que le TRI reflète avec suffisamment de précision la rémunération des capitaux propres affectés à l'activité concurrentielle de la SFMI-Chronopost, le Tribunal n'est, en tout état de cause, pas en mesure de contrôler si cette éventuelle rémunération des capitaux propres a été appropriée au sens du point 40 de l'arrêt de la Cour, étant donné que le calcul chiffré du TRI ne ressort pas de la décision attaquée»;
- motivation concernant la couverture des coûts en général (points 94 à 95):
«(...) la décision attaquée ne comporte ni un examen détaillé des phases distinctes du calcul de la rémunération de l'assistance en cause ou des coûts d'infrastructures imputables à cette assistance, ni de données chiffrées de l'analyse des coûts y afférents. À ce titre, la Commission se contente d'affirmer que les coûts complets de La Poste étaient couverts par la rémunération de la SFMI-Chronopost, sans pour autant préciser les chiffres et les calculs sur lesquels elle fonde son analyse et ses conclusions. Dans ces conditions, il est impossible au Tribunal de contrôler si la méthode employée et les étapes d'analyse suivies par la Commission sont exemptes d'erreurs et compatibles avec les principes dégagés dans l'arrêt de la Cour pour déterminer l'existence ou l'absence d'une aide d'État».
 - nécessité d'une motivation détaillée (points 96 à 98):
«(...) les circonstances justifiant une motivation plus détaillée résident dans le fait que, premièrement, il s'agissait d'une des premières décisions abordant la question complexe, dans le cadre de l'application des dispositions en matière d'aides d'État, du calcul des coûts d'une société mère opérant dans un marché réservé et fournissant de l'assistance logistique et commerciale à sa filiale n'opérant pas dans un marché réservé. Deuxièmement, le retrait de la première décision de rejet de la Commission du 10 mars 1992 après l'introduction d'un recours en annulation et l'arrêt SFEI de la Cour auraient dû amener la Commission à motiver son approche avec d'autant plus de diligence et de précision quant aux points contestés. Enfin, le fait que les requérantes ont soumis plusieurs études économiques durant la procédure administrative aurait également dû conduire la Commission à préparer une motivation soignée tout en répondant aux arguments essentiels des requérantes, tels qu'étayés par ces études économiques.
Dans ces circonstances, le Tribunal considère que la motivation de la décision attaquée, laquelle se limite à une explication très générale de la méthode d'appréciation des coûts suivie par la Commission et du résultat final obtenu, sans pour autant imputer, avec la précision requise, les différents coûts de La Poste occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale à la SFMI-Chronopost ainsi que les coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal, et préciser la rémunération des capitaux propres, ne répond pas aux exigences de l'article 190 du traité. (...)».

En conséquence, le Tribunal conclut à l'impossibilité d'examiner les arguments tirés du prétendu défaut de couverture des coûts de la SFMI-Chronopost, de la sous-estimation et du caractère arbitraire de certains éléments retenus par la Commission, des erreurs dans les ajustements comptables effectués dans le rapport d'expertise

commandité par La Poste, du niveau anormalement élevé du TRI ou des causes de la rentabilité de la SFMI-Chronopost.

Par contre, le Tribunal rejette (voir points 131 à 147) les arguments tirés de prétendues erreurs manifestes liées à la méthode dite de «rétropolation» linéaire¹ ainsi qu'à l'absence de comptabilité analytique de La Poste à l'époque pertinente. Le Tribunal rappelle à ce sujet que «l'appréciation par la Commission de la question de savoir de quelle manière les coûts de La Poste occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale à sa filiale sont calculés en l'absence d'une comptabilité analytique implique une appréciation économique complexe» (point 128).

Le Tribunal examine également la non prise en compte de certains éléments dans la notion d'aide d'État, notamment eu égard au transfert de Postadex qui, selon la Commission, n'avait généré aucun coût et qui donc ne saurait constituer une aide d'État, étant donné que, dans son arrêt de 2003, la Cour ne se serait référée qu'à la rémunération destinée à la couverture des coûts. Le Tribunal rejette cette position «selon laquelle le transfert de la clientèle de Postadex a été une conséquence logique de la création d'une filiale et que, pour cette raison, il ne constituerait pas une aide d'État (...)» (points 162). Le Tribunal relève que «La Poste a transféré à la SFMI-Chronopost la clientèle de son produit Postadex sans contrepartie aucune. Il ressort des réponses de la Commission aux questions du Tribunal que la SFMI-Chronopost n'a nullement remboursé le transfert de la clientèle de Postadex. Or, 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. En effet, les modalités d'exploitation et de commercialisation du service de courrier express que la SFMI assurait sous la dénomination EMS/Chronopost ont été définies par une instruction du ministère des Postes et Télécommunications français du 19 août 1986. Ainsi, il y a lieu de constater que le transfert de Postadex à la SFMI-Chronopost constitue une aide d'État, étant donné qu'aucune contrepartie n'a été fournie à La Poste par la SFMI-Chronopost» (points 164 à 167). Le Tribunal ajoute que «cette constatation ne saurait être infirmée par l'affirmation de la Commission selon laquelle 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» (point 168).

Le Tribunal annule donc aussi la décision dans la mesure où la Commission a considéré que le transfert de Postadex par La Poste à la SFMI-Chronopost ne constituait pas une aide d'État.

S'agissant de l'utilisation de l'image de marque de La Poste par la SFMI-Chronopost, le Tribunal juge que «(...) à supposer que l'image de marque de La Poste soit un actif incorporel, celle-ci n'a pas nécessairement pour conséquence que son utilisation relève d'un élément distinct de l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste à la SFMI-Chronopost. À défaut d'indices démontrant que l'image de marque

1. La méthode de réropolation linéaire consistait, en l'espèce, à déflater le coût de chaque produit en utilisant pour année de base le coût correspondant de 1992 et pour déflateur le taux de croissance de la masse salariale et, ensuite, à multiplier le coût déflaté ainsi obtenu par le volume d'activité du produit donné pour l'année en question (point 129 de l'arrêt).

découle d'un tel transfert distinct, il y a lieu de considérer que l'usage de l'image de marque de La Poste résulte plutôt de la fourniture en tant que telle de cette assistance logistique et commerciale et en constitue un élément accessoire» (point 177). La Commission n'a donc pas commis d'erreur en considérant que l'utilisation de l'image de La Poste par sa filiale ne constituait pas une aide d'État séparée de la rémunération des coûts complets de La Poste. Le Tribunal rappelle toutefois à ce sujet qu'il ne lui est pas possible, pour des raisons d'insuffisance de motivation de la décision, «de vérifier si les conditions de la notion d'aide d'État sont réunies s'agissant de la fourniture de l'assistance logistique et commerciale à la SFMI-Chronopost, en ce compris l'utilisation de l'image de marque de La Poste».

Enfin, le Tribunal, à propos d'un moyen tiré d'erreurs manifestes d'appréciation et d'inexactitudes matérielles en relation avec un prétendu avantage pour la SFMI-Chronopost du non-assujettissement de La Poste à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et de son assujettissement à une taxe réduite sur les salaires, le Tribunal édicte un principe important en réponse à l'affirmation de l'UFEX que les coûts complets encourus par La Poste pour la fourniture de l'assistance logistique et commerciale à la SFMI-Chronopost, seraient inférieurs à ceux qu'une entreprise privée aurait supportés, car La Poste peut fournir les mêmes services à un coût inférieur, étant exemptée de la TVA et assujettie à une taxe réduite sur les salaires (point 189). Le Tribunal constate que «l'arrêt de la Cour exige seulement que les coûts de l'entreprise publique soient remboursés par sa filiale. Ainsi, la Cour ne fait pas de différence sur la question de savoir si ces coûts sont moindres que les coûts d'une société agissant dans les conditions normales du marché. En conséquence, au vu de l'arrêt de la Cour, même à supposer qu'une partie des coûts de La Poste soit subventionnée par les mesures fiscales dénoncées par les requérantes, l'examen de l'existence d'une aide d'État n'est pas affecté, étant donné que, selon la Cour, il suffit que les coûts occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale aient été couverts» (point 190). Le Tribunal rejette donc le moyen dans la mesure où celui-ci est tiré de l'avantage indirect dont la SFMI-Chronopost a bénéficié grâce aux prétendus avantages fiscaux de La Poste.

Par son arrêt, le Tribunal annule donc la décision de la Commission du 1^{er} octobre 1997, «en ce qu'elle constate que ni l'assistance logistique et commerciale fournie par La Poste à sa filiale, la SFMI-Chronopost, ni le transfert de Postadex ne constituent des aides d'État en faveur de la SFMI-Chronopost».

La Poste et Chronopost ont formé un pourvoi devant la Cour (à nouveau en l'absence de la Commission), dont l'arrêt est attendu dans le courant de l'année 2008¹.

SECTION 4. TRANSACTIONS COMMERCIALES NORMALES

430 Conditions normales de marché non suffisantes dans certains cas

Une transaction, pourtant conforme aux conditions normales de marché, peut ne pas être «normale» si un acheteur privé ne l'aurait pas effectuée du tout, par exemple du fait d'absence de besoins objectifs.

1. Voir affaires C-341/06 P et C-342/06 P.

Cette circonstance s'est présentée dans l'affaire Bretagne-Angleterre-Irlande (BAI) dans laquelle les autorités basques s'étaient engagées vis-à-vis d'une société de ferries, Ferries Golfo de Vizcaya SA, une société de droit espagnol créée par Vapores Surdiaz Bilbao et P & O European Ferries, à acquérir un certain nombre de bons de voyage à utiliser sur la ligne maritime Bilbao – Portsmouth.

Sur recours en annulation de la décision de la Commission qui concluait à l'absence d'aide, le Tribunal affirme tout d'abord «qu'une mesure étatique en faveur d'une entreprise qui revêt la forme d'une convention d'achat de bons de voyage ne saurait, du seul fait que les parties s'engagent à des prestations réciproques, être exclue a priori de la notion d'aide d'État visée à l'article [87] du traité»¹. La Commission avait d'abord estimé qu'une première convention d'achat comportait des éléments d'aide d'État, puisque les conditions convenues pour cette transaction ne correspondaient pas à celles d'une transaction commerciale normale. Mais elle a modifié son appréciation en relevant que, d'une part, un nouvel accord de 1995 ne contiendrait plus les éléments incriminés et, d'autre part, les autorités espagnoles auraient suffisamment justifié leur besoin réel de conclure la convention d'achat en question.

Le Tribunal constate que si l'accord a en effet été modifié, «le nouvel accord prévoit toujours l'acquisition pendant plusieurs années d'un nombre prédéterminé de bons de voyage et, malgré la réduction du prix unitaire de référence, elle procure à Ferries Golfo de Vizcaya une recette globale dont le montant est non seulement équivalent, mais même légèrement supérieur, à celui qui avait été convenu dans l'accord initial» (point 74).

Dans ces circonstances, le Tribunal juge que «le fait que les termes de l'accord de 1995, notamment en ce qui concerne l'engagement d'achat à long terme et les rabais de quantité accordés à l'acheteur, soient comparables à ceux des contrats qui sont généralement conclus entre les compagnies maritimes et les opérateurs privés dits «ITX», ne suffit pas pour établir que l'acquisition de bons de voyage par le conseil provincial de Biscaye ait le caractère d'une transaction commerciale normale» (point 75). En effet, le dossier soumis au Tribunal allait montrer que le nombre de bons de voyage n'avait pas été déterminé par une augmentation des besoins effectifs des pouvoirs publics².

SECTION 5. GARANTIES D'ÉTAT

440 Communication de la Commission - Notion

La Commission a publié en 2000 une communication sur l'application des règles sur les aides d'État à l'octroi de garanties par les États membres³. La Commission est en train de réviser cette communication (voir n° 500 *infra*).

La garantie de l'État (autorités centrales, régionales ou locales, ainsi que les garanties données par des entreprises placées sous l'influence dominante des autorités publiques) peut comporter un élément d'aide si elle est accordée à des conditions

1. Arrêt du 28 janv. 1999, BAI c. Commission, T-14/96, *Rec.*, p. II-139, point 71.

2. La décision annulée a été adoptée à nouveau par la Commission en tenant compte de cette analyse du Tribunal. Elle fut toutefois contestée, par l'entreprise bénéficiaire cette fois (arrêt du 5 août 2003, P & O European Ferries et Diputación Foral de Vizcaya c. Commission, T-116/01 et T-118/01, *Rec.*, p. II-2957; arrêt confirmé sur pourvoi par arrêt du 1^{er} juin 2006, C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845).

3. Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties, *J.O.C.E.*, n° C 71 du 11 mars 2000, pp. 14 – 18.

différentes de celles qui prévalent sur les marchés financiers (elle permet à l'entreprise bénéficiaire d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers) ou si elle est accordée, même contre rémunération à des conditions de marché, mais dans des situations où aucune garantie privée n'aurait été octroyée.

Les règles édictées par la Commission concernent principalement les garanties liées à un prêt ou à une autre obligation financière contractée par un emprunteur auprès d'un prêteur, mais elles ont vocation à s'appliquer à toutes les formes de garanties, quelles que soient leur base juridique et la transaction couverte et qu'elles soient accordées individuellement ou dans le cadre d'un régime. Tant les garanties que les «contre-garanties» (ou avals) sont visées¹.

En général, le bénéficiaire de l'aide sera le plus souvent l'emprunteur, mais il peut aussi arriver que, dans certaines situations, le prêteur en bénéficie également.

450 Aide à l'emprunteur

La garantie de l'État permet à l'emprunteur d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers (taux réduit et/ou sûreté moins élevée). Parfois, sans la garantie de l'État, aucun établissement financier ne serait disposé à concéder un prêt, à quelque condition que ce soit².

L'octroi d'une garantie d'Etat peut donc avoir pour effet une distorsion de concurrence en facilitant la création de nouvelles entreprises et permettant la mobilisation de fonds pour de nouvelles activités ou le maintien de l'exploitation en évitant une disparition du marché ou une restructuration³.

Peuvent également constituer une aide les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ou prévoit explicitement une garantie de l'État ou une couverture des pertes par l'État. Il en va de même de l'acquisition par l'État d'une

1. Pour un exemple de «contre-garantie», voir la décision de la Commission du 7 juill. 2004 concernant les mesures d'aide mises à exécution par la France en faveur d'Alstom, *J.O.U.E.*, n° L 150 du 10 juin 2004, pp. 24 à 56, spéc. point 121.

2. Voir l'affaire ALSTOM précitée dans laquelle la garantie et les autres interventions de l'Etat ont joué un rôle de catalyseur permettant de fédérer le soutien du pool bancaire d'ALSTOM, qui sans cette intervention étatique, n'était plus disposé à soutenir la société dans ses difficultés financières en 2003. C'est un élément déterminant qui a permis de surmonter la 'défaillance' des marchés financiers dans cette affaire: l'Etat est intervenu, au moins en partie, pour pallier les difficultés rencontrées par les marchés financiers dans la renégociation de la dette d'ALSTOM (dispersion de la dette entre de nombreux créiteurs, position asymétrique de ceux-ci et contexte commercial dans lequel les attentes de clients entretiennent l'incertitude). Un redressement judiciaire aurait vraisemblablement conduit à une liquidation alors qu'ALSTOM ne souffrait pas de problèmes structurels, au-delà d'une structure de financement inadaptée. Par ailleurs, alors même que l'intervention de l'Etat fut finalement largement inférieure à celle du secteur privé dans cette affaire – quelque 3 milliards € contre une contribution de plus de 10 milliards € de la part du secteur privé – voir point 216 de la décision, elle n'en reste pas moins une aide d'Etat car déterminant l'action de ce secteur privé.

3. Pour un exemple controversé, voir la décision de la Commission du 2 août 2004 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de France Télécom, *J.O.U.E.*, n° L 257 du 20 sept. 2006, p. 11. Cette décision qualifie notamment d'aides d'Etat, une série de déclarations du gouvernement français par lesquelles il rendait publique son intention de faire le nécessaire pour aider France telecom à surmonter ses problèmes de financement et ses difficultés financières (voir le critère de 'ressources d'Etat' détaillé dans le livre n° 90bis). Cette décision est contestée devant le Tribunal (affaires T-425/04 et T-444/04). Elle ne doit pas être confondue avec une autre décision du même jour qui traite de l'exonération de la taxe professionnelle (*J.O.U.E.*, n° L 269 du 14 oct. 2005, p. 30 – également contestée devant le Tribunal: affaires T-427/04 et T-17/05).

participation dans une entreprise lorsqu'elle s'accompagne d'une responsabilité illimitée au lieu de la responsabilité limitée normale¹.

460 Aide au prêteur

Le prêteur peut également être le bénéficiaire d'une garantie lorsque celle-ci est accordée *ex post* en ce qui concerne une obligation financière déjà contractée sans que les modalités de cette obligation ne soient adaptées, ou lorsque qu'un prêt garanti est utilisé pour rembourser un autre prêt, qui lui n'est pas garanti, à la même institution de crédit (le prêteur bénéficie d'un prêt à de meilleures conditions).

470 Moment de l'octroi de l'aide

Même si la garantie de l'État n'est pas appelée et qu'aucune dépense étatique n'existe au titre de cette garantie, il peut y avoir aide si la garantie n'est pas octroyée à des conditions normales de marché. La date de l'octroi de l'aide est celle de l'offre de la garantie, et non celle de sa mobilisation éventuelle ou celle de paiements. C'est donc au moment où la garantie est offerte qu'il y a lieu de déterminer s'il y a ou non aide d'État et, dans l'affirmative, de calculer le montant de cette aide².

480 Conditions dans lesquelles l'octroi d'une garantie d'État ne constitue pas une aide

Dans sa communication, la Commission ne parvient pas à donner une définition positive claire de l'aide d'État sous forme de garantie (si ce n'est par référence aux conditions normales de marché, ce qui ne clarifie guère le concept).

1. Voir la décision de la Commission du 23 oct. 2007 d'ouvrir la procédure formelle d'examen de l'article 88, paragraphe, 2, CE s'agissant de la garantie illimitée de l'État français en faveur de La Poste française (garantie qui résulte du statut de personne morale de droit public, assimilée à un établissement public d'intérêt commun – EPIC – de La Poste). Selon la Commission, cette garantie permet à La Poste d'obtenir des conditions de financement avantageuses et les concurrents de La Poste ne bénéficiant pas d'un tel avantage, cette garantie est susceptible de fausser la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun, à un moment où le secteur postal est en voie de libéralisation (voir communiqué IP/07/1572 du 27 oct. 2007 – affaires C49/2007 et C/56/2007).

Voir la décision de la Commission du 16 déc. 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, *J.O.U.E.*, n° L 49 du 22 févr. 2005, p. 9 (décision contestée devant le Tribunal: affaire T-156/04).

Voir également la décision de mesures utiles du 30 avr. 2003 dans l'affaire CDC IXIS (E50/2001, décision publiée sur le site de la DG Concurrence). On peut citer également le programme de suppression progressive décidé en 2002 et 2003 (jusqu'en 2005 pour l'Allemagne et 2007 pour l'Autriche) des garanties publiques en faveur de certaines banques allemandes et autrichiennes (voir communiqués de presse IP/03/476 du 2 avr. 2003 – Autriche – et IP/03/49 du 15 janv. 2002 – Allemagne).

2. Voir décision ALSTOM précitée, point 133: 'Les aides octroyées par l'État, notamment lorsqu'elles prennent la forme de souscriptions de titres auprès d'entreprises (fonds propres ou quasi-fonds propres), de prêts à court ou long terme ou de garanties, doivent être quantifiées *ex ante*, c'est-à-dire au moment de leur octroi. Seule une telle manière de procéder permet de prendre en compte le risque assumé par l'État, alors qu'une quantification *ex post* repose sur la matérialisation du risque'.

Par contre, une série de conditions assez précises sont prévues qui, lorsqu'elles sont remplies, permettent d'éviter à une garantie d'Etat la qualification d'aide d'Etat, en l'absence de mesure favorisant certaines entreprises ou activités¹.

En substance, on retiendra qu'il n'y a pas d'aide:

- si l'entreprise bénéficiaire aurait pu obtenir, sans garantie de l'Etat, le prêt du secteur privé (ou une garantie privée) compte tenu notamment du risque d'appel de cette garantie, et
- si la garantie de l'Etat est accordée moyennant le paiement d'une prime au taux commercial normal compte tenu du risque qu'un prêteur privé encourrait dans les mêmes conditions et la même durée.

Les conditions prévues par la Commission concernent, d'une part, les garanties individuelles et, d'autre part, les régimes instaurant des garanties de l'Etat.

Une garantie individuelle de l'Etat n'est pas une aide si toutes les conditions suivantes sont remplies:

- «a) l'emprunteur n'est pas en difficulté financière;
- b) l'emprunteur pourrait en principe obtenir un prêt aux conditions de marché sur les marchés financiers sans intervention de l'Etat;
- c) la garantie est attachée à une opération financière précise, porte sur un montant maximal déterminé, ne couvre pas plus de 80 % du solde restant dû du prêt ou autre obligation financière (sauf s'il s'agit de titres obligataires et instruments similaires) et n'est pas illimitée;
- d) la garantie donne lieu au paiement d'une prime au prix du marché (qui est entre autres fonction du montant et de la durée de la garantie, de la sûreté donnée par l'emprunteur, de sa situation financière, du secteur d'activité et des perspectives, des taux de défaillance et d'autres conditions économiques)» (point 4.2 de la communication précitée);

Un régime public de garanties ne constitue pas une aide d'Etat lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:

- a) le régime ne permet pas l'octroi de garanties à des emprunteurs en difficulté financière;
- b) les emprunteurs pourraient en principe obtenir un prêt à des conditions de marché sur les marchés financiers sans intervention de l'Etat;
- c) les garanties sont attachées à une opération financière précise, portent sur un montant maximal déterminé, ne couvrent pas plus de 80 % du solde restant dû du prêt ou autre obligation financière (sauf s'il s'agit de titres obligataires et instruments similaires) et ne sont pas illimitées;
- d) les modalités du régime sont établies sur la base d'une évaluation réaliste du risque pour en assurer, selon toute probabilité, l'autofinancement grâce aux primes versées par les entreprises bénéficiaires;
- e) le régime prévoit les modalités selon lesquelles les garanties seront accordées et dispose que son financement général fera l'objet d'un examen au moins une fois par an;

1. Voir, par exemple, l'affaire C 45/2006 (ex NN 62/A/2006) - Garantie Coface dans le cadre de la construction par Framatome ANP d'une centrale nucléaire pour Teollisuuden Voima Oy, dans laquelle la Commission a décidé, le 26 sept. 2007, que la garantie accordée par l'Etat français en faveur de TVO, l'exploitant finlandais de centrales nucléaires, ne constitue pas une aide. Un prêt garanti par l'Etat a financé l'achat par TVO d'une partie d'une centrale nucléaire à la société française AREVA NP (anciennement Framatome). La Commission a estimé que la garantie ne conférerait aucun avantage à TVO, celle-ci disposant d'un accès suffisant aux marchés financiers pour financer l'ensemble du projet sans intervention publique et la prime de garantie versée par TVO aux autorités françaises n'étant pas inférieure aux prix du marché (communiqué IP/07/1400).

- f) les primes couvrent à la fois les risques normaux associés à l'octroi des garanties et les coûts administratifs du régime, et permettent une rémunération normale du capital initial éventuellement fourni par l'État pour le démarrage du régime» (point 4.3 de la communication précitée).

La Commission ajoute toutefois que «le non-respect de l'une quelconque des conditions prévues aux points 4.2 et 4.3 n'entraîne pas automatiquement la qualification d'aide d'État pour la garantie ou le régime en question. En cas de doute, quant au fait de savoir si un projet de garantie ou de régime constitue une aide d'État, ledit projet doit être notifié (point 4.4 de la communication).

490 **Evaluation du montant de l'aide sous forme de garantie**

L'intensité de l'aide sous la forme d'une garantie individuelle de l'État s'apprécie au regard des caractéristiques de la garantie et de l'obligation financière en cause. La Commission prend en compte «la durée et le montant de la garantie et du prêt, le risque de défaillance de l'emprunteur, le prix payé par l'emprunteur pour la garantie, la nature de la sûreté éventuellement donnée, les modalités et le moment du paiement éventuel d'une dette par l'État et les moyens (par exemple, déclaration de faillite) qu'il doit mettre en œuvre pour récupérer les montants dus par l'emprunteur après mobilisation de la garantie» (point 3.1. de la communication précitée).

La Commission considère que l'équivalent-subvention d'une garantie de prêt pour une année donnée correspond à:

- l'avantage d'un prêt à taux privilégié, c'est-à-dire à «la bonification d'intérêt étant égale à la différence entre le taux du marché et le taux obtenu grâce à la garantie de l'État après déduction des primes éventuellement versées»;
- ou
- «à la différence entre: a) le montant garanti non encore remboursé, multiplié par le facteur de risque (probabilité d'une défaillance) et b) la prime payée, soit (somme garantie $\times$ risque) — prime»;
- ou
- au résultat de calcul «par toute autre méthode objectivement justifiable et généralement admise».

La première méthode devrait s'appliquer en principe aux garanties individuelles, la seconde en principe aux régimes.

La Commission précise ensuite que «Le facteur de risque doit se fonder sur la fréquence des défaillances survenues dans le passé pour des prêts accordés dans des circonstances analogues (secteur, taille de l'entreprise, niveau de l'activité économique générale). Les équivalents-subvention annuels devraient être annualisés à leur valeur présente en utilisant le taux de référence, puis additionnés pour obtenir l'équivalent-subvention total. Lorsque, au moment du prêt, la probabilité de défaillance de l'emprunteur est très élevée, par exemple, parce qu'il est en difficulté financière, la valeur de la garantie peut aller jusqu'au montant effectivement couvert par cette garantie» (point 3.2. *in fine* de la communication)¹.

Afin d'inciter «le prêteur à bien apprécier, assurer et minimiser le risque lié à l'opération de prêt, et en particulier à évaluer correctement le degré de solvabilité de l'emprunteur», la Commission impose qu'au moins 20 % du prêt ne soient pas être couverts par une garantie de l'État.

1. Pour un exemple d'évaluation détaillée de l'intensité de l'aide sous forme de garantie, voir la décision ALSTOM précitée, points 136 à 143.

La communication de la Commission examine ensuite les conditions dans lesquelles l'octroi d'une aide sous forme de garantie peut être compatible avec les règles du traité. Cet aspect est examiné dans le livre n° 90^{ter} relatif à cette analyse de compatibilité.

500 Révision de la communication de la Commission (2007-2008)

Le 27 juin 2007, dans le cadre des consultations des mesures adoptées pour la réforme des aides d'Etat, la Commission a publié, sur son site Internet, un «projet de communication révisée de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties»¹. Un seul projet révisé a été publié le 28 février 2008.

Tirant parti de son expérience depuis la communication de 2000, la Commission considère que sa politique «devrait être révisée». Elle rappelle notamment diverses décisions récentes insistant sur la nécessité de procéder à une appréciation individuelle du risque de pertes lié à chaque garantie dans le cas des régimes². En révisant sa communication, la Commission souhaite améliorer la transparence de son action dans ce domaine, «afin de rendre ses décisions prévisibles et d'assurer l'égalité de traitement». L'objectif est notamment de «fournir aux PME et aux États membres une sphère d'exemption déterminant au préalable, pour une entreprise donnée et sur la base de sa notation financière, la marge minimum qui devrait être retenue pour l'octroi d'une garantie publique pour ne pas être considérée comme une aide». Ainsi, «tout écart négatif entre le montant de la prime et ce niveau pourrait être considéré comme l'élément d'aide».

La communication de 2000 se limite aux garanties généralement liées à un prêt ou à une autre obligation financière contractée par un emprunteur auprès d'un prêteur. La Commission souhaite décrire plus en détail sa politique pour les diverses formes de garanties (selon la base juridique, le type d'opération couverte, la durée, etc.): les garanties générales, les garanties apportées par un instrument déterminé, les garanties illimitées, les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises sous un statut particulier, les garanties provenant manifestement d'une source contractuelle ou d'une autre source juridique (par opposition aux garanties dont la forme est moins visible comme les lettres d'accompagnement, les engagements fournis oralement).

Le projet de communication vise principalement les garanties attachées à une opération financière précise (comme un prêt) car «la Commission considère que c'est surtout dans ces cas-là qu'il y a lieu d'établir si les garanties constituent ou non des aides d'Etat, compte tenu de leur fréquence et du fait qu'elles peuvent généralement être quantifiées». Mais, la Commission insiste sur le fait que les principes dégagés à ce sujet sont également «applicables à toutes les garanties qui entraînent un transfert de risque similaire, comme par exemple dans le cas d'un investissement sous forme de prise de participation, à condition que le profil de risque correspondant (comprenant l'absence éventuelle de sûretés) soit pris en considération». Pour d'autres formes de garantie (par exemple les garanties d'assurance), la

1. http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/draft_guarantee_notice_18072007_fr.pdf.

2. Décision du 23 avr. 2003, C 45/98 - Régimes de garantie du Land de Brandebourg pour 1991 et 1994 (*J.O.C.E.*, n° L 263, du 14 oct. 2003, p. 1); décision du 16 déc. 2003, N 512/03 - Régimes de garantie en faveur du crédit naval - Allemagne (*J.O.U.E.*, n° C 62 du 11 mars 2004, p. 3); décision du 6 avr. 2005, C 28/2003 - Régime de garantie en faveur du crédit naval - Italie (*J.O. U.E.*, n° L 244, du 7 sept. 2006, p. 17).

Commission procédera à une analyse au cas par cas. Les garanties de crédit à l'exportation font toujours l'objet d'une communication spécifique¹.

SECTION 6. LA COMPENSATION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC: LA JURISPRUDENCE ALTMARK

510 Principe d'application des règles du traité aux services d'intérêt économique général

L'article 86, paragraphe 1, CE vient rappeler que les «services publics», appelés dans le traité CE «services d'intérêt économique général»² (SIEG) sont soumis aux règles du traité, aux règles de concurrence, et donc aux règles sur les aides d'État.

Article 86, paragraphe 1, CE

«Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus».

L'article 86, paragraphe 2, CE prévoit une exception (d'interprétation restrictive) à l'application de ces règles dans la mesure où cette application fait échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été impartie, à condition que les échanges ne soient pas affectés contrairement à l'intérêt de la Communauté.

Article 86, paragraphe 2, CE

«Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, 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. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté».

L'article 86, paragraphe 3, CE donne à la Commission le pouvoir de prendre des décisions ou des directives pour l'application de cette disposition.

Article 86, paragraphe 3, CE

«La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres».

Enfin, le traité de Nice a introduit une disposition spécifique aux SIEG, actuelle-

1. Communication de la Commission aux États membres modifiant la communication, faite conformément à l'article 93 paragraphe 1 du traité CE, concernant l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance – crédit à l'exportation à court terme, *J.O.U.E.*, n° C 325 du 22 déc. 2005, p. 22.

2. La Cour, le Tribunal et la Commission ont donné une définition large de la notion de SIEG qui recouvre tous les services de nature économique prestés dans l'intérêt général. Cette définition ne recouvre pas l'exercice par l'État de ses prérogatives de puissance publique. Sur la définition de «l'activité économique» comme critère de «l'entreprise» soumise au droit de la concurrence, à l'instar des SIEG, voir n° 210 *supra*.

ment l'article 16 CE (qui deviendra article 14 TFUE - en gras, les ajouts du traité de Lisbonne, qui n'entreront en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2009):

Article 16 CE

«Sans préjudice de l'article 3bis du traité sur l'Union européenne et des articles 73, 86 et 87 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, **notamment économiques et financières**, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. **Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services** ».

Le traité de Lisbonne ajoute également un protocole n° 9 sur les services d'intérêt général (il introduit la notion de services «d'intérêt général» (services de nature non économique auxquels les règles de concurrence ne s'appliquent pas) et prévoit les orientations générales de la politique européenne en matière de services économiques d'intérêt général. Ce protocole fait partie en intégrante du traité (voir n° 070 *supra*, à propos du protocole n° 6 «sur le marché intérieur et la concurrence»).

Protocole n° 9

Article premier

«Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment:

- le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs;
- la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs».

Article 2

«Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général».

520 **D'une approche «aide» à une approche «compensatoire»**

Si l'application des règles de concurrence aux SIEG était acquise¹, une question spécifique faisait débat s'agissant des aides d'État: les compensations versées en contrepartie de missions de «service public» procurent-elles un avantage aux entreprises bénéficiaires (et doivent-elles donc être notifiées à la Commission pour lui permettre de les contrôler?) ou, au contraire, ne font-elles que rétablir l'égalité entre les entreprises soumises à des obligations de service public et les entreprises qui ne le sont pas (et ne constituent pas des aides d'État, mais à quelles conditions?).

L'arrêt Altmark de 2003² est venu trancher cette question après un débat animé, notamment par les avocats généraux de la Cour de justice, sur la conception de l'avantage. Ce débat a porté essentiellement sur le choix entre une approche «aide» et une approche «compensatoire». Dans cet arrêt, la Cour a adopté une position intermédiaire entre ces deux approches, penchant plutôt pour l'approche compensatoire. L'arrêt n'a toutefois pas apporté la sécurité juridique attendue, que la Commission a tenté d'apporter en adoptant, en 2005, une communication, une décision et une directive pour clarifier l'application des règles relatives aux aides d'État aux compensations de service public («paquet législatif SIEG», voir n° 570 *infra*).

Selon l'approche «aide d'État», une compensation de service public est une aide d'État qui peut toutefois être déclarée compatible avec le marché commun, en l'absence de surcompensation. Selon l'approche compensatoire, en revanche, une compensation de service public n'est pas une aide d'État si elle n'excède pas les coûts liés à l'exercice des missions de service public. La jurisprudence a longtemps oscillé entre l'approche aide d'État et l'approche compensatoire. Les avocats généraux ont proposé une approche plus nuancée.

530 **Approche «aide»**

L'approche compensatoire a été adoptée par la Commission dès 1995, dans une décision prise à la suite d'une plainte de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) relative à l'exonération de taxe professionnelle dont jouit La Poste qui opère également dans le secteur de l'assurance³.

Dans sa décision, la Commission a tout d'abord considéré que La Poste était soumise à des obligations de service public que ses concurrents n'avaient pas à respecter, elle a ensuite établi que le surcoût engendré par l'exécution de ses missions de service public (notamment l'obligation de desserte territoriale dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire) était supérieur à l'exonération fiscale dont La Poste bénéficiait. La Commission en a conclu que La Poste ne bénéficiait pas d'une aide d'État.

Sur recours en annulation par la FFSA de cette décision, le Tribunal⁴ va au contraire considérer, en 1997, que l'avantage fiscal dont bénéficie La Poste constitue

1. Voir, sur les conditions d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE en général, notamment, arrêt du 19 mai 1993, Procédure pénale c. Corbeau, C-320/91, *Rec.*, p. I-2533; arrêt du 27 avr. 1994, Commune d'Almelo e. a. c. NV Energiebedrijf Ijsselmij, C-393/92, *Rec.*, p. I-1477; arrêt du 23 oct. 1997, Commission c. Pays-Bas, C-157/94, *Rec.*, p. I-5699; arrêt du 23 oct. 1997, Commission c. Italie, C-158/94, *Rec.*, p. I-5789; arrêt du 23 octobre 1994, Commission c. France, C-159/94, *Rec.*, p. I-5815; arrêt du 23 oct. 1994, Commission c. Espagne, C-160/94, *Rec.*, p. I-5851; arrêt du 17 mai 2001, TNT Traco, C-340/99, *Rec.*, p. I-4109.

2. Arrêt du 24 juillet 2003, Regierungspräsidium Magdeburg et Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark), C-280/00, *Rec.*, p. I-7747.

3. Décision du 8 févr. 1995, *J.O.C.E.*, n° C 262 du 7 oct. 1995, p.11.

4. Arrêt du 27 févr. 1997, FFSA c. Commission, T-106/95, *Rec.*, p. II-229 (confirmé, sur pourvoi, par l'ordonnance du 25 mars 1998, FFSA e.a. c. Commission, C-174/94 P, *Rec.*, p. I-1303).

bien une aide d'État mais qu'en revanche, comme le montant de l'avantage est inférieur au surcoût causé par les missions de service public, il s'agit d'une aide compatible, exemptée de l'interdiction de l'article 87, paragraphe 1, CE par l'article 86, paragraphe 2, CE. La même approche «aides» est suivie par le Tribunal en 2000 dans l'affaire SIC¹.

Dès 1985, puis en 2000, la Cour, quant à elle, avait déjà adopté une conception qui relevait de l'approche «compensatoire» dans l'arrêt ABDHU² et dans l'arrêt Ferring³. Dans ce dernier arrêt, était en cause une exonération fiscale accordée à des grossistes répartiteurs pour compenser les obligations de service public qui leur étaient imposées. L'arrêt Ferring a été fortement critiqué par les tenants de l'approche «aide d'État». Selon eux, tout d'abord, cette approche ne correspond pas à l'approche développée dans l'article 73 CE concernant les transports en vertu duquel «sont compatibles avec le présent traité les aides qui (...) correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public». Dans cet article, en effet, les compensations des missions de service public sont des aides d'État et il ne peut y avoir qu'une conception unitaire des compensations de service public⁴. Ensuite, cette approche méconnaîtrait le caractère objectif de l'aide en prenant en compte la finalité de l'intervention étatique au moment de la qualification de l'aide. Enfin, cette conception priverait d'effet utile l'article 86, paragraphe 2, CE en matière d'aides: soit la mesure étatique n'est pas une aide d'État parce qu'elle n'excède pas les coûts des missions de service public (et donc l'article 86, paragraphe 2, CE n'a pas à s'appliquer), soit elle constitue une aide parce qu'elle excède les coûts de ces missions mais ne peut pas être déclarée compatible puisqu'elle ne remplit pas la condition de proportionnalité⁵.

Dans ses deux conclusions successives dans l'affaire Altmark⁶, l'avocat général Léger a soutenu, avec vigueur et conviction, l'approche «aide d'État».

Dans ses conclusions dans l'affaire GEMO⁷, l'avocat général Jacobs adopte l'approche dite «*quid pro quo*» selon laquelle deux catégories de situations devraient être distinguées: d'une part, lorsqu'il existerait un lien direct et manifeste entre le financement étatique et les obligations de service public clairement définies, les sommes versées par l'État ne constitueraient pas une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et d'autre part, lorsqu'un tel lien ferait défaut ou lorsque les

1. Arrêt du 10 mai 2000, Sociedade Independente de Comunicaçao (SIC) c. Commission, T-46/97, *Rec.*, p. II-2125.

2. Arrêt du 7 févr. 1985, Association de défense des brûleurs d'huiles usagés (ADBHU), 240/83, *Rec.*, p. 531.

3. Arrêt du 22 nov. 2001, Ferring, C-53/00, *Rec.*, p. I-9067. L'approche de la Cour a été suivie par la Commission dans une décision concernant la poste italienne: la Commission a considéré que les mesures prises par l'Italie en faveur de Ente Poste n'ont pas procuré à celle-ci un avantage allant au-delà du coût du service d'intérêt général qui lui incombe et il n'y avait pas lieu, par conséquent, de poursuivre la procédure ouverte à l'encontre de l'Italie en matière d'aides d'État (décision du 12 mars 2002 relative aux aides d'État accordées par l'Italie en faveur de Poste Italiana SpA (ex-Ente Poste Italiana), *J.O.C.E.*, n° L 282 du 19 oct. 2002, p. 29; une ordonnance du 21 févr. 2006, Deutsche Post et DHL Express (anciennement DHL International) c. Commission, C-367/04 *Rec.*, p. I-26, a confirmé l'irrecevabilité du recours en annulation contre cette décision).

4. Voir MASSIMO MEROLA et CAROLINE MEDIAN, 'De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche ou financement des services publics', *Cah. dr. europ.*, n° 69/5-6, oct. 2003, p. 670.

5. Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 30 avr. 2002, avant l'arrêt du 20 nov. 2003, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre Gemo SA, C-126/01, *Rec.*, p. I-1369.

6. Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 19 mars 2002 et le 14 janv. 2003, avant l'arrêt Altmark précité (suite à l'arrêt Ferring, la Cour avait procédé à la réouverture de la procédure orale, estimant que cet arrêt pouvait avoir une incidence sur la réponse à donner aux questions préjudicielles posées dans l'affaire Almark).

7. Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 30 avr. 2002, avant l'arrêt Gemo précité.

obligations de service public ne seraient pas clairement définies, les sommes versées par l'État constitueraient des aides soumises au contrôle préalable de la Commission de leur compatibilité (une exception de «service public» étant encore possible après examen). Cette approche a été suivie par l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire Enirisorse¹.

Le choix de l'une ou l'autre des approches a une conséquence importante sur l'obligation de notification préalable de tout projet d'aide prévue à l'article 88, paragraphe 3, CE. En effet, l'approche «compensatoire», qui place l'examen du service public en cause dès l'exercice de qualification d'aide, implique que la mesure compensatoire jugée proportionnelle ne doit pas être notifiée (car n'étant pas qualifiée d'aide) alors que l'approche «aide d'État» implique que la mesure compensatoire doit être notifiée (car elle est d'abord qualifiée d'aide) pour précisément juger de sa compatibilité. Dans l'arrêt Altmark, la Cour vient mettre fin au débat sans pour autant faire disparaître toute insécurité juridique.

540 Approche «compensatoire» confirmée: l'arrêt Altmark²

L'affaire Altmark concernait les obligations de service public dans le domaine des transports de personnes par route. Une entreprise de transport régional contestait l'attribution d'un marché à sa concurrente, l'entreprise Altmark. Sur renvoi préjudiciel d'une juridiction allemande, la Cour s'est prononcée sur la question de savoir si les compensations financières pour ces services octroyées par l'État membre en cause, devaient être qualifiées d'aides d'État.

Si la Cour a adopté une approche compensatoire, elle a cependant tenu compte des critiques à l'encontre de cette approche qu'elle avait développée dans l'arrêt Ferring.

La Cour a jugé que «des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de [l'article 87 CE] dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public». La Cour a considéré que les quatre conditions cumulatives suivantes devaient être remplies aux fins de l'application de ce critère:

- «– premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies;
- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente;
- troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service publics, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations;
- quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché

1. Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl présentées le 7 nov. 2002, avant l'arrêt Enirisorse Spa contre Ministero delle Finanze, C-34/01, *Rec.*, p. I-14243.

2. Pour une analyse économique des principes de l'arrêt Altmark et des communications de la Commission à ce sujet, voir Jorge PADILLA et Urs HAEGLER, 'Compensation for SGEI: an economist's look at the Altmark test and the Community Framework' in Jacques DERENNE, Massimo MEROLA (eds.), *Economic analysis of State aid rules – Contributions and limits – Proceedings of the third annual conference of the Global Competition Law Centre (GCLC)*, College of Europe, 21-22 September 2006, Lexxion, Berlin, 2007, pp. 79 - 104. Voir, pour une interprétation 'authentique' de l'arrêt Altmark, CLAUS GULMAN, *State aid and compensation for public services, Liber Amicorum to Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 655-672.

public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, 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»¹.

La Cour a donc ajouté des conditions par rapport à l'arrêt Ferring dans lequel elle exigeait seulement qu'il y ait une équivalence entre la mesure et les coûts engendrés par les missions de service public².

En ajoutant des conditions, elle permet de redonner un effet utile à l'article 86, paragraphe 2, CE comme le confirme le paquet législatif SIEG décrit ci-après. Cependant, la complexité des quatre conditions énoncées par la Cour, et plus particulièrement celle de la quatrième condition en l'absence d'appel d'offres, n'a pas permis d'apporter toute la sécurité juridique attendue s'agissant des compensations de service public³. Cette dernière condition n'est pas non plus sans contradiction avec l'arrêt UFEX/Chronopost (voir n° 400 *supra*) prononcé par la Cour quelques jours plus tard⁴.

Les applications faites de l'arrêt Altmark et surtout les explications apportées par la Commission dans le paquet SIEG ont permis de clarifier les conditions de l'arrêt Altmark et la portée de cet arrêt.

550 Applications postérieures à l'arrêt Altmark

La Cour a appliqué pour la première fois l'approche compensatoire d'Altmark dans l'arrêt Enirisorse⁵. La Cour a estimé en l'espèce que la mesure était une aide puisqu'il n'apparaissait pas que les entreprises bénéficiaires étaient chargées de missions de service public. De même, dans l'arrêt Danske (Combus)⁶, la mesure en cause (un apport en capital) n'a pu sortir du champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE parce que la première condition de l'arrêt Altmark n'était pas remplie.

Dans l'affaire Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, il s'agissait du versement

1. Arrêt Altmark précité, point 95 et point 2 du dispositif de l'arrêt.

2. Arrêt Ferring précité, point 27.

3. Ainsi, la Cour a-t-elle jugé, dans l'affaire Boiron, qu' 'afin d'assurer le respect du principe d'effectivité, le juge national, s'il constate que le fait de faire supporter à un laboratoire pharmaceutique tel que Boiron la charge de la preuve de l'existence d'une surcompensation au profit des grossistes répartiteurs, et donc du caractère d'aide d'État de la taxe sur les ventes directes, est susceptible de rendre impossible ou excessivement difficile l'administration d'une telle preuve, du fait notamment que celle-ci porte sur des données dont un tel laboratoire ne peut disposer, est tenu d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national, au nombre desquels figure celui d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires, y compris la production par l'une des parties ou par un tiers d'un acte ou d'une pièce' (arrêt du 7 septembre 2006, Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, venant aux droits et obligations de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), C-526/04, *Rec.*, p. I-7529, point 55).

4. Dans l'arrêt UFEX/Chronopost, la Cour rejette, du fait de la présence d'un secteur réservé, une comparaison avec le prix de marché pour juger si le service litigieux rendu par La Poste à Chronopost (qui n'a rien à voir avec un 'service public') s'effectue dans des 'conditions normales de marché' pour se focaliser sur un examen de la couverture des coûts en cause de ces services. Dans l'arrêt Altmark, qui concerne l'octroi de compensations à une entreprise chargée de services réguliers de transport par autocar dans le cadre précisément d'un régime de licences restrictives (et qui, par définition, ne peut être assimilé à des «conditions normales de marché»), la Cour fait pourtant référence à la situation d'une entreprise hypothétique, 'moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport' pour les services concernés.

5. Arrêt du 27 nov. 2003, Enirisorse Spa, C-34/01, *Rec.*, p. I-14243.

6. Arrêt du 16 mars 2004, Danske Busvognmaend c. Commission, T-157/01, *Rec.*, p. II-917 (voir n° 590, *infra*).

d'une compensation à la charge du budget de l'État en faveur de certaines entreprises chargées d'assister les contribuables, en ce qui concerne l'élaboration et la transmission des déclarations fiscales à l'administration fiscale. La Cour a jugé qu'une telle mesure devait être qualifiée d'aide d'État si «le niveau de la compensation dépasse 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 pour l'exécution de ces obligations, et [si] la compensation n'est pas déterminée sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement dotée de moyens nécessaires afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, 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»¹.

La Commission a également fait application de l'arrêt Altmark à plusieurs reprises.

Dans une décision de 2003, relative à l'approvisionnement en électricité de l'Irlande², la Commission a estimé que les conditions de l'arrêt Altmark étaient remplies. Elle a considéré que la troisième condition était remplie à partir d'un faisceau d'indices: la structure même du marché irlandais de l'électricité empêchait en principe toute surcompensation (le marché de l'électricité allait être entièrement libéralisé supprimant ainsi les consommateurs captifs), le prix établi était transparent et fondé sur l'offre et la demande, enfin, et surtout, une clause de retour à meilleure fortune, c'est-à-dire une clause obligeant le bénéficiaire à rembourser le trop perçu, garantissait l'absence de surcompensation.

Dans une décision de 2004, relative à l'installation d'un réseau haut débit dans les Pyrénées-Atlantiques³, la Commission a considéré que toutes les conditions de l'arrêt Altmark étaient remplies. Elle a notamment estimé que la troisième condition de l'arrêt Altmark (absence de surcompensation) était remplie parce que le contrat comportait une clause de retour à meilleure fortune. La quatrième condition était remplie parce qu'une procédure d'appel d'offres avait eu lieu qui avait permis de sélectionner le candidat le plus efficace offrant le service au moindre coût.

De même, dans une décision de 2005, relative au haut débit dans le Limousin⁴, la Commission a considéré que la mesure en cause sortait du champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, CE, en application de l'arrêt Altmark.

Dans ces trois décisions, le bénéficiaire avait été choisi par le biais d'un appel d'offres. Il était possible de se demander si l'arrêt Altmark laissait véritablement aux États membres une liberté de choix entre l'appel d'offres ou l'analyse des coûts.

Dans une décision de 2007⁵, la Commission a considéré qu'une mesure bénéficiait de l'application de l'arrêt Altmark alors que l'entreprise n'avait pas été sélectionnée par le biais d'un appel d'offres. La Commission a estimé que la redevance perçue pour la délivrance des livrets d'épargne correspondait à une estimation appropriée du niveau des coûts qu'une entreprise moyenne et bien gérée, opérant dans le même

1. Arrêt du 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *Rec.*, p. I-2941, point 72.

2. Décision de la Commission relative à l'aide N 475/2003 - Irlande - Obligations de service public concernant des capacités nouvelles de production d'électricité pour la sécurité d'approvisionnement, points 50 et ss (décision disponible sur le site de la DG Concurrence).

3. Décision de la Commission relative à l'aide d'État N 381/2004 - France - Haut débit des Pyrénées Atlantiques, point 74 (décision disponible sur le site de la DG Concurrence).

4. Décision de la Commission relative à l'aide d'État N 382/2004 - France - Haut débit au Limousin (Dorsal), décision disponible sur le site de la DG Concurrence.

5. Décision de la Commission relative à l'aide C 49/06 - Poste italienne - Banca Posta - Rémunération versée pour la distribution de produits d'épargne de la Poste, point 91 (décision disponible sur le site de la DG Concurrence).

secteur, engagerait pour remplir ces obligations en tenant compte d'un bénéfice raisonnable.

560 Inapplication d'Altmark et application de l'article 86, paragraphe 2, CE

Plusieurs décisions ont conclu à l'inapplication des conditions de l'arrêt Altmark et ont eu recours à l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE pour justifier de la compatibilité de la mesure. Souvent, d'ailleurs, les Etats membres notifient des mesures dans le doute de l'application des conditions de l'arrêt Altmark et ces affaires conduisent rapidement à un débat sur les conditions d'application de l'article 86 CE.

A la suite de la jurisprudence Altmark, l'article 86, paragraphe 2, n'est donc pas dépourvu d'effet utile en matière d'aides d'État

Une application récente très détaillée est la décision du 7 juin 2005 relative à la création d'une chaîne française d'information internationale¹. La Commission y doute que la deuxième condition de l'arrêt Altmark soit remplie, «notamment quant aux garanties d'objectivité limitées que la méthodologie adoptée par les autorités françaises offre en matière d'établissement des bases de calcul de la subvention» mais, en tout état de cause, considère que la quatrième condition n'est pas remplie car la comparaison des coûts des chaînes d'information internationale ne peut être effectuée sur des bases suffisamment fiables. S'agissant de l'article 86, paragraphe 2, CE, la Commission rappelle que cette disposition ne s'applique qu'aux conditions suivantes:

- «- le service en question doit être un service d'intérêt économique général et être clairement défini en tant que tel par l'État membre (définition),
- l'entreprise concernée doit être explicitement chargée par l'État membre de la fourniture dudit service (mandat),
- l'application des règles de concurrence du traité doit faire échec à l'accomplissement de la mission particulière impartie à l'entreprise (nécessité), et
- la dérogation ne doit pas affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté (proportionnalité)» (point 36 de la décision).

En prenant en compte en outre la communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État et le protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres annexé au traité d'Amsterdam, la Commission décide que l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE est applicable.

De même, dans une décision du 22 novembre 2006, relative au Laboratoire national de métrologie et d'essais², la Commission a estimé que la mesure constituait une aide d'État parce que la quatrième condition de l'arrêt Altmark n'était pas remplie, mais que l'aide était compatible en application de l'article 86, paragraphe 2, CE.

570 Encadrement législatif: le «paquet SIEG»

La Commission a précisé dans une série de textes les conditions que doit remplir une aide d'État sous la forme d'une compensation de service public pour être déclarée compatible.

1. Aide d'État N 54/2005 – France, Chaîne française d'information internationale, décision disponible sur le site de la DG Concurrence.

2. Décision de la Commission du 22 nov. 2006 concernant des aides d'État mises à exécution par la France en faveur du Laboratoire national de métrologie et d'essais, *J.O.U.E.*, n° L 95 du 5 avr. 2007, p. 25.

Ce «paquet législatif» comporte trois textes: une décision de la Commission ¹, un encadrement ² concernant l'application de l'article 86, paragraphe 2, CE aux aides sous la forme de compensations de service public et une modification de la «directive transparence» de la Commission ³.

La décision ne concerne que certaines entreprises, notamment les hôpitaux, les entreprises de logement social, les entreprises dont le chiffre annuel moyen est limité, les liaisons aériennes ou maritimes et les aéroports et les ports dont le trafic est limité. Si une aide tombe dans le champ d'application de cette décision, elle est compatible et est exemptée de l'obligation de notification. Si une aide ne tombe pas dans le champ d'application de la décision mais tombe dans le champ d'application de l'encadrement elle doit être notifiée mais est compatible avec le traité (voir les articles 2 et 3 de la décision).

Dans la décision et l'encadrement, les conditions pour que l'aide soit compatible, en vertu de l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE, sont les suivantes:

- l'entreprise bénéficiaire doit être chargée d'un service d'intérêt économique général;
- les missions de service public doivent avoir été attribuées par un acte officiel qui définit la nature et la durée des obligations de service public, les entreprises et le territoire concernés, les droits exclusifs attribués le cas échéant, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation et les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations;
- l'absence de surcompensation, en tenant compte toutefois d'un bénéfice raisonnable (voir en particulier les conditions très détaillées de l'article 5 de la décision).

La quatrième condition de l'arrêt Altmark n'est donc pas exigée, ce qui différencie la mesure, qualifiée d'aide mais exemptée en vertu de l'article 86, paragraphe 2, CE, de la mesure non qualifiée d'aide en vertu des conditions de l'arrêt Altmark.

On a vu que les conditions de l'arrêt Altmark sont très difficiles à remplir. Très peu de compensations de service public peuvent, en application de cet arrêt, être attribuées sans notification. C'est pourquoi la décision précitée exempte de l'obligation de notification les compensations versées à certains services publics locaux. Pour ces services entrant dans le champ d'application de la décision, la Commission a augmenté la sécurité juridique. En revanche, ce n'est pas le cas pour les compensations de service public qui n'entrent pas dans le champ d'application de cette décision.

580 Communication «SIG /SIEG»

En novembre 2007, la Commission a adopté une communication sur les «Services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen» dans laquelle elle décrit sa politique générale en la matière (et notamment l'introduction du nouveau concept juridique de «services d'intérêt général» qui, ne concernant pas des activités de nature économique, ne sont pas soumis

1. Décision de la Commission du 28 nov. 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, n° L 312 du 29 nov. 2005, p. 67.
2. Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, *J.O.U.E.*, n° C 297 du 29 nov. 2005, p. 4.
3. Directive de la Commission du 16 nov. 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.*, n° L 318 du 17 nov. 2006, p. 17. Cette directive précise désormais que les entreprises bénéficiant d'une compensation de service public (et plus seulement d'une aide d'État) doivent tenir des comptes séparés entre leurs activités commerciales et leurs activités de service public.

au droit de la concurrence - par exemple, des activités comme la défense, la justice, certaines prérogatives en matière de sécurité sociale obligatoire) ¹.

590 Compensation des «désavantages structurels»

L'approche compensatoire adoptée dans affaire Altmark est fondée sur la reconnaissance que les entreprises chargées de missions de service public doivent faire face à des coûts qui ne pèsent pas sur le budget des entreprises concurrentes. Les compensations de service public ne viennent donc que rétablir l'équilibre entre les différents concurrents. Cet argument est aussi apparu concernant les mesures venant compenser des désavantages structurels.

Affaire Combis

La question de la qualification juridique des désavantages structurels revêt une grande importance dans le cadre des privatisations ou de la libéralisation progressive de certaines activités. Dans l'affaire Combis précitée, comme dans l'arrêt Altmark, était en cause une mesure financière octroyée à une entreprise de transport en commun par autobus, Combis, destinée à couvrir la charge supplémentaire due aux pensions et aux traitements de mise en disponibilité des fonctionnaires détachés par l'Etat à cette entreprise ².

Le Tribunal jugea que «(...) la mesure en question visait à remplacer le statut privilégié et coûteux des fonctionnaires employés par Combis par un statut d'agent contractuel comparable à celui des employés d'autres entreprises de transport par autobus se trouvant en concurrence avec Combis. Il s'agissait donc de libérer Combis d'un désavantage structurel par rapport à ses concurrents privés. Or, l'article 87, paragraphe 1, CE a pour seul objet d'interdire des avantages qui favorisent certaines entreprises, la notion d'aide ne recouvrant que des interventions qui allègent les charges grevant normalement le budget d'une entreprise et qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (...). Par ailleurs, l'Etat danois aurait pu, au lieu de verser la somme de 100 millions de DKK directement aux fonctionnaires employés par Combis, obtenir le même résultat par la réaffectation desdits fonctionnaires au sein de l'administration publique, sans versement de bonification spécifique, ce qui aurait permis à Combis d'employer immédiatement des agents contractuels relevant d'un statut de droit privé» ³.

1. Communication sur les «Services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen», COM (2007) 725 final, accompagné d'un document des services de la Commission intitulé «Questions fréquemment posées relatives à la Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général, et de l'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public», SEC (2007) 1514 et SEC (2007) 1515.
2. Arrêt du 16 mars 2004, *Danske Busvognmaend c. Commission*, T-157/01, *Rec.*, p. II-917. Lors de la création de cette entreprise de transport, ses agents étaient en partie des agents contractuels et en partie des fonctionnaires. Les fonctionnaires de Combis gardaient leur relation de travail avec l'Etat et étaient détachés auprès de Combis. En contrepartie, Combis devait indemniser l'Etat pour les traitements et pensions que l'Etat continuait à verser aux fonctionnaires travaillant pour Combis. Lors de la création de Combis, l'Etat a versé à cette entreprise la somme de 140 millions de DKK afin de couvrir la charge supplémentaire due aux pensions et aux traitements de mise en disponibilité des fonctionnaires détachés. En 1998, afin de préparer la privatisation de Combis, l'Etat a versé une compensation aux fonctionnaires de Combis qui acceptaient de renoncer à leur statut de fonctionnaire pour passer à celui d'agent contractuel, moins avantageux. Au total, l'Etat a versé à ce titre la somme de 100 millions de DKK. Combis a bénéficié d'une autre aide lors de sa privatisation. La Commission a été saisie par une plainte d'un concurrent de Combis.
3. *Ibid.*, point 57 de l'arrêt.

Si le Tribunal arrive à la même conclusion que la Commission, son raisonnement est cependant différent: la Commission estimait qu'il n'y avait pas d'aide parce que la somme en cause avait été versée aux agents de Combust et non à l'entreprise elle-même. Selon le Tribunal, il n'y a pas d'aide parce qu'il n'y a pas d'avantage, la mesure en cause venant compenser une charge qui ne grève normalement pas le budget d'une entreprise.

Affaire OTE

Dans sa décision OTE¹, la Commission a également dû se prononcer sur une mesure tendant essentiellement à compenser les surcoûts liés au statut de quasi-fonctionnaires de certains agents de l'organisme grec des télécommunications (OTE). Comme les fonctionnaires de l'OTE sont nommés à vie, l'OTE ne pouvait pas licencier ses employés et devait, pour restructurer l'entreprise, proposer des départs volontaires à la retraite à des conditions avantageuses. Ainsi, les coûts liés au régime de préretraite volontaire étaient supérieurs pour OTE que pour ses concurrents. De plus, ces quasi-fonctionnaires bénéficiaient, en vertu de la loi, de salaires plus élevés. Une loi a été adoptée prévoyant que l'État grec transférerait 4% de ses actions dans l'OTE vers le fond de pension TAP-OTE afin de compenser en partie ces désavantages pesant sur OTE.

La Commission a reconnu l'existence de désavantages structurels comme dans l'affaire Combust: les règles du droit du travail qui s'appliquaient à OTE n'étaient pas les mêmes que celles qui s'appliquaient aux autres entreprises, ces règles ne permettaient pas à OTE de réduire ses coûts de personnel en licenciant si nécessaire, la somme versée par l'État n'était pas octroyée à l'entreprise en cause, mais au fonds de pension, et l'intention du gouvernement était de compenser le désavantage structurel supporté par OTE.

Toutefois, la Commission a souligné des différences entre les deux affaires: dans l'affaire Combust, la compensation des autorités danoises avait pour but de faciliter le changement futur de statut de Combust, d'entreprise publique à entreprise privée; dans l'affaire OTE, des changements dans le statut de l'entreprise avaient déjà eu lieu sans que l'État n'intervienne; de plus, il ne pouvait pas être exclu que le fait que OTE ait un grand nombre d'employés ait pu lui permettre de conserver sa position dominante sur le marché de l'électricité en Grèce.

Après avoir rappelé la définition de la notion d'avantage (intervention qui allège les charges grevant normalement le budget d'une entreprise), la Commission relève que les coûts dus à des accords collectifs conclus entre employeurs et syndicats, qui s'imposent aux entreprises, sont des coûts qui grevent «normalement» le budget d'une entreprise. Elle souligne également que bien que les règles de droit du travail qui s'appliquaient à OTE étaient différentes de celles qui s'appliquent aux autres entreprises, à aucun moment, depuis qu'OTE était devenue une société cotée, les autorités grecques n'avaient indiqué que les coûts liés au statut de quasi-fonctionnaire des agents d'OTE n'avaient pas à être normalement pris en charge par le budget d'OTE ou qu'elles compenseraient ces coûts. La distinction entre l'affaire Combust et l'affaire OTE semble donc essentiellement résulter dans le fait que, dans l'affaire OTE, le lien entre les coûts liés au changement de statut de l'entreprise et la compensation n'était pas aussi fort que dans l'affaire Combust: la compensation intervenait postérieurement

1. Décision du 10 mai 2007 relative à l'aide d'Etat que la Grèce projette de mettre en œuvre pour le régime d'OTE de retraite volontaire anticipée (décision disponible en anglais sur le site de la DG Concurrence).

à des changements intervenus dans le statut d'OTE et l'Etat n'avait pas indiqué auparavant qu'il compenserait le désavantage structurel subi par OTE.

La Commission limite ainsi la portée de l'arrêt *Combus* et, sans trancher de manière définitive la question de savoir si la mesure constituait une aide d'Etat, la Commission décide qu'en tout état de cause l'aide doit être jugée compatible en vertu de l'article 87, paragraphe 3, c), CE.

Affaire La Poste (retraites)

La Commission a également refusé d'appliquer la jurisprudence *Combus* dans sa décision relative à une mesure visant à compenser le financement des retraites des fonctionnaires de La Poste française¹. Une loi de 1990 avait prévu que La Poste prendrait entièrement en charge le financement des pensions versées par l'Etat à ses fonctionnaires en remboursant à l'Etat les sommes versées. La Poste bénéficiait ainsi d'un régime dérogatoire puisque La Poste était dispensée de payer la cotisation libératoire mais elle devait équilibrer le régime de retraite de ses agents. La loi de 1998 prévoyait un plafond du paiement d'équilibrage versé par La Poste. Une loi de 2006 a prévu que La Poste devait payer une contribution "employeur" à caractère libératoire qui a été calculée afin de placer La Poste dans une situation d'équité concurrentielle en ce qui concerne les charges sociales et fiscales obligatoires.

La Commission a décidé que le plafonnement instauré par la loi de 1998 et la contribution «employeur» telle qu'établie par la réforme de 2006 constituaient des aides. Cependant, la Commission a considéré que ces mesures étaient limitées à ce qui était nécessaire pour compenser le désavantage pesant sur La Poste et qu'elles venaient mettre fin au désavantage qui pesait sur La Poste par rapport à ses concurrents².

La Commission n'a pas appliqué le principe reconnu par l'arrêt *Combus*. Dans sa décision d'ouverture de la procédure en 2006, la Commission avait fait part de ses doutes quant au fait que les charges de La Poste faisant l'objet de l'allègement correspondraient dans leur totalité à une charge «anormale» au sens de cet arrêt. Selon la Commission, l'allègement des charges dont a bénéficié La Poste n'aurait pas fait que la compenser des coûts additionnels anormaux pour La Poste et, en conséquence, les mesures en cause confèreraient un avantage économique à La Poste. Dans sa décision finale, la Commission tente clairement d'écarter l'application de cet arrêt *Combus* et notamment de ne pas devoir appliquer son principe avec lequel elle ne semble pas du tout d'accord (ce qu'elle avait déjà exprimé dans l'affaire OTE précitée).

La décision est intéressante tout d'abord en ce qu'elle tente de systématiser comment la notion de «charge spéciale» pourrait être appliquée afin de déterminer l'existence d'un avantage sélectif:

«Afin d'apprécier si les mesures en cause comportent des éléments d'aide d'Etat, il convient de déterminer si ces mesures confèrent un avantage économique à La Poste

1. Décision de la Commission du 10 oct. 2007 concernant les aides d'Etat accordées par la France en ce qui concerne la réforme du mode de financement des retraites des fonctionnaires de l'Etat rattachés à La Poste (C 43 / 2006, décision publiée sur le site de la DG Concurrence).

2. La Commission a soumis cette décision de compatibilité à deux conditions: (i) 'Le taux d'équité concurrentielle ('TEC'), calculé chaque année afin d'établir le montant de la contribution 'employeur' libératoire, visée à l'article 150 de la loi de finances rectificative pour 2006, doit inclure dans le périmètre de l'activité 'services financiers' la part des personnels multi-métiers refacturée à La Banque Postale sur la base des données précises issues de la comptabilité analytique de La Poste' et (ii) 'Le TEC doit intégrer l'ensemble des cotisations et contributions sociales et fiscales obligatoires, y compris les cotisations AGS (Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés), les cotisations chômage, la contribution exceptionnelle de solidarité et le coût des prestations auto-assurées par La Poste' (article 2 de la décision).

en ce qu'elles lui permettent d'éviter de supporter des coûts qui auraient normalement dû grever les ressources financières propres de l'entreprise et ont ainsi empêché que les forces en présence sur le marché ne produisent leurs conséquences normales. Une aide consiste en un allègement des charges qui pèsent normalement sur le budget des entreprises compte tenu de la nature ou de l'économie du système de charges en cause. Inversement, il pourrait être possible de définir une notion de «charge spéciale», qui consisterait en une charge supplémentaire par rapport à ces charges normales. Le retrait d'une telle charge spéciale par une disposition législative n'octroierait pas un avantage au bénéficiaire et ne constituerait donc pas une aide d'État. A l'image de la jurisprudence de la Cour en matière d'analyse de sélectivité, qui implique une comparaison avec un cadre de référence pour déterminer la conformité ou non avec la «nature et l'économie du système» d'un traitement différencié de certaines entreprises et certaines productions, dans une situation normale de marché au point de vue structurel, la qualification de charge «normale» ou «spéciale» implique de définir un cadre de référence, ou comparateur, avec l'objectif d'identifier des entreprises qui seraient dans une situation juridique et factuelle comparable au regard de l'objectif poursuivi par les mesures concernées»¹.

Dans ce contexte, la Commission examine ensuite plusieurs cadres de référence: la situation des concurrents de La Poste, d'autres établissements publics, le régime de pension applicable aux fonctionnaires de l'État, ou encore France Télécom, pour conclure au fait qu'aucun «comparateur exogène» de ce type n'est pertinent. Dans ce cas, le cadre de référence pour l'existence de l'avantage est la situation de La Poste elle-même, antérieurement à l'octroi des mesures. La Commission conclut que «les mesures en cause libèrent La Poste de charges qu'elle aurait dû assumer au titre de la loi de 1990» et «puisque les mesures en cause permettraient d'éviter de supporter des coûts qui auraient normalement dû grever les ressources financières propres de La Poste, ces mesures octroient à l'opérateur un avantage au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité»².

Enfin, pour répondre à l'insistance de la France d'appliquer le principe établi par l'arrêt *Combus*, la Commission examine attentivement si des charges de La Poste faisant l'objet de l'allègement correspondent ou non dans leur totalité à une charge «anormale» ou à un «désavantage structurel».

C'est à cette occasion que la Commission procède à une critique directe de l'arrêt *Combus*: «(...) la jurisprudence *Combus* n'a pas été confirmée par la Cour. Certains éléments de la jurisprudence de la Cour contredisent l'hypothèse selon laquelle la compensation d'un désavantage structurel exclurait la qualification d'aide. Ainsi, la Cour a constamment indiqué que l'existence d'une aide devait être appréciée au regard des effets et non selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques. La Cour a aussi soutenu que la notion d'aide recouvre les avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise. La Cour a également clairement indiqué que les coûts liés à la rémunération de leurs employés grèvent, par leur nature, le budget des entreprises, indépendamment de la question de savoir si ces coûts découlent ou non d'obligations légales ou d'accords collectifs. Dans ce cadre, la Cour a estimé que le fait que des mesures étatiques visent à compenser des surcoûts ne peut pas les faire échapper à la qualification d'aide»³.

1. Points 118 à 120 (notes de bas de page supprimées).

2. Points 140 et 142 (notes de bas de pages supprimées).

3. Point 145 (notes de bas de pages supprimées).

La Commission réfute la position de la France en affirmant que des éléments matériels différencient l'affaire Combis de la situation de La Poste¹ et conclut que «les différences factuelles entre l'affaire Combis et le cas d'espèce sont suffisantes pour justifier un raisonnement différent pour les deux affaires». La décision de la Commission considère donc que les mesures litigieuses sont des aides car elles confèrent un avantage économique sélectif à La Poste.

1. Par exemple, les compensations sont versées directement aux fonctionnaires employés par Combis alors que les mesures faisant l'objet de la présente décision concernent les cotisations 'employeur' de La Poste et la France n'aurait pas, en pratique, la possibilité de réintégrer les 180 000 fonctionnaires de La Poste au sein de l'administration. En outre, dans Combis, la mesure visait à remplacer le statut privilégié et coûteux des fonctionnaires employés par Combis par un statut d'agent contractuel comparable à celui des employés d'autres entreprises de transport par autobus se trouvant en concurrence avec Combis, alors que le statut et les droits des fonctionnaires de La Poste restent inchangés en conséquence des mesures en cause. Enfin, le contexte concurrentiel des activités de Combis était différent de celui dans lequel évolue La Poste (voir point 146).

Bibliographie sélective

- ALEXIS, A., DERENNE, J., CHÉROT, J.-Y. et GIOLITO Ch., *Chronique trimestrielle «aides d'Etat»*, Concurrences, Thomson, Transactive, Paris.
- BAUDENBACHER, C., *A Brief Guide to European State aid Law*, Kluwer Law International, 1997.
- BIONDI, A., ECKHOUT, P., FLYNN, J., *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, 2005.
- CHÉROT, J.-Y., *Les aides d'Etat dans les Communautés européennes*, Ed. Economica, 1992.
- Commission Droit et Vie des Affaires, *Les aides d'Etat en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- DERENNE, J. et MEROLA, M. (eds.), *Economic analysis of State aid rules – Contributions and limits – Proceedings of the third annual conference of the Global Competition Law Centre (GCLC)*, College of Europe, 21-22 September 2006, Berlin, Lexxion, 2007, pp. 220.
- DONY, M. et SMITS, C., (éd.), *Aides d'Etat*, Bruxelles, Editions de l'ULB, 2005, pp. 53 à 78.
- DONY, M. (RENARD, F. et SMITS, C.), *Commentaire Mégret, «Contrôle des aides d'Etat»*, 3ème éd., Bruxelles, Editions de l'ULB, 2007, pp. 529.
- European State aid Law Quarterly*, Lexxion Verlagsgesellschaft, Berlin.
- J.T.D.E., *Chroniques de droit de la concurrence*, «aides», n° 129/2006 et 139/2007.
- HANSCHER, L., OTTERVANGER, T., *EC State Aids*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2006.
- KEPPENNE J.-P., *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- Droit économique, code-concurrence, distribution, consommation 2008 - «aides».
- COLSON, J.L., LAMBERT, C., KAPP, L., *Revue Lamy de la concurrence*, Chroniques d'actualité *Aides d'Etat*.
- NICOLAIDES Ph., KEKELEKIS M., *State aid Policy in the European Community*, The Hague – London – New York, Kluwer Law International, International Competition Law Series, 2005.
- QUIGLEY C, COLLINS A., *EC State Aid Law and Policy*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2003.

GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Traité théorique et pratique

2^e édition

TITRE VIII

L'ENTREPRISE ET LA CONCURRENCE

Livre 84 - Les pratiques de commerce
Volume 1

Livre 84bis - Les pratiques de commerce
Volume 2

Livres 85 à 89 - Réservés

Livre 90	- La notion d'aide d'Etat La condition de l'avantage
----------	---